

Sygn. akt KIO 3036/13

WYROK
z dnia 23 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 stycznia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 grudnia 2013 r. przez Skanska Spółkę Akcyjną w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez AQUANET Spółkę Akcyjną w Poznaniu

przy udziale TERLAN Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Skanska Spółkę Akcyjną w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Skanska Spółkę Akcyjną w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 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 Poznaniu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – AQUANET S.A. w Poznaniu - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest Kontrakt K-10 - Aglomeracja Poznań: Budowa kanalizacji sanitarnej wraz z przyłączami na terenie Szczepankowa w Poznaniu - etap II."

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 092-156370 z dnia 14 maja 2013 r.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

20 grudnia 2013 r. zamawiający przesłał informację o wyniku postępowania o udzielanie zamówienia publicznego.

SKANSKA S.A. w Warszawie wniósł odwołanie 30 grudnia 2013 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy - TERLAN Sp. z o.o. (dawniej AQUANET Krzesinki Sp. z o.o.) w Poznaniu - jako najkorzystniejszej, mimo że zamawiający był zobowiązany do odrzucenia jej w związku z tym, że jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ”);
- 2) art. 90 ust. 3 oraz ust. 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy - TERLAN Sp. z o.o., która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 3) art. 91 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego; która jest najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu;
- 4) art. 8 ust. 3 ustawy przez nieodtajnienie oferty podwykonawcy, na którego w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny powołuje się TERLAN Sp. z o.o. w zakresie dotyczącym wyceny kosztów związanych z zajęciem pasa drogowego;
- 5) art. 87 ust. 1 ustawy przez niedopuszczalne prowadzenie negocjacji między zamawiającym, a wykonawcą, gdyż pismo będące odpowiedzią TERLAN Sp. z o. o. w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów, jest w istocie pismem będącym wyjaśnieniem treści oferty, które prowadzi do zmiany w treści oferty;

6) art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy przez fakt, iż negocjacje doprowadziły do zmiany w treści oferty, co skutkuje niezgodnością oferty z ustawą;

7) art. 7 ust. 1 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

2) odtajnienia oferty podwykonawcy na którego w zakresie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny powołuje się TERLAN Sp. z o.o., w zakresie dotyczącym wyceny kosztów związanych z zajęciem pasa drogowego;

3) odrzucenie oferty TERLAN Sp. z o.o. z uwagi na fakt, iż pismo będące odpowiedzią na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów doprowadziło do zmiany treści oferty;

4) odrzucenia oferty złożonej przez TERLAN Sp. z o.o. ;

5) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący stwierdził, iż zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, które Krajowa Izba Odwoławcza uznała za przedwczesne w orzeczeniu z dnia 9 października 2013 r. (sygn. akt KIO 2292/13), stają się zasadne w obliczu dokonanych przez TERLAN Sp. z o. o. wyjaśnień. Podniósł, że Zarząd zamawiającego nie odrzucił oferty TERLAN Sp. z o. o. nawet w obliczu takiej rekomendacji własnej Komisji Przetargowej.

Odwołujący podkreślił, że TERLAN Sp. z o. o. nie uwzględnił w cenie oferty opłaty za zajęcia pasa drogowego. Wywiódł, że zgodnie z postanowieniami SIWZ, pkt. 1.4.18 Organizacja ruchu, Wymagania Ogólne, STWiORB koszty zmiany organizacji ruchu będą płatne jako kwoty ryczałtowe dla poszczególnych ulic, wg pozycji w Przedmiarze Robót (PR.O - Wymagania Ogólne). Stawki opłat za zajęcie pasa drogowego obowiązujące na terenie planowanych do prowadzenia robót budowlanych w ramach przedmiotowej inwestycji określone są na podstawie ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2013 r. poz. 260) w uchwale Nr XLV/469/IV/2004 Rady Miasta poznań z dnia 25 maja 2004 r. oraz zmieniającej ją uchwale NR XL/604/VI/2012 z dnia 6 listopada 2012r. w sprawie wysokości stawek opłat za zajęcie pasa drogowego dróg publicznych w granicach administracyjnych miasta Poznania.

