

Sygn. akt: KIO 1688/13

## WYROK

z dnia 29 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Szafraniec**

Protokolant: **Cyprian Świś**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lipca 2013 r. przez wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia: **Ortiz Construcciones Y Proyectos S.A., Avda. Ensanche de Vallecas 44, 28051 Madryt, Hiszpania oraz Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych Export – Pribex sp. z o.o. w Warszawie (03-152), ul. Modlińska 310/312** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Płock, Stary Rynek 1, 09-400 Płock**

przy udziale wykonawcy: **POLWAR S.A. w Gdańsku (80-137), ul. Starodworska 2** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia: **Ortiz Construcciones Y Proyectos S.A., Avda. Ensanche de Vallecas 44, 28051 Madryt, Hiszpania oraz Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych Export – Pribex sp. z o.o. w Warszawie (03-152), ul. Modlińska 310/312** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia: **Ortiz Construcciones Y Proyectos S.A., Avda. Ensanche de Vallecas 44, 28051 Madryt, Hiszpania oraz Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych Export –**

**Pribex sp. z o.o. w Warszawie (03-152), ul. Modlińska 310/312** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Płocku**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Budowa bezkolizyjnego skrzyżowania ulicy z linią kolejową w miejscu istniejącego przejazdu kolejowego na poziomie jezdni w ciągu odcinka istniejącej alei Marszałka Józefa Piłsudskiego w ramach zadania inwestycyjnego pn.: <<Budowa bezkolizyjnego (dwupoziomowego) skrzyżowania alei Piłsudskiego z linią kolejową>>” zostało wszczęte przez Gminę Miasto Płock, zwaną dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2013/S 074-123460) w dniu 16 kwietnia 2013 r.

W dniu 27 czerwca 2013 r. odwołanie wnieśli wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia: Ortiz Construcciones Y Proyectos S.A. oraz Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych Export – Pribex sp. z o.o., zwani dalej łącznie Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione wobec czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego, wyborze oferty złożonej przez POLWAR S.A., a także wobec zaniechania przez Zamawiającego wezwania POLWAR S.A. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez tegoż wykonawcę. Tak określone działanie Zamawiającego w ocenie Odwołującego naruszało:

1. „art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 i 2 pzp przez naruszenie przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego się z postępowania, mimo że oferta Odwołującego się nie podlegała odrzuceniu. Działanie powyższe polegało w szczególności na uznaniu przez Zamawiającego oferty Odwołującego się za ofertę z rażąco niską ceną, podczas gdy oferty konkurencyjne, w tym oferta uznana za najkorzystniejszą, nie została uznana za ofertę z rażąco niską ceną, pomimo że wartość oferty jest niewiele wyższa aniżeli wartość oferty Odwołującego się. Powyższym działaniem Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której Odwołujący się nie mógł konkurować w postępowaniu

- pomimo, iż złożył niewadliwą oraz nie podlegającą odrzuceniu ofertę, która winna zostać uznana za najkorzystniejszą w toku postępowania;*
- 2. art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 pzp przez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu wg. kryterium określonego w SIWZ, tj. najtańszej oferty Odwołującego się;*
  - 3. art. 92 ust. 1 pkt 2 pzp poprzez brak adekwatnego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołującego w sytuacji, gdy przepis ten nakazuje zamawiającemu uzasadnienie podstaw faktycznych takiej czynności;*
  - 4. art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp poprzez bezzasadne wykluczenie Odwołującego się z postępowania przetargowego bez uprzedniego upewnienia się (zażądania wyjaśnień) co do zaistnienia przesłanek do wykluczenia Odwołującego się lub odrzucenia Jego oferty;*
  - 5. art. 90 ust. 1 pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie przejawiające się tym, że Zamawiający zwrócił się do Odwołującego się z żądaniem wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny przy braku podstaw do takiego działania i braku podstaw do przypuszczenia, że oferowana przez odwołującego cena stanowi rażąco niską cenę;*
  - 6. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 pzp poprzez uznanie, iż oferta Odwołującego się zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.”*

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, a następnie dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego.

