

WYROK

z dnia 29 grudnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 grudnia 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 14 grudnia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie, Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych 7 sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zadanie I – przebudowa sieci kanalizacji deszczowej; zadanie II – budowa przyłącza sieci wodociągowej* (nr postępowania WB/PO/9/R/6)

prowadzonym przez zamawiającego: **Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Bydgoszczy**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: INŻYNIERIA RZESZÓW S.A. z siedzibą w Rzeszowie, Przedsiębiorstwo Budowlano-Wdrożeniowe „INŻBUD” Z.Z., M.Ś. sp. j. z siedzibą w Grudziądzu –** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Rejonowemu Zarządowi Infrastruktury w Bydgoszczy: unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a w ramach powtórzonych czynności – odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: INŻYNIERIA RZESZÓW S.A. z siedzibą w Rzeszowie, Przedsiębiorstwo Budowlano-Wdrożeniowe „INŻBUD” Z.Z., M.Ś. sp. j. z siedzibą w Grudziądzu, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także odstąpienie str. od 1 do 6 wyjaśnień z 26 listopada 2015 r. złożonych przez tych wykonawców.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża przystępującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: INŻYNIERIA RZESZÓW S.A. z siedzibą**

w Rzeszowie, Przedsiębiorstwo Budowlano-Wdrożeniowe „INŻBUD” Z.Z., M.Ś. sp. j. z siedzibą w Grudziądzu i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwoływającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie, Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich 7 sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **przystępującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: INŻYNIERIA RZESZÓW S.A. z siedzibą w Rzeszowie, Przedsiębiorstwo Budowlano-Wdrożeniowe „INŻBUD” Z.Z., M.Ś. sp. j. z siedzibą w Grudziądzu** na rzecz **odwoływającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie, Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich 7 sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **23600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonych wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Bydgoszczy**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Bydgoszczy – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”} w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Zadanie I – przebudowa sieci kanalizacji deszczowej; zadanie II – budowa przyłącza sieci wodociągowej* (nr postępowania WB/PO/9/R/6).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 4 lipca 2015 r. pod nr 2015/S_127-231549, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej {www.rzi.hg.pl}.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

4 grudnia 2015 r. Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu – wykonawcom wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie, Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych 7 sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Konsorcjum Ids-Bud”} – zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: INŻYNIERIA RZESZÓW S.A. z siedzibą w Rzeszowie, Przedsiębiorstwo Budowlano-Wdrożeniowe „INŻBUD” Z.Z., M.Ś. sp. j. z siedzibą w Grudziądzu {dalej również: „Konsorcjum Inżynieria”}.

14 grudnia 2015 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności, a także od zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Inżynieria.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 8 ust. 2 i 3 w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji {t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.; dalej również: „ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji” lub „uznk”} – przez utrzymanie skuteczności zastrzeżenia jawności informacji znajdujących się w wyjaśnieniach Konsorcjum Inżynieria Rzeszów, złożonych w odpowiedzi na wezwanie do udzielenia wyjaśnień w kwestii zaoferowanej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 4 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Inżynieria,

pomimo że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

3. {ewentualnie, z ostrożnością} Art. 90 ust. 3 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Inżynieria, pomimo potwierdzenia, że oferta tego Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

4. Art. 7 ust. 1 i innych przepisów ustawy pzp wymienionych w treści odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Inżynieria.

2. Przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert.

3. Odtajnienia wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Inżynieria wyjaśnień w kwestii zaofferowanej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia.

4. Odrzucenia oferty Konsorcjum Inżynieria Rzeszów jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

5. Wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego

Odwołujący sprecyzował powyższe zarzuty przez zbiorcze podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

{ad pkt 1 i 2 listy zarzutów}

Odwołujący zrelacjonował następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania:

– Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia kwotę 22.755.861,19 zł;

– zostały złożone 4 oferty, których ceny kształtowały się w następujący sposób:
1) 14.948.441,85 zł, 2) 17.050.000,00 zł, 3) 17.379.319,22 zł, 4) 17.871.553,81 zł;

– z uwagi na fakt, iż cena oferty Konsorcjum Inżynieria jest niższa o 34,31% od wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego, 23 listopada 2015 r. Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 pzp wezwał Konsorcjum Inżynieria do złożenia wyjaśnień złożonej oferty w kwestii zaofferowanej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia;

– cała treść wyjaśnień, jak i wszelkie załączniki do pisma zostały zastrzeżone przez Konsorcjum Inżynieria jako zawierające informacje, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

{ad pkt 1 listy zarzutów}

Odwołujący nadmienił, że nie miał możliwości zapoznania się z treścią złożonych przez Konsorcjum Inżynieria Rzeszów wyjaśnień, gdyż Zamawiający uznał skuteczność powyższego zastrzeżenia.

W ocenie Odwołującego Konsorcjum Inżynieria nie było uprawnione do zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa całości wyjaśnień wraz z załącznikami, a Zamawiający zobowiązany był do chociażby częściowego odtajnienia tych dokumentów.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z brzmieniem art. 8 ust. 3 pzp oraz z orzecznictwem wydanym na jego podstawie, w celu skutecznego zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, wykonawca winien wraz z wyjaśnieniami dotyczącymi ceny jego oferty wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W związku z powyższym chociażby ta część pisma winna zostać udostępniona innym wykonawcom, w celu zweryfikowania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej nie jest zasadne objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentu jedynie ze względu na fakt, że niektóre zawarte w nim informacje potencjalnie mogą zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, a wykazanie przesłanek uzasadniających zastrzeżenie konieczne jest w odniesieniu do każdej z pojedynczych informacji zawartych w takim dokumencie. W taki również sposób zamawiający winien badać zasadność dokonanego zastrzeżenia w kontekście art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nieujawnianie informacji zastrzeżonych jest wyjątkiem od ogólnej zasady jawności postępowania, wyrażonej w art. 8 ust. 1 pzp i nie można akceptować zastrzegania całego pliku dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jeżeli znajdują się w nim informacje różnej wagi, także nieposiadające cechy tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie zasługują na ochronę te informacje, które są publicznie dostępne lub powszechnie znane, jak również – nie stanowią o przewadze konkurencyjnej wykonawcy ani nie przedstawiają wartości gospodarczej.