Odwołujący podniósł, że już pobieżna analiza porównawcza wartości złożonych do ofert kosztorysów przez odwołującego oraz wykonawcy TERLAN Sp. z o.o. - (przedmiar PR-O, dot. ST-00 pkt. 1.4.18) w zakresie pozycji Zmiany Organizacji Ruchu na czas robót (PR-O, poz. 1.4.1 kosztorysu), która obejmuje m.in. opłaty za zajęcie pasa drogowego, wskazuje że wykonawca ten nie spełnił obowiązku zawartego w opisywanych wyżej zapisach SIWZ, w związku z tym treść oferty tego wykonawcy należy uznać jako niezgodną z treścią SIWZ.

Odwołujący podniósł brak możliwości uwzględnienia koszty zmiany organizacji ruchu w innych pozycjach kosztorysu oraz ocenił, że wobec niedoszacowania tej pozycji przedmiaru rażąco niska jest cena całej oferty TERLAN Sp. z o.o. Koszt wszystkich opłat za zajęcie pasa drogowego kształtuje się bowiem w opinii Odwołującego na poziomie ok. 0,5 mln złotych, natomiast dla przykładu cała pozycja 1.4.1 przedmiarów robót obejmujących te opłaty wynosi w ofercie TERLAN Sp. z o.o. - 70 000 zł netto. Sam odwołujący natomiast wycenił zgodnie z SIWZ całą pozycję 1.4.1 Przedmiaru PR-O na kwotę 1 306 550 złotych netto.

Zdaniem odwołującego brak wyceny rzeczywistych kosztów wykonania wskazanych prac przez wykonawcę powoduje, że jego oferta jest zaniżona. Tym samym, nie tylko ceny jednostkowe w ofercie TERLAN Sp. z o.o. są rażąco niskie, ale z uwagi na konsekwencje przyjęcia tak niskich cen jednostkowych - nadto przy przyjęciu wynagrodzenia kosztorysowego w tym postępowaniu - rażąco niska jest też cena całej oferty.

Odwołujący zarzucił, że zamawiający przez uznanie zastrzeżenia wyjaśnień dotyczących wyceny kosztów dokonanych na podstawie aktów prawa miejscowego naruszył art. 8 ust. 3 ustawy, gdyż informacje takie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Wskazał, iż zamawiający powinien odtajnić tylko wycenę kosztów związanych z zajęciem pasa drogowego, gdyż TERLAN Sp. z o.o. w swoich wyjaśnieniach dotyczących utajnienia informacji wskazywał tylko, iż „oferty złożone przez potencjalnych podwykonawców i dostawców stanowią źródło wiedzy na temat kontaktów handlowych wykonawcy.”

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp odwołujący podniósł, że w żadnej części oferty, a tym bardziej w pkt 13) formularza ofertowego, gdzie powinny być wskazane takie informacje, TERLAN Sp. z o.o nie wskazał, iż zamierza powierzyć podwykonawcom wykonanie robót związanych z kanalizacją sanitarną grawitacyjną, kanalizacją sanitarną tłoczną, czy też przepompownią ścieków. Wobec powyższego wskazał, iż przez oświadczenie w zakresie powierzenia podmiotom udostępniającym zasoby podwykonawstwa tych robót TERLAN Sp. z o.o. zmienił oświadczenie woli, zmieniając tym samym zakres przedmiotowej oferty.

TERLAN Sp. z o.o. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący i przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska. Nie stawiał się zamawiający, prawidłowo powiadomiony o terminie posiedzenia.