Pismem, doręczonym w dniu 15 lipca 2013 r., wykonawca: POLWAR S.A. w Gdańsku, zwany dalej Przystępującym, doręczył Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, iż spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z przedstawionych przez Odwołującego wraz z odwołaniem dokumentów mających potwierdzać rzetelne ustalenie i rynkowe skalkulowanie ceny przez niego zaoferowanej. W ocenie Izby dowody te, na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, uznać należało za zgłoszone jedynie dla zwłoki. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający kierując do wykonawcy wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wyznacza temu wykonawcy określony termin na przedstawienie odpowiednich wyjaśnień. Z regulacji art. 90 ust. 3 wynika, że wykonawca, jeżeli żądanych wyjaśnień nie złoży, liczyć się musi z odrzuceniem jego oferty. W piśmie z dnia 14 czerwca 2013 r. Zamawiający w sposób wyraźny oznaczył termin, przed upływem którego Odwołujący został zobowiązany przedstawić własne wyjaśnienia. Prawidłowość wyznaczenia tegoż terminu nie była przez Odwołującego kwestionowana, dlatego oczywistym jest, iż wraz z jego upływem, Odwołujący utracił możliwość skutecznego uzupełniania złożonych w trybie art. 90 ustawy Pzp wyjaśnień, czy też przedstawiania dowodów na poparcie argumentacji w wyjaśnieniach tych zawartych. Stąd też przedstawienie przez Odwołującego dopiero wraz z odwołaniem ofert podwykonawców, mających dokumentować rzetelną i rynkową kalkulację ceny ofertowej, skład orzekający uznał za działanie spóźnione, a zatem nie mogące znaleźć uznania Izby.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że zgodnie z pisemnym protokołem postępowania Zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia na kwotę 27 628 255,00 zł netto (tj. 33 928 753,65 zł brutto).

Zgodnie z pkt XIII.1 Działu I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) – Instrukcji dla Wykonawców (IDW) cena oferty winna wynikać z kosztorysu ofertowego sporządzonego metodą szczegółową, który miał zostać dostarczony Zamawiającemu po podpisaniu umowy. Niezależnie od powołanego zapisu, w pkt XIII.2 IDW Zamawiający wskazał, iż cena ofertowa jest ceną ryczałtową, która nie podlega zmianie „z wyjątkiem odpowiednich zapisów w umowie”. Zgodnie z pkt XIII.8 treść uzupełnionego załącznika nr 7 do IDW – „*Tabela elementów rozliczeniowych*” – ma dla Zamawiającego walor jedynie informacyjny – w przypadku zaistnienia rozbieżności pomiędzy określeniem ceny w formularzu ofertowym, a jej wyliczeniem zawartym w powołanej tabeli, za właściwą miała zostać uznana cena z formularza ofertowego. Zgodnie z § 8 ust. 5 wzoru umowy (Dział III SIWZ), również kosztorys ofertowy ma charakter poglądowy i „nie rzutuje na umówioną formę wynagrodzenia ryczałtowego”.

W odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu pięciu wykonawców złożyło Zamawiającemu swoje oferty, oczekując za realizację przedmiotu zamówienia odpowiednio wynagrodzenia w kwocie: 24 852 810,58 zł (Odwołujący), 27 988 281,00 zł (Przystępujący), 28 898 930,63 zł, 29 382 025,27 zł, 30 012 000,00 zł i 31 954 434,49 zł.

Pismem z dnia 14 czerwca 2012 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W treści wezwania wskazał na dużą różnicę, która dzieli cenę zaoferowaną przez Odwołującego od wartości szacunkowej zamówienia, a także od wartości pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Wyjaśnił także, że Odwołujący zobowiązany jest do szczegółowego wyjaśnienia powodów zaoferowania takiej właśnie ceny oraz wskazania stanu faktycznego mającego na nią wpływ. Ponadto podkreślił, iż wykonawca składając wyjaśnienia zobowiązany jest do wskazania obiektywnych czynników wpływających na poziom ceny, same wyjaśnienia powinny być wyczerpujące, zawierać konkretne informacje, odnosić się do konkretnych elementów kalkulacyjnych, mogą zostać również poparte dowodami, przede wszystkim zaś powinny w sposób niebudzący wątpliwości pozwalać na ocenę oferty w kontekście zagadnienia rażąco niskiej ceny.