{ad pkt 2 listy zarzutów}

Odwołujący podniósł, że cena oferty Konsorcjum Inżynieria jako jedyna odbiega znacząco od ceny pozostałych ofert, które – co podkreślił – są bardzo zbliżone do siebie. Według Odwołującego to właśnie ceny ofert składanych przez wykonawców w danym postępowaniu odzwierciedlają rzeczywistą kwotę, jaką należy przeznaczyć w celu zrealizowania zamówienia publicznego. W związku z powyższym należy rozważyć, jakie czynniki były dostępne tylko i wyłącznie Konsorcjum, że pozwoliły na tak znaczną redukcję ceny, zarówno w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia określonej przez Zamawiającego, jak i w stosunku do ceny ofert innych wykonawców.

Odwołujący zamieścił w odwołaniu zestawienie cen elementów (rodzaju robót), składających się na cenę oferty w poszczególnych ofertach:

	K. IDS-BUD	K. INŻYNIERIA	MEGA	WUPRINŻ
Zlewnia nr 1				
Kolektory deszczowe	1 017 250,56	586 215,85	1 067 275,93	1 149 854,12
Roboty ziemne	160 626,63	87 555,94	160 513,28	184 955,14
Odwodnienie wykopów	352 109,19	76 609,72	234 996,94	248 848,25
Pompowanie wody	947 027,20	781 334,21	1 020 738,08	1 018 257,44

Sygn. akt KIO 2720/15

	K. IDS-BUD	K. INŻYNIERIA	MEGA	WUPRINŻ
Roboty montażowe kanałów	570 246,27	618 442,51	213 846,81	304 212,81
Przeciski pod jezdniami	63 798,33	38 618,14	60 870,23	54 284,28
Wyloty do rowu (W1; do rowu E i D)	77 904,19	95 945,59	108 776,85	114 464,35
Komora rozdziału K1	551 757,92	632 396,96	826 046,45	506 587,10
Separatory dla zlewni nr 1	670 765,50	566 952,09	547 408,49	448 619,64
Przepompownia D 1				
Zbiornik retencyjny ZR 1	3 294 724,68	3 693 220,25	3 422 249,34	3 248 785,51
Renowacja rowu RG2, D, E	43 588,22	23 790,01	31 237,83	40 990,74
Przebudowa wodociągu				
Roboty ziemne	24 556,44	15 760,16	20 591,42	24 020,42
Roboty montażowe	25 225,41	18 448,62	17 418,46	24 139,41
Zlewnia nr 2				
Kolektory deszczowe				
Roboty ziemne	1 379 029,73	768 207,27	1 491 884,68	1591722,25
Odwodnienie wykopów	188 412,88	124 349,88	196 681,04	228 825,68
Pompowanie wody	142 386,25	66 972,68	205 435,70	201 865,99
Roboty montażowe kanałów	1 321 057,43	1 099 563,14	1 412 089,92	1 400 015,10
Wyloty do rowu (W2)	9 897,87	8 171,12	9 191,46	9 651,09
Komora K2	89 893,06	76 583,26	96 159,27	113 495,02
Separatory dla zlewni nr 2	392 805,47	313 421,81	362 587,36	343 899,64
Przepompownia PD 2	335 094,92	333 014,89	554 219,80	436 080,84
Zbiornik retencyjny ZR 2	2 357 953,88	2 579 727,65	2 712 002,93	2 496 992,89
Renowacja rowu „A”	67 996,27	34 948,86	56 521,88	66 280,58
Przepusty (8 szt.)	690 419,30	428 069,37	748 248,21	798 474,93
Renowacja rowu „A” – ujście do rzeki	50 657,99	31 662,61	40 077,73	39 668,42
Zlewnia nr 3				
Separatory zlewni nr 3	171 804,25	155 368,02	178 360,03	173 872,03
Kanały – roboty ziemne	16 468,80	5 715,52	14 798,97	16 184,82
Kanały – roboty montażowe	32 632,06	29 356,51	31 894,24	38 363,44
Wylot do rowu W4	11 771,42	6 686,05	8 896,93	10 652,81
Zlewnia nr 4				
Separatory zlewni nr 4	80 449,91	59 641,26	319 767,54	71 482,52
Kanały – roboty ziemne	25 276,64	7 930,25	21 848,44	23 202,91
Kanały – roboty montażowe	40 016,37	27 707,00	34 754,04	43 696,17
Wylot do rowu W4	11196,46	7 611,42	9 956,91	11197,40
Zlewnia nr 5				
Separatory zlewni nr 5	16 145,04	34 029,77	31 019,58	41 338,08
Kanały – roboty ziemne	8 210,82	2 235,28	7 013,42	7 486,64
Kanały – roboty montażowe	17 821,67	11 528,90	15 326,33	15 266,99
Wylot do rowu (W5)	11148,19	6 309,67	8 426,99	10 025,91
Pozostałe roboty inżynierskie				
Przebudowa drenażu (D2/36-D2/37)	6 850,71	3 332,93	6 500,71	7 682,97