Izba ustaliła, co następuje:

Wyrokiem z dnia 9 października 2013 r. (sygn. akt: KIO 2292/13) Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie wniesione przez odwołującego wobec wyboru najkorzystniejszej oferty i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz m.in. ponowne dokonania czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym dokonanie wobec przystępującego - TERLAN Sp. z o.o. (wówczas AQUANET Krzesinki Sp. z o.o.) czynności wszczęcia procedury wynikającej z art. 90 ust. 1 ustawy tj. ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W uzasadnieniu Izba wywiodła, odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, że na tym etapie postępowania, w sytuacji, gdy wykonawcy nie udzielili zamawiającemu wyjaśnień co do wyceny swoich ofert w kontekście rażąco niskiej ceny, nieuprawnione i przedwczesne byłoby uznanie, że nie dokonali oni wyceny swoich ofert zgodnie z wymogami SIWZ, uwzględniając określony tam przez zamawiającego sposób obliczenia ceny.

Zamawiający wykonał wyrok w ten sposób, że pismem z 20 listopada 2013 r. wezwał TERLAN Sp. z o.o. do wyjaśnienia sposobu kalkulacji a także uzasadnienia poziomu zaoferowanej ceny za wykonanie całego zamówienia ze szczególnym uwzględnieniem kosztów organizacji wykonania inwestycji, sposobu kalkulacji tych kosztów dla pozycji obejmujących zakresy prac ujętych w ofercie:

- Przedmiar Robót PR-0 Wymagania ogólne, dział 1.4.1 „Zmiana organizacji ruchu na czas robót wraz z uzgodnionym projektem oraz odtworzenie organizacji ruchu po robotach – zakres robót jak dla części I” pozycje 12-17;
- Przedmiar Robót PR-0 Wymagania ogólne, dział 1.4.2 - Zmiana organizacji ruchu na czas robót wraz z uzgodnionym projektem oraz odtworzenie organizacji ruchu po robotach zakres robót jak dla Części II – pozycje 18 i 19. Zamawiający wymagał wzięcia pod uwagę obowiązujących na terenie Miasta Poznania stawek opłat związanych z zajęciem pasa drogowego.

W odpowiedzi na wezwanie TERLAN Sp. z o.o. pismem z 22 listopada 2013 r. zwrócił się do zamawiającego z prośbą o uściślenie, czy wezwanie dotyczy ceny za całość zamówienia i wszystkich pozycji, czy tylko pozycji wyszczególnionych przez zamawiającego. W razie konieczności udzielenia wyjaśnień co do wszystkich pozycji przystępujący zwracał się z prośbą o przesunięcie terminu udzielenia wyjaśnień o 3 dni.

W odpowiedzi zamawiający pismem z 25 listopada 2013 r. wyjaśnił, że oczekuje wyjaśnień pozycji z dwóch działów:

- Przedmiar Robót PR-0 Wymagania ogólne, dział 1.4.1 „Zmiana organizacji ruchu na czas robót wraz z uzgodnionym projektem oraz odtworzenie organizacji ruchu po robotach – zakres robót jak dla części I” pozycje 12-17;

- Przedmiar Robót PR-0 Wymagania ogólne, dział 1.4.2 - Zmiana organizacji ruchu na czas robót wraz z uzgodnionym projektem oraz odtworzenie organizacji ruchu po robotach zakres robót jak dla Części II – pozycje 18 i 19.

W wyjaśnieniach udzielonych pismem z 27 listopada 2013 r. TERLAN Sp. z o.o. potwierdził, że wycena prac jest poprawna i że uwzględnia wszystkie koszty związane z realizacją pozycji przedmiarowych 1.4 określonych jako „zmiana organizacji ruchu”. Oświadczył, że prace związane z tą częścią przedmiotu umowy (kwestia organizacji ruchu związana jest z wykonaniem prac drogowych i budowlano-montażowych) zamierza powierzyć podwykonawcy. Wynagrodzenie podwykonawcy, znajomość rynku oraz doświadczenie pozwoliło na uwzględnienie marży przy zastosowaniu wyceny na wysokim poziomie gwarantującym pokrycie kosztów oraz osiągnięcie zysku. Przystępujący wskazał też, że rynkowość i realność ceny potwierdzają ceny innych ofert złożonych w postępowaniu.