Odwołujący, na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, nie kwestionował zasadności kierowanego do niego wezwania. Pismem z dnia 19 czerwca przedstawił Zamawiającemu własne wyjaśnienia. Zapewnił w nich, że cena została skalkulowana w sposób wymagany przez Zamawiającego i obejmuje swym zakresem cały zakres zamówienia. Wyjaśnił, że ceny jednostkowe przez niego przyjęte odpowiadają posiadanym możliwościom i stawkom obowiązującym na rynku. Podnosił, iż kosztorys inwestorski nie odzwierciedla cen rynkowych, bowiem w bieżącym roku nastąpiło znaczne pogorszenie sytuacji na rynku budowlanym, co spowodowało obniżenie cen. Podniósł, iż jako duża firma otrzymuje wyższe rabaty na zakup materiałów, posiada też środki na ich zaliczkowy zakup, co również ma wpływ na cenę. Wskazał również, iż może on korzystać z materiałów i sprzętu dostępnego na rynku hiszpańskim, gdzie kryzys wymusił znaczenie obniżki ich cen. Wyjaśnił, iż uwzględnione przez niego ceny są wyższe od cen, za jakie były w ostatnim czasie zlecane roboty budowlane w okolicach Płocka. Twierdził, iż analiza złożonych wraz z ofertami każdego z wykonawców tabel elementów rozliczeniowych pozwala stwierdzić, że ceny przez niego zaoferowane są porównywalne do cen pozostałych. Wyjaśnił też, że w jego przypadku wynikają one z cen zaproponowanych przez podwykonawców. Podkreślał również znajomość rynku lokalnego i występujących na nim podwykonawców, a także realizowane w okolicy inne roboty, co pozwoli mu niedokonywanie dodatkowej mobilizacji pracowników na potrzeby tego właśnie kontraktu. Oświadczył, że przeprowadził wizję lokalną terenu oraz

zapoznał się z dokumentacją budowlaną. Podkreślił, iż brak jest podstaw dla uznania, że zaoferowana przez niego cena jest rażąco niska.

Zamawiający ocenił przedstawione wyjaśnienia i uznał je za niewystarczające w świetle przepisów ustawy Pzp. Kierując się tym przekonaniem, odrzucił ofertę złożoną przez Odwołującego, zaś za najkorzystniejszą uznał ofertę złożoną przez Przystępującego.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie, które Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych oraz podtrzymanych w toku rozprawy przed Izbą.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła granice odwołania objęte jej kognicją.

Jak stanowi art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Art. 182 ustawy Pzp określa terminy w jakich wnosi się odwołanie. Mając to na uwadze, Izba uznała, iż zarzuty nieuprawnionego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp wynikające z podnoszonej nieprawidłowości ustalenia przez Zamawiającego wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia, czy też podania przez pozostałych wykonawców cen za realizację robót z poszczególnych branż na podobnym do Odwołującego poziomie, są zarzutami podniesionymi po terminie. Tym samym nie mogą być rozpatrywane przez Izbę. Izba ustaliła, iż Odwołujący otrzymał powołane wezwanie w dniu 14 czerwca 2013 r. i w odpowiednim terminie nie zaskarżył czynności wezwania go do złożenia wyjaśnień, w szczególności jej zasadności w kontekście prawidłowości ustalenia wartości szacunkowej zamówienia, czy też poziomu cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców. Wprost przeciwnie odpowiedział na to wezwanie, de facto uznając w sposób dorozumiany wezwanie Zamawiającego jako uzasadnione. Tym samym, w ocenie Izby, zaakceptował fakt, iż Zamawiający powziął wątpliwości co do wysokości zaoferowanej przez niego ceny. Dlatego też Odwołujący na obecnym etapie postępowania nie posiadał legitymacji do kwestionowania prawidłowości wezwania go w trybie art. 90 ustawy Pzp do złożenia odpowiednich wyjaśnień.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, iż jest ona władna rozpoznać jedynie zarzuty odnoszące się do niewłaściwej oceny złożonych przez Odwołującego wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę oferty, nieuznaniu tych wyjaśnień i w wyniku tego odrzucenia jego oferty, a także pozostałe, co do których termin na ich wniesienie został zachowany.

Izba podzieliła pogląd wyrażony przez Zamawiającego, iż to na wykonawcy ciąży obowiązek wskazania, w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust 1 ustawy Pzp, jakie elementy oferty miały wpływ na wysokość ceny i w jaki sposób dokonano ich kalkulacji, tak aby udowodnić, że zaproponowana cena nie jest ceną rażąco niską. Wykonawca, składając wyjaśnienia na okoliczność kalkulacji ceny oferty, powinien również wykazać, że wskazana cena została ustalona zgodnie z prawem, na podstawie obiektywnych czynników, bez naruszania zasad uczciwej konkurencji. Natomiast zamawiający, działając na podstawie art. 90 pkt. 2 ustawy, zobowiązany jest we właściwy sposób ocenić złożone przez wykonawcę wyjaśnienia. Co istotne, wyjaśnienia te, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, złożone muszą zostać zamawiającemu w określonym przez niego terminie, dlatego też niedopuszczalne jest ich późniejsze (po upływie wyznaczonego terminu) uzupełnianie czy uszczegóławianie, czy to bezpośrednio Zamawiającemu, czy też Izbie, na etapie postępowania odwoławczego.

Kierując się tym przekonaniem, jak to już zostało wskazane, Izba nie uwzględniła zgłoszonych w odwołaniu wniosków o przeprowadzenie dowodów z treści ofert podwykonawców, na podstawie których miała zostać skalkulowana cena zaoferowana przez Odwołującego. Ofert tych Odwołujący nie przedstawił bowiem Zamawiającemu na etapie składania wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp.

Mając to na uwadze, Izba uznała także, iż niezasadne było twierdzenie o naruszeniu przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp – w zaistniałej sytuacji, jak to już zostało wskazane, brak było bowiem możliwości uzupełniania, czy też uszczegóławiania złożonych już raz w trybie art. 90 ustawy Pzp wyjaśnień. Stąd też nie było podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego powołanego przepisu, w szczególności wobec niesprecyzowania przez Odwołującego, jakich to zagadnień Zamawiający zaniechał wyjaśnić.

Izba uznała, iż nie zasługują na uwzględnienie zarzuty odnoszące się do niewłaściwej oceny złożonych przez Odwołującego wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę oferty, nieuznaniu tych wyjaśnień i w wyniku tego odrzucenia złożonej przez niego oferty.



Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Przepis art. 90 ust. 3 stanowi zaś, że Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Jak to już zostało wskazane, istotnym jest, iż to na Odwołującym ciążył ciężar udowodnienia, że zaoferowana Zamawiającemu cena nie jest ceną rażąco niską. W rozpoznawanej sprawie, zgodnie z postanowieniami SIWZ, cena ofertowa była ceną ryczałtową, zaś składana wraz z ofertą „*Tabela elementów rozliczeniowych*” miała dla Zamawiającego walor jedynie informacyjny. Stąd też sam fakt ujawnienia w tym zestawieniu kwot nie mógł potwierdzać tego, że koszty wykonania robót określonej branży w rzeczywistości równać się będą tym właśnie kwotom. Istotnym było to, aby cena globalna była ceną realną, wiarygodną, należycie osadzoną w zaistniałych warunkach gospodarczych, stanowiącą odzwierciedlenie istniejącej na rynku naturalnej konkurencji. I co ważne, to Odwołujący, składając wyjaśnienia w trybie art. 90 ustawy Pzp, winien te okoliczności Zamawiającemu należycie udowodnić. Zastrzec przy tym również należy, iż w rozpoznawanym przypadku, w szczególności ze względu na ryczałtowy charakter ceny, ważką okolicznością jest to, że w przepisie art. 90 ustawy Pzp mowa jest o rażąco niskiej cenie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Skoro wykonawca oferuje wykonanie pełnego zakresu zlecanego mu do zrealizowania zadania za jedną, z góry określoną i niezmienną kwotę (ryczałt), to rozstrzygnięcie o rażąco niskim charakterze oferowanej przez niego ceny zapaść powinno po dokonaniu oceny złożonych przez niego wyjaśnień przez pryzmat całego przedmiotu zamówienia. Ocenie powinny podlegać wyjaśnienia co do całkowitej ceny zawartej w ofercie i nie powinny one ograniczać jedynie do samej tylko wyceny robót branży drogowej, jak to zdawał się sugerować Odwołujący we wniesionym odwołaniu.

Analiza złożonych Zamawiającemu wyjaśnień, pozwala, w ocenie Izby, stwierdzić, iż w rozpatrywanym przypadku Odwołujący nie przedstawił wyczerpująco sposobu zgodnie, z którym dokonał kalkulacji elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zauważyć należy, że aby uzasadnić możliwość zaproponowania niskiej ceny wskazać trzeba obiektywne czynniki umożliwiające zaoferowanie cen na takim właśnie poziomie. Jako profesjonalny podmiot, Odwołujący powinien posiadać wiedzę o tym, co powinny zawierać wyjaśnienia, aby Zamawiający mógł uznać je za prawidłowo sporządzone.

Nie wykazał on jednak w sposób niebudzący wątpliwości, iż znajduje się w jakiejś szczególnej sytuacji odróżniającej go w sposób wyraźny od innych występujących odpowiednio długo na rynku wykonawców. Zasadnie podnosił Zamawiający, iż na etapie wyjaśnień, Odwołujący nie udokumentował wykazał szczególnie korzystnych cen oferowanych mu przez jego podwykonawców. Powołał się jedynie na oferty mu złożone, nie przedłożył ich jednak Zamawiającemu. Składanie tychże ofert Izbie w toku rozprawy jest działaniem spóźnionym, stąd też nie mogły one zostać uwzględnione jako argument przemawiający za słusnością twierdzeń Odwołującego. Analogiczna ocena musiała zostać wyrażona przez Izbę w odniesieniu do wyjaśnień w zakresie cen sprzętu własnego, czy też materiałów pochodzących z rynku hiszpańskiego – tu także nie przedstawiono Zamawiającemu żadnych wyliczeń, ograniczając się jedynie do stwierdzenia o ogólnym charakterze. Odwołujący nie wykazał również w sposób niepozostawiający wątpliwości, jaki rzeczywisty wpływ na cenę miały przywoływane przez niego inne okoliczności, takie jak niestabilna sytuacja rynkowa w branży budowlanej, znajomość rynku lokalnego, wielkość prowadzonego przez niego przedsiębiorstwa, czy też zakładana przez niego możliwość realizacji potencjału zaangażowanego przez niego obecnie na innej realizowanej przez niego budowie. Twierdzenia te spotkać się musiały z taką samą oceną Izby, z jaką spotkały się inne argumenty użyte przez Odwołującego w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach.

W złożonych przez siebie wyjaśnieniach Odwołujący przywołuje kosztorys szczegółowy, w oparciu o który dokonał wyceny złożonej przez siebie oferty. Nie przedłożył jednak tej szczegółowej kalkulacji Zamawiającemu, twierdząc, iż nie widzi podstaw dla ponownego przedstawiania tego wyliczenia. Jak to już zostało wskazane, wykonawcy w tym postępowaniu składali wraz z ofertą „*Tabelę elementów rozliczeniowych*”, którą nie sposób, ze względu na jej ogólną naturę, uznać za kosztorys sporządzony metodą szczegółową. Powołana tabela zawiera informację o wycenie głównych elementów robót poszczególnych branż tym samym nie przedstawia kalkulacji poszczególnych pozycji, jak zdaje się to sugerować Odwołujący w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach. Zamawiający nie mógł powziąć na podstawie informacji zawartych w tabeli, jakie nakłady do wykonania poszczególnych pozycji przyjął Wykonawca. Nie można na jej podstawie odnieść się do poszczególnych elementów kształtujących cenę oferty Odwołującego. Samo powołanie się na podane już w ofercie ceny nie mogło zostać uznane za wystarczające wskazanie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Słusznie wskazywał także Zamawiający, iż Odwołujący na etapie odwołania próbował uzupełnić i poszerzyć własną argumentację, której zaniechał na etapie składania wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp.

Obowiązkiem Wykonawcy było złożenie wyczerpujących wyjaśnień, a Zamawiającego należała ich ocena. Jak to już wskazano, to na Wykonawcy spoczywał w rozpoznawanej sprawie ciężar dowodu jakie elementy oferty miały wpływ na wysokość zaoferowanej przez niego ceny i w jaki sposób dokonano ich kalkulacji, tak aby udowodnić, że zaproponowana cena nie jest ceną rażąco niską. Powinien on dążyć do przekonania Zamawiającego, iż jego wątpliwości co do wysokości zaoferowanej ceny nie są uzasadnione. W rozpatrywanym przypadku, w ocenie Izby, Odwołujący konstruując wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny oparł się na terminach o dużym stopniu ogólności, nie popierając ich jednocześnie wystarczająco precyzyjnymi i wyczerpującymi w swej treści danymi w oczywisty sposób uzasadniającymi zaoferowanie niskiej ceny. Dlatego też Izba uznała, iż nie zostało wykazane, aby Zamawiający odrzucając ofertę złożoną przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp naruszył tenże przepis ustawy.

Nie zostało również w toku postępowania odwoławczego wykazane, aby Zamawiający swym działaniem dopuścił się naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. W piśmie z dnia 1 lipca 2013 r. Zamawiający podał Odwołującemu uzasadnienie faktyczne i prawne podjętej przez siebie decyzji, w szczególności odniósł się do treści złożonych przez Odwołującego wyjaśnień. Odwołujący nie sprecyzował we wniesionym przez siebie odwołaniu, brak jakich konkretnie elementów dostrzegł w uzasadnieniu czynności odrzucenia złożonej przez niego oferty, dlatego też Izba nie uznała formułowanych przez niego twierdzeń za zasadne.

Za nieuzasadnione należycie, a zatem na niezasługujące na uznanie, Izba uznała twierdzenia Odwołującego o zaniechaniu wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp, a także zaniechania odrzucenia oferty przez niego złożonej.

Mając na uwadze powyższe rozstrzygnięcia, Izba uznała również, iż nie zostało wykazane, aby Zamawiający w sposób dyskryminujący Odwołującego i naruszający przepisy ustawy Pzp różnicował ocenę oferty złożonej przez tego wykonawcę i oferty złożonych przez pozostałych wykonawców. Tym samym Izba uznała, iż nie zostało wykazane, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 czy też art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości

i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....