	K. IDS-BUD	K. INŻYNIERIA	MEGA	WUPRINŻ
Roboty rozbiórkowe	90 650,10	20 564,83	79 912,28	88 480,94
Razem sieci	15 365 628,03	13 478 000,00	16 385 546,50	15 653 925,27
Drogi	402 497,93	356800,00	408 982,51	571 840,76
Elektryka	537 919,94	493642,00	433 000,02	571 564,73
Razem zadanie 11299	16 306 045,90	14 328 442,00	17 227 529,03	16 797330,76
Razem zadanie 11624	743 954,10	619 999,85	644 024,78	581 988,46
	17 050 000,00	14 948 441,85	17 871 553,81	17 379 319,22

Analiza powyższego zestawienia pozwoliła Odwołującemu na ustalenie, że w ofercie Konsorcjum Inżynierii pozycje, które zawierają ceny znacznie niższe niż ceny innych wykonawców, dotyczą robót ziemnych, odwodnieniowych oraz robót montażowe kanałów.

Zdaniem Odwołującego są to podstawowe rodzaje prac, które nie dają wykonawcom możliwości zastosowania oszczędnych metod wykonania.

Odwołujący wskazał na zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”} dotyczące sposobu obliczenia ceny zgodnie z pkt 2.4 SIWZ Wykonawcy zobowiązani byli sporządzić kosztorys ofertowy na każde zadanie oddzielnie, metodą kalkulacji uproszczonej, na podstawie przedmiaru robót załączonego do SIWZ, uwzględniając w nim {podkreślenia za odwołaniem}:

- 1) *Wszystkie wyszczególnione pozycje robót, ilości robót.*
- 2) *Technologie wykonania robót określoną przez nr tablicy i kolumny odpowiedniego katalogu, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, obowiązujące normy i przepisy Prawa Budowlanego, warunki w jakich będzie realizowany przedmiot zamówienia.*
- 3) *Wszystkie koszty niezbędne do wykonania zadania, w szczególności wszelkie roboty przygotowawcze, prace porządkowe, koszty eksploatacji i technicznego utrzymania zaplecza budowy, dozоровania budowy, likwidacja terenu budowy i doprowadzenia terenu do należytego stanu i porządku, sporządzenia planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia oraz inne obowiązki wynikające z postanowień umownych*
- 4) *W kalkulacji ceny pozycji robót należy uwzględnić również wszelkie roboty towarzyszące wykonaniu zasadniczej pozycji robót, między innymi: ustawienie, pracę i demontaż niezbędnych rusztowań, jeżeli są one niezbędne do wykonania zasadniczej pozycji robót. Również wyniesienie, sortowanie, przekazanie zamawiającemu uzgodnionych materiałów, urządzeń, maszyn z demontażu*
- 5) *Każda pozycja kosztorysu ofertowego winna zawierać:*
 - numer pozycji odpowiadający numerowi pozycji przedmiaru,
 - podstawę (nr katalogu lub nazwę przyjętą w przedmiarze, np. kalkulacja własna, analiza własna, analogia, itp.),

- opis pozycji, jednostkę miary i ilość jednostek miary,
- cenę jednostkową obejmującą narzuty zysku, kosztów pośrednich oraz kosztów zakupu,
- wartość pozycji (bez podatku VAT).

Odwołujący powołał się na załączone do odwołania szczegółowe porównanie cen działań, tj. robót ziemnych, odwodnieniowych, pompowania oraz szczegółową kalkulację tych działań przygotowaną przy pomocy programu NORMA PRO. Odwołujący stwierdził, że program ten zawiera aktualne ceny materiałów, robocizny i sprzętu. Odwołujący podkreślił, że kalkulacja ta nie obejmuje żadnych narzutów, tj. zysku, kosztów pośrednich i kosztów zakupu, które powinny zostać przez każdego z wykonawców doliczone do cen jednostkowych wskazanych w ofercie.

Zdaniem Odwołującego z tej kalkulacji w sposób jednoznaczny wynika, że przyjęte przez Konsorcjum Inżynieria wartości dotyczące prac ziemnych, odwodnieniowych oraz pompowania są rażąco zaniżone (przykładowo: pozycja 5.d. 1.1.1: wartość bez narzutów opracowana w ww. programie wynosi 52,76 zł, przyjęta przez Konsorcjum Inżynieria wynosi 28,98 zł, wartość u innych wykonawców od 82 zł do 94 zł).

Odwołujący podniósł, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej rażąco niską ceną oferty jest cena niewiarygodna, nierealistyczna, odbiegająca wysokością od wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego z należytą starannością oraz cen pozostałych ofert złożonych w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub cen rynkowych, tj. cena, która nie pokrywa kosztów należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Cena rażąco niska jest więc ceną nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładająca wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. przez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne.

Odwołujący dodał, że w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 19 maja 2015 r. (sygn. akt KIO 932/15) zostało potwierdzone również, że dopuszczalne jest badanie pod kątem ceny rażąco niskiej elementów kalkulacyjnych oferty, o ile ich zaniżenie może przekładać się na rażąco zaniżenie zaoferowanej ceny całkowitej. Zdaniem Odwołującego z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym przypadku.