Zamawiający nie uznał przywołanych wyjaśnień za wystarczające i pismem z 3 grudnia 2013 r. wezwał TERLAN Sp. z o.o. do ich uszczegółowienia.

W odpowiedzi udzielonej pismem z 5 grudnia 2013 r. przystępujący podtrzymał dotychczasowe wyjaśnienia i stwierdził, że o rynkowym charakterze badanych pozycji świadczy ich porównywalna wartość we wszystkich ofertach oprócz oferty odwołującego. Podkreślił, że kosztem realizacji zakresu prac objętego ofertą podwykonawcy (w tym prac opisanych w pozycjach przedmiarowych 1.4.1 i 1.4.2) jest koszt wynagrodzenia dla tego podwykonawcy, a nie koszty tego podwykonawcy. Oferta podwykonawcy została załączona do wyjaśnień z zastrzeżeniem jej jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przystępujący podkreślił też doświadczenie zdobyte na rynku lokalnym oraz to, że jest jedynym wykonawcą posiadającym siedzibę w pobliżu placu budowy.

W związku z tezami zawartymi w uzasadnieniu wyroku Izby z 9 października 2013 r. zamawiający wezwał ponadto TERLAN Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia w związku z powołaniem się na zasoby innego podmiotu.

W odpowiedzi przystępujący wyjaśnił, że udział podmiotów, które udostępniły swe zasoby, w wykonaniu zamówienia będzie polegał przede wszystkim na tym, iż podmioty te będą wykonywały część robót wchodzących w zakres zamówienia w charakterze podwykonawcy.

Przystępujący złożył dwa zobowiązania. W pierwszym z nich, Litz Sp. z o.o. wskazał, że będzie brał udział w wykonywaniu zamówienia przez okres realizacji inwestycji, a w szczególności zakres udziału wskazanego podmiotu będzie polegał na wykonaniu kanalizacji

sanitarnej grawitacyjnej w ul. Szczepankowo, Sierpowej, Sowiej, Brzoskwiniowej, Porzeczkowej i usuwaniu wszelkich wad i usterek w okresie obowiązywania gwarancji i rękojmi za wykonane prace.

Feliks Fietz prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „LITZ” Feliks Fietz wskazał, iż wykonawcą oraz podmiot udostępniający zasoby będzie łączyła umowa podwykonawcza na prace związane z wykonaniem części robót polegających na wykonaniu kanalizacji sanitarnej tłocznej oraz kompleksowym wykonaniu przepompowni ścieków.

TERLAN Sp. z o.o. w pkt 13) formularza oferty złożył oświadczenie, iż wykona przedmiot zamówienia własnymi siłami, z wyjątkiem robót drogowych, teletechnicznych i elektrycznych oraz budowlano-montażowych.

Izba dokonała omawianych ustaleń na podstawie dowodów z: SIWZ, ofert odwołującego i przystępującego oraz powołanych pism i oświadczeń (kopie w aktach sprawy).

Na podstawie akt postępowania w sprawie KIO 2292/13 dopuszczonych jako dowód z urzędu, Izba ustaliła, że wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na kwotę: 32 786 823,45 zł netto, w tym wartość robót uzupełniających do 15%, tj. w kwocie: 4 276 542,19 zł. Wartość ta została ustalona przez zamawiającego na podstawie kosztorysu inwestorskiego w dniu 4 marca 2013 r. Przed otwarciem ofert w dniu 11 lipca 2013 r. zamawiający podał kwotę, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia: 35 067 645,95 zł (brutto). W postępowaniu złożono oferty z cenami odpowiednio:

- 1) przystępujący (TERLAN Sp. z o.o.) - 18 971 427,74 zł,
- 2) Konsorcjum WUPRINŻ - 15 286 588,06 zł,
- 3) Konsorcjum MOLEWSKI - 19 643 100,00 zł,
- 4) PIU GAZOPOL Ltd Sp. z o.o. w Koszalinie, wykonawcy wykluczonego z postępowania – 20 730 420,00 zł,
- 5) odwołujący - 31 921 699,19 zł.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie znajduje zastosowania w sprawie. Zgodnie z wykładnią tego przepisu wypracowaną w przeważającej części doktryny i orzecznictwa, niezgodność treści oferty z treścią SIWZ polega na braku zgodności świadczenia oferowanego przez wykonawcę z wymaganiami stawianymi wykonaniu przedmiotu zamówienia opisanymi przez zamawiającego w SIWZ, nie zaś na błędnym obliczeniu ceny oferty, o którym stanowi odrębna norma zawarta w art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Z uchwał Sądu Najwyższego z 20 października 2011 r. (III CZP 52/11 i III CZP 53/11) wyprowadzić należy jednak wniosek, że granica między tymi dwoma niezależnymi podstawami odrzucenia oferty ulega zatarciu w sytuacji, gdy zamawiający podał dane niezbędne do obliczenia ceny oferty, a uchybienia popełnione przez wykonawcę mogą być poprawione zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Sytuacja taka nie ma miejsca w sprawie, gdyż zarzut odwołania dotyczy w istocie niedoszacowania kosztów zmiany organizacji ruchu, mającego znaczenie wyłącznie dla rzetelnego obliczenia ceny oferty, co referuje się do kolejnej podstawy odrzucenia oferty. Art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp nakazuje bowiem odrzucić ofertę z ceną rażąco niską.

Izba, wbrew żądaniu przystępującego, nie pominęła jednak argumentacji odwołującego powołanej w odniesieniu do art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Błędne wskazanie podstawy prawnej skarżonej czynności zamawiającego nie tworzy zarzutu (wyrok Izby z 11 marca 2011 r., sygn. akt KIO 380/11). Argumentacja odwołującego zmierza do wykazania rażąco niskiej ceny oferty przystępującego, a zarzut zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp był podniesiony w odwołaniu.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp nie znalazł potwierdzenia.

Powołane normy, zgodnie z jednolitym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, nakazują zamawiającemu odrzucenie oferty z ceną rażąco niską w sytuacji, gdy udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia ceny oferty okazały się niewystarczające lub nie zostały złożone w ogóle i odnoszą się do ceny całości oferowanego świadczenia.

Odwołujący pomija tymczasem, że zamawiający nie zbadał ceny całości oferty TERLAN Sp. z o.o.

Z treści wezwań kierowanych do przystępującego wynika, że wprawdzie zamawiający początkowo żądał wyjaśnień ceny oferty ze szczególnym uwzględnieniem kosztów zmiany organizacji ruchu, jednak skutkiem pisma przystępującego z 25 listopada 2013 r. ograniczył zakres badania do pozycji Przedmiaru Robót PR-0 dotyczących zmiany organizacji ruchu na czas robót.

Oceniając złożone wyjaśnienia Izba zważyła, że nie wskazują one czynników o obiektywnym charakterze, które umożliwiłyby pozytywną ocenę podanych informacji z zastosowaniem obiektywnych kryteriów.

Powołana w wyjaśnieniach mała odległość siedziby przystępującego od placu budowy choć może mieć wpływ na cenę całej oferty, nie ma znaczenia dla kosztów zmiany organizacji ruchu.

Nie zasługuje na aprobatę pogląd, że ujęcie w cenie oferty oczekiwań finansowych podwykonawcy, zwalnia wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia z troski o rzetelność wyceny części zamówienia, którą dany podwykonawca wykona.

Zgodnie z przepisami ustawy za prawidłowe obliczenie ceny oferty odpowiada wyłącznie wykonawca, zatem niedoszacowanie wartości prac przez podwykonawcę jest traktowane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jak wadliwe i niestaranne działanie samego wykonawcy. Wszak podwykonawca nie składa oferty zamawiającemu, ani nie jest stroną umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Celem badania ceny oferty jest ochrona zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia oraz umożliwienie wykonawcom ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego na zdrowych zasadach, w warunkach uczciwej konkurencji. Stąd art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stosuje się również w sytuacji, gdy niedoszacowanie kosztów przez ewentualnego podwykonawcę prowadzi do rażącego zaniżenia ceny oferty wykonawcy.

Kwestią do rozstrzygnięcia pozostaje, czy brak należytego wyjaśnienia przez przystępującego kosztów zmiany organizacji ruchu na czas robót, oznacza, że cena jego oferty jest rażąco niska.

Nie zostało to przesądzone jednoznacznie przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu wyroku z 9 października 2013 r., zatem Izba – w składzie rozpoznającym niniejsze odwołanie – zobowiązana była do dokonania własnej oceny.

W ślad za poglądem wypracowanym przez doktrynę i orzecznictwo stwierdzić trzeba, że cena rażąco niska to cena nierealna, skalkulowana poniżej wartości rynkowych, obliczona poniżej kosztów wykonania zamówienia, nie pozwalająca na osiągnięcie zysku (tak m.in. w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07).

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jest wyrażany pogląd, że rażąco niski charakter części zamówienia może wywierać na cenę całości oferty wpływ tak znaczący, że powoduje zaniżenie ceny oferty (wyrok Izby z 19 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1288/13 i KIO 1292/13).

Pogląd ten został jednak wyrażony w odniesieniu do zamówień o charakterze niejednorodnym (którego przedmiot stanowiły dostawa i usługa), więc nie może znajdować

zastosowania w badanej sprawie, gdzie przedmiot zamówienia stanowią wyłącznie roboty budowlane.

Po wtóre, jakkolwiek zamawiający jest uprawniony do tego by badać poszczególne składniki cenotwórcze oferty, to wyniki takiego badania nie przesądzają automatycznie o rzetelności całej ceny ofertowej.

Istotnie, jak twierdzi odwołujący, w razie dokonania przez zamawiającego wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp obowiązek złożenia wyjaśnień przekonujących o poprawności obliczenia ceny oferty spoczywa na wezwanym wykonawcy. Jednak jeśli zamawiający przyjmuje wyjaśnienia wykonawcy i nie odrzuca oferty, to - w postępowaniu przed Izbą - ciężar dowodu co do istnienia zasadności podstaw odrzucenia spoczywa na wykonawcy, który domaga się odrzucenia oferty (tak m. in. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 14 czerwca 2010 r., sygn. akt XIX 230/10). Wynika to z zasady rozkładu ciężaru dowodu ustalonej w art. 191 ust. 1 Pzp w ślad za art. 6 k.c.

Odwołujący nie dowiódł, że przyjęcie niskich kosztów zmiany organizacji ruchu na czas robót powoduje rażące zaniżenie ceny całej oferty. Podnosił wprawdzie, że koszt opłat lokalnych wynosi ok. 500 mln zł, jednak nie wykazał, że pominięcie tej kwoty przez TERLAN w odpowiedniej części przedmiaru powoduje, że wykonanie zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest niemożliwe. Ryczałtowy charakter tego elementu ceny powoduje to jedynie, że co do zasady wykonawca nie będzie miał możliwości domagania się jej zwiększenia (art. 632 § 1 k.c.).

Izba uznała, że brak dostatecznych wyjaśnień nie przesądza, że cena oferty TERLAN Sp. z o.o została skalkulowana nierzetelnie, poniżej wartości rynkowych i nie jest możliwe wykonanie za nią przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

Na rynkowy charakter ceny oferty przystępującego wskazuje zdaniem Izby również poziom cen oferowanych przez innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Cena oferty odwołującego odbiega istotnie od średniej ceny ofert złożonych w postępowaniu. Bez znaczenia prawnego jest nieprzyjęcie przez kierownika zamawiającego (Zarząd) rekomendacji komisji przetargowej.

Potwierdzenie znalazł natomiast zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp. Izba nie dopatrzyła się, aby oferta podwykonawcy, zasługiwała na uznanie jej za tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość

gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Przywołany przepis podlega interpretacji ścisłej, gdyż stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przesłanki uzasadniające zastrzeżenie informacji powinny mieć charakter obiektywny, zatem ich istnienie nie może być ograniczone w czasie – wyłącznie do wyboru najkorzystniejszej oferty lub podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba uznała, że w badanej sprawie wycena części robót budowlanych oraz tożsamość podwykonawcy nie są danymi, które nie mogą być ujawnione innym wykonawcom. Przystępujący nie wykazał, aby wycena prac, które nie są wysoce specjalistyczne, ani też nie wymagają szczególnych materiałów, zasługiwała na ochronę z powodu ich wartości gospodarczej. .

Dokonane zastrzeżenie ceny i danych podwykonawcy dyskwalifikuje też oświadczenie przystępującego, że informacje te po podpisaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego mogą stać się jawne.

W tej sytuacji Izba uznała, że zastrzeżenie firmy podwykonawcy oraz ceny jego oferty (w odniesieniu do części przedmiotu zamówienia) nie zostało dokonane w celu ochrony obiektywnego interesu przystępującego, a zmierza jedynie do wyłączenia kontroli konkurentów w postępowaniu, zbadania, czy w cenie prac zostały przewidziane należne opłaty lokalne.

Izba nie nakazała zamawiającemu uznania zastrzeżenia za bezskuteczne (potocznie „odtajnienie”), gdyż naruszenie art. 8 ust. 3 Pzp nie ma i nie może mieć wpływu na wynik postępowania, z powodu braku potwierdzenia się któregośkolwiek z pozostałych zarzutów.

Zamawiający nie naruszył art. 87 ust. 1 Pzp. Nie prowadził bowiem żadnych negocjacji z TERLAN Sp. z o.o.. lecz jedynie wykonał wobec tego wykonawcy czynności wywiedzione z wyroku Izby z 9 października 2013 r.

Izba uznała, że z dokumenty i wyjaśnienia złożone przez przystępującego w wyniku wezwania do uzupełnienia, nie zmieniają zakresu oferty, lecz opisują inaczej zakres prac, które wykona podwykonawca. W treści zobowiązań Litz Sp. z.o.o oraz Pana Felksa F. zawarte są inne określenia, niż użyte przez przystępującego w pkt 13 oferty. Nie powoduje to jednak uznania, że oferta TERLAN jest niezgodna z ustawą i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Sama różnica w nomenklaturze nie przesądza o treści oświadczenia woli wykonawcy.

Z braku dowodów i przekonującej argumentacji na twierdzenie przeciwne Izba uznała, że pod pojęciem roboty budowlano-montażowe, w okolicznościach sporu, gdzie przedmiotem

zamówienia jest budowa kanalizacji sanitarnej, można rozumieć prace w zakresie kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej, kanalizacji sanitarnej tłocznej oraz wykonanie przepompowni ścieków. Instalacja jest bowiem synonimem pojęcia „montaż” (*vide*: "Współczesny Słownik Języka Polskiego", red. Bogusław Dunaj, wyd. Langenscheidt Polska Sp. z o.o.)

Izba wyraża pogląd, że zmiany co do zakresu prac, które będą powierzone podwykonawcy, nie są na gruncie przepisów ustawy niedopuszczalne *a priori*. Zmiany takie mogą stanowić naruszenie przepisów ustawy przede wszystkim w sytuacji, gdy skutkiem zmiany zostanie przekroczony zakres podwykonawstwa ustalony w SIWZ zgodnie z art. 36 ust. 5 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Przewodniczący: