Sygn. akt KIO 2411/17

WYROK
z dnia 4 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 29 listopada 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 listopada 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **M.T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą JUSTMAR M.T.** (ul. Wołodyjowskiego 31, 41- 403 Chełm Śląski), **J.T. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą RafHen J.T.** (ul. Augustyna Kordeckiego 39, 41- 407 Imielin) oraz **A.N.-B. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą BOR-WIERT A.N.-B.** (ul. Jana Andrzeja Morsztyna 7, 46-100 Namysłów) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Sosnowieckie Wodociągi Spółka Akcyjna** (ul. Ostrogórska 43, 41-200 Sosnowiec)
przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów Spółka Akcyjna** (ul. Nad Bytomką 1, 44-100 Gliwice) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 4 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 roku nr 153 poz. 1503 ze zm.) w części uwzględnionej przez Zamawiającego, tj. odnośnie nieujawnienia dokumentów załączonych do wyjaśnień wykonawcy **Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów Spółka Akcyjna** z dnia 30 października 2017 r. w następującym zakresie:
   - odnośnie załącznika nr 1 – w zakresie kolumny nr 1, 3 i 4;
   - odnośnie załącznika nr 2 – w zakresie kolumny nr 1 i 3;
   - odnośnie załącznika nr 5 - w całości;

   - odnośnie załącznika nr 8 – w zakresie kolumny nr 1, 2, 3, 4, 5, 6, 11 i 12.

2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezasadne uznanie przez zamawiającego, że wyjaśnienia wykonawcy **Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów Spółka Akcyjna** są wystarczające do stwierdzenia, że oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny i nakazuje zamawiającemu **Sosnowieckie Wodociągi Spółka Akcyjna** unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy **Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów Spółka Akcyjna** na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.
   W pozostałym zakresie nie uwzględnia zarzutów odwołania.

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Sosnowieckie Wodociągi Spółka Akcyjna** i:
   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **M.T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą JUSTMAR M.T., J.T. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą RafHen J.T.** oraz **A.N.-B. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą BOR-WIERT A.N.-B.,** tytułem wpisu od odwołania;
   3.2. zasądza od zamawiającego **Sosnowieckie Wodociągi Spółka Akcyjna** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **M.T.**

prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą JUSTMAR M.T., J.T. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą RafHen J.T. oraz **A.N.-B. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą BOR-WIERT A.N.-B.** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Katowicach.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 2411/17

Uzasadnienie

Zamawiający Sosnowieckie Wodociągi Spółka Akcyjna, w imieniu i na rzecz której działa Gmina Sosnowiec prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Kontrakt 2 – Budowa sieci kanalizacji sanitarnej dla Zadania 13 (ul. Broniewskiego, Dworcowa, Ogrodowa, Wagowa) w ramach Projektu „Gospodarka wodno – ściekowa w Sosnowcu – Etap lll" (znak sprawy: WZP.271.1.71.2017).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 lipca 2017 r. za numerem 2017/S 139-286222. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579; dalej „Ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy Pzp.

W dniu 16 listopada 2017 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Marcin Turczyński prowadzący działalność gospodarczą pod firmą JUSTMAR M.T., J.T. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą RafHen J.T. oraz A.N.-B. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą BOR-WIERT A.N.-B. (dalej „Odwołujący") wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego polegających na:

(i) niezasadnym wezwaniu Przedsiębiorstwa Remontów Ulic i Mostów z siedzibą w Gliwicach (dalej jako „PRUiM") do złożenia ponownych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;
(ii) nieprawidłowym badaniu i ocenie oferty złożonej przez PRUiM;
(iii) niezasadnym uznaniu, że oferta PRUiM nie zawiera rażąco niskiej ceny;
(iv) niezasadnym uznaniu, że oferta PRUiM jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia;
(v) niezasadnym uznaniu, że PRUiM wykazało spełnienie przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do dokumentów załączonych do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny (załączniki nr 1 i 3) z dnia 8 września 2017 r. („Wyjaśnienia 1") oraz wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny (załączniki nr 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9) z dnia 30 października 2017 r. („Wyjaśnienia 2");
(vi) zaniechaniu odrzucenia oferty PRUiM;
(vii) dokonaniu wyboru oferty PRUiM jako najkorzystniejszej.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie:

(i) art. 90 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy Pzp poprzez:

- niezasadne wezwanie PRUiM do złożenia ponownych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, gdy tymczasem już na podstawie Wyjaśnień 1 Zamawiający powinien dojść do wniosku, że oferta PRUiM zawiera rażąco niską cenę i nie zaistniały podstawy do dalszego wyjaśniania tej okoliczności;
- niezasadne uznanie, że Wyjaśnienia 1 i Wyjaśnienia 2 (abstrahując od braku podstaw

do ponownego wzywania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i uwzględniania takich wyjaśnień na etapie powtórzonego badania i oceny ofert) udzielone przez PRUiM są wystarczające do stwierdzenia, że oferta PRUiM nie zawiera rażąco niskiej ceny, gdy tymczasem wyjaśnienia te są lakoniczne, ogólnikowe i wraz ze złożonymi dowodami nie potwierdzają możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę, co oznacza, że oferta PRUiM powinna zostać odrzucona;

(ii) art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania, polegające na pominięciu oświadczenia PRUiM złożonego w treści Wyjaśnień 2, iż zamierza on zastosować ścianki szczelne jedynie na długości 1% projektowanych kanałów, gdy tymczasem z treści Opisu Przedmiotu Zamówienia (dokument pn. „Opis PW KS", pkt II ppkt 5, „Preambuła Obszar D_KS", pkt 2 Ilości, pkt 4 Wycena) wynika, że zabezpieczenie przy pomocy ścianek szczelnych należy wykonać dla 10% długości wykopu, a jakiekolwiek zmiany w tym zakresie będą mogły być wprowadzone dopiero na etapie realizacji zamówienia;

(iii) art. 8 ust. 3 Ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez ocenę, że spełnione zostały przesłanki uznania załączników nr 1 i 3 do Wyjaśnień 1 oraz załączników nr 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9 do Wyjaśnień 2 w zakresie rażąco niskiej ceny za zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa;

(iv) art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp (w związku z powyższymi naruszeniami) poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości.

Z uwagi na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o:

(i) rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności badania i oceny ofert;

b) odrzucenia oferty PRUiM jako zawierającej rażąco niską cenę oraz jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia;

c) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z pominięciem oferty PRUiM;

d) dokonania wyboru oferty Odwołującego;

(ii) odtajnienie załączników nr 1 i 3 do Wyjaśnień 1 w zakresie rażąco niskiej ceny oraz

załączników nr 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9 do Wyjaśnień 2 w zakresie rażąco niskiej ceny;

(iii) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym;

(iv) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Wykazując istnienie przesłanek, o których mowa w art. 179 ust. 1 Ustawy Pzp Odwołujący wskazał, iż ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa, bowiem gdyby Zamawiający przeprowadził czynności zgodnie z wymogami określonymi w Pzp (a tym samym odrzucił ofertę PRUiM), oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako przedstawiająca najkorzystniejszy bilans ceny oraz pozostałych kryteriów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący następująco uzasadnił podnoszone zarzuty.

Uzasadniając zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny Odwołujący w pierwszej kolejności wskazał na niezasadne wezwanie PRUiM do złożenia ponownych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Odwołujący zauważył, iż co prawda z treści Ustawy Pzp nie wynika jednoznacznie zakaz ponownego wzywania do złożenia wyjaśnień, analiza orzecznictwa Izby prowadzi jednak do wniosku, że sytuacja taka ma charakter incydentalny i wyjątkowy. Przypadkiem, w którym ponowne wezwanie uznać należy za uzasadnione jest złożenie przez wykonawcę rzetelnych i kompletnych wyjaśnień, które jednak rodzą nowe wątpliwości u zamawiającego. Nie może to natomiast nastąpić wtedy, gdy wykonawca nie współpracuje, tj. nie udziela rzetelnych i konkretnych wyjaśnień. Odwołujący podkreślił jednocześnie, że uzasadnieniem dla uzyskiwania dalszych wyjaśnień od wykonawcy nie może być jedynie fakt sformułowania ogólnego zapytania na pierwotnym etapie. Skoro więc Zamawiający nie

powziął wątpliwości co do złożonych Wyjaśnień 1 na etapie ich analizy, to nie może na późniejszym etapie przeprowadzać procedury w istocie po raz drugi. W ocenie Odwołującego nie ulega wątpliwości, że Wyjaśnienia 1 były nierzetelne, ogólne, niepoparte wystarczającymi dowodami i jako takie winny stać się podstawą do odrzucenia oferty PRUiM jako zawierającej cenę rażąco niską. Ponadto, nie istnieją racjonalne okoliczności pozwalające założyć, że PRUiM nie mogło przedstawić w pierwotnym terminie na złożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny tych informacji, które przedstawiło na późniejszym etapie (w Wyjaśnieniach 2). Tymczasem pomimo że w ocenie Odwołującego Wyjaśnienia 1 nie sprostały oczekiwaniom Zamawiającego, wezwał on PRUiM do złożenia kolejnych. Działania Zamawiającego obliczone były zatem na bezpodstawne „ratowanie" oferty PRUiM i

tym samym, zdaniem Odwołującego, stanowią naruszenie reguł uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zarzucił ponadto Zamawiającemu wadliwe przeprowadzenie procedury wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, wskazując, iż zarówno Wyjaśnienia 1, jak i Wyjaśnienia 2 nie powinny zostać zaakceptowane przez Zamawiającego, są one bowiem lakoniczne, zdawkowe, nie uzasadniają tak istotnej różnicy pomiędzy ofertą PRUiM a szacunkową wartością zamówienia, jak zaistniała i w istocie nie dowodzą, że oferta PRUiM ma charakter rynkowy. Tym samym Zamawiający zobligowany był do jej odrzucenia jako zawierającej rażąco niską cenę. W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że wystąpienie ponad 30% różnicy pomiędzy ofertą wykonawcy a szacunkową wartością zamówienia lub średnią arytmetyczną ofert złożonych w toku postępowania tworzy domniemanie wystąpienia rażąco niskiej ceny. Analiza Wyjaśnień 1 oraz uzupełnień przedstawionych w Wyjaśnieniach 2 złożonych przez PRUiM nie pozostawia wątpliwości, że wykonawca ten nie sprostał przywołanym obowiązkom w postaci przekazania Zamawiającemu konkretnego i wyczerpującego uzasadnienia odnoszącego się do poziomu zaoferowanej ceny.

W ocenie Odwołującego argumenty PRUiM dotyczące posiadania wysoce wykwalifikowanej kadry oraz nowoczesnego i wydajnego sprzętu ciężkiego, średniego i lekkiego do robót ziemnych oraz drogowych są nieuzasadnione - przepisy Ustawy Pzp przewidują procedurę weryfikacji zarówno potencjału osobowego, jak i technicznego wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Oczywiste zdaniem Odwołującego jest, że wszyscy wykonawcy, którzy pozytywnie przeszli weryfikację w zakresie warunków udziału w postępowaniu, uznani muszą być za zdolnych do realizacji zamówienia. Skoro tak, to przyjąć jednocześnie należy, że dysponują oni zarówno kadrą, jak i sprzętem na poziomie wymaganym do sprawnego i poprawnego wykonania zamówienia. Okoliczność wskazana przez PRUiM nie może zostać uznana za sprzyjającą, właściwą jedynie PRUiM i tym samym generującą oszczędność na etapie kalkulowania ceny ofertowej. W ocenie Odwołującego za dowód uzasadniający powstałą oszczędność nie może być uznane także zestawienie sprzętu własnego i jednostek transportowych PRUiM (zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa). Dokument ten może stanowić dowód co najwyżej potwierdzający okoliczność dysponowania przez PRUiM potencjałem technicznym. Z Wyjaśnień 1 nie wynika natomiast jak dysponowanie owym sprzętem przekłada się na poziom ceny ofertowej (uwaga ta znajduje zresztą zastosowanie również wobec pozostałych okoliczności mających uzasadniać cenę ofertową PRUiM). Zdaniem Odwołującego za niezrozumiałe uznać należy również twierdzenia, zgodnie z którymi wysokiej jakości sprzęt oraz wykwalifikowana kadra pozwolą na skrócenie czasu pracy, co ma wpłynąć na zmniejszenie kosztów. Przypomnieć należy, że termin realizacji zamówienia narzucony jest postanowieniami umownymi, a

w formularzu ofertowym wykonawcy zobligowani byli do zobowiązania się, że zamówienie wykonane zostanie w terminie określonym w SIWZ. PRUiM nie wskazuje oszczędności, które uda się dzięki temu wygenerować. Uwzględnienie więc tej okoliczności jako przemawiającej za rynkowym charakterem ceny nie zasługuje na akceptację.

Odwołujący zwrócił także uwagę, że w treści wezwania z dnia 23 października 2017 r. Zamawiający zażądał przedstawienia informacji na temat tego, w jaki sposób kadra i sprzęt wpływają na skrócenie czasu realizacji robót, a w konsekwencji na minimalizację kosztów robocizny i sprzętu. Informacje przekazane przez PRUiM w treści Wyjaśnień 2 w żaden

sposób nie zmieniają jednak oceny tego aspektu. PRUiM ogranicza się do ogólników o wysokich kwalifikacjach osób, szybkich reakcjach, szerokim dozorze technicznym etc., nie wiadomo jednak na czym polegać miałaby przewaga PRUiM nad innymi wykonawcami. Podobnie ocenić należy wywód na temat sprzętu przeznaczonego do realizacji zamówienia. W odniesieniu do tego zagadnienia PRUiM dowodzi np. że nowoczesny sprzęt jest bardziej wydajny od starszego. PRUiM przywołuje również kilka rodzajów sprzętu, za pomocą którego wykonywać będzie zamówienie, w tym walce, zagęszczarki czy ubijaki oraz dowodzi ich wysokiej wydajności i innowacyjności. Odwołujący pragnie podkreślić, że nie kwestionuje tych okoliczności, również tutaj brakuje jednak informacji na temat wpływu ewentualnego skrócenia czasu prac na cenę ofertową. Ani z pierwszych, ani z drugich wyjaśnień PRUiM nie wynika jak przekładają się koszty zaplecza budowy, pracowników, dozoru, sprzętu i transportu na oferowaną cenę. Na marginesie Odwołujący poddał w wątpliwość argumentację odnośnie skrócenia czasu realizacji umowy. W ocenie Odwołującego jest to okoliczność nieweryfikowalna, która została opracowana jedynie na potrzeby informacji przekazywanych Zamawiającemu. Zgodnie z § 2 wzoru umowy termin realizacji wynosi 10 miesięcy, a niewywiązanie się z tego zobowiązania skutkować będzie naliczeniem kar umownych, tym samym wybrany wykonawca nie będzie miał w istocie żadnych motywacji, aby wywiązać się z terminu w okresie krótszym niż zadeklarowany (nie będzie mógł również tego wymagać Zamawiający). Deklaracja PRUiM w tym zakresie pozostaje więc w ocenie Odwołującego bez znaczenia dla wyjaśniania poziomu cenowego oferty.

Odwołujący wskazuje nadto, iż w dalszej części Wyjaśnień PRUiM przywołuje szereg zakończonych bądź aktualnie realizowanych inwestycji, które przedmiotowo zbliżone są do zamówienia udzielanego w postępowaniu. Również ten argument nie może przemawiać za uznaniem, że cena ofertowa nie jest rażąco niska. Także doświadczenie stanowi bowiem element weryfikowany przez instytucje zamawiające w postaci warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący ponownie podkreślił, że skoro wykonawcy przeszli pozytywnie weryfikację w tym zakresie, to uznać należy, że posiadają wiedzę i doświadczenie niezbędne do podołania zamówieniu. Ponadto Odwołujący wskazał, iż także w przypadku tej

okoliczności w Wyjaśnieniach 1 i 2 nie sposób doszukać się wskazania poziomu oszczędności dzięki niej wygenerowanej. W Wyjaśnieniach 2 wykonawca ten twierdzi, że dzięki zrealizowaniu innych kontraktów mógł zdobyć wiedzę, doświadczenie, ulepszyć swoje praktyki etc., co przekładać ma się na szybkość podejmowanych decyzji, zdaniem Odwołującego również więc Wyjaśnienia 2 nie zawierają konkretnych informacji na temat wygenerowanych w ten sposób oszczędności.

Dalej Odwołujący wskazał, iż warunkiem, który PRUiM uznaje za wyjątkowo sprzyjający w kontekście ustalania wysokości ceny jest dysponowanie decyzją Prezydenta Miasta Gliwice wyrażającą zgodę na magazynowanie i przetwarzania odpadów wytwarzanych podczas prac remontowych. Odwołujący wyjaśnia, że roboty, które powiązać można przedmiotowo z decyzją, na którą powołuje się PRUiM zawarte są w Przedmiarze robót PR-02. Pełen zakres prac ujęty w tym przedmiarze PRUiM wyceniło na kwotę 141.208,65 zł netto. Tymczasem wartość tych prac w kosztorysie inwestorskim wynosi 203.099,75 zł netto. Z kolei Odwołujący, który taką decyzją nie dysponuje, wycenił te prace na kwotę 296.827,00 zł netto. Oznacza to, że nawet jeśli całkowita różnica pomiędzy wyceną PRUiM a wyceną Odwołującego stanowiła konsekwencję posiadania przez PRUiM zgody Prezydenta Miasta Gliwice na magazynowanie i przetwarzanie odpadów, to oszczędność ta wobec oferty Odwołującego wynosi 155.618,35 zł netto. Względem kosztorysu inwestorskiego oszczędność wynosi natomiast 61.891,10 zł netto. Zamawiający zadał uszczegółowiające pytanie również odnośnie tej decyzji, chcąc dowiedzieć się jakie to oszczędności wygenerowane zostały w ten sposób. Jedyną konkretną okolicznością wskazaną w kontekście tego zagadnienia jest informacja, iż przychód ze sprzedaży materiału betonowego oraz asfaltobetonowego uzyskanego w wyniku realizacji kontraktu wyniesie 35.179,00 zł brutto. Tymczasem różnica pomiędzy ceną oferty PRUiM a szacunkową wartością określoną przez Zamawiającego to 6.595.469,21 zł.

Dalej Odwołujący podniósł, iż kolejnym argumentem wymienionym w Wyjaśnieniach jest fakt, iż PRUiM jest właścicielem nowoczesnego węzła betoniarskiego, a także współwłaścicielem wytwórcy mas mineralno - bitumicznych. PRUiM nie wykazało, jakie oszczędności generuje przedmiotowa okoliczność. Niezależnie jednak od tego Odwołujący

podkreśla, że nie mogą one mieć charakteru istotnie rzutującego na wartość oferty. Różnica w zakresie kosztów związanych z odtworzeniem nawierzchni (które to koszty ujęte są w Przedmiarze robót PR-04) pomiędzy ofertą PRUiM (937.196,35 zł netto) a kosztorysem inwestorskim (970.144,05 zł netto) wynosi 32.947,70 zł netto, a między ofertą PRUiM a ofertą Odwołującego wynosi raptem 55.692,65 zł (oferta Odwołującego opiewa w tym zakresie na 992.889,00 zł). Również to zagadnienie stało się przedmiotem dodatkowych wyjaśnień. PRUiM stwierdza, że dzięki własnemu węzłowi betoniarskiemu oraz

współwłasności wytwórni mas bitumicznych będzie w stanie zagwarantować szybkie i terminowe dostawy. PRUiM wskazuje ponadto, że cena jednostkowa wykonania robót bitumicznych dla odtworzenia nawierzchni jest optymalna. W ocenie Odwołującego trudno wyobrazić sobie bardziej ogólną i lakoniczną informację składaną na etapie wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Również w tym przypadku, zdaniem Odwołującego, PRUiM ponownie zaniechało przedstawienia jakichkolwiek konkretnych danych.

Kolejny aspekt, na który zwrócił uwagę Odwołujący, to ceny dostawców materiałów, które, jak twierdzi PRUiM, są korzystne „z uwagi na odbiór dużych ilości materiałów na realizowane zadania inwestycyjne". Podkreślić należy, że okoliczność ta nie może być traktowana jako wyjątkowo sprzyjająca i uzasadniająca tak ogromną różnicę pomiędzy kwotą zaoferowaną przez PRUiM a szacunkową wartością zamówienia skalkulowaną przez Zamawiającego (i nie wynika to jedynie z tego, że ponownie PRUiM uchybiło obowiązkowi wykazania wygenerowanych dzięki tej okoliczności oszczędności). Za oczywiste, zdaniem Odwołującego, uznać należy, że wykonawcy działający na danym rynku korzystają z wypróbowanych dostawców. Regułą jest wypracowywanie stałych relacji biznesowych, które bardzo często przeobrażają się w trwające wiele lat kontakty oparte na wzajemnym zaufaniu. Sytuacja taka nie jest niczym nowym i stanowi okoliczność znaną również Odwołującemu, który także pochwalić się może trwałymi i sprawdzonymi relacjami biznesowymi, które, w kontekście konkretnych zamówień, przekładają się na korzystne (niedostępne podmiotom znajdującym się poza tymi relacjami) oferty na dostawy określonych materiałów. Odwołujący oświadcza, że kalkulując ofertę w postępowaniu również posługiwał się ofertami dostawców uwzględniającymi rabaty i preferencyjne warunki. Odwołujący podniósł, iż w wezwaniu do złożenia Wyjaśnień 2 Zamawiający zażądał wskazania wpływu cen dostawców materiałów na możliwość obniżenia cen jednostkowych zawartych w kosztorysie ofertowym. PRUiM załącza do Wyjaśnień 2 dodatkowe tabele (zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa) mające dowodzić, iż ceny jednostkowe materiałów nie są rażąco niskie. Przemawiać ma za tym również porównanie z ofertami składanym w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Odwołującego z treści pierwotnego czy powtórzonego wezwania do złożenia wyjaśnień, ani z pierwszego wniesionego odwołania nie wynika, iż Zamawiający bądź Odwołujący mają wątpliwości względem cen jednostkowych materiałów. Wobec tego wykazanie, że mają one charakter rynkowy uznać należy za irrelewantne z punktu widzenia wyjaśniania ceny rażąco niskiej. PRUiM nie wywiązało się natomiast z podstawowego obowiązku, jakim było wykazanie wpływu cen materiałów na różnicę, jaka zaistniała pomiędzy ofertą PRUiM a szacunkową wartością zamówienia. Natomiast na marginesie Odwołujący podkreślił, że głównym czynnikiem cenotwórczym w przypadku niniejszego zamówienia są roboty związane z wykonaniem wykopu, zabezpieczeniu ścian

wykopu, wymianą gruntu (ceny materiałów nie mają istotnego znaczenia kosztotwórczego, ponadto są niezmienne niezależnie od głębokości wykopu).

W ocenie Odwołującego, treść Wyjaśnień 1 i 2 nie może zostać uznana za uzasadniającą rynkowy charakter ceny PRUiM. Szczegółowa analiza treści Wyjaśnień 1 i 2 dowodzi, że istnieją co najwyżej dwie okoliczności cenotwórcze, które nie są wspólne dla PRUiM i Odwołującego. Są nimi dysponowanie zgodą na magazynowanie i przetwarzanie odpadów oraz własny węzeł betoniarski. Podkreślenia wymaga jednak, że różnica w wycenie kosztorysowej przy uwzględnieniu tych okoliczności pomiędzy ofertą Odwołującego a kosztorysem inwestorskim wynosi 94.838,80 zł netto, natomiast pomiędzy ofertą PRUiM a ofertą Odwołującego 211.311,00 zł netto (a uwzględniając zadeklarowaną w

Wyjaśnieniach 2 kwotę 35.179,00 zł brutto oszczędność jest jeszcze mniejsza). Oznacza to, że za uzasadnione można byłoby uznać zaniżenie ceny ofertowej PRUiM jedynie w zakresie stanowiącym niewielki ułamek faktycznej różnicy pomiędzy kosztorysem inwestorskim lub ceną Odwołującego a ofertą PRUiM. Zachowanie Zamawiającego akceptującego wyjaśnienia takiej treści, jest dla Odwołującego niezrozumiałe. Tym bardziej, że w treści wezwania do złożenia wyjaśnień Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia „mają być rzeczowe oraz poparte stosownym materiałem dowodowym". Odwołujący wskazał, iż różnica ok. 64%, jaka wystąpiła pomiędzy szacunkami Zamawiającego a ofertą PRUiM nie deprecjonuje automatycznie analizowanej oferty i Odwołujący ma tego pełną świadomość, jednocześnie jednak trudno zaprzeczyć, że tak duża różnica (rzadko spotykana w przetargach infrastrukturalnych o nieinnowacyjnym, ustandaryzowanym charakterze) generuje konieczność skrupulatnego i szczegółowego jej uzasadnienia. Zachowanie Zamawiającego budzi zdziwienie tym bardziej, że zamówienie to przeznaczone jest do objęcia dofinansowaniem unijnym, co powoduje, że czynności podjęte w ramach postępowania będą przedmiotem dodatkowych kontroli.

W ocenie Odwołującego z Wyjaśnień nie sposób wyczytać jak przywołane okoliczności wpływają na kalkulację cenową. Oceny przedstawionych przez PRUiM informacji nie zmieniają załączone do Wyjaśnień (utajnione) cenniki wewnętrzne bądź uszczegółowione kalkulacje. Obowiązkiem PRUiM jako wykonawcy składającego ofertę, co do której zaistniały podejrzenia wystąpienia rażąco niskiej ceny jest bowiem przedstawienie wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia, które spowodowały, że zaistniała istotna różnica pomiędzy szacunkową wartością zamówienia lub średnią arytmetyczną ofert. Dodatkowe kalkulacje, jakkolwiek mogą być pomocne w uzasadnieniu poziomy cenowego oferty, to nie mogą zastępować meritum, którym powinny być okoliczności wskazane w art. 90 ust. 1 Ustawy Pzp. Odwołujący podkreślił, iż zdecydowana większość okoliczności wskazanych w Wyjaśnieniach 1 czy 2 nie może być uznana za sprzyjające PRUiM,

przemawiające za zasadnością różnicy w cenie pomiędzy ofertą PRUiM a szacunkiem Zamawiającego. Takie okoliczności jak wykwalifikowana kadra, dysponowanie nowoczesnym i wydajnym sprzętem czy doświadczenie w realizacji podobnych inwestycji są czynnikami właściwymi wszystkim profesjonalnie działającym na rynku wykonawcom.

Odwołujący nie zgodził się również z wywodem PRUiM na temat interpretacji proporcji cenowych, które wystąpiły w postępowaniu. Odwołujący wskazał, iż kosztorys inwestorski wyraża wartość zamówienia i nie sposób odmówić mu obiektywizmu i wiarygodności. Tym bardziej, że, jak wynika z informacji zawartej na stronie tytułowej wszystkich pięciu kosztorysów inwestorskich, zostały one opracowane w oparciu o dane z Sekocenbudu. W niektórych przypadkach wykonawcy zobligowani zostają jednak do wykazania skąd bierze się różnica pomiędzy ceną ofertową a obliczeniami zamawiającego. Temu właśnie obowiązkowi, w ocenie Odwołującego, PRUiM nie sprostało. Na podkreślenie zasługuje również fakt, że wynagrodzenie z tytułu realizacji zamówienia stanowiącego przedmiot Postępowania będzie miało charakter kosztorysowy, co oznacza, że wadliwie wycenione (niedoszacowane) pozycje będą miały realny wpływ na wysokość należnego wykonawcy wynagrodzenia, a co za tym idzie na możliwość poprawnej realizacji zamówienia. Odwołujący podniósł ponadto, iż również sporą część Wyjaśnień 2 PRUiM poświęca na próbę wykazania, że wartości przyjęte w kosztorysie inwestorskim zostały zawyżone. Odwołujący wskazał, iż Zamawiający nie działa w warunkach konkurencji rynkowej i nie musi w swoich wyliczeniach przyjmować minimalnych stawek. Sporządzenie kosztorysu zgodnie ze sztuką i warunkami wynikającymi ze specyfiki danego zamówienia jest obowiązkiem Zamawiającego i jeśli zdaniem PRUiM obowiązkowi temu Zamawiający uchybił, to PRUiM mogło skarżyć tę czynność w sposób i w terminie określonym w Ustawie Pzp. PRUiM wskazuje również, że gdyby Zamawiający oszacował wartość zamówienia zgodnie z powyższym rozporządzeniem, to wartość kluczowych prac określonych w pozycjach 1, 2, 3 i 4 kosztorysu PR-03 wyniosłaby nie 4.968.188,10 zł netto lecz 3.790.082,06 zł netto, a wycena PRUiM w zakresie tych prac wyniosła 878.096 zł netto. Jeśliby więc nawet Zamawiający oszacował wartość zamówienia tak, jak chce tego PRUiM, to różnica pomiędzy szacunkiem Zamawiającego a wyceną PRUiM nie wyniosłaby 82% lecz 77%, a więc nadal byłaby ogromna. W ocenie Odwołującego za swoisty manewr językowy uznać należy także

twierdzenia PRUiM, jakoby to „prawie wszystkie oferty złożone w postępowaniu były niższe o ponad 30% od wartości zamówienia", a cena PRUiM *„nie* odbiega o ponad 30% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert." Wadliwość tego typu kalkulacji polega na tym, że uwzględniają one ofertę złożoną przez TKS Sp. z o.o. Tymczasem oferta ta została odrzucona z uwagi na rażąco niską cenę (jej wartość była o ok. 250 tyś. zł wyższa od oferty PRUiM). Co więcej, za niezrozumiałe uznać należy dowodzenie przez PRUiM wiarygodności

oferty TKS Sp z o.o. w sytuacji, gdy wykonawca ten nie był w stanie wykazać, iż nie jest ona rażąco niska.

Z uwagi na powyższe Odwołujący podniósł, iż złożone przez PRUiM wyjaśnienia nie były ani szczegółowe, ani odpowiednio umotywowane, ani tym bardziej przekonujące. Już tylko z tej przyczyny odwołanie powinno zostać uwzględnione. Aspekty cenotwórcze wskazane w Wyjaśnieniach 1 i 2, które rzekomo miałyby uzasadniać wyjątkowo niski poziom złożonej oferty, nie tylko nie stanowią okoliczności, które przypisać można jedynie danemu wykonawcy, ale, jak zostało zaprezentowane w wyliczeniach Odwołującego, generują one niewielką, wręcz pomijalną w skali całej oferty, różnicę cenową pomiędzy ofertą PRUiM a ofertą Odwołującego bądź kosztorysem Zamawiającego.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący przedstawił uzasadnienie dla rażąco niskiego poziomu ceny ofertowej PRUiM.

Jak wynika z porównania ofert zainteresowanych wykonawców oraz kosztorysu inwestorskiego zasadnicza różnica cenowa obejmuje prace, które ujęte zostały w przedmiarze robót PR-03, a więc obejmującym kluczowy element zamówienia, jakim jest kanalizacja sanitarna. PRUiM wyceniło prace w tym zakresie na 1.869.471,00 zł netto, Odwołujący na 4.539.900,00 zł netto, zaś kosztorys inwestorski przewiduje, iż wartość tych prac wynosi 6.557.944,83 zł netto. Oznacza to, że różnica pomiędzy ofertą Odwołującego a ofertą PRUiM wynosi 2.670.429,00 zł netto (ponad 60%), zaś w zestawieniu z kosztorysem inwestorskim aż 4,688.473,82 zł netto, co oznacza, że oferta PRUiM w części dotyczącej kanalizacji sanitarnej jest niższa o 71,5% od wartości skalkulowanej w kosztorysie inwestorskim. Podkreślenia wymaga, że prace ujęte w Przedmiarze PR-03 stanowią meritum (zarówno w wymiarze kwotowym, jak i przedmiotowym) zamówienia będącego przedmiotem Postępowania, ich wartość wynosi ok. 78% całkowitej wartości zamówienia. Różnice, jakie wystąpiły pomiędzy ofertą PRUiM a ofertą Odwołującego oraz kosztorysem inwestorskim Odwołujący zobrazował na przykładzie pierwszych czterech pozycji zawartych w Przedmiarze robót-03, zaznaczając, że znaczące różnice cenowe dotyczą również innych pozycji, jednak dla ukazania skali zjawiska wystarczające są te zaprezentowane w przedstawionej w odwołaniu tabeli. Różnice w cenach jednostkowych powodują, że cztery analizowane pozycje PRUiM wyceniło na 878.096 zł netto (iloczyn cen jednostkowych oraz ilości do wykonania), natomiast wartość tych prac w kosztorysie inwestorskim oszacowana została na kwotę 4.968.183.10 zł netto, co oznacza, że wycena PRUiM wynosi niecałe 18% wartości skalkulowanej przez Zamawiającego.

Niezależnie od różnic procentowych Odwołujący stwierdził, że zrealizowanie prac ujętych w pozycjach 1-4 Przedmiaru robót-03 za cenę zaoferowaną przez PRUiM jest niemożliwe. Łączna długość kanalizacji do wykonania metodą wykopu otwartego to ok. 2637 mb.

Zgodnie z informacją zawartą w dziale II pkt. 4 Projektu Wykonawczego załączonego do dokumentacji przetargowej 90% wykopów liniowych należy zabezpieczyć szalunkami z grodzic obudową samopogrążalną na głębokości 4- 7m. Zamawiający informuje również, że zabezpieczenie należy wykonać dla prostych bądź trudnych warunków gruntowo-wodnych natomiast 10% wykopów liniowych do głębokości 4-7m za pomocą ścianek szczelnych typu
Larssen. Przewidziane do zastosowania zabezpieczenie wykopów opisane w projekcie wykonawczym przedstawione zostało na rysunkach KS-K4 oraz KS-K5. Wykonawcy zobowiązani byli ująć w cenie ofertowej oraz w kalkulacji kanały z rur PVC litych SDR34 klasy SN8 z wydłużonym kielichem wraz z robotami ziemnymi i towarzyszącymi, tj. wykonanie wykopu, wywóz ziemi z wykopu, zabezpieczenie ścian wykopu grodzicami, wykonanie podsypki, ułożenie rury, wykonanie obsypki rurociągu, zasypanie wykopu, wyciągnięcie grodzic stalowych. Zgodnie z rozdziałem XI pkt. 3 ppkt b SIWZ cena

jednostkowa winna zawierać wszystkie koszty: robocizny, materiałów, sprzętu i środków transportu niezbędne do wykonania robót objętych jednostką przedmiarową oraz koszty pośrednie i zysk skalkulowane w oparciu o dokumentację projektową. Wyliczona cena jednostkowa winna uwzględniać również wszystkie koszty związane z realizacją robót łącznie z czynnościami towarzyszącymi wymienionymi, tj.: organizacją robót, składowaniem gruzu i ziemi z urobku, materiałów z demontażu, oznakowaniem i utrzymaniem oznakowania, zorganizowaniem terenu budowy, gwarancji i ubezpieczeń, pielęgnacji, nasadzeń w okresie gwarancyjnym, kosztu wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Rury PVC z wydłużonym kielichem w technologii wykopu otwartego ujęte w poz. 1-4 Przedmiaru robót-03 różnią się średnicą, jak również głębokością posadowienia rurociągu w terenie. W przedmiotowej inwestycji różnica cen jednostkowych dla poszczególnych średnic kanałów jest znacząca ze względu na różnicę cenową za zakup poszczególnych średnic rur, jak również warunki wykonywania robót ziemnych na poszczególnych etapach prac. Co za tym idzie wykonanie rurociągu z rur PVC W/K Dz160 poz. nr 1 kosztorysu inwestorskiego została wyliczona na podstawie obowiązujący norm i katalogów nakładów rzeczowych przez Zamawiającego na poziomie 779,02 zł/mb, natomiast wykonanie rurociągu z rur PVC W/K Dz 315 poz. 3 z uwagi na większą złożoność prac oraz trudniejsze warunki wykonania robót przewidziane w projekcie została wyliczona na wartość 2.352,40 zł/mb. Opisane powyżej warunki i obowiązująca praktyka w zakresie prac stanowiących przedmiot zamówienia dowodzą, że wyceny w tym zakresie podlegają licznym obostrzeniom, których nie można swobodnie eliminować. Tym bardziej, że prace realizowane na tak dużej głębokości wymagają wyjątkowej atencji z uwagi na zagrożenie zdrowia i życia pracowników. Odwołujący wskazał także, iż zakres prac związanych z wykonaniem robót w technologii wykopu otwartego przewiduje wykonanie zabezpieczenia wykopów grodzicami stalowymi w miejscach projektowanego posadowienia kanalizacji na głębokości pow. 4m zgodnie z

załączonymi do dokumentacji projektowej profilami podłużnymi kanalizacji sanitarnej. Całkowity koszt zabezpieczenia wykopów grodzicami ujęty w kosztorysie inwestorskim wynosi 1.416.235,79 zł netto. Podkreślenia wymaga, że jest to koszt, który nie odbiega od rzeczywistych cen rynkowych. Aby wskazać ewentualną wartość robót związanych z zabezpieczeniem wykopów Odwołujący przedstawił ofertę firmy specjalizującej się na rynku w przedmiotowej technologii, gdzie zaoferowana wycena uwzględnia warunki ujęte w dokumentacji projektowej dla niniejszej inwestycji i jest niższa od kosztorysu inwestorskiego jedynie o kilkanaście procent. Jednocześnie kwota, na jaką oszacowana została oferta, pozostaje o kilkaset tysięcy droższa od całkowitej wyceny PRUiM dotyczącej poz. 1-4 Przedmiaru robót-03, które to pozycje obejmują przecież nie tylko zabezpieczenie, ale i szereg innych elementów. Powyższe w ocenie Odwołującego w pełni potwierdza, iż zaoferowane przez firmę PRUiM ceny są rażąco niskie i nie uwzględniają w swojej wycenie całości prac przewidzianych w dokumentacji projektowej i STWiOR.

Odwołujący podniósł dodatkowo, że oceny poziomu cenowego oferty PRUiM nie zmienia wynikające z Wyjaśnień 2 oświadczenie na temat planowanego posadzenia jedynie 1% ścianek szczelnych z grodzic, zamiast 10% przewidzianych w dokumentacji Postępowania (co, jak zostanie dowiedzione poniżej, jest niezgodne z SIWZ). Przewidziana przez Zamawiającego wartość zabezpieczeń wykopów (poprzez ścianki szczelne z grodzic bądź zabezpieczenia samopogrążalne) wynosi, zgodnie z kosztorysem inwestorskim, 1.416.235,79 zł netto, w tym wykonania ścianek z grodzic to 1.089.382,65 zł. Kwota ta odpowiada 10% łącznego wykopu. Jeśli więc by przyjąć, że PRUiM wykona nie 10% lecz 1%, to wartość tych prac wyniesie 108.938, 20 zł netto. Pozostałe 99% wykopów zabezpieczone musiałyby zostać zabezpieczeniami samopogrążalnymi, których wartość wynosi (zgodnie z kosztorysem) 359.538, 45 zł netto. Oznacza to, że całkowita wartość zabezpieczeń wynosi 468.476, 71 zł netto. Maksymalna oszczędność z tego tytułu wynosi więc 947.759, 08 zł netto (1.416.235,79 zł - 468.476, 71 zł). Nawet jeśli kwota ta byłaby jeszcze wyższa z uwagi na niższe niż w kosztorysie koszty wykonania zabezpieczeń, to w żaden sposób nie wyjaśnia ona kilkumilionowej różnicy pomiędzy ofertą PRUiM a szacunkową wartością zamówienia.

Dodatkowo Odwołujący podniósł zarzut niezgodności oferty PRiUM ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia. Jak wynika z treści Wyjaśnień 2 oferta PRUiM obejmuje zastosowanie ścianek szczelnych na długości 1% całkowitej długości projektowanych kanałów. Takie rozwiązanie, w ocenie Odwołującego, jest sprzeczne z postanowieniami

SIWZ i powinno skutkować odrzuceniem oferty PRUiM w oparciu o treść art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, iż załącznikiem nr 3 do SIWZ jest Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia. Elementem OPZ jest dokument pod nazwą „Opis PW KS". Pkt II

Projekt Sanitarny zawiera ppkt 5 zatytułowany „Zabezpieczenie wykopów liniowych do głębokości 4-7 m na odcinku 10% łącznego wykopu", gdzie Zamawiający postawił następujący wymóg: „Zabezpieczenie przy pomocy ścianek szczelnych należy wykonać dla 10% długości wykopu kiedy nie ma możliwości zabezpieczenia przy pomocy obudowy samopogrążalnej." Przedmiotem niniejszego zamówienia jest wykonanie robót budowlanych obejmujących budowę sieci kanalizacji sanitarnej w oparciu o sporządzoną i stanowiącą część SIWZ dokumentację projektową. Nie istnieją na obecnym etapie najmniejsze podstawy do przyjęcia wadliwości czy niekompletności założeń projektowych. W dokumencie pn. Preambuła Obszar D_KS (stanowiący element Przedmiaru Robót będącego częścią OPZ) w pkt. 2 Ilości Zamawiający wskazał, że podane w dokumentacji ilości każdej kategorii robót służą stworzeniu wspólnej dla wszystkich wykonawców podstawy do stworzenia ofert.

Jednocześnie Odwołujący wskazał, iż na etapie realizacji zamówienia może okazać się, iż ilości te będą inne, nie zmienia to jednak faktu, ze obowiązkiem wykonawców było przyjęcie na etapie kalkulacji ceny ofertowej założeń wynikających z dokumentacji projektowej. Ewentualna optymalizacja w zakresie jakichkolwiek ilości (w tym odnosząca się do ilości ścianek szczelnych) możliwa będzie dopiero na etapie realizacji zamówienia. Znajduje to potwierdzenie w pkt. 4 Wycena przywołanego dokumentu. Jest tam bowiem mowa, iż umowa będzie obejmowała całość robót określoną w Dokumentacji Projektowej, w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, o ile nie wskazano inaczej w treści Umowy. Oznacza to, iż na obecnym etapie PRUiM ani żaden inny wykonawca nie ma podstaw do jakiejkolwiek ingerencji względem przyjętych przez Zamawiającego rozwiązań projektowych. Niezależnie od wiedzy i doświadczenia PRUiM, a także faktu realizacji innego zamówienia na zlecenie Zamawiającego, możliwość rezygnacji ze ścianek szczelnych będzie mogła zostać zweryfikowana dopiero na etapie realizacji zamówienia. Wobec powyższego zdaniem Odwołującego nie ulega wątpliwości, iż oferta PRUiM powinna zostać odrzucona z powodu przyjęcia założeń sprzecznych z tymi przewidzianymi w SIWZ, tj. w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp.

Kolejny zarzut odwołania dotyczył kwestii wadliwego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa części załączników dołączonych do wyjaśnień PRUiM w zakresie rażąco niskiej ceny. Odwołujący zwrócił uwagę, iż Wykonawcy uprawnieni są do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do szeregu informacji, jednakże obowiązkiem wykonawcy chcącego korzystać z tego uprawnienia jest wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. że spełnione zostały przesłanki z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zgodnie z art. 8 ust. 3 Ustawy Pzp). PRUiM wraz z ofertą przedłożyło pismo z 30 sierpnia 2017 r., w treści którego oświadczyło, że istnieje szereg informacji o charakterze technicznym, organizacyjnym, technologicznym i

cenowym, które taktować należy jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W treści pisma wymieniono obszerny katalog tego typu informacji, wskazując na ich rodzaj czy przedmiot, bez odniesienia się do jakichkolwiek szczegółowych dokumentów zawierających takie informacje. Takie blankietowe oświadczenie nie może zostać uznane za spełniające ustawowe wymogi, wydaje się być bowiem bezsprzeczne, że wykazanie ziszczenia się przesłanek musi odnosić się do konkretnego dokumentu zawierającego stosowne informacje. Na etapie składania ofert wadliwość koncepcji PRUiM nie generowała jednak konsekwencji, gdyż żaden dokument złożony wraz z ofertą nie został utajniony. Sytuacja uległa zmianie na etapie składania Wyjaśnień 1 oraz 2 w zakresie rażąco niskiej ceny. PRUiM utajniło zestawienie jednostek sprzętowych i transportowych (załącznik nr 1) oraz oferty na materiały (załącznik nr 3) do Wyjaśnień 1 oraz załączniki 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9 do Wyjaśnień 2, a także część tego pisma. Uzasadniając zastrzeżenie tych dokumentów PRUiM odwołało się do oświadczenia złożonego wraz z ofertą, nie wykazując spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Już z samego więc faktu niewykazania spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji w ocenie Odwołującego należy wyprowadzić wniosek o wadliwości czynności Zamawiającego, który niesłusznie zaakceptował utajnienie dokumentów załączonych do Wyjaśnień 1 i 2.

Wobec powyższego oraz biorąc pod uwagę przedmiot zasadniczego zarzutu odwołania (rażąco niska cena) Odwołujący wskazał na zasadność odtajnienia załączników do Wyjaśnień 1 i 2 w trakcie rozprawy, co umożliwiłoby Odwołującemu skonfrontowanie się z ich treścią. Niezależnie od wadliwości proceduralnej zastrzeżenia załączników do Wyjaśnień 1 i 2 Odwołujący zakwestionował możliwość posiadania przez zastrzeżone dokumenty cech tajemnicy przedsiębiorstwa.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz Uczestnika postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Ustawy Pzp. Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowym terminie oraz w ustawowym terminie przekazano Zamawiającemu kopię odwołania, co potwierdza dokumentacja postępowania odwoławczego.

Ponadto Izba ustaliła, iż zostały wypełnione łącznie przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 Ustawy Pzp (Środki *ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy,*

uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy) – to jest posiadania interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach (dalej także jako „Przystępujący") zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 Ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu rozprawy do akt sprawy złożył odpowiedź na odwołanie z dnia 29 listopada 2017 r., w której wniósł o oddalenie odwołania. W treści odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, iż za spóźnione należy uznać zarzuty bezpodstawnego kolejnego wezwania wystosowanego do Przystępującego w dniu 23 października 2017 r. oraz zaniechania odtajnienia dokumentów stanowiących załącznik nr 1 i 3 do wyjaśnień Przystępującego z dnia 8 września 2017 r. Ponadto Zamawiający przedstawił szereg argumentów, mających na celu wykazanie, że podjęte przez niego czynności nie naruszały przepisów Ustawy Pzp, a stawiane w odwołaniu zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego i potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treści oferty Przystępującego, wezwań do wyjaśnień z dnia 1 września 2017 r. oraz 23 października 2017 r. skierowanych do Przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy Pzp, pism Przystępującego z dnia 8 września 2017 r. i 30 października 2017 r., informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z 6 listopada 2017 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 29 listopada 2017 roku, jak również przedstawione w złożonych pismach. Izba dopuściła także dowody z dokumentów zawnioskowanych i złożonych przez Strony postępowania (tj. z oferty załączonej do odwołania, zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz opinii inżynierów budowlanych złożonych przez Zamawiającego w toku rozprawy).

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ") - Rozdział V pkt 1 „Opis Przedmiotu Zamówienia" przedmiotem zamówienia publicznego jest wykonanie robót budowlanych obejmujących budowę sieci kanalizacji sanitarnej dla Zadania 13 (ul.

Broniewskiego, Dworcowa, Ogrodowa, Wagowa) w ramach Projektu „Gospodarka wodno-ściekowa w Sosnowcu - Etap III". Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia przedstawiony został w załączniku nr 3 do SIWZ.

Zgodnie z Rozdziałem XI SIWZ wykonawca zobowiązany był podać na formularzu ofertowym cenę brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia, wartość podatku VAT oraz cenę netto. Zamawiający wskazał, iż Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić w kosztorysach ofertowych wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w przedmiarach robót. Zamawiający podał także założenia wyjściowe do kosztorysowania, wskazując m.in. wymagania dotyczące metod i podstaw opracowania kosztorysów ofertowych, w tym, że cena ofertowa jednostkowa winna zawierać wszystkie koszty: robocizny, materiałów, sprzętu i środków transportu niezbędne do wykonania robót objętych jednostką przedmiarową oraz koszty pośrednie i zysk. Wyliczona cena jednostkowa winna uwzględniać również wszystkie koszty związane z realizacją robót łącznie z czynnościami towarzyszącymi. Ponadto w punkcie 4 Rozdziału XI SIWZ Zamawiający wskazał, iż cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w ww. punktach SIWZ. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których w przedmiarach robót nie ujęto w odrębnych pozycjach, Wykonawca powinien ująć w cenach jednostkowych pozycji opisanych w przedmiarach robót.

W punkcie 1 Załącznika nr 3 do SIWZ „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia" Zamawiający wskazał, iż szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi dokumentacja projektowa i STWiORB. W ramach dokumentacji projektowej przedstawiono Opis Projektu Wykonawczego – Budowa Kanalizacji Sanitarnej („Opis PW KS"), gdzie w punkcie II wskazano m.in. projekt zabezpieczenia wykopów na czas realizacji robót. Zgodnie z punktem II.5. Opisu PW KS zabezpieczenie przy pomocy ścianek szczelnych należy wykonać dla 10% długości wykopu, kiedy nie ma możliwości zabezpieczenia przy pomocy obudowy samopogrążalnej (nie więcej niż 10% długości wykopu). Dalej przedstawiono informacje odnośnie opisu ścianki szczelnej i zasad wykonania tego rodzaju zabezpieczenia.

W przedmiotowym postępowaniu wpłynęły oferty trzech wykonawców, w tym Odwołującego i Przystępującego. W dniu 1 września 2017 r. Zamawiający wezwał Przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, 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 albo

minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę;

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;

3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Ponadto Zamawiający poinformował Przystępującego, iż w przypadku nie złożenia wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający odrzuci jego ofertę. Zamawiający podkreślił także, że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia mają być rzeczowe oraz poparte stosownym materiałem dowodowym, a wykonawca nie może oprzeć się jedynie na ogólnych tezach.

Przystępujący w dniu 8 września 2017 r. złożył wyjaśnienia, w których wskazał, iż kalkulacji ceny dokonano na podstawie STWiORB, ofert dostawców materiałów, stawek robocizny i sprzętu we własnej produkcji bezpośredniej oraz ofert wykonawców usług towarzyszących i pomocniczych. Wskazał, iż zaoferowana cena zawiera wszystkie niezbędne koszty wymagane dla prawidłowej i rzetelnej realizacji zamówienia. Odnosząc się do oszczędności metody wykonania zamówienia, Przystępujący wskazał, iż cena oferty stanowi bilans dostępnych sprzyjających warunków cenotwórczych i została opracowana w oparciu o stawki robocizny w produkcji bezpośredniej, koszty bezpośrednie, a także koszty nabycia materiałów i zawiera rozsądny zysk. Wartości te uzależnione są od specyfiki

przedsiębiorstwa wynikającej m.in. z dynamiki i mobilności kadry zarządzającej, organizacji jednostki, stopnia usprzętowienia firmy, liczebności i doświadczenia w przeprowadzonych realizacjach. Przystępujący wskazał, iż posiada wysoce wykwalifikowaną kadrę oraz nowoczesny i wydajny sprzęt ciężki, średni i lekki do robót ziemnych oraz drogowych, w szczególności koparki, koparko-ładowarki, koparko-spycharki, walce, frezarki, igłofiltry do odwadniania wykopów, maszyny przewiertowe mające kluczowe znaczenie w realizacji zamówienia, co znacząco wpłynie na organizację pracy i umożliwi skrócenie okresu realizacji robót, co pozwoli zminimalizować nakłady kosztów robocizny i sprzętu, organizacji ruchu i wygeneruje zysk na poziomie 5%. Przystępujący podniósł także, iż dla posiadanego sprzętu i jednostek transportowych opracowany jest w oparciu o rzeczywiste koszty indywidualny cennik zakładowy. Zestawienie sprzętu własnego i jednostek transportowych zostało załączone do wyjaśnień i zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Dodatkowo Przystępujący wskazał, iż korzystną okolicznością jest fakt, iż zakończył on realizację podanych w treści pisma pięciu kontraktów oraz aktualnie realizuje kontrakt

„Budowa sieci kanalizacji sanitarnej wraz z budową i przebudową sieci wodociągowej oraz budowa sieci deszczowej dla Zadania 10 (ul. Boczna, Juliuszowska, Feliks) i Zadania 11 (ul. Maczkowska, Krakowska, Stacyjna, Spacerowa, Skwerowa, Kadłubka, Wodociągów) w ramach Projektu „Gospodarka wodno - ściekowa w Sosnowcu — Etap III" a także inne duże zadania o podobnym zakresie, co wiąże się ze zdobyciem adekwatnego doświadczenia i praktycznej wiedzy w zakresie organizacji robót będących przedmiotem umowy.

Wskazując na wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia Przystępujący poinformował, iż dysponuje stabilnymi dobrze zorganizowanymi brygadami roboczymi, o wszechstronnych, zamiennych, wzajemnie się uzupełniających kwalifikacjach, co łącznie ze skuteczną kadrą nadzoru techniczno-budowlanego gwarantuje: optymalnie niskie koszty pośrednie i zakładowe, sprawną i terminową realizację robót budowlano - montażowych. Wyjątkowo sprzyjającym warunkiem jest także fakt, iż Przystępujący posiada zgodę, nadaną decyzją Prezydenta Miasta Gliwice, na magazynowanie i przetwarzanie odpadów wytwarzanych podczas prac remontowych nawierzchni. Materiał powstały z rozbiórek: gruz betonowy po przekruszeniu własną kruszarką oraz materiał z frezowania, może być wykorzystany ponownie na innych zadaniach realizowanych przez Przystępującego, co eliminuje koszty składowania i utylizacji odpadów niebędących niebezpiecznymi oraz generuje Spółce przychody z tytułu sprzedaży materiału przekruszonego. Omawiana decyzja została załączona do wyjaśnień. Przystępujący wskazał ponadto, iż jest właścicielem nowoczesnego węzła betoniarskiego, a także współwłaścicielem spółki będącej wytwórcą mas mineralno-bitumicznych. Ceny mieszanek betonowych, podsypek cementowo-piaskowych produkcji własnej jak również ceny mas mineralno-bitumicznych do nawierzchni drogowych wynegocjowane dla potrzeb realizacji Zamówienia są korzystniejsze od cen rynkowych i cen publikowanych w wydawnictwie Sekocenbud. Istotnym czynnikiem cenotwórczym skalkulowanej oferty są również korzystne ceny dostawców materiałów uzyskane z uwagi na odbiór dużych ilości materiałów na realizowane zadania inwestycyjne. Oferty na dostawę materiałów zostały załączone do wyjaśnień i zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Przystępujący wskazał również stawkę roboczogodziny w oparciu, o którą wyliczył zaoferowaną cenę, która jest wyższa od minimalnego wynagrodzenia wynikającego z przepisów.

W dniu 2 października 2017 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, którą była oferta Przystępującego. Powyższa czynność została zaskarżona przez Odwołującego odwołaniem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 października 2017 r. W piśmie z dnia 23 października 2017 r. skierowanym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO 2149/17 Zamawiający podał, że: "informuje o unieważnieniu czynności z dnia 02.10.2017 r, dotyczącej wyboru oferty

Przedsiębiorstwa Remontów Ulic i Mostów S.A. (…) jako najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: Kontrakt 2 — Budowa sieci kanalizacji sanitarnej dla Zadania 13 (ul. Broniewskiego, Dworcowa, Ogrodowa, Wagowa) w ramach Projektu „Gospodarka wodno — ściekowa w Sosnowcu — Etap III" i powtórzeniu czynności badania i oceny ofert w wyżej

wymienionym postępowaniu. W ramach powtórnego badania i oceny ofert Zamawiający pismem z dnia 23.10.2017 r. wezwał Wykonawcę: Przedsiębiorstwo Remontów ulic. i Mostów S.A., w trybie art. 90 ust. 1 ustawy (…) do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny". Dalej podał, że „w dniu 23.10.2017 r. poinformował Wykonawców o dokonaniu czynności opisanych powyżej." Wobec powyższego Odwołujący przed otwarciem rozprawy - na posiedzeniu w dniu 25 października 2017 - oświadczył, że cofa wniesione odwołanie na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy Pzp. Zaprzeczył jednak, że został poinformowany przez Zamawiającego o czynności wezwania Przystępującego do ponownych wyjaśnień w trybie art. 91 ust. 1 Ustawy Pzp, a o okoliczności tej dowiedział się dopiero na posiedzeniu przed Izbą.

W dniu 23 października 2017 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do uszczegółowienia przedstawionych argumentów przedstawionych w piśmie z dnia 8 września 2017 r., a w szczególności udzielenie odpowiedzi na poniższe pytania:

1) W jaki sposób dysponowanie wysoko wykwalifikowaną kadrą, nowoczesnym i wydajnym sprzętem ciężkim, średnim i lekkim oraz drogowym wpływa na skrócenie czasookresu realizacji robót, a w konsekwencji wpływają na minimalizację kosztów robocizny i sprzętu;
2) W jaki sposób praktyka w zakresie organizacji robót i doświadczenie w realizacji zamówień wskazanych na str. 3 pisma z dnia 08.09.2017 r. wpływa na obniżenie kosztów realizacji niniejszego zamówienia; w szczególności należy wskazać, jaki wpływ na oszczędności przy realizacji niniejszego zamówienia mają realizowane obecnie kontrakty;
3) W jaki sposób posiadanie pozwolenia na gospodarowanie odpadami (w tym wytworzonymi podczas renowacji nawierzchni dróg), wydanego przez Prezydenta Miasta Gliwice wpływa na obniżenie kosztów realizacji niniejszego zamówienia;
4) W jaki sposób fakt posiadania własnego węzła betoniarskiego oraz współwłasność wytwórcy mas mineralno- bitumicznych wpływa na obniżenie kosztów realizacji niniejszego zamówienia;
5) Należy wskazać wpływ cen dostawców materiałów zawartych w załączniku nr 3 do pisma z dnia 08.09.2017 r. na możliwość obniżenia cen jednostkowych zawartych w kosztorysie ofertowym. Należy również przedstawić szczegółową kalkulacji pozycji kosztorysowych z uwzględnieniem cen materiałów zawartych w zdaniu poprzednim;

6) Jaki wpływ na koszty robocizny ma stawka roboczogodziny wskazana w piśmie z dnia 08.09.2017 r.
7) Należy przedstawić kalkulację w odniesieniu do pozycji kosztorysowych zawartych w złożonej ofercie, ze szczególnym uwzględnieniem pozycji najbardziej cenotwórczych.

W odpowiedzi na powyższe, Przystępujący w dniu 30 października 2017 r. złożył wyjaśnienia, w których odpowiadając na pytania Zamawiającego wskazał m.in., iż:

Ad. 1) - Wysoko wykwalifikowana kadra kierownicza gwarantuje wykonywanie robót w sposób płynny co ma wpływ na szybszą niż wymagana przez Zamawiającego realizację robót. Przystępujący wskazał, iż dysponuje stabilnymi i dobrze zorganizowanymi brygadami roboczymi złożonymi z pracowników zatrudnionych na umowę o pracę o wszechstronnych, zamiennych wzajemnie się uzupełniających kwalifikacjach, co łącznie ze skuteczną kadrą nadzoru techniczno-budowlanego gwarantuje: optymalizację kosztów pośrednich i zakładowych oraz sprawną i terminową realizację robót budowlano- montażowych. Dzięki tak dużej wykwalifikowanej kadrze wykonawca może szybciej reagować i lepiej rozwiązywać napotkane kolizje, czy nieprzewidziane utrudnienia. Ponadto z uwagi na zaawansowanie robót na realizowanym obecnie innym kontrakcie w ramach Projektu „Gospodarka wodno — ściekowa w Sosnowcu — Etap III" Przystępujący zamierza przeznaczyć część kadry i na potrzeby doświadczonej dozoru pracowników fizycznych realizacji przedmiotowego kontraktu. W załączniku nr 1 i 2 do wyjaśnień Przystępujący przedstawił dowody na potwierdzenie powyżej wymienionego doświadczenia i uprawnień pracowników. Także nowoczesny i wydajny sprzęt ciężki, średni i lekki do robót ziemnych oraz drogowych ma znaczenie kluczowe w skróceniu realizacji przedmiotowego zamówienia z uwagi na fakt ich posiadania i braku konieczności zawierania dodatkowych umów w celu ich pozyskania. Nowoczesny sprzęt jest bardziej wydajny od jednostek starszych. Jako przykład Przystępujący opisał wpływ stosowania nowoczesnych zagęszczarek, ubijaków i walców

posiadających wyższą skuteczność zagęszczenia od starszych jednostek na optymalizację procesów budowlanych, co w konsekwencji powoduje skrócenie terminu realizacji. Ponadto Przystępujący wskazał, iż także posiadany przez niego własny warsztat mobilny i magazyn części zamiennych i materiałów eksploatacyjnych pozwala na niezwłoczną reakcję w przypadku awarii co wpływa na szybkość realizacji kontraktu. Na marginesie Przystępujący zwrócił uwagę, iż nowoczesny sprzęt jest mało awaryjny zużywa mniej paliwa, dlatego koszt jego użytkowania jest także niższy co wpływa już nie tylko na czas wykonywania robót, ale także bezpośrednio na wartość wykonywania robót. Wszystkie powyżej wymienione dowody w konsekwencji wpływają na minimalizację kosztów robocizny i sprzętu. Przygotowując ofertę Przystępujący dokonał szczegółowej analizy dokumentacji projektowej, warunków gruntowowodnych, dokonał oględzin terenu i w oparciu o wymienione czynności, a także w/w

możliwości stwierdził, iż czas potrzebny do realizacji tego kontraktu obejmuje 8 miesięcy. Oszczędność czasu wynosi więc 20% w stosunku do założeń Zamawiającego, co niewątpliwie ma wpływ na ponoszone na realizację kontraktu koszty związane z prowadzeniem i zabezpieczeniem budowy, tj. w szczególności: koszty zaplecza budowy, koszty pracowników, dozoru technicznego, sprzętu i transportu. Obliczenia te pozwoliły na optymalizację wartości oferty do wysokości zaoferowanej ceny.

Ad. 2) - Praktyka w zakresie organizacji robót i doświadczenie w realizacji zamówień wskazanych na str. 3 pisma Przystępującego z dnia 08.09.2017 r., aktualnie realizowany kontrakt „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej wraz z budową i przebudową sieci wodociągowej oraz budowa sieci deszczowej dla Zadania 10 i Zadania 11 w ramach Projektu „Gospodarka wodno —ściekowa w Sosnowcu — Etap III" oraz inne duże zadania o podobnym zakresie powoduje stałe zdobywanie wiedzy i doświadczenia, wypracowywanie i ulepszanie praktyk wpływających na poprawę organizacji robót poprzez w szczególności odpowiedni dobór zasobów ludzkich, odpowiedni dobór zasobów sprzętowych, optymalizację czasu pracy na poszczególnych zakresach robot i ich frontach, a także szybkie rozwiązywanie powstałych przy realizacji problemów i przedstawianie dla Zamawiającego akceptowalnych rozwiązań w oparciu o zapisy umowy. Posiadane przez Przystępującego doświadczenie i wypracowane na podstawie praktyk w organizacji robót procedury powodują szybkie podejmowanie decyzji, a to z kolei przyśpiesza proces budowlany. Przystępujący wskazał także, iż realizuje obecnie kontrakt na roboty budowlane w ramach Projektu „Gospodarka wodno —ściekowa w Sosnowcu— Etap III" o wartości znacznie przewyższającej wartość tego zamówienia, bo o wartości 20.045.406,63 zł brutto, w ramach którego wynegocjowane zostały znaczące upusty cenowe materiałów. Ponadto realizując obecnie ww. kontrakt Przystępujący dysponuje już placami składowymi, zapleczem budowy i cała szeroko rozumianą optymalną organizacją robót powodującą znaczne oszczędności w kosztach stałych przedmiotowego postępowania oraz optymalizację kosztów zaopatrzenia, co wpływa na szybką realizację kontraktu. Ponadto Przystępujący wskazał, iż realizuje obecnie 36 kontraktów o wartości łącznej 199.719.578,86 zł brutto, których umowy handlowe na dostawę materiałów powodują oszczędności na poziomie 15%. Ponadto Przystępujący wskazał, iż wpływ na wartość oferty ma także racjonalizacja dostaw materiałów różnych dostawców. Ceny dostaw są bowiem niższe, gdyż Przystępujący wykonuje zawsze pełne transporty materiałów dla dwóch budów co wyklucza niekompletne transporty realizowane dla jednego i to w dodatku mikro kontraktu przy obecnie realizowanym.

Ad. 3) – Przystępujący wskazał, iż wyjątkowo sprzyjającym warunkiem jest także posiadanie decyzji Prezydenta Miasta Gliwice na magazynowanie i przetwarzanie odpadów wytwarzanych podczas prac remontowych nawierzchni. Materiał powstały z rozbiórek: gruz

betonowy i asfaltobetonowy po przekruszeniu własnymi kruszarkami oraz materiał z frezowania, Przystępujący wykorzystuje w ramach recyklingu zgodnego z zasadami ochrony środowiska ponownie na innych zadaniach realizowanych przez spółkę, co eliminuje koszty składowania i utylizacji odpadów oraz generuje spółce także przychody z tytułu sprzedaży materiału przekruszonego. Destrukt asfaltobetonowy z warstwy ścieralnej stanowi własność Zamawiającego, lecz pozostałe materiały betonowe i asfaltobetonowe z rozbiórki stanowią własność wykonawcy. W wyniku prac rozbiórkowych materiału betonowego oraz

asfaltobetonowego przedmiotowego kontraktu pozyskany zostanie materiał w ilości 953,36 Mg generujący dla Przystępującego przychód ze sprzedaży wynoszący 35.179,00 zł brutto. Decyzja stanowi załącznik nr 3 do niniejszych wyjaśnień. W związku z powyższym odpad budowlany nie stanowi pełnego kosztu jego utylizacji, lecz generuje dodatkową korzyść, co także potwierdza rzetelność przedstawionej przez nas oferty.

Ad. 4) - Posiadanie własnego węzła betoniarskiego oraz współwłasność dwóch wytwórni mas bitumicznych wpływa na obniżenie kosztów realizacji poprzez realizację szybkich i terminowych dostaw wytworzonych wysokospecjalistycznych produktów na budowę. Posiadanie własnych wytwórni wyklucza bowiem często występujące w branży budowlanej ryzyko nieterminowych dostaw oraz ryzyko związane z oczekiwaniem na dostawę produktów betonowych i asfaltobetonowych. Ryzyko to występuje zawsze w przypadku konieczności zakupu od niezależnych producentów. Opóźnienia wynikające z nieterminowych dostaw wpływają na większe koszty wykonania robót i wolniejszy postęp prac. Pomimo istnienia porównywalnych kosztów produkcji mas betonowych i asfaltobetonowych, wynikających z kosztów zakupu specjalistycznych wyselekcjonowanych materiałów, posiadanie swoich wytwórni betonu i dwóch wytwórni asfaltobetonu, wpływa korzystnie na wyliczenie ceny oferty z uwagi na pewność obniżenia kosztów z uwagi na szybką i terminową dla sprawnej realizacji robót produkcję j dostawę betonu i asfaltobetonu. Przystępujący wskazał ponadto, iż jego wytwórnie produkują także beton i asfaltobeton dla klientów zewnętrznych, jednak zawsze zgodnie z polityką firmy pierwszeństwo dostaw ma Przystępujący. Jednocześnie wskazano, iż z uwagi na doświadczenie Przystępującego i współwłasność wytwórni mas bitumicznych oraz coroczny wzrost kosztów zakupu surowców do produkcji mas bitumicznych, cena jednostkowa wykonania robót bitumicznych dla odtworzenia nawierzchni jest optymalna.

Ad. 5) - W celu wskazania wpływu cen dostawców materiałów zawartych w załączniku nr 3 do pisma z dnia 08.09.2017r. na możliwość obniżenia cen jednostkowych zawartych w kosztorysie ofertowym Przystępujący przedstawił w załączniku nr 4 do wyjaśnień szczegółową kalkulację kluczowych pozycji kosztorysowych z uwzględnieniem cen materiałów. Przedstawiona szczegółowa kalkulacja w ocenie Przystępującego wskazuje, iż

zawarte w ofercie ceny jednostkowe nie stanowią rażąco niskich, lecz rynkowe. Odzwierciedlają one bowiem rynkowe wartości, co wskazano także w porównaniu ofert różnych firm w różnych postępowaniach publicznych tych samych asortymentów robót, tożsamych z przedmiotowym postępowaniem, stanowiącym załącznik nr 5. Wynika z niego, iż wartości oferty są zbieżne ze sobą co

wskazano w ww. załączniku porównania wskazanych w odwołaniu na str. 12 w pkt 33 pozycji wyceny z oferty PRUiM z analogicznymi pozycjami ofert innych wykonawców oferowanych w ramach innych postępowań o zamówienie publiczne, co dalej wskazuje na rynkowy charakter przedstawionej wartości cen jednostkowych.

Ad. 6) - Wpływ stawki roboczogodziny wskazanej w piśmie z dnia 08.09.2017r. na koszty robocizny Przystępujący przedstawił w załączniku nr 4 do wyjaśnień. Poinformował także, iż z uwagi na duże doświadczenie w kalkulacji wielu ofert, a następnie realizacji wielu kontraktów przedstawiona oferta jest optymalna i rzetelna, a wpływ stawki roboczogodziny na robociznę jest jednym z elementów tej kalkulacji.

Ad. 7) - W załączniku nr 4 do wyjaśnień Przystępujący przedstawił także szczegółową kalkulację cen w odniesieniu do pozycji kosztorysowych ze szczególnym uwzględnieniem pozycji najbardziej cenotwórczych. Przekazał także w załączniku nr 6 wyciąg z części cennika wewnętrznego sprzętu PRUIM SA. oraz cenniki, na podstawie których dokonano wymaganej przez zamawiającego szczegółowej kalkulacji najbardziej cenotwórczych pozycji kosztorysowych. Stanowią one załącznik nr 7. Pozostała część wyjaśnień w tym zakresie została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Dodatkowo Przystępujący powołał się na fakt, iż zaoferowana przez TKS Sp. z o.o. oferta wykonania przedmiotu zamówienia za wartość 3.999.211.07 zł brutto jest zbieżna z ofertą PRUIM SA. Wskazał, iż z niewiadomych przyczyn kosztorys inwestorski Zamawiającego jest znacznie zawyżony i w załączniku nr 8 przedstawił porównanie wartości kluczowych pozycji przedmiaru robót-03 z kosztorysu inwestorskiego Zamawiającego z kosztorysem wykonanym przez Przystępującego w oparciu o obowiązujące

Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, kosztorysem inwestorskim dla porównania tych pozycji. Wyliczenia te zdaniem Przystępującego udowadniają, iż wartość kosztorysu Inwestorskiego przyjęta do oszacowania wartości przedmiotu zamówienia jest znacznie zawyżona. Przystępujący wskazał ponadto, iż prawie wszystkie oferty złożone w przedmiotowym postępowaniu są o ponad 30% niższe od wartości Zamówienia (wartości Inwestorskiej), natomiast cena oferty

Przystępującego nie odbiega o ponad 30% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert.

Załączniki nr 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9 oraz część wyjaśnień na stronach od 9 – 11 zostały zastrzeżone przez Przystępującego jako tajemnice przedsiębiorstwa.

W dniu 6 listopada 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców o czynności ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę Przystępującego.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy Pzp poprzez niezasadne uznanie przez zamawiającego, że wyjaśnienia Przystępującego są wystarczające do stwierdzenia, że oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny.

I.

Na wstępie należy wskazać, iż Odwołujący w pierwszej kolejności zarzucał naruszenie przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy Pzp poprzez niezasadne wezwanie Przystępującego do złożenia ponownych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Odwołujący kwestionował słuszność wystosowania wezwania z dnia 23 października 2017 r. podnosząc, iż pierwsze wyjaśnienia złożone przez Przystępującego były nierzetelne, ogólne, niepoparte wystarczającymi dowodami i jako takie winny stać się podstawą do odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej cenę rażąco niską, a działania Zamawiającego stanowiły bezpodstawne „ratowanie" oferty Przystępującego i naruszały reguły uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W tym kontekście wskazać należy, iż Izba nie kwestionuje podnoszonych przez Odwołującego argumentów, że decydującym kryterium w zakresie dopuszczalności kolejnego wezwania do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny jest rzetelność w udzielaniu wyjaśnień, niemniej zwrócić należy uwagę, iż ocena treści wyjaśnień jest nierozerwalnie związana z treścią samego wezwania do złożenia wyjaśnień – to wezwanie do wyjaśnień w ocenie Izby determinuje bowiem treść odpowiedzi. Zamawiający w piśmie z dnia 1 września 2017 r. zawarł ogólne wezwanie do złożenia wyjaśnień i dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, stanowiące w praktyce przytoczenie brzmienia przepisu art. 90 ust. 1 Ustawy Pzp. Oprócz tego Zamawiający w treści wezwania jedynie pouczył wykonawcę, że w przypadku niezłożenia rzeczowych wyjaśnień popartych dowodami, jak również w przypadku, gdy dokonana na ich podstawie ocena potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę, Zamawiający odrzuci ofertę wykonawcy. Zamawiający,

pomimo dysponowania załączonym do oferty Przystępującego kosztorysem, nie wskazał na konkretne elementy ceny, których wyjaśnienia żąda. Dlatego też w ocenie Izby w takiej sytuacji – ze względu na ogólność wezwania - dopuszczalne było zwrócenie się do Przystępującego o uszczegółowienie już złożonych wyjaśnień i konkretne wskazanie w formie pytań tych elementów, których wyjaśnienia żąda

Zamawiający.

Wskazać należy, iż obecnie żaden z przepisów Ustawy Pzp nie udziela wprost odpowiedzi na pytanie, ile razy zamawiający może dokonywać wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień rzetelności ceny oferty. W takiej sytuacji wobec braku możliwości oparcia się na wykładni literalnej, mającej pierwszorzędne znaczenie w systemie prawa stanowionego, należy zwrócić się ku wykładni systemowej i celowościowej. Przypomnieć

więc trzeba, że celem systemu zamówień publicznych jest umożliwienie wydatkowania środków publicznych w warunkach uczciwej konkurencji. Zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców stanowią z mocy art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp jeden z fundamentów systemu zamówień publicznych. Stąd też w orzecznictwie KIO oraz Sądów Okręgowych ukształtował się pogląd, że wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę co do zasady ma charakter jednokrotny, a oferta wykonawcy, który zlekceważył wezwanie zamawiającego i złożył wyjaśnienia ogólnikowe, nie odnoszące się do treści wezwania, podlega odrzuceniu (por. wyrok KIO z dnia 13 maja 2014 r., KIO 572/14). Orzecznictwo i doktryna dopuszczają jednak możliwość zwrócenia się do wykonawcy, który złożył wyjaśnienia nie potwierdzające, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską o dalsze wyjaśnienia kosztów, czy założeń przyjętych do kalkulacji. Izba podziela wyrażany w orzecznictwie KIO pogląd, iż możliwość wezwania do dodatkowych wyjaśnień zachodzi w praktyce w dwóch sytuacjach: gdy sam zamawiający nie poinformował wykonawcy, jakie elementy oferty budzą jego wątpliwości co do ewentualnego rażącego zaniżenia oferty, a wezwanie było odzwierciedleniem przepisów ustawy, a także gdy wykonawca złożył wyjaśnienia, poparł je dowodami i z tych wyjaśnień wprost jednoznacznie nie wynika, że wykonawca zaoferował cenę rażąco niską, a niektóre elementy wyjaśnień, co do kosztów, czy założeń kalkulacyjnych nie zostały w dostateczny sposób wyjaśnione przez wykonawcę i budzą wątpliwości zamawiającego (por. wyrok KIO z dnia 28 marca 2017 r., sygn. akt KIO 466/17).

Jak wskazano powyżej, wezwanie skierowane przez Zamawiającego do Przystępującego w dniu 1 września 2017 r. miało charakter ogólny i sprowadzało się w zasadzie wyłącznie do przytoczenia treści art. 90 Ustawy Pzp, nie wskazywało na jakiekolwiek elementy oferty, które wzbudziły wątpliwości Zamawiającego i które powinny stać się przedmiotem wyjaśnienia. Dlatego też w ocenie Izby w tej sytuacji, Zamawiający był uprawniony do tego, aby zwrócić się do Przystępującego o uszczegółowienie już złożonych wyjaśnień. Jak

wskazał Sąd Okręgowy w Olsztynie w wyroku z dnia 9 grudnia 2010 r. (sygn. akt V Ga 122/10), „pytanie do wykonawcy powinno wskazywać elementy oferty, które podczas badania oferty wzbudziły wątpliwości i co do których zamawiający oczekuje wyjaśnień. […] Aby wątpliwości te rozwiać wykonawca musi wiedzieć, które to elementy wzbudziły zastrzeżenia i w jakim kierunku mają iść jego wyjaśnienia. […] Zamawiający nie może obarczać wykonawcy negatywnymi konsekwencjami w postaci odrzucenia oferty, skoro nie sprecyzował stopnia szczegółowości wyjaśnień, jakich oczekuje."

Dlatego też w ocenie Izby, zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 i 3 Ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 2 pkt 4 Ustawy Pzp w zakresie, w jakim dotyczył on niezasadnego wezwania Przystępującego do złożenia ponownych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, nie potwierdził się.

Na marginesie Izba wskazuje, iż nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, jakoby zarzut dotyczący bezpodstawnego wystosowania do Przystępującego ponownego wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny uznać należało za spóźniony. W ocenie Izby podnoszone przez Odwołującego zarzuty naruszenia art. 90 ust. 1 i 3 Ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 2 pkt 4 Ustawy Pzp należy traktować całościowo, jako wywodzone z wadliwej – w ocenie Odwołującego – czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Zwrócić należy uwagę, iż sam fakt wystosowania wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny nie przesądza o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Czynność ta nie tamowała Odwołującemu możliwości uzyskania zamówienia, gdyż Zamawiający nie dokonał jeszcze wyboru oferty najkorzystniejszej i nie była znana ostateczna w tym względzie ocena, a konsekwencją takiego wezwania mogło być zarówno odrzucenie oferty wykonawcy jako zawierającej rażąco niską cenę, jak i wybór oferty tego wykonawcy w sytuacji, gdy wyjaśnienia pozwolą obalić istniejące domniemanie rażąco niskiej ceny. istotną okolicznością determinującą możliwość podnoszenia określonych zarzutów w środkach ochrony prawnej, jest zarówno etap postępowania, jak też sytuacja danego wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a dopiero na skutek informacji o wyborze oferty Odwołujący powziął wiedzę, iż czynność ponownego wezwania do wyjaśnień stała się podstawą do ponownego wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Izba uwzględniła natomiast zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 i 3 Ustawy Pzp w zw. z art. 89

ust. 2 pkt 4 Ustawy Pzp w zakresie dotyczącym niezasadnego uznania, że wyjaśnienia Przystępującego są wystarczające do stwierdzenia, że oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W pierwszej kolejności zwrócić należy uwagę, iż w postępowaniu odwoławczym Izba bada nie tyle samą cenę oferty, co czynność Zamawiającego polegającą na ocenie

złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy. Przedmiotem odwołania może być bowiem wyłącznie czynność lub zaniechanie zamawiającego. Zatem rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymagało ustalenia, czy na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający był uprawniony do uznania, że cena zaoferowana przez Przystępującego nie jest rażąco niska.

W orzecznictwie i doktrynie ugruntowany jest pogląd, iż zwrócenie się przez Zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny tworzy domniemanie, że oferowana cena (lub koszt) jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oznacza to przerzucenie na wykonawcę ciężaru dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, co znajduje odzwierciedlenie wprost w treści art. 90 ust. 2 Ustawy Pzp. Wykonawca został więc ustawowo zobowiązany do wykazania, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Ponieważ celem wyjaśnień wykonawcy jest wzruszenie przyjętego domniemania, muszą one być konkretne, wyczerpujące i rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę. Podkreślić tutaj należy, że nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zatem z momentem wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy Pzp, na wezwanym wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej. Rzeczą wykonawcy jest – w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego – udzielenie wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny, a brak tych wyjaśnień, czy też złożenie wyjaśnień nieprzekonujących, skutkować winny odrzuceniem oferty (por. m.in. wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2016 r., sygn. akt KIO 2721/15). Ocena czy wykonawca udźwignął ten obowiązek nie może być dokonywana schematycznie, musi uwzględniać treść wezwania do złożenia wyjaśnień i sposób jego realizacji.

W ocenie Izby wyjaśnienia przedstawione przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie z dnia 23 października 2017 r. nie były wyczerpujące i nie czyniły zadość wszystkim wymaganiom wynikającym z treści wezwania do wyjaśnień z dnia 23 października 2017 r. Zwrócić należy uwagę, iż Przystępujący był dwukrotnie wzywany do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny – pierwsze wezwanie miało charakter ogólny, drugie jednakże dotyczyło już uszczegółowienia konkretnych okoliczności wskazanych przez Przystępującego w piśmie z dnia 8 września 2017 r. Odpowiadając na pierwsze wyjaśnienia Przystępujący nie przedstawił żadnych szczegółowych kalkulacji w odniesieniu do kosztorysu ofertowego, poprzestając wyłącznie na wskazaniu kilku elementów, które w jego ocenie powodowały oszczędność metody wykonania zamówienia i wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia. Przystępujący nie wykazał jednak wpływu tychże

okoliczności na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, nie wskazał w sposób mierzalny, jakie oszczędności okoliczności te generują po jego stronie, jak wpływają one na kalkulację poszczególnych pozycji kosztorysu. Jakkolwiek w niniejszym przypadku Izba uznała, że wobec ogólnej treści pierwszego wezwania do wyjaśnień, Zamawiający mógł wezwać Przystępującego do uszczegółowienia otrzymanych wyjaśnień z dnia 8 września 2017 r., to nie można tracić z oczu tego, że obowiązkiem wykonawcy co do zasady jest udzielenie wyjaśnień konkretnych, kompleksowych, odnoszących się do wszystkich zagadnień wskazanych przez Zamawiającego. W treści drugiego wezwania (pismo Zamawiającego z dnia 23 października 2017 r.) Zamawiający podkreślił konieczność udzielenia odpowiedzi na szereg pytań, które sprowadzały się do doprecyzowania, w jaki sposób na obniżenie kosztów realizacji zamówienia czy oszczędności przy realizacji zamówienia wpływają przedstawione przez Przystępującego okoliczności, takie jak dysponowanie wykwalifikowaną kadrą i

nowoczesnym sprzętem, doświadczenie wykonawcy, posiadanie pozwolenia na gospodarowanie odpadami, fakt własnego węzła oraz posiadania betoniarskiego współwłasność wytwórcy mas mineralno-bitumicznych, ceny dostawy materiałów, koszt robocizny. Zamawiający wymagał także przedstawienia szczegółowych kalkulacji pozycji kosztorysowych z uwzględnieniem cen materiałów przedstawionych w załączniku nr 3 do wyjaśnień z dnia 8 września 2017 r., a także przedstawienia kalkulacji w odniesieniu do pozycji kosztorysowych zawartych w ofercie, ze szczególnym uwzględnieniem pozycji najbardziej cenotwórczych. Dokonując analizy wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w odpowiedzi na to wezwanie, Izba stwierdziła, iż wyjaśnienia te są niekompletne i jedynie częściowo czynią zadość wytycznym wynikającym z wezwania Zamawiającego, a jako takie nie mogą zostać uznane za wystarczające do wykazania, że oferta Przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, iż Zamawiający wymagał od Przystępującego m.in. przedstawienia szczegółowej kalkulacji w odniesieniu do pozycji kosztorysowych zawartych w złożonej ofercie. Przystępujący co prawda przedstawił w załączniku nr 4 do wyjaśnień z dnia 30 października 2017 r. kalkulację pozycji kosztorysowych, wszelkie wyliczenia zostały jednak ograniczone wyłącznie do czterech konkretnych pozycji kosztorysowych, tj. do pozycji 1 – 4 Przedmiaru robót PR-03 (treść omawianego załącznika zawierająca szczegółowe wyliczenie kosztów w tych czterech pozycjach została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa). W ocenie Izby ograniczenie się w treści wyjaśnień wyłącznie do czterech pozycji kosztorysowych nie jest wystarczające dla dokonania oceny czy oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, tym bardziej, że dotyczyły one wyłącznie przedmiaru robót PR-03, podczas gdy kosztorys ofertowy obejmował także wycenę prac ujętych w przedmiarach robót PR-01, PR-02, PR-04 i PR-05. Ponadto zwrócić należy uwagę, iż zgodnie z

załączonym do oferty kosztorysem ofertowym wartość czterech pozycji kosztorysowych, dla których przedstawiono kalkulację, wynosiła łącznie 878 096 zł netto, podczas gdy całkowita cena oferty Przystępującego wyniosła 3 052 082,60 zł netto. Przystępujący przedstawił zatem wyłącznie kalkulację dotyczącą części kosztorysu ofertowego, która nie stanowiła nawet 30% całkowitej ceny oferty.

Tymczasem Przystępujący – zgodnie z treścią wezwania z dnia 23 października 2017 r. – był zobowiązany przedstawić kalkulację w odniesieniu do pozycji kosztorysowych zawartych w złożonej ofercie, ze szczególnym uwzględnieniem pozycji najbardziej cenotwórczych. Kalkulacja miała co do zasady zatem obejmować całość pozycji kosztorysowych, ze szczególnym wyodrębnieniem tych najbardziej cenotwórczych. Nawet jednak uznając, że prace ujęte w Przedmiarze PR-03 stanowią meritum zamówienia będącego przedmiotem postępowania, a zarazem pozycje najbardziej cenotwórcze, to ograniczenie się przez Przystępującego w tym zakresie wyłącznie do czterech pozycji Przedmiaru PR-03 nie może być uznane za dostatecznie wyjaśniające sposób kalkulacji ceny. Łączna wartość wszystkich pozycji w kosztorysie dla przedmiaru PR-03 zaoferowana przez Przystępującego kształtowała się na poziomie 1 869 471,00 zł netto, podczas gdy elementy kosztorysu, dla których przedstawiono kalkulację w wyjaśnieniach wynosiły 878 096 zł netto (czyli ok. 47% łącznej wartości wszystkich pozycji Przedmiaru PR-03). Dlatego też nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego przedstawionym w odpowiedzi na odwołanie (str. 14), jakoby Przystępujący w Załączniku nr 4 do wyjaśnień z dnia 30 października 2017 r. przedstawił szczegółową kalkulację robót z kosztorysu PR-03, jak bowiem wskazano powyżej kalkulacja ta przedstawiona została wyłącznie dla czterech pozycji z kosztorysu PR-03, których łączna wartość nie stanowiła nawet połowy wartości wszystkich pozycji z kosztorysu PR-03 i stanowiła mniej niż 30% całkowitej ceny oferty. Izba nie kwestionuje, że wyliczenia w zakresie tych czterech pozycji kosztorysu były szczegółowe i uwzględniały okoliczności wymagane przez Zamawiającego, niemniej nie sposób uznać, by przedstawiona w dość ograniczonym zakresie kalkulacja była wystarczająca do dokonania oceny, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Zwrócić należy uwagę także, iż Zamawiający wymagał od Przystępującego wykazania wpływu cen dostawców materiałów na możliwość obniżenia cen jednostkowych zawartych w kosztorysie ofertowym. W tym zakresie Zamawiający wskazał także na konieczność przedstawienia szczegółowej kalkulacji pozycji kosztorysowych z uwzględnieniem cen materiałów przedstawionych w załączniku nr 3 do pisma Przystępującego z dnia 8 września

2017 r. Zamawiający nie ograniczył treści żądania wyłącznie do przedstawienia wpływu cen materiałów na cztery konkretne pozycje kosztorysu ofertowego dla Przedmiaru PR-03 (tj. poz. 1-4), tym bardziej, że kosztorys ofertowy, także w zakresie dotyczącym Przedmiaru PR-03, ale i pozostałych przedmiarów, zawierał jeszcze szereg innych pozycji, na których

wycenę wpływały koszty materiałów pozyskiwanych od dostawców. Przystępujący tymczasem w żaden sposób nie odniósł się do kwestii wpływu oferowanych przez dostawców cen materiałów na kalkulację innych, niż przedstawione w Załączniku nr 4, pozycji kosztorysowych.

O tym, że wyjaśnienia Przystępującego w powyższym zakresie nie były wystarczające w ocenie Izby świadczy fakt, iż Zamawiający samodzielnie dokonał analizy porównawczej w zakresie cen ujętych przez Przystępującego oraz cen zawartych w ofertach poddostawców załączonych przez Przystępującego do wyjaśnień z dnia 8 września 2017 r. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przedstawił w tabeli na stronie 10 wyniki analizy przeprowadzonej w powyższym zakresie dla budowy kanałów z rur przewiertowych kamionkowych glazurowanych (poz; 5 – 8 kosztorysu ofertowego PR-03), co podsumował stwierdzeniem, iż złożone przez Przystępującego dowody w postaci cen oferowanych przez poddostawców mają kluczowy wpływ na kalkulację ceny ofertowej, albowiem cena materiałów jest najistotniejszym elementem cenotwórczym. Zamawiający wskazał ponadto, iż dokonał porównania cen materiałów wskazanych w załączniku nr 3 do wyjaśnień z dnia 8 września 2017 r. z cenami jednostkowymi przyjętymi w kosztorysie inwestorskim, jak również, iż dokonał porównania wartości robót realizowanych z wykorzystaniem materiałów wskazanych w tym załączniku, a wartością robót wynikającą z kosztorysu inwestorskiego. Z analizy tej wynikało, że tam gdzie Przystępujący otrzymał ofertę na sam materiał (wraz z kosztem zakupu) tańszą od wartości przyjętej w kosztorysie, tam również o podobny procent tańsza jest pozycja w kosztorysie ofertowym Przystępującego od pozycji w kosztorysie inwestorskim. Stosowną analizę porównawczą Zamawiający przedstawił w tabeli na stronie 11 odpowiedzi na odwołanie, częściowo objętej tajemnicą przedsiębiorstwa. Powyższe działanie Zamawiającego w ocenie Izby jednoznacznie wskazuje, że, aby dokonać oceny czy oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę, Zamawiający musiał przeprowadzić szereg czynności mających na celu ustalenie, jak zaoferowane przez dostawców ceny materiałów wpłynęły na kalkulację ceny przez Przystępującego, sam Przystępujących takich okoliczności bowiem nie przedstawił.

W tym miejscu Izba zwraca uwagę, iż Przystępujący w zasadzie w ogóle nie wyjaśnił jak przedstawione w ofertach dostawców ceny poszczególnych materiałów wpłynęły na ustalenie cen poszczególnych pozycji kosztorysu, jaką oszczędność pozwoliły wygenerować, nie podał realnych wartości obniżających cenę, nie odniósł się do konkretnych wyliczeń. Sama kalkulacja (przedstawiona wyłącznie dla poz. 1-4 Przedmiaru PR-03) wskazywała jedynie ceny zastosowanych materiałów, w treści wyjaśnień nie udzielono odpowiedzi na pytanie, jak te ceny mają się do cen wynikających z ofert dostawców załączonych do wyjaśnień z dnia 8 września 2017 r. (czego wprost oczekiwał Zamawiający w wezwaniu),

jaka dzięki temu jest generowana oszczędność. Przystępujący wskazał jedynie, iż ceny te odzwierciedlają rynkowe wartości tego rodzaju materiałów, co jednak nie było przedmiotem zapytania Zamawiającego. Celem wezwania wystosowanego przez Zamawiającego było wyjaśnienie, w jaki sposób ceny określonych materiałów oferowanych przez dostawców wpływają na wymiar cen jednostkowych przedstawionych w kalkulacji pozycji kosztorysowych, a wyjaśnienia w tym zakresie miały zostać poparte szczegółową kalkulacją pozycji kosztorysowych, co nie zostało jednak w sposób adekwatny przedstawione przez Przystępującego. Tymczasem Zamawiający sam podjął próbę wyciągnięcia wniosków jak ceny dostaw materiałów przekładają się na ceny wskazane w kosztorysie ofertowym, porównując wartość robót realizowanych z wykorzystaniem tych materiałów, a wartością robót wynikającą z kosztorysu inwestorskiego. Izba zwraca jednak uwagę, iż Zamawiający nie może wyręczać wykonawcy w przedstawianiu okoliczności uzasadniających realność zaoferowanej ceny w sytuacji, gdy wyjaśnienia wykonawcy nie są kompleksowe i nie odpowiadają wymogom określonym przez Zamawiającego w wezwaniu do wyjaśnień, to po

stronie wykonawcy leży bowiem obowiązek wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, co tyczy się zarówno postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i postepowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą. Opieranie się przez Zamawiającego na samodzielnie dokonanej analizie porównawczej cen ujętych przez Przystępującego oraz cen zawartych w ofertach poddostawców, co miało miejsce w niniejszej sprawie, może budzić wątpliwości chociażby z punktu widzenia zasady równego traktowania wykonawców i może być uznane za próbę uwiarygodnienia, że oferta Przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny w obliczu złożenia niekompletnych wyjaśnień przez samego Przystępującego. Tymczasem mając na względzie założenia wynikające z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp Zamawiający jest zobligowany do dokonania rzetelnej i obiektywnej oceny wyjaśnień wykonawców w przedmiocie rażąco niskiej ceny, przyjęcie zaś przez Zamawiającego za prawidłowe wyjaśnień, które są niepełne, stanowi naruszenie art. 90 ust. 3 Ustawy Pzp.

Na marginesie Izba wskazuje, iż z treści wyjaśnień Przystępującego z dnia 30 października 2017 r. można wywieść wniosek, iż w rzeczywistości – zamiast wykazać Zamawiającemu, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską - Przystępujący podjął polemikę z twierdzeniami podnoszonymi przez Odwołującego w treści odwołania z dnia 13 października 2017 r., które stało się podstawą do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i wystosowania do Przystępującego ponownego wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Wskazuje na to m.in. bezpośrednie odniesienie się w treści wyjaśnień do pozycji wyceny z oferty Przystępującego wskazywanych w tymże odwołaniu (strona 8 wyjaśnień). Tymczasem

Zamawiający żądał konkretnych odpowiedzi, jak wskazane w treści wyjaśnień z dnia 8 września 2017 r. okoliczności wpływają na obniżenie kosztów realizacji zamówienia oraz przedłożenia kalkulacji potwierdzających dokonaną wycenę. Przystępujący co do zasady nie wykazał sposobu tego wpływu, nie podał realnych wartości obniżających cenę czy generujących oszczędności. Konkretne kwoty w odniesieniu do przedmiotowej inwestycji podane zostały jedynie w odniesieniu do oszczędności wynikających z pozyskania w wyniku prac rozbiórkowych materiału betonowego i asfaltobetonowego, z którego uzyskany zostanie przychód ze sprzedaży, przy czym w stosunku do całkowitej ceny oferty wysokość wygenerowanych w ten sposób oszczędności wskazana w wyjaśnieniach (tj. kwota 35 179 zł) była nieznaczna i na jej podstawie nie można było wywieść wniosku o realności zaoferowanej ceny. Nie wskazano także jak ewentualne skrócenie okresu czasu realizacji przedmiotowej inwestycji z uwagi na posiadanie wykwalifikowanej kadry i wyspecjalizowanego sprzętu wpłynie na minimalizację kosztów robocizny i sprzętu, twierdzenia Przystępującego w tym zakresie ograniczają się do stwierdzenia, iż *„oszczędność* czasu wynosi więc 20%, co niewątpliwie ma znaczący wpływ na ponoszone na realizacje kontraktu koszty związane z prowadzeniem i zabezpieczeniem budowy, tj. w szczególności koszty zaplecza budowy, koszty pracowników, dozoru technicznego, sprzętu i transportu.” Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, iż taka argumentacja jest cenna, bowiem krótszy czas realizacji wiąże się z mniejszymi kosztami utrzymania placu, tymczasem w treści wyjaśnień Przystępującego nie znalazły się jakiekolwiek konkretne informacje co do oszczędności, jakie powstały lub mogą powstać dzięki powyższej okoliczność, nie przedstawiono żadnych wyliczeń w tym zakresie. Przystępujący nie wykazał również w sposób mierzalny, dający się zweryfikować, jaki wpływ na oszczędności przy realizacji przedmiotowego zamówienia mają obecnie realizowane przez Przystępującego kontrakty, poza wskazanymi rabatami dotyczącymi cen materiałów, których przełożenia na cenę oferty – jak już opisano powyżej – nie uzasadnił.

Izba nie kwestionuje, iż przedstawione w wyjaśnieniach okoliczności mogą mieć znaczenie dla powstania oszczędności podczas realizacji przedmiotowego zamówienia, niemniej treść tych wyjaśnień – w obliczu braku konkretnych informacji jak określone okoliczności wpływają na ceny wskazane w kosztorysie ofertowym - nie pozwala na uznanie ich za wystarczające do wykazania, że wykonawca ten nie zaoferował rażąco niskiej ceny. Dla wyjaśnienia elementów ceny mających wpływ na jej wysokość istotne jest powołanie się na konkretne wartości i ich wpływ na cenę, a nie jedynie przedstawienie ogólnych twierdzeń. Wyjaśnienia przedstawione przez Przystępującego mogą co najwyżej uzupełniać szczegółowe analizy i wyliczenia, nie mogą jednak ich zastępować. Przystępujący ograniczył

się do ogólnych stwierdzeń dotyczących posiadania wykwalifikowanej kadry, nowoczesnego

sprzętu, posiadania własnego węzła betoniarskiego, współwłasności wytwórni mas mineralno-bitumicznych oraz korzystnych rabatów od dostawców materiałów, jednakże nie przedstawił Zamawiającemu żadnej analizy, w jakim stopniu każda z przywołanych okoliczności umożliwia mu obniżenie ceny za realizację zamówienia i jakiego rzędu oszczędności osiąga on z tytułu wskazanych okoliczności. Podkreślić ponadto należy, że szereg okoliczności, na które powołał się Przystępujący, to okoliczności powszechnie dostępne wykonawcom operującym w branży wodno – kanalizacyjnej, w tym obejmującej przebudowę dróg (np. własne maszyny, wykwalifikowana kadra, doświadczenie, korzystne umowy z dostawcami), zaś Przystępujący nie wykazał, w jaki sposób w tym konkretnym postępowaniu przetargowym okoliczności te umożliwiają mu tak znaczne obniżenie kosztów. Zwrócić należy uwagę, iż różnica pomiędzy ofertą Przystępującego a kosztorysem inwestorskim była bardzo duża, zwłaszcza jeśli weźmie się pod uwagę prace stanowiące główny element realizacji zamówienia opisane w Przedmiarze PR-03, których wartość w kosztorysie ofertowym Przystępującego jest ponad trzykrotnie niższa od wartości tych prac szacowanej w kosztorysie inwestorskim (1 869 471 zł netto w ofercie Przystępującego, a 6 557 944,83 zł netto w kosztorysie inwestorskim). W tym stanie rzeczy, w ocenie Izby, brak było podstaw do uznania, że złożone wyjaśnienia w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości pozwalały na ustalenie, że oferta Przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Przypomnieć należy, iż wystosowanie wezwania w trybie art. 90 ust. 1 i 1a Ustawy Pzp oznacza dla wykonawcy obowiązek wykazania, że zaproponowana przez niego cena lub proponowany koszt nie ma charakteru rażąco niskich. Obowiązkiem wykonawcy jest więc dostarczenie wyczerpujących wyjaśnień, które w pierwszej kolejności powinny odnosić się właśnie do wątpliwości Zamawiającego sformułowanych w wezwaniu. Zaznaczyć tutaj należy, że Przystępujący był dwukrotnie wzywany do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, a w drugim wezwaniu zamawiający precyzyjnie wskazał jakich informacji od Przystępującego oczekuje. Pomimo tego Przystępujący nie przedstawił wyjaśnień, które w sposób kompleksowy odnosiłyby się do pytań Zamawiającego wskazanych w wezwaniu z dnia 23 października 2017 r. i potwierdzałyby realność zaoferowanej ceny. W ocenie Izby wobec faktu, że ciężar dowodu wykazania realnego charakteru ceny, adekwatnego do przedmiotu zamówienia, gwarantującego możliwość jego prawidłowego wykonania obciąża wykonawcę, to wykonawca ten powinien odpowiedzieć w sposób kompleksowy na wszystkie pytania zamawiającego, złożyć żądane kalkulacje i dowody. W interesie wykonawcy jest także przedstawienie wyjaśnień w jak najszerszym zakresie - pozwalającym na zaakceptowanie rynkowego charakteru proponowanej ceny, biorąc po uwagę istniejące

uwarunkowania rynkowe i racjonalność przyjętych założeń kalkulacyjnych (por. m.in. wyrok KIO z 2 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 985/14).

Ponadto Izba wskazuje, iż w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym, ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny zgodnie z art. 190 ust. 1a pkt 1 Ustawy Pzp spoczywał na Przystępującym, który w ocenie Izby ciężarowi temu nie sprostał. Podkreślenia wymaga, że wykonawca broniący swojej oferty, winien w szczególności wykazać zasadność i rzetelność wyjaśnień złożonych w wyniku wezwania wystosowanego przez zamawiającego na mocy art. 90 ust. 1 Ustawy Pzp. Izba w postępowaniu odwoławczym ocenia bowiem zgodność z prawem czynności zamawiającego, czyli - w rozpoznawanym przypadku - trafność oceny przez zamawiającego złożonych wyjaśnień. Przystępujący zaś, w zasadzie poza wskazaniem, że wszystkie informacje w powyższym zakresie przedstawił w wyjaśnieniach, ograniczył się do stwierdzenia, że przedmiar został wypełniony przez niego w sposób jasny i czytelny, w oparciu o własną kalkulację z uwzględnieniem wszystkich zapisów SIWZ.

Mając powyższe na uwadze, na gruncie udzielonych przez Przystępującego wyjaśnień, w rozpoznawanej sprawie Izba uznała, że zaoferowana przez Przystępującego cena może budzić wątpliwości, co do tego czy nie jest rażąco niską. Wobec tego potwierdził się stawiany przez Odwołującego zarzut niezasadnego uznania, że udzielone przez Przystępującego

wyjaśnienia są wystarczające do stwierdzenia, że oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny, tj. zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy Pzp. Potwierdził się także powiązany z powyższym zarzutem zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp, w ocenie Izby brak bowiem dokonania rzetelnej oceny wyjaśnień wykonawcy przez Zamawiającego stanowi naruszenie tego przepisu. W kontekście niekompletności wyjaśnień Przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny, należy mieć na względzie, że ustawa chroniąc zamawiającego przed groźbą nienależytego wykonania zamówienia z powodu zaniżenia ceny oferty nakazuje odrzucenie oferty w dwóch sytuacjach. Po pierwsze na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy Pzp, gdy Zamawiający ustali, że cena oferty jest rażąco niska, po drugie na podstawie art. 90 ust. 3 Ustawy Pzp w sytuacji, gdy wykonawca uprzednio wezwany do złożenia wyjaśnień nie złoży wyjaśnień albo gdy wyjaśnienia te potwierdzają, że cena oferty jest rażąco niska. Zrównanie przez ustawodawcę sytuacji wykonawcy lekceważącego wezwanie zamawiającego z rzeczywistym zaniżeniem ceny oferty wskazuje na doniosłość obowiązku złożenia wyjaśnień. Dlatego też Izba podziela ugruntowany w orzecznictwie pogląd, że sytuacja prawna wykonawcy, który złożył wyjaśnienia nieadekwatne do wezwania Zamawiającego, nie pozwalające na ustalenie, ze cena oferty została obliczona prawidłowo, jest taka sama jak sytuacja prawna wykonawcy, który wyjaśnień nie złożył w ogóle i skutkuje odrzuceniem oferty (por. m.in. wyrok KIO z dnia

19 maja 2016 r., sygn. akt KIO 722/16). W tym stanie rzeczy zasadnym były twierdzenia Odwołującego, iż oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona.

W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Ustawy Pzp. Pomimo dosyć jednoznacznego brzmienia

art. 90 ust. 3 Ustawy Pzp nie można bowiem przyjąć, iż przepis ten stanowi samodzielną podstawę do odrzucenia oferty. To może nastąpić tylko na podstawie przesłanek określonych w art. 89 ust. 1 Ustawy Pzp, a w tym przypadku – na podstawie przesłanki określonej w art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy Pzp. Zamawiający odrzuca bowiem ofertę, a nie wyjaśnienia. Tak więc brak wyjaśnień i dowodów albo niewystarczające wyjaśnienia i dowody potwierdzają powzięte podczas badania ofert przekonanie, iż oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt.

II.

W ocenie Izby nie potwierdził się podnoszony przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania polegające na pominięciu oświadczenia Przystępującego złożonego w treści wyjaśnień nr 2 w zakresie zamiaru zastosowania ścianek szczelnych jedynie na długości 1% projektowanych kanałów, gdy tymczasem z treści Opisu Przedmiotu Zamówienia (dokument pn. „Opis PW KS", pkt II ppkt 5, „Preambuła Obszar D_KS", pkt 2 Ilości, pkt 4 Wycena) wynika, że zabezpieczenie przy pomocy ścianek szczelnych należy wykonać dla 10% długości wykopu, a jakiekolwiek zmiany w tym zakresie będą mogły być wprowadzone dopiero na etapie realizacji zamówienia.

Zgodnie z punktem II.5. dokumentu Opis PW KS „zabezpieczenie przy pomocy ścianek szczelnych należy wykonać dla 10% długości wykopu, kiedy nie ma możliwości zabezpieczenia przy pomocy obudowy samopogrążalnej (nie więcej niż 10% długości wykopu).” W ocenie Izby treść ww. postanowienia nie narzuca wykonawcom konieczności bezwzględnego zastosowania ścianki szczelnej na odcinku 10% długości całego wykopu. Z brzmienia tego punktu wynika, że wymóg zastosowania ścianek szczelnych ma miejsce w sytuacji, kiedy nie ma możliwości zabezpieczenia przy pomocy zabudowy samopogrążalnej. A contrario oznacza to, że jeżeli istnieje możliwość użycia innej metody zabezpieczenia, to brak jest konieczności zastosowania ścianek szczelnych w wymiarze aż 10% długości wykopu. Wymiar ten został określony przez Zamawiającego jako maksymalny, co potwierdza dodane w nawiasie stwierdzenie „nie więcej niż 10% długości wykopu.” A zatem wykonawcy – po analizie całokształtu dokumentacji projektowej i rozważeniu ryzyka – mieli możliwość przyjęcia, że zastosowanie ścianek szczelnych będzie miało miejsce w

niższym wymiarze niż określony przez Zamawiającego maksymalny wymiar 10% długości wykopu.

Odwołujący w toku postępowania przed Izbą nie wykazał, dlaczego ewentualne założenie przez wykonawców zastosowania zabezpieczenia ściankami szczelnymi w niższym niż dziesięcioprocentowym wymiarze jest niemożliwe bądź nieuzasadnione na gruncie dokumentacji projektowej. W szczególności nie udowodnił, iż z dokumentacji projektowej wynika bezwzględny wymóg uwzględnienia w kosztorysie zastosowania ścianek szczelnych w wymiarze maksymalnym, tj. 10% długości wykopu. Odwołujący wskazał jedynie, iż w jego ocenie obowiązkiem wykonawców było przyjęcie założeń wynikających z dokumentacji projektowej, które on sam zrozumiał w określony sposób – jako wymóg przyjęcia na etapie konstruowania oferty zabezpieczenia przy pomocy ścianek szczelnych dla 10% długości całego wykopu. Tymczasem interpretacja przedmiotowego zapisu prezentowana przez Zamawiającego i Przystępującego w ocenie Izby wynika literalnie z treści tego postanowienia. Dodatkowo znajduje ona potwierdzenie w przedłożonych przez Zamawiającego w toku postępowania odwoławczego opinii inżynierów budownictwa. W opinii sporządzonej przed mgr inż. Jakuba Zawady pełniącego nadzór autorski nad przedmiotową inwestycją wskazano, iż dokumentacja projektowa nie narzuca konieczności bezwzględnego zastosowania ścianki szczelnej. Wskazany w punkcie II.5. Opisu PW KS ma na celu zwrócenie uwagi wykonawcy robót, że jeżeli nie będzie możliwości wykorzystania do zabezpieczenia wykopów zabudowy samopogrążalnej, to trzeba będzie zastosować ściankę szczelną i to należy przewidzieć w kosztach ogólnych budowy. Oznacza to, że dokumentacja projektowa umożliwia każdemu wykonawcy wybór metody zabezpieczenia wykopów, przy założeniu, że będzie to wybór zgodny z obowiązującymi przepisami i sztuką budowlaną. Z kolei w Opinii technicznej mgr inż. Andrzeja Jamrozego wskazano, iż w projekcie założono, że wariant zabezpieczenia ściankami szczelnymi nie przekroczy 10% długości wykopu, a nie że musi wynosić 10% długości wykopu. Dokumentacja techniczna budowy kanalizacji sanitarnej zakłada opcjonalne wykonanie zabezpieczenia ścian wykopu poprzez zabicie ścianek szczelnych lub zastosowanie obudów samopogrążalnych, co jest zgodne z przepisami prawa, zasadami bhp i sztuką budowlaną. W opinii tej wskazano ponadto, iż w projekcie oraz w specyfikacji brak jest zapisów zabraniających założenia, że obudowa z grodzic wbijalnych (ścianki szczelne) stanowić będzie 1% długości całego wykopu, a dodatkowo jest to uzasadnione technicznie. Za spójne z wnioskami wynikającymi z powyższych opinii należy uznać twierdzenia Przystępującego, który wskazał, iż na całym odcinku S20 do S28 (na którym to w projekcie założono możliwość zastosowania ścianek szczelnych) jest tylko jeden element gdzie nie pojawiają się zwietrzenia piaskowca i występują warunki umożliwiające wprowadzenie grodzic, tj. od S25 do 26 i to jest ten 1%

zakresu, przyjęty przez Przystępującego.

W tym stanie rzeczy nie można uznać, że oferta Przystępującego nie odpowiada treści SIWZ, nie zostało to bowiem wykazane przez Odwołującego. Podkreślić trzeba, iż postępowanie przed Izbą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, czyli spornym, z którego istoty wynika, że spór toczą strony oraz uczestnicy postępowania i to oni mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Wskazuje na to bezpośrednio art. 190 ust. 1 Ustawy Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 Ustawy Pzp to na Odwołującym spoczywa ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe (por. wyrok KIO z dnia 25 października 2016 r., sygn. akt KIO 1911/16). Jako, że to Odwołujący domagał się odrzucenia oferty Przystępującego jako nieodpowiadającej treści SIWZ, to na nim spoczywał ciężar dowodu w tym zakresie. Z powyższych względów Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp, a w konsekwencji

nie potwierdził się także powiązany z powyższym zarzutem zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp

Na marginesie jedynie Izba wskazuje, iż niezrozumiałe jest stanowisko Zamawiającego, jakoby zabezpieczenie ściankami szczelnymi miało dotyczyć odcinka długości wynoszącej 10% z 10% długości całego wykopu, czyli w odniesieniu do co najwyżej 1% długości całego wykopu. Zwrócić należy uwagę, iż w treści punktu II.5 Opisu PW KW dwukrotnie użyto sformułowania „10% długości wykopu" – po pierwsze dla wskazania, iż zabezpieczenie przy pomocy ścianek szczelnych należy wykonać dla 10% długości wykopu, kiedy nie ma możliwości zabezpieczenia przy pomocy obudowy samopogrążalnej, a po drugie dla wskazania, że te 10% długości wykopu ma wymiar maksymalny („nie więcej niż 10% długości wykopu"). Zamawiający w postanowieniu tym nie rozróżniał pojęcia „długości wykopu" od pojęcia „długości całego wykopu", na co powołano się w odpowiedzi na odwołanie (akapit 45). Dlatego też nie sposób przyjąć, że wskazane w punkcie II.5 Opisu PW KS w nawiasie pojęcie „10% długości wykopu" odnosiło się do długości całego wykopu, gdy z kolei użyte w części zdania przed nawiasem tożsame pojęcie miało odnosić się tylko do

długości odcinka, na którym nie ma możliwości zabezpieczenia przy pomocy obudowy samopogrążalnej. Pozostaje to w sprzeczności z twierdzeniami Zamawiającego wskazanymi w akapicie (44) odpowiedzi na odwołanie, iż zgodnym z wymaganiami Zamawiającego było przyjęcie przez wykonawców każdej ilości, pod warunkiem, że nie będzie ona większa od 10% długości wykopu. Taka interpretacja nie znajduje także potwierdzenia w treści przedstawionych przez Zamawiającego opinii inżynierów budownictwa.

III.

Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 Ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 roku nr 153 poz. 1503 ze zm., dalej „u.z.n.k.") w zakresie obejmującym zaniechanie ujawnienia treści załączników nr 1 i 3 do pierwszych wyjaśnień Przystępującego z dnia 8 września 2017 r. w zakresie rażąco niskiej ceny. W ocenie Izby odwołanie w powyższym zakresie zostało wniesione z uchybieniem terminu, o którym mowa w art. 182 ust 3 pkt 1 Ustawy Pzp. Zwrócić należy uwagę, iż o odmowie udostępnienia przedmiotowych dokumentów odwołujący powziął informację już w dniu 5 października 2017 r., kiedy to miał wgląd do dokumentacji postępowania. Wśród udostępnionych wówczas Odwołującemu dokumentów nie było wyjaśnień Przystępującego z dnia 8 września 2017 r. Zgodnie z przywołanym powyżej art. 182 ust. 3 pkt 1 Ustawy Pzp, wobec czynności innych niż wskazane w ust. 1 i 2 tego przepisu, takich jak m.in. niezasadne zaniechanie udostępnienia, odtajnienia informacji, która nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i jako taka powinna być jawna w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO oraz doktrynie, ustawa Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do kwestionowanej czynności - braku uchylenia zakazu ujawnienia informacji niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa - nie zobowiązuje zamawiającego do powiadamiania wykonawców o zastrzeżeniu w ofercie takich informacji. Jednocześnie przepisy Ustawy Pzp stanowią o jawności postępowania o zamówienie publiczne. Tym samym w ocenie Izby, każdy wykonawca, przy zachowaniu należytej staranności, może powziąć wiadomość o zastrzeżeniu określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa po niezwłocznym złożeniu wniosku o udostępnienie oferty lub innych dokumentów, które takie informacje zawierają (jak np. w tym wypadku wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny). Wraz z odmową udostępnienia przez Zamawiającego dokumentów zawierających zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje, rozpoczyna się bieg terminu do

wniesienia odwołania na zaniechanie ich ujawnienia przez Zamawiającego (por. m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 108/15).

Dlatego też, w ocenie Izby, termin na wniesienie odwołania w powyższym zakresie miał swój początek w chwili, kiedy Odwołującemu odmówiono udostępnienia załączników do

wyjaśnień Przystępującego z dnia 8 września 2017 r., tj. w dniu 5 października 2017 r., to wtedy bowiem Odwołujący powziął wiedzę o tym, że Zamawiający uznał za skuteczne zastrzeżenie informacji przedstawionych w tych załącznikach jako tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępującego. Mieć należy na uwadze, iż tożsamy zarzut Odwołujący podnosił już w treści odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 2149/17, wniesionego w dniu 13 października 2017 r., na co zwracał uwagę Zamawiający. Powyższe odwołanie, w tym zarzut dotyczący zaniechania odtajnienia przedmiotowych dokumentów, zostało przez Odwołującego cofnięte w całości wobec przekazanej przez Zamawiającego informacji o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący nie podtrzymał zatem odwołania w części obejmującej zaniechanie ujawnienia przedmiotowych dokumentów i postępowanie odwoławcze zostało umorzone w całości. W obecnym postępowaniu nie jest już możliwe rozpoznanie przedmiotowego zarzutu z uwagi na uchybienie ustawowemu terminowi na wniesienie odwołania w tym zakresie.

Z uwagi na powyższe, Izba pozostawiła omawiany zarzut bez rozpoznania, przepisy Ustawy Pzp nie przewidują bowiem instytucji częściowego odrzucenia odwołania. Wobec tego, iż spóźniony zarzut został zgłoszony obok innych zarzutów wniesionych w ustawowym terminie, nie może on skutkować odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 11 ust. 4 u.z.n.k. w części, w jakiej Zamawiający na posiedzeniu przed Izbą uwzględnił odwołanie, tj. odnośnie nieujawnienia dokumentów załączonych do wyjaśnień wykonawcy Przedsiębiorstwa Remontów Ulic i Mostów Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach z dnia 30 października 2017 r. w następującym zakresie:

- odnośnie załącznika nr 1 – w zakresie kolumny nr 1, 3 i 4;
- odnośnie załącznika nr 2 – w zakresie kolumny nr 1 i 3;
- odnośnie załącznika nr 5 - w całości;
- odnośnie załącznika nr 8 – w zakresie kolumny nr 1, 2, 3, 4, 5, 6, 11 i 12.

Zamawiający w omawianym zakresie uwzględnił zarzuty odwołania, Przystępujący zaś nie wniósł sprzeciwu od tej czynności. Zgodnie z art. 186 ust. 4 Ustawy Pzp, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości

albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie. Jak wynika z powyższego, obowiązujące przepisy w takiej sytuacji uzależniają rozpoznanie odwołania od wniesienia sprzeciwu, co w ww. zakresie w niniejszej sprawie nie nastąpiło. Rozstrzyganie odwołania w części, której nie dotyczy już spór pomiędzy stronami jest zatem bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie wyłącznie w jego uzasadnieniu (por. m.in. wyrok KIO z 26 października 2016 r., sygn. akt KIO 1922/16, wyrok KIO z 16 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO 2138/16, wyrok KIO z 5 października 2017 r., sygn. akt KIO 1940/17).

W dalszej kolejności odnieść należy się do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 Ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 u.z.n.k. w zakresie, w jakim dotyczył on zaniechania ujawnienia załączników nr 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9 do wyjaśnień Przystępującego z dnia 30 października 2017 r. w części, w jakiej zarzut ten nie został uwzględniony przez Zamawiającego.

W ocenie Izby rację należy przyznać Odwołującemu, iż obowiązkiem wykonawcy chcącego skorzystać z uprawnienia do zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa jest wykazanie, że tak zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. że spełnione zostały przesłanki z art. 11 ust. 4 u.z.n.k., przy czym podkreślenia wymaga, że nie jest wystarczające samo powołanie się na spełnienie tych przesłanek, konieczne jest wykazanie, że czynność ta znajduje uzasadnienie w danych okolicznościach. Decyzja o utajnieniu poszczególnych informacji nie może wynikać ze swobodnego uznania wykonawcy co do takiej możliwości, musi opierać się na obiektywnie uzasadnionym przekonaniu, że dana wiadomość nie jest publicznie znana, jej ujawnienie zagraża istotnym interesom przedsiębiorcy oraz że wiadomość ta może być uważana za poufną w świetle zwyczajów i praktyki danej branży lub zawodu (por. wyrok Sądu Najwyższego z 5 września 2001 r., I CKN 1159/00). Na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania już na etapie składania zastrzeżonych informacji, spełnienia wszystkich przesłanek warunkujących uznanie ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z

art. 11 ust. 4 u.z.n.k. 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. Konieczne jest zatem określenie rodzaju informacji oraz wykazanie, iż posiada ona dla wykonawcy wartość gospodarczą, a także wykazanie, iż wykonawca podjął działania mające na celu zachowanie poufności takiej informacji. Brzmienie art. 8 ust. 3 Ustawy 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

43

---

mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca ma to uczynić jednocześnie, bez odrębnego wezwania ze strony zamawiającego przy składaniu w postępowaniu dokumentów zawierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Tymczasem w treści pisma z dnia 30 października 2017 r. Przystępujący ograniczył argumentację odnośnie zastrzeżenia poufności części wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oraz załączników nr 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9 do tychże wyjaśnień, wyłącznie do powołania się na funkcjonujący w spółce „Regulamin ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa" oraz wskazania, iż zastrzeżenie tajności tych informacji spełnia kryteria określone w art. 11 ust. 4 u.z.n.k. Nie wykazano w żaden sposób istnienia ustawowych przesłanek wyłączenia jawności, nie uzasadniono, na czym polega wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji, nie przedstawiono uzasadnienia zajmowanego stanowiska. Powołanie się jedynie na istniejące regulacje wewnątrzorganizacyjne, przy całkowitym pominięciu ich zakresu przedmiotowego i braku jakiegokolwiek odniesienia treści tych regulacji do informacji zastrzeganych jako poufne, nie może być uznane za wystarczające. Podkreślić należy, że nie jakiekolwiek wyjaśnienia poczynione przez wykonawcę stanowią podstawę do uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz tylko takie, którymi wykonawca wykazuje wypełnienie przesłanek warunkujących skuteczność takiego zastrzeżenia (por. wyrok KIO z 23 marca 2017 r., sygn. akt KIO 421/17). Brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych, równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 Ustawy Pzp ochrony, co aktualizuje po stronie Zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie zastrzeżonych informacji. Izba w pełni podziela prezentowane w orzecznictwie stanowisko, iż możliwość wyłączenia jawności postępowania nie może być nadużywana lub traktowana rozszerzająco. Zasada jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem zasadą nadrzędną i wyjątki od niej nie mogą być interpretowane tak, aby prowadziło to do jej ograniczenia. Uprawnienie do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być nadużywane i stosowane jedynie do gry konkurencyjnej wykonawców, lecz ma za zadanie zapewnić im ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa ściśle w granicach jej definicji zawartej w art. 11 ust. 4 u.z.n.k. (por. także wyrok KIO z dnia 8 czerwca 2016 r., sygn. akt KIO 879/16). Podkreślić tutaj należy, iż nie jest rolą Zamawiającego poszukiwanie argumentów, które uzasadniają zastrzeżenie przez wykonawców określonych informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Nawet jeżeli w ocenie Zamawiającego określone informacje mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa danego wykonawcy, to w przypadku zaniechania uczynienia stosownego zastrzeżenia w tym zakresie przez wykonawcę i niewykazania spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 4 u.z.n.k., Zamawiający zobowiązany jest ujawnić takie informacje.

44

Niemniej, jakkolwiek zasadne są twierdzenia Odwołującego o braku wykazania zasadności objęcia ochroną informacji zawartych w omawianych dokumentach, to stwierdzone powyżej naruszenie w ocenie Izby nie mogło jednak, ad casum, stanowić podstawy uwzględnienia odwołania w tym zakresie z uwagi na treść art. 192 ust. 2 Ustawy Pzp. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu odwołanie podlega uwzględnieniu jeżeli stwierdzone zostanie naruszenie przepisów, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W razie stwierdzenia takich okoliczności Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 3 Ustawy Pzp zobligowana jest podjąć określone w tym przepisie, adekwatne do danego stanu faktycznego, decyzje, zmierzające

zasadniczo do usunięcia stwierdzonych naruszeń. W przypadku jednak stwierdzenia naruszenia przepisów, które nie wywarło, ani nie może wywrzeć wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Izba oddala oparty na nich zarzut, w konsekwencji czego pozbawiona jest możliwości nakazania zamawiającemu uczynienia zadość żądaniu związanemu z takim zarzutem.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy, zdaniem składu orzekającego, omawiane naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania rozumiany jako wybór oferty Przystępującego, wobec czego odwołanie w tej części nie mogło podlegać uwzględnieniu. Podkreślić bowiem należy, iż obok zarzutu dotyczącego nieuzasadnionego zastrzeżenia informacji niezbędnych do oceny czy oferta Przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny, Odwołujący postawił zarzut, który uznać należało za dalej idący, tj. zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę. Skutkiem uwzględnienia zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na to, że Przystępujący nie udzielił wyjaśnień, które dawałyby podstawę do stwierdzenia, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny było uznanie, że niezasadne zastrzeżenie złożonych przez niego w tym zakresie wyjaśnień, których część została utajniona nie wywierało wpływu na wynik postępowania (por. także wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 maja 2017 r., sygn. akt KIO 542/17).

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy Pzp poprzez niezasadne uznanie przez zamawiającego, że wyjaśnienia Przystępującego są wystarczające do stwierdzenia, że oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny, w pozostałym zakresie Izba nie uwzględniła zarzutów odwołania. Wobec tego na podstawie art. 192 ust. 1 Ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Ustawy stosownie do jego wyniku. Zgodnie z § 3 pkt 1, § 3 pkt 2 lit. b) oraz § 5 ust. 2 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 z późn. zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis uiszczony przez Odwołującego w kwocie 20 000 zł, jak również koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3600 zł, stwierdzone rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi Zamawiającego.

Przewodniczący: ……