Według Odwołującego całokształt okoliczności wskazuje, że Konsorcjum Inżynieria nie uwzględniło w swojej ofercie kosztów bezpośrednich wykonania elementów wskazanych

w treści odwołania oraz narzutów, takich jak przykładowo koszty pośrednie, które zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ, powinny zostać doliczone do cen jednostkowych. Ponieważ są to wysokie koszty (oscylujące w kwocie od 1.000.000,00 zł do 2.500.000,00 zł, w zależności od przyjętego terminu realizacji inwestycji), których wykonawcy nie są w stanie uniknąć, oraz mając na uwadze fakt, iż wysokość pozostałych cen jednostkowych wskazanych przez Konsorcjum Inżynieria wyklucza możliwość przerzucenia kosztów ogólnych budowy do innych pozycji, Konsorcjum Inżynieria nie jest w stanie należycie zrealizować przedmiotowego zamówienia publicznego i zostały spełnione wszelkie przesłanki w celu uznania, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę.

14 grudnia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: INŻYNIERIA RZESZÓW S.A. z siedzibą w Rzeszowie, Przedsiębiorstwo Budowlano-Wdrożeniowe „INŻBUD” Z.Z., M.Ś. sp. j. z siedzibą w Grudziądzu przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania powyższego zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania jako w całości bezzasadnego.

22 grudnia 2015 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający oświadczył, że działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy pzp postanowił uwzględnić w całości zawarte w nim zarzuty.

Zamawiający dodał, że w przypadku braku sprzeciwu po umorzeniu postępowania odwoławczego unieważni czynności i wykona czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Postanowieniem z 22 grudnia 2015 r. Izba – działając na podstawie § 13 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280, z późn. zm.) – wezwała Przystępującego do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu w terminie 3 dni od otrzymania wezwania pod rygorem umorzenia postępowania odwoławczego.

23 grudnia 2015 r. wpłynęło do Izby pismo Konsorcjum Inżynieria obejmujące

sprzeciw co do powyższej czynności Zamawiającego.

Ponadto Przystępujący w następujący sposób odniósł się do zarzutów odwołania i stanowiska Zamawiającego.

Według Przystępującego Zamawiający uwzględnił odwołanie, pomimo że nie zawiera ono dowodów ani nawet przekonującej argumentacji. Zamawiający nie wziął pod uwagę okoliczności faktycznych i prawnych, które legły u podstaw wyboru oferty Przystępującego.

Zamawiający powziawszy wątpliwości co do zaoferowanej ceny oferty, wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień. W odpowiedzi na wezwanie w zakreślonym terminie Przystępujący złożył te wyjaśnienia wraz z dowodami.

Złożone informacje zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zasadność zastrzeżenia może być przedmiotem badania przez Izbę w toku rozprawy. Przystępujący wnioskował o nieudostępnienie Odwołującemu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w trybie § 23 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań. Przystępujący dodał, że w treści zastrzeżonych dokumentów zwarto informacje potwierdzające zasadność zastrzeżenia.

W ocenie Przystępującego dokumenty te w wyczerpujący sposób potwierdzają, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przystępujący wywiódł, że w wyniku uwzględnienia odwołania Zamawiający zrezygnował ze statusu strony postępowania, a przy tym nie uzyskał statusu uczestnika postępowania. Stał się raczej uczestnikiem ułomnym, gdyż nie nabył prawa do występowania przeciw podmiotowi, który wcześniej popierał jego poprzednie stanowisko w sprawie.

Według Przystępującego uwzględnienie odwołania powoduje, że Zamawiający godzi się w całości z argumentacją zawartą w odwołaniu, ale nie będzie mógł podnosić nowych zarzutów w odwołaniu niezawartych. Takim zarzutem byłoby między innymi wskazanie dowodów z dokumentacji postępowania, na których Zamawiający opierałby swoje stanowisko w sprawie. Ponieważ Odwołujący jest obciążony obowiązkiem dowodowym, nie można dopuścić udowadniania zastępczego przez Zamawiającego. Każdy taki dowód prowadziłby do konkretyzacji ogólnych zarzutów postawionych w odwołaniu.

Przystępujący wywiódł, że uwzględnienie odwołania nie może prowadzić do wyeliminowania jego uprawnienia do zastosowania środka ochrony prawnej wobec czynności Zamawiającego opartej o okoliczności faktyczne niezawarte bezpośrednio w treści obecnie złożonego odwołania.

Zdaniem Przystępującego okoliczność powyższa jest o tyle istotna, że w treści odwołania nie doszło do konkretyzacji zarzutów względem rażąco niskiej ceny. Odwołujący nie podważył zakresu i skuteczności złożonych przez Przystępującego wyjaśnień wraz

z adekwatnymi do tych wyjaśnień dowodami. W treści odwołania Odwołujący wskazał na własne, życzeniowe wyliczenia, przyznając sobie bez żadnego uzasadnienia status podmiotu referencyjnego w przedmiotowym zakresie. Natomiast Zamawiający dysponował w chwili wyboru oferty Przystępującego wyczerpującymi informacjami w postaci wyjaśnień wraz z załączonymi dowodami. Wyjaśnienia te ani załączone dowody nie są przedmiotem odwołania.

Przystępujący podsumował, że zarzuty względem rażąco niskiej ceny muszą zatem zostać rozpatrzone przez Izbę wyłącznie w zakresie skonkretyzowanym w odwołaniu, a jego zdaniem w treści odwołania do takiej konkretyzacji nie doszło.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego wobec wniesionego sprzeciwu, stosownie do art. 186 ust. 4 pzp sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowisko. Zamawiający nie stawiał się na posiedzenie i rozprawę, pomimo prawidłowego zawiadomienia o ich terminie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę sklasyfikowaną na drugim miejscu. Odwołujący tym samym może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp dotyczącymi zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, co uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności istotne dla sprawy:

W odwołaniu (lub załącznikach do niego) adekwatnie przywołano okoliczności dotyczące:

- postanowień s.i.w.z. odnośnie sposobu obliczenia ceny oferty;
- ustalonej przez Zamawiającego wartości zamówienia {dodać jednak należy, że daje to kwotę 27.989.709,27 zł, którą zamierzano przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia};
- cen ofert złożonych w postępowaniu {przy czym najniższa z nich to oferta Konsorcjum Inżynieria, a druga w kolejności oferta Konsorcjum Ids-Bud}, w tym rozbiściu na poszczególne działy;
- wyceny pozycji wynikającej z kosztorysów zawartych w poszczególnych ofertach dla robót ziemnych, odwodnienia wykopów i pompowania wody,
- wezwania do wyjaśnień, jakie w trybie art. 90 ust. 1 pzp Zamawiający wystosował do Konsorcjum Inżynieria {z tym że różnica 34,31% odnosi się do zestawienia ceny netto oferty Konsorcjum Inżynieria do wartości szacunkowej zamówienia};
- nieudostępnienia przez Zamawiającego w całości wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Inżynieria {pisma z 26 listopada 2015 r. wraz z załączonymi do niego wyjaśnieniami składającymi się z części ogólnej i załączników}.

Uzupełniająco ustalono, co następuje:

Zamawiający w wezwaniu z 23 listopada 2015 r. stwierdził również, że: *Mając na uwadze złożoność przewidzianych do realizacji robót zachodzi uzasadnione przypuszczenie, że cena ofertowa została źle skalkulowana i może być elementem czynu nieuczciwej konkurencji.*

Pismo z 26 listopada 2015 r. w części wstępnej, obejmującej uzasadnienie, dlaczego wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie zostało zastrzeżone przez Konsorcjum Inżynieria jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Część ogólna wyjaśnień zawiera ogólne i generalne twierdzenia lub zapewnienia typu:

- *zapewniamy, że zastosowana na etapie przygotowania oferty kalkulacja została oparta na realnych wskaźnikach kosztowych zapewniających prawidłową realizację robót budowlanych powyżej kosztów ich wykonania z uwzględnieniem zysku;*
- *cena została skalkulowana na podstawie ilości robót wynikających z udostępnionego przedmiaru, potwierdzonych w dokumentacji projektowej załączonej do SIWZ, oraz w opraciu o rzeczywiste ceny materiałów, robocizny i sprzętu, a także z ujęciem wszystkich kosztów*

pośrednich oraz zakładanego zysku dla firmy;

– powołanie się na posiadanie odpowiednich kwalifikacji do wykonywania robót, w tym wieloletnie doświadczenie potwierdzone otrzymaniem referencji, a także uzyskanie w tym zakresie najlepszej oceny na etapie prekwalfikacji;

– zapewnienie, że *oferowana cena w pełni odnosi się do stopnia trudności wykonywanych robót ziemnych, w tym warunków gruntowych, wybranych rozwiązań technicznych, a także rodzaju i standardów materiałów opisanych w dokumentacji projektowej;*

powołanie się na fakt dokonania wizji lokalnej.

Ponadto w wyjaśnieniach powołano się na fakt posiadania własnej stacji paliw, co ma pozwolić na obniżenie kosztów paliwa o około 3% w stosunku do cen rynkowych.

W wyjaśnieniach wskazano również, że *dla możliwości ustalenia ceny na takiej, a nie innej wysokości, istotne znaczenie ma posiadanie przez Nasze Konsorcjum znaczącego zasobu sprzętowego:*

– *własnych umocnień (szalunków) załącznik nr 9,*

– *dysponowanie odpowiednio wykwalifikowaną kadrą, w tym zespołem robót specjalistycznych dysponujących własnym materiałem i sprzętem do pogrążania grodzie stalowych załącznik nr 9,*

– *własnych pomp i agregatów do odwodnień wykopów załącznik nr 9,*

– *własnego sprzętu do robót ziemnych: koparki, zagęszczarki, ubijaki, zgrzewarki, ciągniki itp. załącznik nr 9.*

Załączniki te stanowią własne opracowania Konsorcjum Inżynieria i nie zawierają wskazania skąd wzięły się wymienione w nich stawki dobowe i godzinowe użycia sprzętu.

W odniesieniu do robót zleczanych podwykonawcom (np. roboty elektryczne, roboty drogowe, budowa sieci kanalizacyjnej deszczowej metodą mikrotunelingu) wyjaśniono, że ich wycena została dokonana na podstawie ofert potencjalnych podwykonawców, które załączono do wyjaśnień {załączniki nr 2, 3 i od 10.1 do 10.10 wg zestawienia na str. 8 wyjaśnień}.

Ponadto wskazane w tabeli zestawienia kosztów inwestycji koszty gwarancji i ubezpieczenia {poz. 5 zestawienia} oraz koszty obsługi geodezyjnej {poz. 6 zestawienia} został wskazany jako *ujęte w cenie oferty*, a do wyjaśnień załączono uzyskane w tym zakresie oferty {załączniki nr 5 i 6 wg zestawienia na str. 8 wyjaśnień}.

Kalkulacja kosztów zaplecza, w tym organizacji zaplecza biurowego i wynagrodzeń kadry kierowniczej i pracowników sprowadza się do zbiorczego podania kwot wynikowych, bez wskazania, w jaki sposób i na jakiej podstawie zostały one wyliczone {załącznik nr 7 wg zestawienia na str. 8 wyjaśnień}.

W odniesieniu do rodzajów robót zidentyfikowanych w odwołaniu jako zaniżone

w stosunku do pozostałych ofert {roboty ziemne, odwodnienie wykopów, pompowanie wody i roboty montażowe kanałów z zadania nr I} wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum Inżynieria odsyłają wyłącznie do kalkulacji własnej – kosztorysu szczegółowego {załącznik nr 1 wg zestawienia na str. 8 wyjaśnień}.

Na podstawie tego kosztorysu Izba stwierdziła, że:

- stawki robocizny dla większości pozycji dotyczących robót ziemnych, odwodnienia wykopów, robót montażowych kanałów, wylotów do rowu oraz obiektów zlewni nominalnie określono na poziomie 8,50 - 9,00 zł za godzinę, co odbiega od stawki 10,94 zł wynikającej z obowiązującej do końca 2015 r. płacy minimalnej na poziomie 1750 zł miesięcznie (podzielonej przez 160 godzin pracy w miesiącu, przy średnio 40-godzinnym tygodniu pracy); dla obowiązującej od 1 stycznia 2015 r. płacy minimalnej na poziomie 1850 zł miesięcznie różnica jest jeszcze większa;
- dodatkowo w szeregu pozycji dotyczących robót ziemnych, pomimo opisu i nr odsyłającego do konkretnego KNR {katalogu nakładów rzeczowych} lub KNNR {katalogu norm nakładów rzeczowych} wskazanego w przedmiarach załączonych do s.i.w.z., liczba godzin przeznaczona na m³ została zredukowana, a w konsekwencji przy nakładach robocizny wynikających z danego KNNR stawki robocizny będą jeszcze niższe niż ich nominalnie wskazana wysokość;

Konsorcjum Inżynieria nie odniosło się w wyjaśnieniach do żadnej z powyższych kwestii:

- nie powołało się i nie wyjaśniło oszczędności metody wykonania robót, wybranych rozwiązań technicznych lub wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania robót dostępnych dla Konsorcjum Inżynieria, które pozwoliłyby na wykonywanie robót z większą efektywnością niż przyjętą według wskazanych w przedmiarach norm nakładów rzeczowych;
- nie wyjaśniło, dlaczego w kosztorysie uproszczonym zawartym w ofercie, a następnie w kosztorysie szczegółowym załączonym do wyjaśnień nie zamieściło adnotacji, że pozycje te oparte są na kalkulacji własnej również w odniesieniu do nakładów robocizny;
- nie wyjaśniło, dlaczego przyjęło koszty pracy niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę.

W dokumentacji postępowania prowadzonej przez Zamawiającego znajduje się *Opinia w sprawie rażąco niskiej ceny spr WB/PO/9/R/6*, z której wynika, że pozytywna ocena wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Inżynieria opierała się na przywołanych powyżej ogólnych twierdzeniach i zapewnieniach z części ogólnej wyjaśnień. W szczególności Zamawiający nie zidentyfikował faktu zaniżenia w stosunku do podanych przez siebie w przedmiarach nakładów robocizny, ani nie poddał żadnej refleksji wysokości stawek robocizny.

Niesporne było, że w cenie oferty Konsorcjum Inżynieria wartość robót ziemnych ma udział około 11 - 12%, a roboty dotyczące odwodnienia wykopów, pompownia wody i montażowe kanałów odpowiadają za kolejne 15 - 17%.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 2 i 3 listy zarzutów}

Izba stwierdziła, że Odwołujący zasadnie domaga się odrzucenia oferty Konsorcjum Inżynieria na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp, gdyż w udzielonych Zamawiającemu wyjaśnieniach złożonych w trybie 90 ust. 1 i 2 pzp, jak również na rozprawie Przystępujący nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, pomimo że to na nim spoczywał w tym zakresie ciężar dowodu.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 pzp, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U, Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Według normy zawartej w art. 90 ust. 2 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Art. 90 ust. 3 pzp stanowi, 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. Z kolei zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponadto na mocy art. 190 ust. 1a pkt 1 pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W pierwszej kolejności należy rozważyć co oznacza „rażąco niska cena”. Jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 128/08) przepisy ustawy pzp nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy braku takiej legalnej definicji „rażąco niskiej ceny” orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej orzecznictwo arbitrażowe, wypracowało pewne cząstkowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. I tak w wyroku Izby z 28 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 592/13) zauważono, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ponadto w wyroku z 4 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1562/11) wskazano, że cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W podsumowaniu stwierdzono, że cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Podobnie według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07) o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 88/09) wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen

obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) zbieżnie z powyższym wskazano, m.in., że ustawa pzp wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny, nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.

Pomimo generalnej adekwatności powyższych definicji, występowanie w nich, po pierwsze – nieostrych terminów definiujących (takich jak „nierealistyczność”, „niewiarygodność”, „nieadekwatność”, „znaczne odbieganie” etc.), po drugie – terminów niewyraźnych (takich jak „nieopłacalność”, „koszt wytworzenia”, „rentowność na zadaniu”), powoduje, że mają one ograniczoną przydatność przy rozstrzygnięciu konkretnych przypadków wystąpienia rażąco niskiej ceny. W szczególności powyższe definicje nie wyjaśniają, jakiego rodzaju koszty przedsiębiorstwa ma pokrywać cena ofertowa ani nie wskazują do jakich wskaźników lub progów rentowności postulat opłacalności ceny się odnosi (np. w jakim stopniu zaoferowana cena ma wpływać na wynik finansowy całej jednostki lub jej inne wskaźniki ekonomiczne, chociażby wskaźniki płynności finansowej). Wydaje się, że co do zasady rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Zawsze jednak konieczne jest, aby cena oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej – jak wynika z przywołanych powyżej wypowiedzi orzecznictwa i opinii UZP – jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej.

W tej sprawie poza wszelkim sporem jest okoliczność, że ceny wszystkich złożonych ofert znacznie odbiegają od wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego.

Jednocześnie jednak tylko cena oferty Konsorcjum Inżynieria wyraźnie odbiega od cen pozostałych trzech ofert, a za różnicę odpowiadają rodzaje robót zidentyfikowane w odwołaniu jako zaniżone.

W drugiej kolejności Izba uznała za celowe rozważenie ciężaru dowodu w przypadku zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny w kontekście granic kognicji Izby, a więc relacji przepisów art. 190 ust. 1 i 1a oraz art. 192 ust. 7 pzp.

Według art. 190 ust. 1 pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, przy czym dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej można przedstawiać do zamknięcia rozprawy. Jednakże zgodnie z art. 190 ust. 1a pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego (pkt 1), a jeżeli nie jest – na zamawiającym (pkt 2). Zdaniem składu orzekającego Izby powyższa regulacja wprowadzająca szczególny rozkład ciężaru dowodu w toku postępowania odwoławczego w odniesieniu do rażąco niskiej ceny oferty, musi być odczytywana w powiązaniu z poprzedzającym art. 190 ust. 1 pzp, a także z uwzględnieniem normy art. 192 ust. 7 pzp.

Zgodnie z tym ostatnim przepisem Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiedała się w tym przedmiocie. W szczególności w wyroku z 1 grudnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1633/09) Izba wskazała: *Zarzut protestu lub odwołania stanowi zatem wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego (arg. z art. 180 ust. 1 Pzp) oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie protestu. Z kolei w wyroku z 25 lipca 2013 r. (sygn. akt KIO 1653/13) Izba stwierdziła: O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna, szczególnie, że ta kwalifikacja prawna decyduje o uwzględnieniu żądania odwołania.*

W konsekwencji o ile dowody na mocy art. 190 ust. 1 pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 192 ust. 7 pzp. Należy bowiem rozgraniczyć okoliczności faktyczne

konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie. Wprowadzenie w art. 190 ust. 1a pzp w odniesieniu do rażąco niskiej ceny oferty szczególny rozkład ciężaru dowodu, nie zmienia reguły, że w pierw muszą zaistnieć w postępowaniu odwoławczym fakty, z których wywodzone są skutki prawne. Stąd odwołanie, które inicjuje takie postępowanie odwoławcze, musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucenie zamawiającemu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 3 ustawy pzp. Przy czym nie może się to sprowadzać do samego twierdzenia, że cena oferty jest rażąco niska, czy też twierdzenia, że ocena wyjaśnień powinna prowadzić do takiej oceny, gdyż należy skonkretyzować okoliczności faktyczne, które w danej sprawie pozwalają na wyprowadzenie takiego wniosku.

Jednakże należy również uwzględnić specyfikę sytuacji, w której wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 pzp zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Skoro wykonawca udzielający wyjaśnień zobowiązany jest i może wskazywać okoliczności o obiektywnym charakterze, których katalog jest nieograniczony (vide art. 90 ust. 1 pzp), odwołujący – w celu udowodnienia, że cena oferty konkurenta jest rażąco niska – musiałby powołać dowody przeciwne do okoliczności, które nie są mu znane. Obarczenie odwołującego obowiązkiem nadmiernej konkretyzacji zastrzeżeń w stosunku do utajnionych wyjaśnień nakładałoby na niego obowiązek procesowy zasadniczo niemożliwy do spełnienia. W rezultacie jakkolwiek nie można zwolnić odwołującego się wykonawcy od aktywności procesowej w ogóle, w takiej sytuacji od przystępującego, który utajnił wyjaśnienia (względnie od zamawiającego, który uznał to zastrzeżenie) należy oczekiwać wykazania w postępowaniu odwoławczym, że wykazują one rzetelne obliczenie ceny oferty.

Skoro według z art. 180 ust. 1 pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od czynności lub zaniechań zamawiającego, dokonując oceny czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty przystępującego po udzieleniu przez niego wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę, Izba zobligowana jest do zbadania, czy wyjaśnienia takie pozwalają na akceptację ceny oferty, zgodnie z kryteriami przykładowo wskazanymi w art. 90 ust. 1 pzp.

Należy podkreślić, że nawet przed obarczeniem wykonawcy wezwanego w trybie art. 90 ust. 1 pzp obowiązkiem uregulowanym aktualnie wprost w art. 90 ust. 2 pzp, wskazywano w orzecznictwie, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny {por. uzasadnienia wyroków Sądu Okręgowego w Warszawie z: 5 stycznia 2007 r. (sygn. akt V Ca 2214/06), 13 lutego 2014 r. (sygn. akt V Ca 3765/13), który dotyczył wyroku Izby z 22

października 2013 r. (sygn. akt KIO 2354/13), oraz 17 lutego 2014 r. (sygn. akt V Ca 3547/13), który dotyczył wyroku Izby z 7 października 2013 r. (sygn. akt: KIO 2216/13, KIO 2221/13)}. Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 8 czerwca 2006 r. (sygn. akt V Ca 459/06) wskazał ponadto, że postępowanie wyjaśniające ma utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Jeśli lektura wyjaśnień pozostawia istotne wątpliwości, co do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe, zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty.

Izba zważyła, że Odwołujący, który nie miał dostępu do wyjaśnień Konsorcjum Inżynieria, adekwatnie zidentyfikował rodzaje robót, które odpowiadają za zaniżenie ceny poniżej poziomu wyznaczonego przez pozostałe oferty złożone w postępowaniu, kwestionując możliwość wskazania w tych obszarach okoliczności uzasadniających obniżenie wyceny. Jak powyżej ustalono, wyjaśnienia w odniesieniu do tych obszarów nie mogą zostać uznane za wiarygodne, gdyż poza ogólnikowymi twierdzeniami i zapewnieniami w części wstępnej, ograniczają się do uszczegółowienia własnej kalkulacji uproszczonej zawartej w ofercie. Co więcej, kalkulacja w układzie uszczegółowionym ujawnia, że Konsorcjum Inżynieria – bez żadnego zasygnalizowania, uzasadnienia i wytłumaczenia – zaniżyło nakłady robocizny, co dodatkowo obniża stawki robocizny i bez tego przyjęte w wysokości nieodzwoiercedlającej płacy minimalnej. Takie wyjaśnienia nie mogły zostać uznane za rzetelne, wyczerpujące i przekonujące. Z kolei na rozprawie, pomimo wyrażonego wprost w art. 190 ust. 1a pzp rozkładu ciężaru dowodu, Przystępujący ograniczył się do podtrzymania tych wyjaśnień, gdyż błędnie przyjął, że na czynność Zamawiającego wykonaną na mocy wyroku zapadłego w tej sprawie będzie mu przysługiwało odrębne odwołanie.

{rozstrzygnięcie zarzutu z pkt 1 listy zarzutów}

Zgodnie z art. 8 ustawy pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne {ust. 1}. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie {ust. 2}. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu {ust. 3}. Art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji stanowi, że 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.

Izba zważyła, że *de lege lata* art. 8 ust. 3 pzp nakłada na wykonawcę, który chce skorzystać w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z ochrony informacji stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa, obowiązek wykazania zaistnienia przesłanek wynikających z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie składu orzekającego aktualne brzmienie art. 8 ust. 3 pzp nie pozostawia wątpliwości, że inicjatywa w tym zakresie należy wyłącznie do wykonawcy, który ma obowiązek zarówno wskazać zakres informacji niepodlegających udostępnieniu, jak i wykazać, że informacje te mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Porównanie z poprzednim brzmieniem art. 8 ust. 3 pzp jednoznacznie wskazuje, że wykonawca ma to uczynić jednocześnie, bez odrębnego wezwania ze strony zamawiającego, przy składaniu w postępowaniu dokumentów zawierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Z kolei Zamawiający ocenia skuteczność poczynionego zastrzeżenia na podstawie uzasadnienia przedstawionego przez wykonawcę, bez prowadzenia w tym zakresie dodatkowego postępowania wyjaśniającego, jak to często miało miejsce w poprzednim stanie prawnym.

W konsekwencji poprzestanie przez wykonawcę na wskazaniu informacji niepodlegających ujawnieniu, przy braku jednoczesnego wykazania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, powinno być poczytane przez zamawiającego jako nieskuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający w takiej sytuacji ma obowiązek udostępnienia zainteresowanym tych informacji, niezależnie od tego, czy stanowiłyby one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk, rozpatrywanego w oderwaniu od art. 8 ust. 3 pzp. Niewykazanie przez wykonawcę zasadności poczynionego zastrzeżenia oznacza bowiem co najmniej, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie podjął on niezbędnych działań w celu zachowania w poufności informacji mających dla niego wartość gospodarczą, które uprzednio nie były ujawnione do wiadomości publicznej. Niedochowanie aktu staranności wymaganego na mocy art. 8 ust. 3 pzp oznacza, że *de facto* wykonawca rezygnuje w postępowaniu o udzielenie zamówienia z chronienia informacji, które uprzednio poza tym postępowaniem mogły spełniać przesłanki z art. 11 ust. 4 uznk.

Powyższe stanowisko znajduje oparcie we wcześniejszym orzecznictwie Izby {por. uzasadnienia wyroków z: 26 lutego 2015 r. (sygn. akt 306/15), 2 marca 2015 r. (sygn. akt 279/15) i również z 2 marca 2015 r. (sygn. akt 291/15)}.

Izba zważyła, że Zamawiający bezpodstawnie zaniechał udostępnienia przez Zamawiającego pisma Konsorcjum Inżynieria w zakresie uzasadnienie zastrzeżenia

załączonych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż ta część pisma została złożona bez takiego zastrzeżenia. Z kolei biorąc pod uwagę ogólnikowość i generalność twierdzeń zawartych w części wstępnej wyjaśnień, nie sposób uznać, że również informacje zawarte w tej części pisma wypełniają znamiona art. 11 ust. 4 uznk.

Natomiast z uwagi na ogólnikowość zarzutu i żądania odwołania, Izba uznała, że w stosunku do dokumentów załączonych do wyjaśnień brak jest podstaw, aby uznać je za niestanowiące tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum Inżynieria. W ocenie Izby wyłącznie w przypadku tych dokumentów można uznać za adekwatne uzasadnienie podane przez Konsorcjum Inżynieria w odniesieniu do każdej z przesłanek wynikających z art. 11 ust. 4 uznk.

{rozstrzygnięcie pozostałych zarzutów}

Ponieważ zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 pzp i innych przepisów nie został w ogóle skonkretyzowany, musi zostać uznany za oczywiście niezasadny.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 90 ust. 3 w zw. z 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp, z uwzględnieniem art. 186 ust. 6 pkt 3 ustawy pzp. W pierwszej kolejności zaliczono do tych kosztów uiszczony przez Odwołującego wpis – zgodnie z § 3 pkt 1 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). Ponadto stosowanie do art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b kosztami postępowania odwoławczego obciążono Przystępującego, od którego – zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia – zasądzono na rzecz Odwołującego poniesione przez niego koszty z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy, z ograniczeniem jego wysokości do kwoty maksymalnej wynikającej z ostatniego z wymienionych powyżej przepisów.

Przewodniczący: