Sygn. akt: KIO 178/15
Sygn. akt: KIO 197/15
Sygn. akt: KIO 198/15

WYROK
z dnia 25 lutego 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio
Członkowie: Małgorzata Rakowska
Marek Szafraniec

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lutego 2015 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 29 stycznia 2015 r. przez L. K., prowadzącego działalność gospodarcza pod firmą „L. K. Firma Usługowo-Handlowo-Produkcyjna" (sygn. akt KIO 178/15),
B. w dniu 30 stycznia 2015 r. przez GRAWIL Sp. z o.o. we Włocławku (sygn. akt KIO 197/15),
C. w dniu 30 stycznia 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: FBSerwis S.A. w Warszawie i Ferroser Infraestructuras S.A. w Madrycie, Hiszpania (sygn. akt KIO 198/15),

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Skarb Państwa - Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, Oddział w Rzeszowie,

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: AVR Sp. z o.o. w Krakowie i AVR S.p.A. w Rzymie, Włochy, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 178/15, KIO 197/15 oraz KIO 198/15 po stronie zamawiającego,
B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: FBSerwis S.A. w Warszawie i Ferroser Infraestructuras S.A. w Madrycie, Hiszpania, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 178/15 oraz KIO 197/15 po stronie zamawiającego,
C. L. K., prowadzącego działalność gospodarcza pod firmą „L. K. Firma Usługowo-Handlowo-Produkcyjna", zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 197/15 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołania;

2. Kosztami postępowania obciąża L. K., prowadzącego działalność gospodarcza pod firmą „L. K. Firma Usługowo-Handlowo-Produkcyjna", GRAWIL Sp. z o.o. we Włocławku oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: FBSerwis S.A. w Warszawie i Ferroser Infraestructuras S.A. w Madrycie, Hiszpania i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez L. K., prowadzącego działalność gospodarcza pod firmą „L. K. Firma Usługowo-Handlowo-Produkcyjna" tytułem wpisu od odwołania;

   2.2. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez GRAWIL Sp. z o.o. we Włocławku tytułem wpisu od odwołania;

2.3. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: FBSerwis S.A. w Warszawie i Ferroser Infraestructuras S.A. w Madrycie, Hiszpania tytułem wpisu od odwołania;

2.4. zasądza od L. K., prowadzącego działalność gospodarcza pod firmą „L. K. Firma Usługowo-Handlowo-Produkcyjna" na rzecz Skarbu Państwa - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, Oddział w Rzeszowie, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

2.5. zasądza od GRAWIL Sp. z o.o. we Włocławku na rzecz Skarbu Państwa - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, Oddział w Rzeszowie, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

2.6. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: FBSerwis S.A. w Warszawie i Ferroser Infraestructuras S.A. w Madrycie, Hiszpania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

…….

…….....

…….....

Sygn. akt: KIO 178/15
Sygn. akt: KIO 197/15
Sygn. akt: KIO 198/15

U ZASAD N I EN IE

Zamawiający, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie – Oddział w Rzeszowie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego p.n. „Kompleksowe - całoroczne - utrzymanie w systemie „Utrzymaj Standard" autostrady A-4 na odcinku od węzła Tarnów Północ do węzła Sędziszów w latach 2014 - 2020"

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 18 lipca 2014 r. w Dz. Urz. UE Nr 2014/S 136-244364.

W dniu 20 stycznia 2015 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach.

Sygn. akt: KIO 178/15

W dniu 29 stycznia 2015 r. L. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą F.U.H.P. L. K. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem wyniku postępowania oznaczone sygnaturą akt Izby KIO 178/15.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:
1) naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty Wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania, z powodu nie wykazania przez tego Wykonawcę (tj. Konsorcjum firm FB Serwis S.A. oraz Ferroser Infraestructuras S.A.) posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia;
- *z ostrożności procesowej* - naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy poprzez zaniechania wezwania Wykonawcy Konsorcjum firm FB Serwis S.A. oraz Ferroser Infraestructuras S.A. do

uzupełnienia wymaganych przez Zamawiającego dokumentów w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu tj. wykazania wiedzy i doświadczenia,
- *z ostrożności procesowej* - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy i art. 90 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Konsorcjum firm FB Serwis S.A oraz Ferroser Infraestructuras S.A. zawierającej rażąco niską cenę;
- *z ostrożności procesowej* - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Konsorcjum firm FB Serwis S.A oraz Ferroser Infraestructuras S.A. nie odpowiadającej swoją treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- *z ostrożności procesowej* - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy poprzez zaniechania odrzucenia ofert Wykonawcy Konsorcjum firm FB Serwis S.A oraz Ferroser Infraestructuras S.A. zawierającej błędy w obliczeniu ceny;
2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy i art. 90 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Konsorcjum firm AVR SpA i AVR sp. z o.o. zawierającej rażąco niską cenę;
- *z ostrożności procesowej* - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Konsorcjum firm AVR SpA i AVR sp. z o.o. nie odpowiadającej swoją treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- *z ostrożności procesowej* - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Konsorcjum firm AVR SpA i AVR sp. z o.o. zawierającej błędy w obliczeniu ceny;
3) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu.
4) naruszenie zasad uczciwej konkurencji tj. art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. jedn.: Dz. U. z 2003 r. nr 153 poz. 1503 z późn. zm.) poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Wykonawców: Konsorcjum firm AVR SpA i AVR sp. z o.o. oraz FB Serwis S.A. oraz Ferroser Infraestructuras S.A. podczas gdy złożenie tych ofert jest faktycznie „ sprzedażą towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia (...) w celu eliminacji innych przedsiębiorców”, co stanowi utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku;
5) naruszenie art. 8 ust. 1-3 ustawy poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień złożonych przez Wykonawców Konsorcjum firm FB Serwis S.A. oraz Ferroser Infraestructuras S.A. oraz Konsorcjum firm AVR SpA i AVR sp. z o.o.
6) naruszenie art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez niewłaściwe zastosowanie wobec uznania, że dokumenty zastrzeżone przez Wykonawców Konsorcjum firm FB Serwis S.A. oraz Ferroser Infraestructuras S.A. oraz

Konsorcjum firm AVR SpA i AVR sp. z o.o. objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy nie zostały spełnione przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:
1) unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum firm AVR SpA i AVR sp. z o.o.; zawierającej rażąco niską cenę;
2) odtajnienia wyjaśnień złożonych przez Wykonawców Konsorcjum firm FB Serwis S.A. oraz Ferroser Infraestructuras S.A. oraz Konsorcjum firm AVR SpA i AVR sp. z o.o.
3) ponownej oceny ofert;
4) wykluczenia z udziału w postępowaniu Wykonawcy Konsorcjum firm FB Serwis S.A. oraz Ferroser Infraestructuras S.A. oraz uznania oferty wykluczonego Wykonawcy za odrzuconą,

ewentualnie odrzucenia oferty Wykonawcy Konsorcjum firm FB Serwis S.A. oraz Ferroser Infraestructuras S.A.,
5) odrzucenia oferty Wykonawcy Konsorcjum firm AVR SpA i AVR sp. z o.o,; zawierającej rażąco niską cenę,
6) ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[…]
II. Stan faktyczny.

W dniu 14 lipca 2014 r. Zamawiający zamieścił na stronie internetowej ogłoszenie o zamówieniu w formie przetargu nieograniczonego na Kompleksowe - całoroczne — utrzymanie w systemie „ Utrzymaj Standard" autostrady A-4 na odcinku od węzła Tarnów Północ do węzła Sędziszów w latach 2014 - 2020.
W dniu 18 lipca 2014 r. ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej TED nr 2014/S 136-244364.
Następnie w dniach 16 sierpnia 2014 r., 3 września 2014 r., 9 września 2014 r. opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej sprostowania do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.
Na tym etapie żaden z Wykonawców nie zwracał się do Zamawiającego o wyjaśnienie jaką formę wynagrodzenia za wykonanie usługi przyjął Zamawiający.

Zamawiający dwukrotnie zwracał się do Wykonawców Konsorcjum firm FB Serwis S.A. oraz Ferroser Infraestructuras S.A. oraz Konsorcjum firm AVR SpA i AVR sp. z o.o. o złożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.(w dniu 5.01.2015 r. oraz 5.12.2014 r. - dowód - wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zalegające w aktach postępowania —poz. 117, ¡18, 150, 151)
W dniu 12.12.2014 r. Odwołujący wystosował do Zamawiającego pismo wskazując, iż oferty Wykonawców Konsorcjum firm FB Serwis S.A. oraz Ferroser Infraestructuras S.A. oraz Konsorcjum firm AVR SpA i AVR sp. z o.o. zawierają rażąco niską cenę a nadto wskazując, iż Wykonawca Konsorcjum firm FB Serwis S.A. oraz Ferroser Infraestructuras S.A. podlega wykluczeniu z postępowania w związku z niewykazaniem spełnienia warunków udziału w
postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, (dowód - pismo Odwołującego z dnia 12.12.2014 r. zalegające w aktach postępowania - poz. 139)
W dniu 17.12.2014 r. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o umożliwienie wglądu do wyjaśnień złożonych przez Wykonawców (dowód - pismo Odwołującego z dnia 17.12.2014 r. - zalegające w aktach postępowania -poz. 142). Zamawiający odmówił udostępnienia wglądu do wyjaśnień Wykonawców, wskazując że będzie to możliwe dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty (dowód: pismo Zamawiającego z dnia 18.12.2014 r. - zalegające w aktach postępowania - poz. 143)
Jak wynika z protokołu postępowania oraz dokumentów udostępnionych przez Zamawiającego Odwołującemu, Zamawiający nie zwracał się na żadnym etapie postępowania do Wykonawcy Konsorcjum firm FB Serwis S.A. oraz Ferroser Infraestructuras S.A. o złożenie wyjaśnień w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu - posiadania wiedzy i doświadczenia jak również nie wzywał Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, (dowód: protokół z
Wykonawca Konsorcjum firm FB Serwis S.A. oraz Ferroser Infraestructuras S.A. złożył dwukrotnie wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny w dniach
15.12.2014 r (dowód: pismo z dnia 15.12.2014 r. - zalegające w aktach postępowania poz. 127) oraz 10.01.2015 r. (dowód: pismo z dnia 10.0L2015 r. - zalegające w aktach postępowania poz. 154)
Wykonawca Konsorcjum firm AVR SpA i AVR sp. z o.o. złożył dwukrotnie wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny w dniach 8.12.2014 r. (dowód: pismo z dnia 8.12.2014 r. - zalegające w aktach postępowania poz. 129)ovaz 10.01.2015 r. ((dowód: pismo z dnia 10.01.2015 r. - zalegające w aktach postępowania poz. 156)
W dniu 20.01.2015 r. Zamawiający rozstrzygnął postępowanie uznając za najkorzystniejszą ofertę Wykonawcy Konsorcjum firm AVR SpA i AVR sp. z o.o. (dowód: protokół z postępowania — Druk ZP-PN)

W dniu 20.01.2015 Odwołujący ponownie zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie wglądu do dokumentacji z postępowania w tym w szczególności do wyjaśnień złożonych przez Wykonawców.
Zamawiający w dniu 21.01.2015 udostępnił w formie elektronicznej niekompletne dokumenty z postępowania. W dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego brak wyjaśnień Wykonawców w zakresie rażąco niskiej ceny.
Zamawiający nie uzasadnił odmowy odtajnienia wyjaśnień Wykonawców.

III. Stanowisko Zamawiającego w sprawie sposobu wypełnienia formularza cenowego.

Zamawiający w SIWZ wymagał od Wykonawców w pkt. 10.2 aby „ Cena oferty za utrzymanie poszczególnych odcinków drogi trasy zasadniczej, dróg o kategorii innej niż krajowa oraz dróg dojazdowych i MOP w ciągu szacowanego okresu ich utrzymania powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia. Dla każdej pozycji wyszczególnionej w formularzu cenowym jeśli składają się na nią elementy o zróżnicowanych kosztach. jednolita stawka jednostkowa powinna zostać skalkulowana na zasadzie uśrednionych kosztów składowych ” (dowód: SIWZ pkt 10.2)
Zamawiający więc wymagał od Wykonawców określenia wartości zamówienia w oparciu o poszczególne pozycje formularza cenowego. W sytuacji gdyby Wykonawca zawarł koszt przewidziany dla jednej z pozycji formularza w innej pozycji, zdaniem Odwołującego takie działanie byłoby niedopuszczalne w świetle zapisów SIWZ. Analizując oferty można odnieść wrażenie, że takie działanie miało miejsce, gdyż za zaoferowane ceny jednostkowe nie można wykonać danego zakresu prac.
Po pierwsze, w zapisach SIWZ wyraźnie wskazano iż Wykonawca powinien podać cenę oferty w oparciu o formularz cenowy gdzie stawka jednostkowa i końcowa danej pozycji formularza ma zawierać całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia.
Ma to niebagatelne znacznie w związku z faktem, iż przedmiot zamówienia nie będzie wykonywany w całości od momentu podpisania umowy z Wykonawcą.
Zamawiający w pkt. 10.3 SIWZ wskazał, iż „ W przypadku nie przekazania poszczególnych odcinków objętych przetargiem w terminach szacunkowo określonych w harmonogramie (Załącznik nr 7 do umowy), Wykonawcy nie będą przysługiwały z tego tytułu żadne roszczenia. O faktycznym terminie przekazania poszczególnych odcinków, innym niż przewidziane w harmonogramie, Zamawiający poinformuje z minimum 30 dniowym okresem wyprzedzenia. W szczególności dotyczy to przekazania Obwodu Utrzymania Autostrady w

węźle Dębica Zachód, którego nie przekazanie skutkuje koniecznością zabezpieczenia Bazy Tymczasowej, za co Wykonawca nie będzie rościł żadnych żądań. ”
Zgodnie z załącznikiem nr 7 do umowy odcinek nr III drogi zostanie oddany Wykonawcy w utrzymanie 27.07.2018 r. Pozycje formularza cenowego 3, 6,7, 25- 35, 38 dotyczą odcinka nr III.
Zgodnie zaś z projektem Umowy stanowiącym integralną część SIWZ, §6 ust. 16 „Zamawiający w okresie przejściowym tj. od przekazania I odcinka do przekazania odcinka III,
będzie sukcesywnie, zgodnie z terminami zawartymi w Harmonogramie — Załączniku nr 7 do Umowy, przekazywał w utrzymanie poszczególne odcinki dróg wchodzących w skład zakresu utrzymania. Odcinek III (od węzła Dębica Wschód (Pustynia) — bez węzła — do węzła Sędziszów (Ropczyce) - z węzłem) będzie przekazany w utrzymanie po zakończeniu obowiązującej do 26.07.2018 r. i realizowanej aktualnie umowy na utrzymanie odcinka od węzła Dębica Wschód do węzła Rzeszów Wschód. Okres przejściowy,; przekazywania poszczególnych odcinków, szacowany jest wstępnie na około 45 miesięcy tj. od 31.10.2014 do 27.07.2018. Okres utrzymania odcinka III szacowany jest wstępnie na około 25 miesięcy tj. od 27.07.2018 r do 30.08.2020 r. Może on w przypadku wcześniejszego rozwiązania obowiązującej aktualnie umowy na utrzymanie ulec zmianie, o czym Zamawiający powiadomi Wykonawcę w terminie nie krótszym niż 30 dni przed zaplanowanym przekazaniem ”
Należy wskazać, iż Zamawiający stoi na tym samym stanowisku co Odwołujący. Analiza uzasadnienia odrzucenia oferty Wykonawcy Grawil sp. z o.o. potwierdza w całości twierdzenia Odwołującego wskazane powyżej.
W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, iż:

„...w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 grudnia 2012 roku (KIO 2632/12): „
Zamawiający ma prawo i obowiązek dokonywać oceny prawidłowości kalkulacji poszczególnych cen jednostkowych oferty i tym samym ma prawo oczekiwać wyjaśnień w tym zakresie od wykonawcy. (...) Zamawiający uprawniony jest do

żądania od wykonawcy

wyjaśnienia ceny kalkulacji wykonania poszczególnej usługi, w szczególności w sytuacji gdy cena ta jest kilkakrotnie niższa od ustalonych przez zamawiającego średnich cen rynkowych (...) ”
„To poszczególne ceny jednostkowe kształtują cenę oferty; przesądzając tym samym o jej wysokości. Zarzut rażąco niskiej ceny należy odnosić tylko do ceny całkowitej, jednak analizie pod kątem rażącego zaniżenia winny podlegać jednostkowe ceny za poszczególne prace, bowiem każdy koszt powinien być wyceniony rzetelnie ”
Ponadto w sytuacji, gdy część odcinków wskazanych w pozycjach formularza cenowego zostaje oddana później niż przewidziano w SIWZ, zostałby w sposób oczywisty naruszony art. 487 §2 KC - świadczenie Wykonawcy nie byłoby ekwiwalentne względem świadczenia

---

Zamawiającego, gdyż w rzeczywistości Wykonawca nigdy nie wykonałby prac wskazanych w formularzu cenowym w całości - skoro koszty utrzymania niektórych pozycji (uruchamianych później) ukryte byłyby pod innymi pozycjami formularza cenowego - wykonywanymi od początku trwania umowy, zaś Zamawiający zapłaciłby Wykonawcy wynagrodzenie za prace których nie wykonano. Taka sama sytuacja miałaby miejsce w sytuacji gdyby doszło do rozwiązania umowy pomiędzy stronami przed oddaniem w utrzymanie odcinak III.

IV. Określenie formy wynagrodzenia — determinującego sposób rozliczenia pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą a także sposób wskazania cen jednostkowych w formularz cenowym.

Stan faktyczny.
Zapisy Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia:
7) pkt 10.1 SIWZ „ Cena brutto zostanie wyliczona w oparciu o formularz cenowy sporządzony na formularzu. Wyliczenie ceny ofertowej nastąpi w oparciu o formularz cenowy, jako suma iloczynów liczby m drogi oraz szacunkowej liczby miesięcy utrzymania w okresie realizacji umowy i stawki ceny za ich utrzymanie w miesiącu. ”
8) pkt 10.5 SIWZ „ Cena oferty jest ceną 2014. Ceny usług w kolejnych latach będą waloryzowane w oparciu o prognozowany średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem, podawany w ustawie budżetowej na dany rok budżetowy zgodnie z art. 142 pkt 2 lit. b Ustawy o finansach publicznych ”
9) § 6 ust. 2 projektu umowy stanowiącego integralną część SIWZ – „Rzeczywista wartość wynagrodzenia stanowiła będzie iloczyn liczby metrów drogi (trasy zasadniczej poszczególnych odcinków autostrady) liczby sztuk MOP, liczby metrów o kategorii innej niż krajowa oraz stawek za ich utrzymanie za miesiąc wyszczególnionych w formularzu cenowym nr 2 A. ”
10) § 6 ust. 3 projektu umowy stanowiącego integralną część SIWZ - „Maksymalna wartość zobowiązania z tytułu świadczenia usług stanowiących Przedmiot Umowny; z uwzględnieniem waloryzacji, wraz z naliczonym podatkiem VAT nie może przekroczyć 115% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w ust. 1 ”
11) § 6 ust. 5 projektu umowy stanowiącego integralną część SIWZ „ W przypadku zmiany stawki podatku VAT (23%) przyjętej do wyliczenia należnego wynagrodzenia wartość wynagrodzenia może ulec zmianie jedynie w odniesieniu do części wynagrodzenia należnej Wykonawcy z tytułu Usług objętych zmienioną stawką podatku VAT, przy czym maksymalna wartość zobowiązania określone w ust. 3 nie ulega zmianie. ”

---

12) § 6 ust. 10 .. Zwiększenie o więcej niż 20% ilości poszczególnych elementów Drogi i jej wyposażenia, określonym w załączniku nr 1 do OPZ w wyniku wdrożenia przepisów prawnych, wydania decyzji lub postanowień administracyjnych, podpisania porozumień między zarządcami dróg oraz wykonania analizy porealizacyjnej, uprawnia Wykonawcę do zwiększenia wynagrodzenia ”

13) § 6 ust. 9 Zmniejszenie o więcej niż 20% ilości poszczególnych elementów Drogi i jej wyposażenia określonym w załączniku nr 1 OPZ w wyniku wdrożenia przepisów prawnych, wydania decyzji lub postanowień administracyjnych, podpisania porozumienia między zarządcami dróg oraz wykonania analizy porealizacyjnej, uprawnia Zamawiającego do zmniejszenia wynagrodzenia. ”
14) § 7 ust. 1 Rozliczenie za wykonane Usługi, zgodnie z wymaganiami określonymi w Opisie Przedmiotu Zamówienia, dokonywane będzie w okresach miesięcznych, na podstawie podpisanego przez Zamawiającego Protokołu Kontroli Jakości, którego formularz stanowi załącznik nr 4 do Umowy”
15) § 7 ust 4 „ Wyliczenie miesięcznego wynagrodzenia dokonane będzie na formularzu Tabeli płatności przejściowych stanowiącej Załącznik nr 8 do Umowy z uwzględnieniem faktycznej liczby metrów drogi przekazanej w utrzymanie. ”
16) Załącznik nr 8 do umowy - wskazanie sposobu rozliczenia wynagrodzenia za dany okres jest zgodne z formularzem cenowym. „ Uwaga: Ostateczne wynagrodzenie miesięczne zostanie obliczone zgodnie z zasadą: cena lm/1 szt x ilość m/szt przekazanych w utrzymanie minus ewentualne obniżenie wynagrodzenia wyliczone zgodnie z umową i OPZ”
(Dowód: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówień zalegająca w aktach postępowania poz. 3)

Stan prawny.
Kodeks Cywilny
Art. 629 [Wynagrodzenie kosztorysowe] Jeżeli strony określiły wynagrodzenie na podstawie zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów (wynagrodzenie kosztorysowe), a w toku wykonywania dzieła zarządzenie właściwego organu państwowego zmieniło wysokość cen lub stawek obowiązujących dotychczas w obliczeniach kosztorysowych, każda ze stron może żądać odpowiedniej zmiany umówionego wynagrodzenia. Nie dotyczy to jednak należności uiszczonej za materiały lub robociznę przed zmianą cen lub stawek.
Art. 630 [Podwyższenie wynagrodzenia]
§ 2. Jeżeli w toku wykonywania dzieła zajdzie konieczność przeprowadzenia prac, które nie były przewidziane w zestawieniu prac planowanych będących podstawą obliczenia wynagrodzenia kosztorysowego, a zestawienie sporządził zamawiający, przyjmujący 12

---

zamówienie może żądać odpowiedniego podwyższenia umówionego wynagrodzenia. Jeżeli zestawienie planowanych prac sporządził przyjmujący zamówienie, może on żądać podwyższenia wynagrodzenia tylko wtedy; gdy mimo zachowania należytej staranności nie mógł przewidzieć konieczności prac dodatkowych.
§ 2. Przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, jeżeli wykonał prace dodatkowe bez uzyskania zgody zamawiającego.
Art. 632 [Wynagrodzenie ryczałtowe]
$ 1. Jeżeli strony umówiły sic o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie moje zadać podwyższenia wynagrodzenia. chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.
§ 2. Jeżeli jednak wskutek zmiany stosunków; której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę.
Wnioski.
Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nie wskazał, aby wynagrodzenie Wykonawców miało charakter ryczałtowy. Artykuł 632 KC wskazuje jasno, że wynagrodzenie ryczałtowe ma zastosowanie wówczas, gdy strony na takie wynagrodzenie się umówiły.
Ponadto cechą charakterystyczną wynagrodzenia ryczałtowego jest jego niezmienność przez cały okres trwania umowy niezależnie od czynników kształtujących cenę np. zmiana stawki podatku VAT. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1998 r. (sygn. akt: II CRN 913/97), ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego. Tak więc rozliczenia stron w przypadku zastosowania ryczałtowego charakteru wynagrodzenia w żaden sposób nie opierają się na faktycznie wykonanych świadczeniach.
Zamawiający w SIWZ zażądał przedłożenia formularza cenowego (prawidłowo wypełnionego) a także zawarł w projekcie umowy sformułowania jasno wskazujące, że kwota wynagrodzenia Wykonawcy nie jest ceną ostateczną i uzależniona jest od wielu elementów jak np. rzeczywista ilość wykonanych prac ustalana okresowo, zwiększenie się bądź zmniejszenie zakresu prac wykonanych przez Wykonawcę, czy też zmiana stawki podatku VAT. Ponadto

Zamawiający określił iż maksymalna wartość wynagrodzenia Wykonawcy może wzrosnąć do 115% ceny zaoferowanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.
Taki sposób określenia wynagrodzenia charakterystyczny jest dla wynagrodzenia kosztorysowego opisanego w art. 629 i 630 Kodeksu Cywilnego. Powyżej wskazano treść tych przepisów z zaznaczeniem literalnego brzmienia tożsamego z zapisami zawartymi w SIWZ.

Należy mieć również na uwadze fakt, iż błędne uznanie, że w przedmiotowym postępowaniu przyjęto wynagrodzenie ryczałtowe, skutkowałoby niemożliwością realizacji umowy której projekt stanowi cześć SIWZ. W takiej sytuacji Wykonawca mógłby żądać wypłaty wynagrodzenia przedstawionego w ofercie niezależnie od faktu, czy wszystkie odcinki drogi określone w poszczególnych pozycjach formularza cenowego zostały oddane do użytku i przekazane Wykonawcy w utrzymanie czy też nie. Jak więc widać istnieje sprzeczność pomiędzy zapisami SIWZ a charakterem wynagrodzenia ryczałtowego.
Mając na uwadze zapisy Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz projektu umowy stanowiącego integralną część SIWZ należy przyjąć, iż wynagrodzenie określone przez Zamawiającego jest niewątpliwie wynagrodzeniem kosztorysowym. Zapisy w SIWZ i w przywołanych przepisach o wynagrodzeniu kosztorysowym są tożsame, co dowodzi iż mamy do czynienia z wynagrodzeniem kosztorysowym, a ponadto, Zamawiający oczekując przedłożenia formularza cenowego gdzie zażądano przedłożenia wyliczenia ceny w oparciu o stawki jednostkowe oraz nie wskazując iż przewidziane wynagrodzenie jest wynagrodzeniem ryczałtowym, jasno określił iż przewiduje wynagrodzenie kosztorysowe. Należy mieć również na uwadze, iż Zamawiający dokonał obmiaru robót na potrzeby sporządzenia kosztorysu ofertowego oraz przedstawił szczegółowo zakres prac (zestawienie planowanych prac) oraz ich charakterystykę w SIWZ.
Zapisy zawarte w SIWZ w sposób oczywisty wskazują, iż wynagrodzenie przyjęte przez Zamawiającego ma charakter kosztorysowy.

V. Zarzuty podniesione w odwołaniu - Konsorcjum firm FB Serwis S.A. oraz Ferroser Infraestructuras SA.

V.1 naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy z postępowania, z powodu nie wykazania przez tego Wykonawcę (tj. Konsorcjum firm FB Serwis S.A. oraz Ferroser Infraestructuras S.A.) posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, oraz uznania oferty Wykonawcy za odrzuconą.

Z zaświadczeń przedłożonych przez Wykonawcę nie wynika, aby spełniał on wymóg w zakresie utrzymania zimowego, które zgodnie z SIWZ rozumie się jako wykonywanie usług w zakresie odśnieżania i zapobiegania powstawania śliskości i likwidowania śliskości na drodze*
Pomijając oczywisty fakt, iż okres zimowy w Hiszpanii środkowej nie obfituje w opady śniegu, to z samych zaświadczeń przedłożonych przez Wykonawcę nie wynika, aby takie czynności wykonywał.

Zaświadczenie z kart 31-32 oferty, nie dotyczy w ogóle kwestii utrzymania zimowego dróg jak również nie wynika aby Wykonawca w zakresie obowiązków miał utrzymywanie obiektów mostowych — co stanowi warunek dot. utrzymania letniego w przedmiotowym postępowaniu.
Z zaświadczenie z kart 34- 35 oferty, wynika jedynie, iż w 2012 r., prace o wartości 26.141.14 Euro stanowiły usługi związane z utrzymaniem przejezdności w okresie zimowym 2012.
Zdaniem Odwołującego tak sformułowane zaświadczenia przedłożone przez Wykonawcę, nie wykazują spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ponieważ:
- Wykonawca nie wykazał doświadczenia w zakresie utrzymania obiektów mostowych w ramach utrzymania letniego dróg,
- Wykonawca nie wykazał doświadczenia w zakresie odśnieżania i zapobiegania powstawania śliskości i likwidowania śliskości na drodze w zakresie utrzymania zimowego dróg.
(Dowód: oferta Wykonawcy Konsorcjum firm FB Serwis S.A oraz Ferroser Infraestructuras SA. zalegająca w aktach postępowania)
Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 grudnia 2013 r. KIO/KD 108/13

W sytuacji, gdy przedstawione przez wykonawcę dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zamawiający ma obowiązek wezwać do ich uzupełnienia, w szczególności uzupełnienia zobowiązań wskazujących zakres i sposób udziału podmiotu trzeciego udostępniającego doświadczenie w realizacji zamówienia lub innych dokumentów potwierdzających spełnianie warunku. Zaniechanie zamawiającego w tym zakresie stanowi naruszenie art 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznie 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r Nr 113, poz. 759 ze zm.).
Wyr KIO z 2.6.2011 r., KIO 1088/11, zgodnie z którym istotna z punktu widzenia instytucji wykluczenia uregulowanej w art. 24 ust. 2 pkt 4 PrZamPubl jest czynność wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie zaś sam fakt, czy wykonawca spełnia warunki. Na wykonawcy spoczywa obowiązek udowodnienia przed zamawiającym w dopuszczalnej i żądanej przez zamawiającego formie, że spełnia on warunki udziału w Dostępowaniu. Wykonawca w procedurze ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego powinien dołożyć należytej staranności, aby wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z postępowania. Wszelkie zaniechania w tym zakresie niosą dla wykonawcy negatywne konsekwencje. Powyższe jest rezultatem przerzucenia przez ustawodawcę ciężaru udowodnienia powyższych okoliczności na wykonawcę. [PZP, Gamecki 2014, wyd. 4 - Legalis]
W związku z powyższym Wykonawca podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy.

V.2 naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Konsorcjum firm FB Serwis S.A. oraz Ferroser Infraestructuras S.A. do uzupełnienia wymaganych przez Zamawiającego dokumentów w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu tj. wykazania wiedzy i doświadczenia.

Jak już zaznaczono w pkt. II odwołania, Odwołujący zwracał uwagę Zamawiającemu, iż Wykonawca Konsorcjum firm FBSerwis S.A. oraz Ferroser Infraestructuras S.A. nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.
Analiza dokumentacji przetargowej wskazuje, iż Zamawiający nie podjął żadnych kroków celem weryfikacji, czy złożone przez Wykonawcę dokumenty faktycznie potwierdzają spełnienie przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Obowiązkiem Zamawiającego w takiej sytuacji było wezwać Konsorcjum firm FBSerwis S.A. oraz Ferroser Infraestructuras S.A. do uzupełnienia wymaganych przez Zamawiającego dokumentów.
Obowiązek ten wynika wprost z art. 26 ust. 3 ustawy, gdzie ustawodawca użył określenia „zamawiający wzywa". Niespełnienie tego obowiązku stanowi rażące naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy.

V.3 naruszenie art 89 ust. 1 pkt 4 ustawy i art, 90 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Konsorcjum firm FB Serwis S.A oraz Ferroser Infraestructuras S.A. zawierającej rażąco niską cenę;

Oferta Wykonawcy Konsorcjum firm FBSerwis S.A. oraz Ferroser Infraestructuras S.A. zawiera rażąco niską cenę:
Ceny jednostkowe zamieszczone w ofercie Wykonawcy w pierwszych trzech pozycjach są odpowiednio 31%, 49%, 37% niższe od średniej arytmetycznej wartości wszystkich ofert w danej pozycji,
Wartość oferty Wykonawcy jest 29 % niższa od średniej arytmetycznej dotychczas zawartych umów przez Zamawiającego.
(Dowód: 1. zestawienie ofert z wyliczeniem średniej arytmetycznej dla każdej pozycji formularza cenowego oraz oferty Wykonawcy ze wskazaniem jaką wartość średniej arytmetycznej z wszystkich ofert stanowi oferta Wykonawcy, 2. Oferta Wykonawcy, 3. Wyjaśnienia Wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny - wszystkie zalegające w aktach postępowania, 4. Zestawienie umów dotychczas zawartych przez Zamawiającego z wyliczeniem średniej arytmetycznej)
Domniemanie rażąco niskiej ceny.

Od chwili, gdy Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, upadło domniemanie iż oferta Wykonawcy zawiera cenę rynkową i realną, oraz powstało domniemanie rażąco niskiej ceny.
Konstrukcja przepisów zawartych w art. 90 pozwala na postawienie tezy; iż zwrócenie się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień należy rozumieć jako przyjęcie domniemania, że cena oferty jest rażąco niska. Ciężar wykazania, iż tak nie jest, spoczywa na wezwanym do złożenia wyjaśnień wykonawcy, co obecnie wynika wprost z przepisu art 90 ust. 2. Może on wykorzystać to wezwanie do obalenia domniemania w drodze złożenia odpowiednich wyjaśnień. Za taką koncepcją opowiadała się też wielokrotnie KIO. I tak w wyr z 24.6.2010 r. (KIO/UZP 1157/10, niepubl.) Izba stwierdziła, iż nwystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90
ust. 1 ustanawia domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. W związku z ustanowieniem domniemania wystąpienia ceny rażąco niskiej, przy udzielaniu wyjaśnień w trybie art 90 ust 1, dowód braku zaoferowania ceny rażąco niskiej
spoczywa na wykonawcy". Wcześniej takie stanowisko Izba zajmowała w wyr. z 17.10.2008 r. (KIO/UZP 1068/08, Legalis) i z 23.12.2008 r. (KIO/UZP 1443/08, Legalis), stwierdzając, iż wystąpienie do wykonawcy w trybie art 90 ust 1 ustanawia domniemanie prawne (preasumptio iuris) zaproponowania w ofercie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy mają doprowadzić do obalenia tego domniemania, a ciężar złożenia wyczerpujących wyjaśnień, iż oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, obciąża wykonawcę (tak SO w Częstochowie w wyr. z 1.4.2005 r., VI Ca 464/05, niepubl.). Wykonawca powinien przedstawić dowód na twierdzenie przeciwne i powinien wykazać, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę (wyr. KIO z 26.1.2010 r., KIO/UZP 1701/09, niepubl). [PZP Pieróg 2015 wyd. 13-Legalis] ^
Ponieważ cena zaoferowana przez Wykonawcę znacząco odbiega od średniej ceny wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, a także od kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na udzielenie zamówienia, Wykonawca powinien wskazać jakie czynniki miały wpływ na możliwość wykonania przedmiotu zamówienia w tak niskiej cenie.
W związku z faktem, iż Odwołujący nie ma dostępu do wyjaśnień Wykonawców w zakresie rażąco niskiej ceny, twierdzenia zawarte poniżej oparte będą o domniemania - w zakresie wyjaśnień Wykonawcy.
Odwołujący analizując ofertę Wykonawcy przypuszcza na jakie okoliczności mające mieć wpływ na obniżenie ceny powoływał się Wykonawca.
1. Dostęp do materiałów/ towarów na wyjątkowo korzystnych warunkach.
Odwołujący odniósł się do warunków zakupowych jakimi dysponuje (daty na dzień składania ofert) - i tak możliwość zakupu oleju napędowego w kwocie 3,97 zł netto oraz soli drogowej w kwocie 140 zł netto.

Jeżeli Wykonawca powołał się na możliwości zakupowe w wyjątkowo ^ atrakcyjnych cenach - co miałoby skutkować możliwością zaoferowania korzystniejszej ceny, to zgodnie z zasadami logicznego rozumowania, Wykonawca ten powinien mieć możliwości zakupowe w znacznie niższych cenach niż Odwołujący. Jeżeli jednak te ceny są zbliżone, to Wykonawca nie może powoływać się na omawianą okoliczność przy składaniu wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny.
2. Dostęp do bazy sprzętowo - magazynowej w bezpośrednim sąsiedztwie odcinak autostrady będącego przedmiotem zamówienia.
Powołanie się przed Wykonawcę na posiadanie bazy sprzętowo - magazynowej w bezpośrednim sąsiedztwie przedmiotowego odcinka autostrady nie może mieć wpływu na wysokość oferowanej ceny (znaczącą różnicę pomiędzy ofertami), gdyż przynajmniej większość Wykonawców (wg wiedzy Odwołującego) którzy złożyli oferty taki dostęp posiada. Odwołujący utrzymuje jeden odcinek autostrady bezpośrednio sąsiadujący z odcinkiem będącym przedmiotem zamówienia, posiada więc na miejscu bazę sprzętowo - magazynową, biurową, a także pracowników. Nie ma więc potrzeby przemieszczania sprzętu i ludzi z innych części kraju celem wykonania zamówienia co niewątpliwie zmniejsza koszty.
3. Dostęp do towarów i usług w ramach grupy kapitałowej.
Wykonawca niewątpliwie znajduje się w dużej grupie kapitałowej. Odwołujący domniemywa, iż Wykonawca powołał się na tą okoliczność jako mającą wpływ na cenę oferty. O ile można przyjąć że będąc w grupie kapitałowej można uzyskać pewne rabaty (nie koniecznie korzystniejsze niż inni Wykonawcy) o tyle nie można przyjąć iż w związku z omawianą okolicznością Wykonawca może uzyskać towar lub usługę za darmo. Podmioty wchodzące w skład grup kapitałowych są przedsiębiorcami, których celem jest przynoszenie zysku

udziałowcom/akcjonariuszom - właścicielom. Każdy z podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej prowadzi niezależnie działalność gospodarczą, rozlicza się przed organami podmiotu (Radą Nadzorczą, Zgromadzaniem Wspólników/Akcjonariuszy) etc. Nawet gdyby przyjąć, iż Wykonawca uzyska od podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej jakąś usługę bądź towar to należy zauważyć iż Wykonawca powinien wykazać taką możliwość, powinien do wartość oferty doliczyć koszty podatkowe - nieodpłatne uzyskanie towaru lub usługi stanowi przychód przedsiębiorcy od którego należy odprowadzić podatki.
4. Unikalne rozwiązania, mając wpływ na wysokość oferty.
Okolicznością na jaką mogą powoływać się Wykonawcy jest m.in. posiadanie unikalnych rozwiązań skutkujących możliwością zaoferowania ceny niższej niż konkurencja.
Jeżeli Wykonawca powołał się na takie „unikalne rozwiązania" powinien on wykazać na czym polegają te unikalne rozwiązania, a także wykazać w jaki sposób i w jakim zakresie miało to wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wykonawca powinien więc wykazać o ile zaoszczędził stosując swoje „unikalne rozwiązanie"

Ponieważ Odwołujący nie ma dostępu do wyjaśnień, może jedynie wskazać iż nie ma takich unikalnych rozwiązań, które by skutkowały tak .znaczącym obniżeniem ceny.
5. Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień z dnia 5 grudnia 2014 r., wskazał „ Prosimy o wyjaśnienie czy Państwa oferta zawiera wszystkie elementy określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym w opisie przedmiotu zamówienia, ze szczególnym uwzględnieniem kosztów utrzymania obrębu dróg i obiektów wyspecyfikowanych w pozycjach od 1 do 3 (zaniżone) od 36 do 37 (zawyżone) Formularza cenowego co do których stwierdzono rażące zaniżenia, przy wyjaśnieniach należy podać szczegółową kalkulację następujących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny: 1. sposobu w jaki, wyceniliście Państwo, w odniesieniu. w szczególności do wskazanych powyżej pozycji Formularza Cenowego"
Powstaje w tym miejscu pytanie, czy Wykonawca odpowiedział na tak zadane pytanie, tj. czy wskazał wyliczenie poszczególnych pozycji formularza cenowego. Odpowiedź musi być negatywna skoro Zamawiający w dniu 5 stycznia wezwał ponownie Wykonawcę do wyjaśnień.
W związku z faktem, iż treść tego wezwania jak i wyjaśnień nie jest znana Odwołującemu, wnosimy o przeanalizowanie przez KIO czy Zamawiający wezwał Wykonawcę (ponowne wezwanie) do wskazania wyliczenia poszczególnych pozycji formularza cenowego oraz czy Wykonawca odpowiedział na to wezwanie w sposób wyczerpujący i dający prawo do uznania iż oferta Wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny.
(Dowód: 1. Powołanie opinii biegłego ds. gospodarczych na okoliczność ustalenia czy ceny podane przez Wykonawcę dla danej pozycji formularza cenowego pozwalają na wykonanie usługi określonej w tej pozycji formularza cenowego, 2. wyliczenie minimalnego kosztu wykonania usługi dla poszczególnych pozycji formularza cenowego)

V.4 naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Konsorcjum firm FB Serwis SA oraz Ferroser Infraestructuras S.A. nie odpowiadającej swoją treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,

Teza
„1. Nawet jeśli wynagrodzenie umowne zawiera elementy charakterystyczne dla rozliczenia ryczałtowego z wykonawcą, oferta powinna uwzględniać wszystkie wymienione w przedmiarze robót pozycje, jeżeli wymagał tego zamawiający 2. Nawet jeśli zamawiający określił; że cena za przedmiot zamówienia jest ryczałtowa, to jednak skoro w SIWZ domagał się dołączenia do oferty kosztorysu ofertowego przygotowanego na podstawie dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, jak również obmiaru robót, złożenie oferty z pominięciem w kosztorysie ofertowym przez oferenta niektórych pozycji cenotwórczych

---

uwzględnionych przez zamawiającego w przedmiarze robót albo wynikających z dokumentacji projektowej oraz uwzględnienie w tym kosztorysie pozycji nieujętych w projekcie i przedmiarze robót powoduje, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, a to uzasadnia odrzucenie oferty na podstawie art 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych "
Jak wynika z treści przytoczonego orzeczenia, nawet w sytuacji gdy mamy do czynienia z

wynagrodzeniem ryczałtowym, Wykonawca zobowiązany jest do prawidłowego wypełnienia formularza cenowego. Tym bardziej w sytuacji, gdy wynagrodzenie przewidziane przez Zamawiającego ma charakter wynagrodzenia kosztorysowego, co wydaje się oczywistym w przedmiotowej sprawie, obowiązek prawidłowego sporządzenia formularza cenowego spoczywa na Wykonawcy. Skoro więc Wykonawca w sposób niezgodny z treścią SIWZ wypełnił formularz cenowy, to oferta tego wykonawcy nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, co powoduje, iż oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

V.5 naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Wykonawcy Konsorcjum firm FB Serwis SA oraz Ferroser Infraestructuras S.A. zawierającej błędy w obliczeniu ceny;

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 maja 2013 r. KIO 990/13
Teza
Zgodnie z art 89 ust 1 pkt 6 ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r Nr 113, poz. 759 ze zm.) zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny. Ustawa nie definiuje przy tym pojęcia „błąd w obliczeniu ceny". Niemniej jednak przyjmuje się, iż błędem w obliczeniu ceny jest błąd polegający na przyjęciu niewłaściwych danych do jej obliczenia, wynikający np. z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego. Tak więc błąd w obliczeniu ceny oferty ma miejsce wówczas gdy wykonawca oblicza cenę oferty inaczej, niż zostało to ustalone przez zamawiającego.
Odwołujący podnosi, iż Wykonawca niewątpliwie obliczył cenę oferty inaczej niż zostało ustalone przez Zamawiającego. Zamawiający jak już wcześniej wskazano oczekiwał (jak wynika z treści SIWZ) aby ceny jednostkowe formularza cenowego odzwierciedlały wartość usługi a więc były rzeczywiste. Wykonawca dokonał w sposób odmienny obliczenia ceny a mianowicie koszty wykonania usług zawartych w niektórych pozycjach formularza cenowego zawarł w innych pozycjach formularza cenowego. Takie działanie Wykonawcy miało wpływ na wartość oferty i stanowi błąd w obliczeniu ceny skutkujący obowiązkiem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy bez konieczności uprzedniego wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień.

VI. Zarzuty podniesione w odwołaniu - Konsorcjum firm AVR SpA i AVR sp. z o.o.

VI.I naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy i art. 90 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Konsorcjum firm AVR SpA i AVR sp. z o.o. zawierającej rażąco niską cenę

Oferta Wykonawcy - Konsorcjum firm AVR SpA i AVR sp. z o.o. złożona w postępowaniu daje podstawy aby przyjąć, iż zawiera ona rażąco niską cenę.
W pierwszej kolejności wskazać należy, iż oferta w/w Wykonawcy jest o 22 % niższa (0,78 wartości szacunkowej Zamawiającego brutto) od wartości szacunkowej Zamawiającego. Stanowi to samodzielną przesłankę do wezwania Wykonawcy do udzielenia wyjaśnień. Po wtóre, wskazać również należy, iż ceny jednostkowe przedstawione przez Wykonawcę - Konsorcjum firm AVR SpA i AVR sp. z o.o. budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia i tak:
Dla przykładu wskazać należy, iż nierealnym jest wykonanie zamówienia za ceny jednostkowe wynoszące 0,05 zł netto/lm w zakresie utrzymania dróg serwisowych. Kwota taka jest wielokrotnie niższa od ceny minimalnej umożliwiającej wykonanie przedmiotu zamówienia.
Na 38 pozycji zestawienia sporządzonego przez Konsorcjum firm AVR SpA i AVR sp. z o.o. w 19 pozycjach ceny podane przez Konsorcjum firm AVR SpA i AVR sp. z o.o. są rażąco niskie (ponad 30% niższe od średniej arytmetycznej wszystkich ofert dla danej pozycji). Taki stan rzeczy daje podstawę do przyjęcia, iż Wykonawca przedstawił rażąco niską cenę całej złożonej oferty. W opisanym stanie faktycznym nie ma możliwości prawidłowego wykonywania przedmiotu zamówienia, gdyż ceny z pozostałych pozycji, które nie są rażąco niskie ani zawyżone, nie pokryją straty wynikłej ze zbyt niskich cen pozostałych pozycji.
Ponadto wg naszej Odwołującego, oferta Wykonawcy Konsorcjum firm AVR SpA i AVR sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę w stosunku do już zawartych umów przez Zamawiającego - ponad 40% niższa cena niż średnia arytmetyczna cen z dotychczas zawartych umów.
(Dowód: 1. zestawienie ofert z wyliczeniem średniej arytmetycznej dla każdej pozycji formularza cenowego oraz oferty Wykonawcy ze wskazaniem jaką wartość średniej arytmetycznej z wszystkich ofert stanowi oferta Wykonawcy, 2. Oferta Wykonawcy; 3.

Wyjaśnienia Wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny ~ 2 i 3 zalegają w aktach postępowania)
Domniemanie rażąco niskiej ceny.

21

Od chwili, gdy Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, upadło domniemanie iż oferta Wykonawcy zawiera cenę rynkową i realną, oraz powstało domniemanie rażąco niskiej ceny.
Konstrukcja przepisów zawartych w art. 90 pozwala na postawienie tezy, iż zwrócenie się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień należy rozumieć jako przyjęcie domniemania, że cena oferty jest rażąco niska. Ciężar wykazania, iż tak nie jest, spoczywa na wezwanym do złożenia wyjaśnień wykonawcy, co obecnie wynika wprost z przepisu art. 90 ust. 2. Może on wykorzystać to wezwanie do obalenia domniemania w drodze złożenia odpowiednich wyjaśnień. Za taką koncepcją opowiadała się też wielokrotnie KIO. I tak, w wyr. z 24.6.2010 r. (KIO/UZP 1157/10, niepubl.) Izba stwierdziła, iż wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust
1 ustanawia domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. W związku z ustanowieniem domniemania wystąpienia ceny rażąco niskiej, przy udzielaniu wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1, dowód braku zaoferowania ceny rażąco niskiej
spoczywa na wykonawcy" Wcześniej takie stanowisko Izba zajmowała w wyr. z 17.10.2008 r. (KIO/UZP 1068/08, Legalis) i z 23.12.2008 r. (KIO/UZP 1443/08, Legalis), stwierdzając, iż wystąpienie do wykonawcy w trybie art 90 ust 1 ustanawia domniemanie prawne (preasumptio iuris) zaproponowania w ofercie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy mają doprowadzić do obalenia tego domniemania, a ciężar złożenia wyczerpujących wyjaśnień, iż oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, obciąża wykonawcę (tak SO w Częstochowie w wyr. z 1.4.2005 K, VI Ca 464/05, niepubl). Wykonawca powinien przedstawić dowód na twierdzenie przeciwne i powinien wykazać, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę (wyr. KIO z 26.1.2010 r., KIO/UZP 1701/09, niepubl). [PZP Pieróg 2015 wyd. 13 - Legalis]
Ponieważ cena zaoferowana przez Wykonawcę znacząco odbiega od średniej ceny wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, a także od kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na udzielenie zamówienia, Wykonawca powinien wskazać jakie czynniki miały wpływ na możliwość wykonania przedmiotu zamówienia w tak niskiej cenie.
W związku z faktem, iż Odwołujący nie ma dostępu do wyjaśnień Wykonawców w zakresie rażąco niskiej ceny, twierdzenia zawarte poniżej oparte będą o domniemania - w zakresie wyjaśnień Wykonawcy.
Odwołujący analizując ofertę Wykonawcy przypuszcza na jakie okoliczności mające mieć wpływ na obniżenie ceny powoływał się Wykonawca.
2. Dostęp do materiałów/ towarów na wyjątkowo korzystnych warunkach.
Odwołujący odniósł się do warunków zakupowych jakimi dysponuje (daty na dzień składania ofert) - i tak możliwość zakupu oleju napędowego w kwocie 3,97 zł netto oraz soli drogowej w kwocie 140 zł netto.

22

Jeżeli Wykonawca powołał się na możliwości zakupowe w wyjątkowo atrakcyjnych cenach - co miałoby skutkować możliwością zaoferowania korzystniejszej ceny, to zgodnie z zasadami logicznego rozumowania, Wykonawca ten powinien mieć możliwości zakupowe w znacznie niższych cenach niż Odwołujący Jeżeli jednak te ceny są zbliżone, to Wykonawca nie może powoływać się na omawianą okoliczność przy składaniu wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny.
2. Dostęp do bazy sprzętowo - magazynowej w bezpośrednim sąsiedztwie odcinka autostrady będącego przedmiotem zamówienia.
Powołanie się przed Wykonawcę na posiadanie bazy sprzętowo - magazynowej w bezpośrednim sąsiedztwie przedmiotowego odcinka autostrady nie może mieć wpływu na wysokość oferowanej ceny (znaczącą różnicę pomiędzy ofertami), gdyż przynajmniej większość Wykonawców (według wiedzy Odwołującego) którzy złożyli oferty taki dostęp posiada.
Odwołujący utrzymuje jeden odcinek autostrady bezpośrednio sąsiadujący z odcinkiem będącym przedmiotem zamówienia, posiada więc na miejscu bazę sprzętowo - magazynową, biurową, a także pracowników. Nie ma więc potrzeby przemieszczania sprzętu i ludzi z innych części kraju celem wykonania zamówienia co niewątpliwie zmniejsza koszty.

3. Dostęp do towarów i usług w ramach grupy kapitałowej.
Wykonawca niewątpliwie znajduje się w dużej grupie kapitałowej. Odwołujący domniemywa, iż Wykonawca powołał się na tą okoliczność jako mającą wpływ na cenę oferty. O ile można przyjąć że będąc w grupie kapitałowej można uzyskać pewne rabaty (nie koniecznie korzystniejsze niż inni Wykonawcy) o tyle nie można przyjąć iż w związku z omawianą okolicznością Wykonawca może uzyskać towar lub usługę za darmo. Podmioty wchodzące w skład grup kapitałowych są przedsiębiorcami, których celem jest przynoszenie zysku udziałowcom/akcjonariuszom - właścicielom. Każdy z podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej prowadzi niezależnie działalność gospodarczą, rozlicza się przed organami podmiotu (Radą Nadzorczą, Zgromadzaniem Wspólników/Akcjonariuszy) etc. Nawet gdyby
przyjąć, iż Wykonawca uzyska od podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej jakąś usługę bądź towar to należy zauważyć iż Wykonawca powinien wykazać taką możliwość, powinien do wartość oferty doliczyć koszty podatkowe - nieodpłatne uzyskanie towaru lub usługi stanowi przychód przedsiębiorcy od którego należy odprowadzić podatki.

4. Unikalne rozwiązania, mając wpływ na wysokość oferty.
Okolicznością na jaką mogą powoływać się Wykonawcy jest m.in. posiadanie unikalnych rozwiązań skutkujących możliwością zaoferowania ceny niższej niż konkurencja.
Jeżeli Wykonawca powołał się na takie „unikalne rozwiązania" powinien on wykazać na czym polegają te unikalne rozwiązania, a także wykazać w jaki sposób i w jakim zakresie miało to

---

wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wykonawca powinien więc wykazać o ile zaoszczędził stosując swoje „unikalne rozwiązanie"
Ponieważ Odwołujący nie ma dostępu do wyjaśnień, może jedynie wskazać iż nie ma takich unikalnych rozwiązań, które by skutkowały tak znaczącym obniżeniem ceny.
5. Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień z dnia 5 grudnia 2014 r., wskazał: „Prosimy o wyjaśnienie czy Państwa oferta zawiera wszystkie elementy określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym w opisie przedmiotu zamówienia, ze szczególnym
uwzględnieniem kosztów utrzymania obrębu dróg i obiektów wyspecyfikowanych w pozycjach od 3 do 7, od 25 do 38 Formularza cenowego, co do których stwierdzono szczególnie rażące zaniżenia, przy wyjaśnieniu należy podać szczegółową kalkulację następujących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny Odnosząc się do powyższego zwracamy się o wskazanie: L sposobu w jaki wyceniliście Państwo. w odniesieniu, w szczególności do wskazanych powyżej pozycji formularza cenowego, żądany w opisie przedmiotu Powstaje w tym miejscu pytanie, czy Wykonawca odpowiedział na tak zadane pytanie, tj. czy wskazał wyliczenie poszczególnych pozycji formularza cenowego. Odpowiedź musi być negatywna skoro Zamawiający w dniu 5 stycznia wezwał ponownie Wykonawcę do wyjaśnień. W związku z faktem, iż treść tego wezwania jak i wyjaśnień nie jest znana Odwołującemu, wnosimy o przeanalizowanie przez KIO czy Zamawiający wezwał Wykonawcę (ponowne wezwanie) do wskazania wyliczenia poszczególnych pozycji formularza cenowego oraz czy Wykonawca odpowiedział na to wezwanie w sposób wyczerpujący i dający prawo do uznania iż oferta Wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny.
(Dowód: 1. Powołanie opinii biegłego ds. gospodarczych na okoliczność ustalenia czy ceny jednostkowe podane przez Wykonawcę dla danej pozycji formularza cenowego pozwalają na wykonanie usługi określonej w tej pozycji formularza cenowego, 2. wyliczenie minimalnego kosztu wykonania usługi dla poszczególnych pozycji formularza cenowego)

VI.2 naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Konsorcjum firm AVR SpA i AVR sp. z o.o. nie odpowiadającej swoją treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 października 2010 r. KIO 2164/10 Teza
„1. Nawet jeśli wynagrodzenie umowne zawiera elementy charakterystyczne dla rozliczenia ryczałtowego z wykonawcą, oferta powinna uwzględniać wszystkie wymienione w przedmiarze robót pozycje, jeżeli wymagał tego zamawiający
2. Nawet jeśli zamawiający określił, że cena za przedmiot zamówienia jest ryczałtowa, to jednak skoro w SIWZ domagał się dołączenia do oferty kosztorysu ofertowego

---

przygotowanego na podstawie dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, jak również obmiaru robót, złożenie oferty z pominięciem w kosztorysie ofertowym przez oferenta niektórych pozycji cenotwórczych uwzględnionych przez zamawiającego w przedmiarze robót albo wynikających z dokumentacji projektowej oraz uwzględnienie w tym kosztorysie pozycji nieujętych w projekcie i przedmiarze robót powoduje, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, a to uzasadnia odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. ”
Jak wynika z treści przytoczonego orzeczenia, nawet w sytuacji gdy mamy do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym, Wykonawca zobowiązany jest do prawidłowego wypełnienia formularza cenowego. Tym bardziej w sytuacji, gdy wynagrodzenie przewidziane przez Zamawiającego ma charakter wynagrodzenia kosztorysowego, co wydaje się oczywistym w przedmiotowej sprawie, obowiązek prawidłowego sporządzenia formularza cenowego spoczywa na Wykonawcy.
Skoro więc Wykonawca w sposób niezgodny z treścią SIWZ wypełnił formularz cenowy, to oferta tego wykonawcy nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, co powoduje, iż oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.
(Dowód: 1. Oferta Wykonawcy - formularz cenowy, 2. Wyjaśnienia Wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny — wszystkie zalegające w aktach postępowania)

VI.3 naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Konsorcjum firm AVR SpA i AVR sp. z o.o. zawierającej błędy w obliczeniu ceny;

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 maja 2013 r. KIO 990/13

Teza
Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny Ustawa nie definiuje przy tym pojęcia „błąd w obliczeniu ceny Niemniej jednak przyjmuje się, iż błędem w obliczeniu ceny jest błąd polegający na przyjęciu niewłaściwych danych do jej obliczenia, wynikający np. z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego. Tak wiec błąd w obliczeniu ceny oferty ma miejsce wówczas gdy wykonawca oblicza cenę oferty inaczej, niż zostało to ustalone przez zamawiającego.
Odwołujący podnosi, iż Wykonawca niewątpliwie obliczył cenę oferty inaczej niż zostało ustalone przez Zamawiającego. Zamawiający jak już wcześniej wskazano oczekiwał (jak wynika z treści SIWZ) aby ceny jednostkowe formularza cenowego odzwierciedlały wartość 25

---

usługi a więc były rzeczywiste. Wykonawca dokonał w sposób odmienny obliczenia ceny a mianowicie koszty wykonania usług zawartych w niektórych pozycjach formularza cenowego zawarł w innych pozycjach formularza cenowego. Takie działanie Wykonawcy miało wpływ na wartość oferty i stanowi błąd w obliczeniu ceny skutkujący obowiązkiem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy bez konieczności uprzedniego wezwania (Wykonawcy do złożenia wyjaśnień.
(Dowód: 1. Oferta Wykonawcy - formularz cenowy, 2. Wyjaśnienia Wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny — wszystkie zalegające w aktach postępowania)

VII. Zarzut podniesiony w odwołaniu - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Opis przedmiotu zamówienia oraz sposobu przygotowania oferty wskazywał jednoznacznie, iż Zamawiający oczekiwał od Wykonawców aby przedłożyli kosztorys ofertowy — formularz cenowy wypełniony w sposób prawidłowy, a więc z uwzględnieniem rzeczywistej wartości (ceny) poszczególnych pozycji formularza cenowego.
Zamawiający naruszając przepisy wskazane w zarzutach odwołania w sposób rażący naruszył zasady uczciwej konkurencji.
Odwołujący przygotował ofertę w sposób wskazany przez Zamawiającego, tj. uwzględnił rzeczywistą wartość wykonania usługi w zakresie każdej pozycji formularza cenowego.
Pozostali Wykonawcy jak wynika z dokumentów udostępnionych Odwołującemu zawarli część kosztów dla niektórych pozycji formularza cenowego w innych pozycjach. Sposób przygotowania ofert przez Wykonawców (niezgody z SIWZ) miał wpływ na cenę końcową.
Odwołujący mając świadomość iż Zamawiający może badać ceny jednostkowe pod względem rażąco niskiej ceny jak również zarzucić Wykonawcom błąd w obliczeniu ceny lub też

niezgodność oferty z SIWZ, podał cenę rzeczywistą dla każdej z pozycji formularza osobno - skutkuje to tym, że Odwołujący może we wskazanych kwotach wykonać usługę z każdej pozycji formularza cenowego, niezależnie od tego czy będzie wykonywał pozostałe - dzięki temu Odwołujący spełnił warunki SIWZ (różne terminy oddawania poszczególnych odcinków drogi). Jest oczywistym że w takie sytuacji oferta Odwołującego będzie się różnić cenowo od Wykonawców którzy nie zastosowali się do wymagań SIWZ i koszty utrzymania odcinków oddawanych w późniejszym terminie w utrzymanie zawarli w kosztach odcinków oddawanych w utrzymanie od momentu podpisania umowy. Inna będzie wartość pojedynczej usługi w ujęciu jednostkowym a inna w ujęciu ryczałtowym (całościowym).

26

Zamawiający dopuszczając do udziału w postępowaniu Wykonawców, którzy złożeniem ofert naruszyli art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, również nie zapewnił zachowania uczciwej konkurencji.
Jak już wyżej wspomniano oferta Konsorcjum firm AVR SpA i AVR sp. z o.o. zawiera w formularzu cenowym pozycje które są w sposób oczywisty sprzedażą usług poniżej świadczenia, a więc obydwie oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt ustawy powinny zostać odrzucone.
Mając powyższe na uwadze, wskazać należy iż w niniejszym postępowaniu nie zostały zachowane zasady uczciwej konkurencji w szczególności w zakresie równego traktowania Wykonawców.

VIII. Zarzut podniesiony w odwołaniu - Naruszenie zasad uczciwej konkurencji tj. art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. jedn.: Dz. U. z 2003 r. nr 153 poz. 1503 z późn. zm.) poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Wykonawców: Konsorcjum firm AVR SpA i AVR sp. z o.o. oraz FB Serwis S.A. oraz Ferroser Infraestructuras S.A. podczas gdy złożenie tych ofert jest faktycznie „sprzedażą towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia **(...) w celu eliminacji innych przedsiębiorców", co stanowi utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku;**

Oferty złożone przez Wykonawców Konsorcjum firm AVR SpA i AVR sp. z o.o. oraz FB Serwis S.A. oraz Ferroser Infraestructuras S.A. stanowią faktycznie sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców.
Jak już wskazano w Odwołaniu niektóre pozycje formularza cenowego przedłożonego w ofercie zarówno Wykonawcy Konsorcjum firm AVR SpA i AVR sp. z o.o. jak i FB Serwis S.A. oraz Ferroser Infraestructuras S.A.
Jak wykazano w Odwołaniu Wykonawcy zobowiązani byli do podania cen jednostkowych dla poszczególnych pozycji formularza cenowego w sposób rzetelny, realny i umożliwiający wykonanie danej usługi.
Wykonawcy Konsorcjum firm AVR SpA i AVR sp. z o.o. oraz FB Serwis S.A. oraz Ferroser Infraestructuras S.A. w formularzach cenowych w części pozycji podali wartości które nie tylko są sprzedażą usługi poniżej kosztów wytworzenia ale w rzeczywistości Wykonawcy dokonali czynności pozornych. Wpisali w formularz cenowy kwoty minimalne celem uniknięcia zarzutu przedłożenia niewypełnionego formularza cenowego. Taka czynność jest z mocy prawa nieważna - nieważność bezwzględna (art. 58 i 83 KC), zaś samo działanie Wykonawców stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

27

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 marca 2013 r. KIO 488/13 Teza
„Zaoferowanie przez wykonawcę tak niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia, iż prowadzi ona do zaoferowania towaru poniżej kosztów jego wytworzenia, wypełnia dyspozycję przepisu art 15 ust 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U z 2003 r. Nr 153, poz. 1503). Złożenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu postanowień ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi zaś osobną przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art 89 ust 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.). "

IX. naruszenie art. 8 ust. 1-3 ustawy poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień

złożonych przez Wykonawców Konsorcjum firm FB Serwis S.A. oraz Ferroser Infraestructuras S.A. oraz Konsorcjum firm AVR SpA i AVR sp. z o.o.

Zamawiający nieprawidłowo zastosował art. 8 ust. 3 ustawy zaniechując odtajnienia co najmniej części złożonych wyjaśnień Wykonawców.
Wykonawca Konsorcjum firm FB Serwis S.A. oraz Ferroser Infraestructuras S.A. złożył pismem z dnia 15 grudnia 2014 r., wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Zamawiający odtajnił (udostępnił Odwołującemu) jedynie pierwszą stronę wyjaśnień z której nie wynika nawet iż Wykonawca zastrzegł informacje wskazane w piśmie jako tajemnice przedsiębiorstwa.
Podobnie pismem z dnia 15 stycznia 2015 r. ten sam Wykonawca złożył wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Zamawiający ponownie odtajnił (udostępnił Odwołującemu) pierwszą stronę i to tylko w części - treść kończy się na oznaczeniu pisma.
W dniu 5 stycznia 2015 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę Konsorcjum firm FB Serwis S.A. oraz Ferroser Infraestructuras S.A. do ponownego złożenia wyjaśnień wysokości zaoferowanej ceny. W tym wypadku Zamawiający (odtajnił z protokołu postępowania druk ZP-NP nie wynika aby to pismo stanowiło tajemnicę przedsiębiorstwa) udostępnił tylko pierwszą stronę pisma - w części - treść kończy się na oznaczeniu pisma.
(Dowód pismo z dnia 15 grudnia 2014 r, pismo z dnia 5 stycznia 2015 r., pismo z dnia 12 stycznia 2015 r. - otrzymane przez Odwołującego od Zamawiającego)
Wykonawca Konsorcjum firm AVR SpA i AVR sp. z o.o. złożył pismem z dnia 8 grudnia 2014 r., wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Zamawiający odtajnił (udostępnił Odwołującemu) jedynie pierwszą stronę wyjaśnień z której wynika, iż Wykonawca zastrzegł jako tajemnice przedsiębiorstwa strony od 8 do 64 oraz załączniki od 1-33. Budzi więc zdziwienie dlaczego Zamawiający udostępnił tylko pierwszą stronę pisma skoro pozostałe 7 stron nie stanowi

---

tajemnicy przedsiębiorstwa. Takie działanie jawi się jako świadome utrudnianie sporządzenia przez Odwołującego skutecznego odwołania.
Podobnie pismem z dnia 10 stycznia 2015 r. ten sam Wykonawca złożył wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Zamawiający ponownie odtajnił (udostępnił Odwołującemu) pierwszą stronę pisma zastrzegając jako tajemnicę przedsiębiorstwa strony od 2 do 33 czyli jak należy przypuszczać de facto całe pismo.
W dniu 5 stycznia 2015 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę Konsorcjum firm AVR SpA i AVR sp. z o.o. do ponownego złożenia wyjaśnień wysokości zaoferowanej ceny. W tym wypadku Zamawiający (odtajnił ?? - z protokołu postępowania druk ZP-NP nie wynika aby to pismo stanowiło tajemnicę przedsiębiorstwa) udostępnił tylko pierwszą stronę pisma - w części -treść kończy się na oznaczeniu pisma.
(Dowód pismo z dnia 8 grudnia 2014 r, pismo z dnia 5 stycznia 2015 r., pismo z dnia 10 stycznia 2015 r. - otrzymane przez Odwołującego od Zamawiającego)
Budzi zdziwienie takie działanie Zamawiającego. Nie sposób uznać iż całość pism złożonych przez Wykonawców stanowi tajemnice przedsiębiorstwa. Oczywistym jest że w pierwszej kolejności - skoro Wykonawcy zastrzegli treść jako tajemnice przedsiębiorstwa - uzasadniono prawnie podstawę zastrzeżenia treści pism. Uzasadnienie prawne nie może być traktowane jako tajemnica przedsiębiorstwa a zatem nie może zostać zastrzeżone.
Podobnie ceny końcowe składające się na daną pozycję formularza cenowego nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa a jedynie składowe tych cen w pewnym zakresie i w szczególnych sytuacjach.
Dla przykładu ujawnienie dostawcy danego materiału w przypadku posiadania u tego dostawcy wyjątkowo korzystnych cen może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. W takiej sytuacji Zamawiający powinien jednak skonfrontować pozostałe oferty, czy inni Wykonawcy nie zaopatrują się u tego samego dostawcy i np. czy nie nabywają tego samego materiału po korzystniejszej cenie. Jeżeli analiza tych danych wykaże iż zastrzegający informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa nabywa dany materiał w cenach nie odbiegających od cen jakie uzyskują inni Wykonawcy to nie sposób przyjąć iż taka informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, skoro dana cena jest powszechnie dostępna na rynku.
Dla przykładu Odwołujący się ma możliwość zakupu (daty na dzień składania ofert) 1 l oleju napędowego za kwotę 3,96 zł netto (dowód: faktura VAT nr 43/08/2014 r. - Odwołujący zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa dane sprzedającego - oryginał Odwołujący okaże na posiedzeniu)

Podobnie Odwołujący ma możliwość zakupu (daty na dzień składania ofert) 1 tony soli drogowej za kwotę 140 zł netto u sprzedającego. (Dowód: oferta na sól - Odwołujący

zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa dane sprzedającego — oryginał Odwołujący okaże na posiedzeniu)
Zasadnym jest w tej sytuacji porównanie wyjaśnień Wykonawców Konsorcjum firm FB Serwis S.A. oraz Ferroser Infraestructuras S.A. oraz Konsorcjum firm AVR SpA i AVR sp. z o.o czy ceny które przedstawili w wyjaśnieniach odbiegają od cen dostępnych dla Odwołującego się czy też nie. Przy dokonywaniu porównania należy uwzględnić czy dana cena jest ceną zawierającą koszt dostawy do kupującego. Jeżeli ceny te są podobne, to trudno przyjąć iż te informacje stanowią tajemnice przedsiębiorstwa, skoro takie ceny są ogólnodostępne w zakupie hurtowym. Nadto w takiej sytuacji ewentualne powoływanie się tych Wykonawców na wyjątkowo dogodne warunki zakupowe skutkujące możliwością zaoferowania niższej ceny jest bezpodstawne, gdyż w takiej sytuacji analizowany czynnik nie może mieć wpływu na wartość oferty.
Odwołujący działając na rynku od wielu lat zorientowany jest jakie stawki można uzyskać za poszczególne materiały i w związku tym przekonany jest iż analiza cen doprowadzi KIO do wniosku, iż zastrzeżenie tych informacji było bezpodstawne.
Zamawiający zaniechał zbadania, czy i w jakim zakresie wyjaśnienia Wykonawców stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co skutkuje naruszeniem art. 8 ust. 1-3 ustawy i ma bezpośredni wpływ na możliwość sformułowania w sposób wyczerpujący zarzutów w przedmiocie rażąco niskiej ceny ofert Wykonawców Konsorcjum firm FB Serwis S.A. oraz Ferroser Infraestructuras S.A. oraz Konsorcjum firm AVR SpA i AVR sp. z o.o.
Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 stycznia 2014 r. KIO 2932/13 Teza
1. Zastrzeżeniu, jako tajemnica przedsiębiorstwa, może podlegać cały dokument lub tylko niezbędne fragmenty tych wyjaśnień, czy nawet określone postanowienie w nim zawarte, chyba, ze ujawnienie takiego fragmentu (element) informacji stanowiłoby podstawę do skutecznej dedukcji na temat całości informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, jednakże ten fakt to wykonawca, powinien wykazać. Ocenie zatem powinien podlegać każdy zastrzeżony dokument. w tym przypadku pismo oraz jego załączniki.
2. Ochronie w myśl art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) podlegają wyłącznie informacje, których ujawnienie godzi w obiektywne interesy przedsiębiorcy, przekraczające ramy danego postępowania. Tym samym skorzystanie z instytucji zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może stanowić metody na uniemożliwianie dostępu do treści oferty konkurującym wykonawcom, celem uniemożliwienia zapoznania się z treścią oferty i oceny jej zgodności z wymaganiami ogłoszenia oraz specyfikacji. albowiem takie korzystanie z uprawnień zmierzałoby do nieuzasadnionego ograniczenia jawności postępowania.

X. naruszenie art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez niewłaściwe zastosowanie wobec uznania, że **dokumenty zastrzeżone przez Wykonawców Konsorcjum firm FB Serwis S.A. oraz Ferroser Infraestructuras S.A. oraz Konsorcjum firm AVR SpA i AVR sp. z o.o. objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy nie zostały spełnione przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa.**

Mając na uwadze iż ciężar udowodnienia (wykazania) iż zaistniały przesłanki wskazane w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, spoczywa na Zamawiającym (ewentualnie Wykonawcy zastrzegającym informacje jako tajemnice przedsiębiorstwa) Odwołujący się w niniejszym zarzucie odnosi się do argumentacji zawartej w pkt. IX uzasadnienia odwołania.
Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 stycznia 2014 r. KIO 2875/12
Teza
„Definicję tajemnicy przedsiębiorstwa zawiera art. 11 ust 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) stanowiący, że pod tym pojęciem 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. Wymienione przesłanki winny być spełnione łącznie i statuują wyjątek od kardynalnej zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia. Podlegają zatem interpretacji ścisłej, a ciężar wykazania ich zaistnienia spoczywa na tym, kto się na nie powołuje. W postępowaniu odwoławczym zobowiązanymi do wykazania zaistnienia przesłanek zawartych w art 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji są wykonawca. który dokonał zastrzeżenia oraz zamawiający, jeśli uznał zastrzeżenie za zgodne z prawem. ”
[…]”

Sygn. akt: KIO 197/15

W dniu 30 stycznia 2015 r. GRAWIL Sp. z o.o. we Włocławku wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem wyniku postępowania oznaczone sygnaturą akt Izby KIO 197/15.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust 3 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, która zdaniem Zamawiającego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia pomimo

tego, że jednoznacznie brak jest podstaw do kwalifikacji ceny zaoferowanej przez Odwołującego jako rażąco niskiej ceny;
2. art. 90 ust 2 ustawy Pzp poprzez jego pominięcie przy ocenie złożonych przez odwołującego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;
3. art. 91 ust 1 Pzp przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, podczas gdy posiada ona przymioty najkorzystniej w wyniku zastosowania kryteriów oceny ofert.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, powtórzenia czynności badania oceny ofert, w tym złożonych wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny oferty Odwołującego, oraz wybór oferty najkorzystniejszej, z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego,
2. wyłączenie w całości jawności rozprawy na podstawie art. 189 ust 6 ustawy PZP z uwagi na fakt, że meritum sprawy dotyczy utajnionej części wyjaśnień Odwołującego, zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa,
3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przewidzianych właściwymi przepisami.

W uzasadnieniu odwołania wskazano:
„Mając na uwadze, że Zamawiający dokonał niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego poprzez niewłaściwą ocenę złożonych wyjaśnień dotyczących rzekomo rażąco niskiej ceny oferty Odwołującego, przy czym kwestionowanej oceny oferty dokonał opierając się na zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnieniach Odwołującego, Odwołujący przedstawia jako integralną część niniejszego odwołania pełną argumentację składającą się na uzasadnienie odwołania, w Załączniku nr 1, który Odwołujący również zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa (włącznie z załącznikami do uzasadnienia odwołania).”

W trakcie posiedzenia Izby Odwołujący uznał, iż treść Załącznika nr 1 do odwołania, zawierająca jego zasadniczą treść jednak nie zawiera tajemnicy przedsiębiorstwa (za wyjątkiem kilku zdań toczących zawartości wyjaśnień w sprawie ceny).
W Załączniku nr 1 wskazano:
„[…]

III. UZASADNIENIE

1. Stan faktyczny

1.1. W dniu 20 stycznia 2015 r. Odwołujący otrzymał zawiadomienie o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, tj.ze

względu na zaoferowanie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, oraz złożenia wyjaśnień, które rzekomo potwierdzają zaoferowanie ceny rażąco niskiej.

Dowód: *Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej / odrzuceniu oferty Odwołującego - zal. 6*

1.2. Zamawiający dwukrotnie (w dniu 5 grudnia 2014 r. oraz 5 stycznia 2014 r.) zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienie wysokości zaoferowanej ceny, uzyskując każdorazowo (w dniu 15 grudnia 2014 r. oraz 12 styczna 2015 r.) wyczerpująco, w zakreślonym terminie, wyjaśnienia Odwołującego.

Dowód: *Pismo Zamawiającego z dnia 5.12.2014 r. oraz 5.01.2015 r. wraz z wyjaśnieniami Odwołującego - zal.* 7

1.3. W ocenie Zamawiającego, wyrażonej w piśmie z dnia 5.12.2014 r. oraz Zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 20.01.2015 r., podejrzenie rzekomego zaniżenia ceny oferty Odwołującego wynika z ***„arytmetycznego kryterium,*** *dla którego punktem odniesienie jest ustalona przez Zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia powiększona o podatek VAT oraz różnica pomiędzy złożoną przez Odwołującego ofertą a* średnią *arytmetyczną wszystkich złożonych ofert ze względu na kryterium ceny".* Na tej podstawie Zamawiający ustalił, że oferta Odwołującego jest niższa o **29% od wartości szacunkowej zamówienia wynoszącej 41 190 172,40 zł brutto,** oraz o **18% niższa od** średniej **arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, która wynosi 35 555 416,57 zł brutto.** Ponadto zdaniem Zamawiającego oferta Odwołującego jest o prawie **10% niższa** (tj. o kwotę 2 901 463,88 zł brutto) od kolejnego oferenta (tj. konsorcjum AVR), którego oferta mimo, - że zdaniem Zamawiającego - *postała skalkulowana na bardzo niskim poziomie"* (tak. *Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej / odrzuceniu oferty Odwołującego - str. 3 na górze),* została uznana za najkorzystniejszą w niniejszym Postępowaniu.

Zestawienie złożonych w Postępowaniu ofert przedstawia się następująco:

ZESTAWIENIE OFERT

Nazwa **Kompleksowe - całoroczne-utrzymanie** Data otwarcia ofert; **w systemie "Utrzymaj** 11.09.2014 **Standard" autostrady A-4 na odcinku od węzła Tarnów Północ do węzła Sędziszów w latach 2014-2020** Przetargu:

Kwota jaka. Zamawiający zamierza! przeznaczyć (z VAT) 41 190 172,40 L.p. Oferent Cena **brutto (zł)** Cena netto (zł) Bud et GRAWIL10 Cena

zamawiającego minimalna 100% 0% 100%

1 Grawil 29 0N(> 23 647 953.73 70(0 101.011 100.00 2 Konsorcjum: AVR Kraków - Lider 31 988 477,78 26 006 892,50 77,66 109,98 109,98 3 Konsorcjum: FBSerwis S.A. 32 004 427,30 26 019 859,59 77,70 110,03 110,03 4 Zakład Transportu i Budowy Dród 33 304 898,44 27 077 153,20 80,86 114.50 114,50

5 Firma Usługowo - Handlowo- 34 770 176,61 28 268 436,27 84,41 119,54 119,54 6 Konsorcjum: KBU Sp. z o.o. Kraków 38 396 921,50 31 217 009,35 93,22 132,01 132,01

7 MOTA - ENGIL 40 006 611,78 32 525 700,63 97,13 137,54 137.54 8 Konsorcjum: Zaberd Wrocław -Lider 44 884 866,03 36 491 761,00 108,97 154,31 154.31

1.4. Zdaniem Zamawiającego (pismo z dnia 5.12.2014 r., str. 1 oraz Zawiadomienie z dnia 20.01.2015 r., str. 2) porównanie oferty Odwołującego do poszczególnych (pozostałych) cen wykonawców *„stanowi de facto odniesienie do cen rynkowych i jest wyznacznikiem oceny, czy oferent dokonał „zaniżenia wartości oferty poniżej kosztów wytworzenia zamówienia".* Ponadto zdaniem Zamawiającego jego wątpliwości w odniesieniu do wartości oferty Odwołującego wzbudziły *„poszczególne elementy kalkulacje oferty"* (wyliczone ceny jednostkowe), uznając ostatecznie, że zaoferowane ceny jednostkowe są cenami rażąco niskimi (Zawiadomienie z dnia 20.01.2015 r., str. 3 *in fine).* Według Zamawiającego *„zasadnicze znaczenie dla oceny oferty miała wysokość cen z poszczególnych pozycji Formularza cenowego..""* (Zawiadomienie z dnia 20.01.2015 r., str. 4). W konsekwencji Zamawiający uznał, że wyjaśnienia Odwołującego zawierają *„niekonkretne i ogólnikowe stwierdzenia lub nierzetelne i nierynkowe ceny 1 " 1* przez co *„potwierdzają fakt nierealności przedstawionej przez Wykonawcę ceny oferty"* (Zawiadomienie z dnia 20.01.2015 r., str. 5).

2. Uzasadnienie prawne

2.1. W pierwszej kolejności należy wskazać, że odnoszenie się przez Zamawiającego do wartości szacunkowej

zamówienia nie może stanowić wyłącznego argumentu dla
przesądzenia, że cena ofertowa jest rażąco niska. Nie istnieje też, i nie można go
wywieść na żadnej podstawie jednoznaczne określenie wartości różnicy pomiędzy cenami ofert, po przekroczeniu której można mówić o cenie rażąco niskiej (tak wyrok
KIO z 12.02.2009 r., KIO 126/09). Odwołanie się do szacunkowej wartości zamówienia
przez Zamawiającego nie musi być więc w każdym przypadku obiektywne, bowiem oszacowana warność zamówienia może być nierealna i wynikać np. z przeszacowania
kosztorysów na podstawie których Zamawiający ogłasza! postępowanie o udzielenie
zamówienia.

2.2 Poniżej Odwołujący przestawia wykaz wykonawców kontraktów utrzymaniowych w formule utrzymaj standard GDDKiA, z którego wynika,

że w zdecydowanej większości ogłaszanych przetargów wartości ofert składanych przez wykonawców, których oferty zostały uznane za najkorzystniejsze, **znacznie odbiegały od szacunkowych wartości zamówienia zakładanych przez Zamawiającego (niejednokrotnie o kilkadziesiąt procent).**

Lp Data Wykonawcy uwagi Wartość **kwota kwota** . przetarg brutto **brutto wykonawcy**
u **GDDKIA do** 1 **17.04.2 A2 Łódź - odcinek Dąbie-Stryków**
umowa na 48 miesięcy 38133936,00 Gnomtódz **62** 61%
2 **04.05.2 A4 Rzeszów - odcinek Dęblca-Rzeszów Wschód i Rzeszów Zach ód-Świlcza, S19 -** 67% FUHP Leszek ta oferta wybrana przez GDDKiA, umowa na 52 936600,55
784774,72 3 Kochanowicz 67-72 miesiące
24.05.2 tódi Al i **A2**
Części **012** -*Łódt* A2- odcinek Łód -granica ?o/mazowieckiego **78427000,0** 68% POL-DRÓGPta ta oferta wybrana przez GDDKiA 54271147,37
Część **0 II** - Łódź Al - odcinek Kutno-Łódi 48 692 63% GRAWIL ta oferta wybrana przez GDDKiA
4 324,88 **30.05.2 Opole A4- odcinek Przylesie-Nogowczyce** 67 932 ZA8ERO umowa na 48miesięcy **79756958,8** 70%
5 **09.07.2 Katowice Al** C zęść 1 - Katowice Al - odcinek anica państwa z Republiką Czeską) **8**
51560562,76 54% Budimex Warszawa umowa na 72 miesiące Część **II-** Katowice Al-odcinek Pyrzowice-Sośnica **76967496,0** 37 475 42% AVR Warszawa umowa na 72 miesiące
6 **13.07.2 Łódź S8- Piotrków Trybunalski-gra ni ca woj. Intertoll** 76164 Gdańsk ta oferta wybrana przez GDDKiA **0** 57%
7 **11.09.2 Elbląg S22 ode. Elbląg - Grzechotki** 24 274 73% SKANSKA Warszawa umowa na 72miesiące **97345000,0**
8 **19.11.2 Rzeszów A-4 Inku od węzła Jarosław Zachód do** /a) 45 289 77% ta oferta wybrana przez GDDKiA, umowa na 61 AVRSp. zo.o. Kraków i 69 miesięcy (jest liczone przez 72miesiące) **0** 207,34 9 **15.05.2 SBWrodaw-Syców**
39 229 **95 542** 60% BADERA Dalachów umowa na 72 miesiące **10 OS.06.2 S-74 Kielce -Cedzyna 179,77**
P.RA. 6 149 78% FART Kielce umowa na 72 miesiące
11 12.06.2 S-7 Kielce 38 714071,31 65% FBSerwis S.A. Warszawa umowa na 72 miesiące
88599502,6 12 02.07.2 S-5 Gniezno-Poznań (umowa na 72 miesiące)
27359637,84 57% BADERA Dalachów S **3 132** ***i*** **Konotopa-Puławska (plus S8 1 579} 13 17.09.2**
43 837 54% Autostrada Mazowiecka (umowa na 72 miesiące) **809269,68 14 01.10.2 S3 Miedzyrzecz-Sulechów**
12 41% MALDROBUD Myślibórz (umowa na 48 miesięcy) **33 1S 28.10.2 S17 Kurów-Lublln-Piaskl**
część-1 34 932 60% | |AVR Kraków (umowa na 72 miesiące) **367274,13**
część- II 35 822 Wota-Engil Kraków (umowa na 72 miesiące) **58440000,00** 92%
16 25.02.2 S8 Łask - tódź Południe {plus $14 i DK14) 014
27 681150,00 68% BUDIA Standard Sp. z o.o. umowa na 72- **65** Oleśnica (partner **Badera)** 59miesięcy
27 10.03.2 S7 Se.kocin- Radom (plus DK7) 918825,28 55 51% FBSerwis S.A. Warszawa umowa na 72miesiące

7

Dowód: *Kopie dokumentacji przetargowych doi. przetargów w formule „utrzymaj standard", odnoszące się do powyżej wskazanych wartości ofert wykonawców zal. 8*

2.2. Jak wynika z orzecznictwa Izby, **sam fakt odbiegania ceny wykonawcy od szacunków zamawiającego nie może przesądzać o złożeniu oferty z rażąco niską ceną.**

Tymczasem z uzasadnienia Zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia

20.01.2015 r. wynika, że takie porównanie dokonane przez Zamawiającego **było kluczowe** w uznaniu oferty Odwołującego za ofertę zawierającą rażąco niską cenę.

2.3. Podkreślenia wymaga, że **za cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia może być uznana cena odbiegająca od rzeczywistej wartości przedmiotu zamówienia, o ile różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych** źródeł **niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać.** Reasumując, cena rażąco niska jest więc zawsze ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających... etc. Definicja taka została wypracowana w orzecznictwie i nie występują w tym zakresie kontrowersje (tak wyrok KIO z dnia 16 października 2013 r., KIO 2291/13). Mając na uwadze to ujęcie a także przedstawione w tabeli powyżej zestawienie ofert składanych zamawiającemu w ostatnich latach w kontekście oszacowanej wartości zamówienia nie można uznać, że cena zaoferowana przez Odwołującego *„generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólna sytuacje gospodarcza panująca w danej branży".* Sam fakt, złożenia w niniejszym Postępowaniu 7 z 8 ofert poniżej wartości szacunkowej zamówienia wskazuje nie tylko na specyfikę i konkurencyjność rynku będącego przedmiotem niniejszego zamówienia, ale także stwarza domniemanie nienależytego oszacowania wartości zamówienia przez Zamawiającego. Wskazać należy, że **„nieprawidłowości w dokonanym szacunku nie mogą obciążać wykonawców, biorących udział w postępowaniu"** (tak wyrok KIO z dnia 16 października 2013 r., KIO 2291/13). Powyższe uprawdopodabnia także fakt, że praktycznie wszystkie złożone w Postępowaniu oferty odbiegają od wartości szacunkowej zamówienia wyliczonej przez Zamawiającego. Ponadto duża konkurencyjność na rynku tego typu usług wskazuje, że wartość szacunkowa zamówienia podana przez Zamawiającego mogła zostać znacznie zawyżona i nie można na podstawie prostego porównania tej wartości z ceną oferty odwołującego wy wieść jednoznacznego wniosku o zaoferowaniu przez wykonawcę ceny rażąco niskiej. Z tych też powodów wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez Zamawiającego nie może być bez żadnych wątpliwości - jak uczynił to Zamawiający - punktem odniesienia do oceny czy zaproponowane przez wykonawców ceny ofert są cenami rażąco niskimi. Podobnie uznała KIO w wyroku z dnia 6 lutego 2009 r. (KIO 109/09), w którym

kwestionując wartość szacunkową zamówienia określoną przez Zamawiającego stwierdziła, że *„punktem odniesienia do kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej może być nie tylko wartość szacunkowa zamówienia, ale także jego specyfika i charakter oraz ceny ofert konkurencyjnych".* W wyroku **z** dnia 12 lutego 2009 r. (KIO/UZP 126/09) Izba uznała, że *„W przedmiotowym przetargu na wykonanie zadania 1 zostało złożonych kilkanaście ofert, a 4 z tych ofert opiewały na kwoty niższe niż 15 000 000 zł, stanowiąc grupę najtańszych ofert. Zamawiający ustanowił jedyne kryterium oceny ofert - najniższa cena (...). Cena wybranej oferty w kwocie 12 528 698,73 zł jest niższa od cen pozostałych złożonych ofert z grupy najtańszych ofert o 10,65% (oferta odwołującego w cenie 14 022 800,80 zl), 15,44% (oferta wykonawcy (...) w cenie 14 816 567,94 zł) i 15,52% (oferta wykonawcy (...) w cenie 14 830 947,54 zł), jednak różnica w cenach* w *grupie czterech najtańszych ofert nie jest na tyle istotna, aby można było mówić o rażące; różnicy, a tym samym rażąco niskiej cenie oferty. Badana oferta jest tańsza o około 10%-15% od pozostałych najtańszych ofert".* **Mając na uwadze powyższe, opierając się na różnicy zaoferowanych w niniejszym Postępowaniu cen trzech najtańszych ofert, która jest nieznaczna, nie można mówić o rażącej różnicy, a tym samym rażąco**

niskiej cenie oferty Odwołującego. Sam Zamawiający, jak wskazano powyżej, wskazał że oferta konsorcjum AVR *„została skalkulowana na bardzo niskim poziomie"* (tak *Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej /odrzuceniu oferty Odwołującego ~ sir. 3 na górze).* Do podobnych wniosków doszła KIO w wyroku z dnia 20 marca 2009 r. (KIO 284/09), w którym uznała, że *„zarówno w świetle orzecznictwa KIO jak i sądów okręgowych, wskazane przez odwołującego wyłącznie arytmetyczne punkty odniesienia dła ceny badanej w kontekście art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp nie są wystarczające dla dokonania stanowczej i prawidłowej oceny w tym zakresie. W przypadku wpłynięcia 14 ofert w przetargu nieograniczonym, różnice w cenach ofert rzędu kilku procent co do zasady należy traktować jako prawidłowy objaw konkurencji w ramach reguł wolnego rynku. W przedmiotowym postępowaniu różnica w cenie kolejnych wg rankingu ofert w wysokości ok. 8% nie daje podstawy do uznania, iż cena niższa jest rażąco niska._* ***Powyższa różnica w sensie arytmetycznym nie stanowi również, w ocenie Izby, oczywistej przesłanki do obligatoryjnego zastosowania przez zamawiającego procedury wyjaśniającej w trybie art 90 ust. 1 P ZP W sytuacji, gdy analiza i ocena realnych i rynkowych kosztów wykonania przedmiotu zamówienia nie wskazuje na fakt zaoferowania ceny poniżej kosztów wytworzenia'".***

2.4. Izba w swoim orzecznictwie wielokrotnie odnosiła się także do arytmetycznego porówny- wania oferty zawierającej rzekomo rażącą cenę z kolejną ofertą (tak jak uczynił w niniej- szym Postępowaniu Zamawiający) uznając, że niejednokrotnie prowadzi to do nieuzasadnionego automatyzmu we wdrażaniu postępowania wyjaśniającego w

przedmiocie rażąco niskiej ceny. W wyroku z dnia 28 kwietnia 2001 r. (KIO 834/11) Izba uznała, że *„o istotności różnicy (w cenie) nie można mówić w sytuacji, kiedy oscyluje ona na poziomie nieco ponad 10%. (...) w dzisiejszej rzeczywistości gospodarczej różnice te kształtują się nawet na poziomie 50% i nie stanowią o rażąco niskiej cenie. (...)* ***w ocenie Izby, za nieuprawniona należy uznać interpretacje przepisu art.90 ust.l ustawy P ZP prowadząca do wniosku, iż. występowanie jakichkolwiek różnic albo różnic na poziomie odpowiednio ok. 10 i 20% pomiędzy cena oferty najkorzystniejszej a ceną następnej oferty w rankingu ofert,*** *czy też pomiędzy ceną najkorzystniejszej a wartością szacunkową zamówienia powiększoną o podatek VAT lub kwotą, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia,* ***obliguję za- mawiającego do wszczęcia postępowania wyjaśniającego w przedmiocie rażąco niskiej ceny.*** *Ustalenie jakichkolwiek sztywnych wskaźników nie jest możliwe i dopuszczalne, w świetle analizowanego przepisu. Brak wskazania przez ustawodawcę tychże wskaźników ma chronić przed wszelkim automatyzmem i bezrefleksyjnym ("na wszelki wypadek", czy "z ostrożności") wdrażaniem postępowania wyjaśniającego w przedmiocie rażąco niskiej ceny."*

2.5. Odnosząc powyższe rozstrzygnięcia Izby do niniejszego Postępowania, podkreślić należy, że wskazywane przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego różnice arytmetyczne cen ofert nie stanowią podstawy do uznania, iż cena niższa (w tym przypadku Odwołującego w stosunku do konsorcjum AVR) jest rażąco niska. **Cena oferty Odwołującego nie odbiega w sposób istotny od cen rynkowych i cen zaproponowanych przez innych oferentów, a zatem nie stanowi zagrożenia dla prawidłowej realizacji zamówienia publicznego.** Trudno jest bowiem uznać, że oferta Odwołującego (skalkulowana na poziomie 29 086 983,09 zł brutto) jest kwotą nierealistyczną, za którą nie jest możliwe prawidłowe wykonanie zamówienia, a oferta konsorcjum AVR (określona na poziomie 31 988 447,78 zł brutto) gwarantuje już taką realizację (pomimo wątpliwości Zamawiającego i określeniu tej oferty także za ofertę „na niskim poziomie"). Nie obowiązuje w orzecznictwie KIO i sądów powszechnych jednoznaczne określenie poziomu różnicy pomiędzy cenami ofert, aby od jego przekroczenia można było mówić o cenie rażąco niskiej. Takiego poziomu różnic gwarantującego prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia także nie określił sam Zamawiający.

2.4. Ponadto, oceniając uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego, w którym Zamawiający uznał, że poszczególne elementy objęte ceną oferty Odwołującego, jako że są w jego ocenie cenami rażąco niskimi, wpływają na całkowitą ocenę całej oferty pod kątem jej rażącej ceny, wskazać należy na ugruntowane (odmienne od przyjętego przez

Zamawiającego w niniejszym Postępowaniu) stanowisko KIO w tym zakresie. W ocenie Izby *„oceniając czy oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej* ***należy brać pod uwagę ceny całkowite oferty a nie ceny jednostkowe ofert.*** *Wniosek taki wynika z literalnego brzmienia dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp, który wskazuje na „rażąco niską cenę oferty'"* **w stosunku do przedmiotu zamówienia a nie do cen poszczególnych elementów oferty.** Zatem nawet, jeśli pewne części oferty czy pewna usługa mogłaby być uznana za niską to nie skutkuje to jednak koniecznością odrzucenia oferty jako oferującej cenę rażąco niską", (tak wyrok KIO z dnia 6 lutego 2009 r., KIO 109/09).

Podobnie uznała KIO w wyroku z 13 stycznia 2009 r. (KIO 1511/08), w którym Izba podkreśliła, że *„w orzecznictwie przyjęło się nadto, że dla oceny, czy rozpatrywana cena jest rażąco niska, należy badać ogólną cenę oferty, za jaką wykonawca deklaruje wykonanie całości przedmiotu zamówienia, a nie jej wyodrębnione elementy, jak choćby ceny jednostkowe. Skład orzekający Izby stanowisko to podziela, a wynika ono z faktu, że podstawa odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, wskazana w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, mówi właśnie o cenie, nie zaś jej poszczególnych częściach, elementach, czy składowych.* ***Innymi słowy, gdyby nawet uznać,*** że ***jakaś cześć oferty jest rażąco niska, to*** żadna ***miara nie czyni to całej ceny rażąco niską. Z takiej też perspektywy należy oceniać możliwość realizacji zamówienia przez wykonawcę".***

2.5. Oceniając możliwość realizacji zamówienia przez Odwołującego wskazać należy, że Zamawiający - oprócz podania arytmetycznych odstępstw oferty Odwołującego od ofert innych wykonawców i wartości zamówienia, a także zakwestionowania (bez głębszego uzasadnienia pomimo przedstawionej przez Odwołującego kalkulacji) kilku cen jednostkowych Odwołującego - nie wykazał w żaden sposób, że za zaoferowaną przez Odwołującego cenę nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia. Odwołujący w pełni podziela stanowisko **KIO** wyrażone w wyroku z dnia 20 stycznia 2014 r. (KIO 3012/13), w którym Izba uznała, że ***„fakt, iż cena oferty Odwołującego jest niższa o ok. 23,73% od ceny określonej przez Zamawiającego nie może stanowić wprost potwierdzenia złożenia oferty zawierającej cenę raż,ąco niską. Dla uznania,*** że ***cena jest rażąco niska niezbędne jest wykazanie,*** że ***cena jest nierealistyczna,*** że ***za zaproponowaną cenę nie da się w sposób należyty wykonać przedmiotu zamówienia. Okoliczności takich., zdaniem Izby, Zamawiający nie wykazał."'*** W niniejszym Postępowaniu oceniając uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający nie wykazał, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę. Podobnie uznała KIO w wyroku z 13 stycznia 2009 r. (KIO 1492/08): *„w orzecznictwie KIO wskazuje się, że „zgodnie bowiem z utrwalonym poglądem - tak w orzecznictwie KIO, sądów okręgowych,*

---

jak i ETS - dla uznania, że cena jest rażąco niska, nie jest wystarczające matematyczne określenie, że cena odbiega o określoną wartość (np. 20%, 30%, czy 60%) od ceny innego wykonawcy, składającego ofertę w postępowaniu. Dla uznania, że cena jest rażąco niską konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia (...) nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę'". W orzecznictwie przyjęło się zatem, że dla oceny, czy rozpatrywana cena jest rażąco niska, należy badać ogólną cenę oferty, za jaką wykonawca deklaruje wykonanie całości przedmiotu zamówienia, a nie jej wyodrębnione elementy, jak choćby ceny jednostkowe. Podstawa odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, wskazana w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, mówi jednoznacznie o cenie, nie zaś jej poszczególnych częściach, elementach, czy składowych, innymi słowy, gdyby nawet uznać, że jakaś część oferty jest rażąco niska, to żadną miarą nie czyni to całej ceny rażąco niską. Z takiej też perspektywy należy oceniać możliwość realizacji zamówienia przez wykonawcę (tak też KIO 1511/08; KIOP 88/09, KIO 89/09).

Za rażąco niską cenę można uznać tylko taką cenę ofertową, która taki charakter wykazuje w stosunku do przedmiotu zamówienia. Chodzi bowiem o odniesienie ceny do całego przedmiotu zamówienia, nie zaś do niektórych tylko pozycji (wyrok KIO z dnia 28.02.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 123/08). Istotna jest bowiem cena końcowa i ta powinna zostać oceniona pod kątem rażąco niskiej ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28.04.2008 r.,

sygn. akt: XIX Ga 128/08).

2.6. Ze względu na to, że pojęcie ceny "rażąco niskiej" pozostaje pojęciem nieostrym, a nie- ostrość ta nie może być w ten sposób usunięta, analizę ofert należy zawsze oprzeć na innych kryteriach. Należą do nich przykładowo: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych (tak wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009 r., XII Ga 88/09). **W niniejszym Postępowaniu Odwołujący nie tylko ~ opierając się na własnym doświadczeniu i konkretnych założeniach - wykazał,** że **jego oferta nie jest rażąco niska, ale także pozwala wygenerować odpowiedni zysk.** Należy podkreślić, że Odwołujący w ciągu 22 lat działalności na polskim rynku stał się jednym z liderów szeroko pojętego całorocznego utrzymania dróg, wykonując także z sukcesem projekty na rzecz GDDKiA, osiągając przy tym zakładane zyski.

2.7. W dalszej części Odwołujący nie zgadza się ze stwierdzeniem Zamawiającego, że wyjaśnienia Odwołującego zawierają *„niekonkretne i ogólnikowe stwierdzenia lub nierzetelne i*

nie-rynkowe ceny' przez co *„potwierdzą/ą fakt nierealności przedstawionej przez Wykonawcę ceny oferty'* [1] (Zawiadomienie z dnia 20.01.2015 t\, str. 5). W orzecznictwie KIO wielokrotnie wskazywano, że *„celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie Zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę* ***kalkulacji*** *ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Jak wynika z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp wyjaśnienia mają być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z tego powodu powinny być one wyczerpujące, konkretne i przekonujące,* ***ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, czy wreszcie marżę wykonawcy.*** *W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały charakter jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen, co może uzasadniać obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia'"* (tak wyrok KIO z 22.04.2014 r., KIO 716/13). Odnosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy całkowicie niezrozumiałe są twierdzenia Zamawiającego, jakoby wyjaśnienia Odwołującego miały charakter „niekonkretny" oraz „ogólnikowy' [1].

2.8. Odpowiadając na wezwanie Zamawiającego z dnia 5.12.2014 r. Odwołujacy w pełni odniósł się do jego żądania, wskazując szczegółowo na założenia, jakie leżały u podstaw kalkulacji ceny ofertowej (opierające sic m.in. na własnych doświadczenia z konkretnych, wskazanych w wyjaśnieniach, kontraktów utrzymaniowych), a także na ujawnieniu najważniejszych (żądanych przez Zamawiającego) składników cenotwórczych, czy wreszcie podając marżę wykonawcy. Oceniając złożone przez Odwołującego w dniu 15.12.2014 r. wyjaśnienia, nie można ich uznać za ogólnikowe i niekonkretne. [w *tym miejscu kilka zdań na temat zawartości wyjaśnień objęta tajemnicą przedsiębiorstwa – przypis KIO]* (tak też m.in. wyrok KIO z dnia 1 marca 2013 r., KIO 430/13, w którym Izba uznała, że *‚za obiektywne czynniki mające wpływ na wysokość ceny uznać można warunki wykonania zamówienia polegające na prowadzeniu własnej produkcji i nieponoszeniu z tego tytułu dodatkowych kosztów związanych z zakupem u osób trzecich i ponoszeniem kosztów transportu").* Udzielając stosownych wyjaśnień Odwołujący przedłożył również dowody, potwierdzające opisywane założenia kalkulacji ceny ofertowej. Podobnie należy ocenić wyjaśnienia Odwołującego złożone w dniu 12.01.2015 r., w których Odwołujący nie tyko wskazał założenia i koszty kalkulacji poszczególnych pozycji, ale także przedstawił zgodnie z żądaniem zamawiającego kopie umów ramowych, potwierdzających prawidłowość kalkulacji oferty.

2.9. Odniesienie się Zamawiającego do ogólnikowego i niekonkretnego charakteru wyjaśnień Odwołującego jest zatem mylne i niewłaściwe a tym samym nie może stanowić podstawy do uznania, iż wyjaśnienia złożone przez

Odwołującego są niewiarygodne a tym samym nie potwierdzają, że cena nie jest rażąco niska.

2.10. Zamawiający na podstawie wyjaśnień oraz badania odrzucił ofertę Odwołującego zawierając w rozstrzygnięciu informacje,

że po analizie poszczególnych pozycji (ściśle kosztów przypisanych dla pozycji 2 oraz 8 do 38 formularza cenowego) uznał je za

„niespójne w odniesieniu do wcześniejszych wyjaśnień" i na tej podstawie, uznając je za rażąco niskie, odrzucił całą ofertę. **Wskazać należy,** że **zarówno pierwotnie złożone wyjaśnienia Odwołującego (z dnia 15.12.2014 r.), jak i wyjaśnienia złożone na drugie wezwanie Zamawiającego (wyjaśnienia z dnia 12.01.2015 r.), w każdym przypadku prezentują odpowiednie założenia i kalkulacje oferty.** Niezrozumiałe, a co najważniejsze sprzeczne ze sobą są zatem twierdzenia Zamawiającego z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego w odniesieniu do ww. pozycji. Zamawiający wskazuje bowiem, że *„Wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 12,01.2015 r. wykazując koszty szczegółowych pozycji z formularza cenowego od 8 do 38 podał koszty poszczególnych czynności gwarantujących, jego zdaniem, odpowiednie utrzymanie standardu. Jest to niespójne w odniesieniu do Wyjaśnień z dnia 15.12.2014 r.. tj. „...a kwoty przypisane dla pozycji 2 oraz od 8 do 38 formularza cenowego obejmują rezerwę na koszty dodatkowe i dodatkowych zysk Wykonawcy..."*.

2.11. W pierwszej kolejności uszło uwadze Zamawiającemu, że to właśnie na jego żądanie (pismo z dnia 5.01.2015 r.) Odwołujący uszczegółowił (poprzez podanie żądanych kalkulacji dla pozycji 2, 8 - 38) swoje pierwotnie złożone wyjaśnienia, co zostało przyznane przez Zamawiającego (cyt. Zamawiającego: *„Wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 12.01.2015 r. wykazując koszty szczegółowych pozycji z **formularza** cenowego **od** 8 do 38 podał koszty poszczególnych czynności...";* dalej Zamawiający stwierdził, że *„podane przez Wykonawcę ceny jednostkowe w pozycjach 2, od 8 **do** 30, **od** 32 **do** 38 Formularza Cenowego* ..."). Z Powyższego jednoznacznie wynika, że udzielając wyjaśnień Odwołujący w pełni odniósł się (wykazał, podał) koszty szczegółowych pozycji z formularza cenowego. Nie powinien zatem Zamawiający czynić w uzasadnieniu swojej decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego zarzutu, że istnieje **rzekoma różnica w wyjaśnieniach Odwołującego.** Temu bowiem ma służyć możliwość wielokrotnego wzywania wykonawcy do wyjaśnienia oferty pod kątem jej rażąco niskiej ceny, aby kalkulacja wszelkich wątpliwych w ocenie Zamawiającego składników oferty została przedstawiona przez wykonawcę w wyjaśnieniu (lub kolejnych

---

wyjaśnieniach). Nie można zatem się zgodzić z Zamawiającym, że przywołane pozycje formularza ofertowego nie tylko nie zostały skalkulowane w wyjaśnieniach Odwołującego, ale przede wszystkim, że stanowią (te poszczególne pozycje z formularza cenowego) rażąco niskie kwoty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający poza stwierdzeniem, że *zaoferowane ceny są cenami rażąco niskimi"* nie przedstawił jakiegokolwiek uzasadnienia (własnej kalkulacji), która wskazywałaby na niemożność wykonania przedmiotu zamówienia przez Odwołującego w odniesieniu do wskazanych pozycji formularza cenowego.

Zamawiający poza stwierdzeniem, że **w wyżej wymienionych pozycjach została zaproponowana rażąco niska cena, zapomina** że **badaniu w zakresie wątpliwości rażąco niskiej ceny podlega cena oferty a nie poszczególne składniki tejże oferty,** co jest poglądem ugruntowanym w orzecznictwie od lat (vide powyżej wskazane orzeczenia KIO). Odnoszenie się do poszczególnych cen jednostkowych czyli wyodrębnionych elementów nie wskazuje na cenę oferty. **Oferta zawierająca niższe ceny jednostkowe w poszczególnych pozycjach w stosunku do innych wykonawców lub szacunku Zamawiającego nie jest i nie może być dowodem,** że **oferta stanowi ofertę z rażąco niska ceną.** Konieczność odnoszenia się do ceny oferty wynika z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jaki nakłada sankcję wykluczenia wykonawców, których oferty będą złożone z rażąco niską ceną. Wskazanie przez Zamawiającego jedynie kilku pozycji jako nierealnie niskich nie może stanowić uzasadnienia, iż oferta zawiera rażąco niską cenę. Tak więc, lakoniczne uzasadnienie zaprezentowane przez Zamawiającego, że *„podane przez Wykonawcę ceny*

jednostkowe w pozycjach 2, od S do 30, od 32 do 38 Formularza Cenowego stanowić będą o rażąco niskiej cenie wartości łącznej cen za przedmiot całego zamówienia^, nie może być uznane za prawidłowe. **Brak jakiegokolwiek uzasadnienia Zamawiającego,** że **cena całej oferty zaproponowana przez wykonawcę nie pokrywa kosztów prawidłowego wykonania zamówienia co stanowi brak gwarancji dla Zamawia i acego,** że **przedmiot zamówienia będzie w pełni zrealizowany, podważa jednoznacznie dokonana przez Zamawiającego ocenę wyjaśnień Odwołującego.**

2.10. Dodatkowo w kontekście tak lakonicznego, niespójnego i niezasadnego uzasadnienia decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego, nie sposób uznać za uzasadnione jego stwierdzenie zawarte w powtórnym wezwaniu do wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny z dnia 5.03.2014 r., w którymi Zamawiający podkreślił, że *„przedmiotowe wezwanie o wyjaśnienie treści oferty jest ostatnim pismem kierowanym do Wykonawcy w toku badania rażąco niskiej ceny w myśl art. 90 ust. 1 ustawy i wyczerpuje procedurę konsultacji".* Co prawda żaden przepis ustawy Pzp nie obliguje, ani nie ogranicza ilości możliwych wezwań kierowanych do oferentów w przedmiocie wyjaśniania treści ich ofert i takie ewentualne ograniczenie (jak dokonał tego

---

Zamawiający w niniejszym Postępowaniu) pozostaje w pełni uprawnieniem Zamawiającego, niemniej jednak przyjęcie *a priori* przez Zamawiającego, że treść złożonych w przyszłości wyjaśnień Odwołującego nie będzie teoretycznie wzbudzała żadnych wątpliwości Zamawiającego, albo przyjęcie, że takie ewentualne wątpliwości będą rozstrzygane na niekorzyść wykonawcy, może uzasadniać naruszenie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Możliwość kilkukrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, została również potwierdzona przez Sąd Okręgowy w Olsztynie, który w wyroku z dnia 9 grudnia 2010 r. (sygn. akt V Ga 122/30), jednoznacznie wskazał, iż brak jest przeszkód do ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia zamawiającego nie rozwiały wątpliwości zamawiającego związanych z „rażąco niską ceną".

2.11. **Odwołujący w każdym przypadku, odpowiadając na wezwania Zamawiającego podał konkretne kwoty elementów składowych ceny, a jeśli zamawiający miał wątpliwości co do ich wysokości czy zakresu prac, które wchodzą w ich skład, powinien przede wszystkim poprosić wykonawcę o ich kolejne wyjaśnienie, a nie przyjmować istnienie tych wątpliwości na niekorzyść wykonawcy.** Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 23 czerwca 2014 r. (KIO 1166/14): *„wyjaśnienia ceny rażąco niskiej powinny zmierzać- do ustalenia stanu faktycznego, aby umożliwić ocenę prawidłowości zastosowanej ceny. Wyjaśnienia nie muszą być jednoetapowe, gdyż w miarę uzyskiwania wyjaśnień mogą powstawać kolejne pytania. A w przypadku podania w ofercie wyłącznie ceny globalnej (bez jej rozbicia w formularzu ofertowym/cenowym), prawdopodobnie takie nawet być nie mogą. W sytuacji bowiem, w której częścią oferty jest szczegółowy formularz cenowy lub kosztorys, zamawiający może od razu zwrócić się o wyjaśnienie poszczególnych pozycji lub też przedstawienie dowodów, czy zadeklarowane ceny są realne. W przypadku jednej ceny globalnej oferty takie rozbicie następuje dopiero podczas wyjaśnień -™ zatem dopiero w tym momencie zamawiający będzie mógł sformułować konkretne pytania co do elementów ceny. Jeśli wykonawca w ramach wezwania do wyjaśnień otrzyma od zamawiającego konkretne pytania, może udzielić mu szczegółowych odpowiedzi w kwestiach, które najbardziej interesują zamawiającego. Jeśli takich pytań nie otrzyma, udziela odpowiedzi w zakresie, który on sam uznaje za najbardziej istotny i trudno mu z tego robić zarzut w sytuacji, gdy wyjaśnienia nie są ogólnikowe i wymijające, ale tzw. „merytoryczne". Wykonawca, jeśli uzna to za celowe, w swoich wyjaśnieniach może także wykraczać poza pytania zamawiającego.""*

2.12. **Z treści wyjaśnień Odwołującego wynika,** że **nie były one w** żadnym **przypadku wymijające ani ogólnikowe, a wykonawca starał się udzielić**

---

wyczerpującej odpowiedzi. Jak najbardziej poprawne jest, że wykonawca odniósł wyjaśnienia przede wszystkim do kalkulacji kosztów realizacji zamówienia. Odwołujący w

pełni podziela także argumentację izby zawartej w wyroku z dnia 23 czerwca 2014 r. (KIO 1166/14), że *„Wyjaśnienia powinny umożliwić zamawiającemu dokonanie weryfikacji poprawności wyliczenia ceny - wyjaśnienia odwołującego umożliwiały przynajmniej początek takiej weryfikacji, gdyż -wskazywały ceny poszczególnych elementów. Teraz była kolej zamawiającego, by ewentualnie dopytać się lub zażądać dowodów, że dla danego elementu da się osiągnąć laką cenę. Zamawiający wskazał że wyjaśnienia odwołującego w złożonym kształcie, z uwagi na duży stopień ogólnikowości, mogą równie dobrze dotyczyć każdego wykonawcy z branży - zdaniem Izby tak nie jest, gdyż* ***odwołujący odniósł się do cen swoich realizacji oraz sposobu wyliczenia ceny swojej oferty.*** *Zatem można co najwyżej albo poprosić o dodatkowe wyliczenia albo uznać, że kalkulacja jest zaniżona -jeśli oczywiście są ku temu podstawy ~ ale tego zamawiający nie zrobił. A przynajmniej nie wskazał tego w sposób jawny w uzasadnieniu.* ***Należy podkreślić,*** że ***to właśnie w stanowisku zamawiającego nie było ani jednego konkretnego argumentu dotyczącego poziomu ceny zaproponowanej przez odwołującego. Skoro zamawiają-cy twierdzi,*** że ***jego ocena wskazuje, je odwołujący zaoferował cenę usługi poniżej faktycznych kosztów jej*** świadczenia, ***to musiał ustalić, jaki jest koszt*** świadczenia ***tej usługi". W*** niniejszym Postępowaniu Odwołujący także przedstawił nie tylko odpowiednie kalkulacje pozycji formularza ofertowego, opierając się na swoich doświadczeniach, ale także założenia i sposoby wyliczenia tych kwot. Zamawiający natomiast, poza ogólnym stwierdzeniem zaniżenia tych cen, nie wskazał żadnego minimalnego poziomu faktycznych kosztów danych usług.

2.13 Za rażąco niską cenę należy uznać taką cenę, która **jest niewiarygodna dla wykonania przedmiotu zamówienia i jest całkowicie oderwana od realiów rynkowych.** Możemy mówić o wystąpieniu takiej sytuacji, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie zamówienia przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. W niniej- szym Postępowaniu Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach nie tylko przedstawił kalkulacje poszczególnych żądanych przez Zamawiającego pozycji formularza ofertowego, ale także przedstawił konkretne, obiektywne czynniki, które pozwoliły mu na oferowane obniżenie ceny. **Ocena, jakiej dokonuje Zamawiający powinna do wniosku, iż zaoferowana cena jest ceną spekulacyjną, czyli taką która rodzi po stronie wykonawcy ryzyko niewykonania zamówienia a po stronie Zamawiającego ryzyko nieuzyskania danego dobra. W oparciu o złożone wyjaśnienia w niniejszym postępowaniu wniosek taki jednoznacznie nie był uzasadniony.** Dla uznania, że cena jest rażąco niska konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka

---

ponoszenia strat przez wykonawcę (tak wyrok KIO z 9 stycznia 2012 r., KIO 2771/11). W niniejszym Postępowaniu, w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego takiego wykazania brak. Zamawiający nie był uprawniony do postawienia zarzutu rażąco niskiej ceny oferty Odwołującego tylko na tej podstawie, że zakwestionował (w sposób bardzo ogólnikowy) ujęcie w kalkulacji niektórych wyodrębnionych elementów przedmiotu zamówienia, czy ewentualnie odnoszącą się do nich wycenę. Nawet gdy kalkulacja jednostkowych elementów, czy określonej części odbiega od cen rynkowych (co Zamawiający nie wykazał), nie świadczy to o rażąco niskiej cenie całej oferty.

[…]

Sygn. akt: KIO 198/15

W dniu 30 stycznia 2015 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: FBSerwis S.A. w Warszawie i Ferroser Infraestructuras S.A. w Madrycie, Hiszpania wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem wyniku postępowania oznaczone sygnaturą akt Izby KIO 198/15.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. art. 104 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2014 r. poz. 121, ze zm.) - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty AVR w sytuacji, gdy oferta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, tj. przepisu art. 104 k.c., gdyż wobec braku umocowania Pana M. Ż. do reprezentowania w Postępowaniu obu konsorcjantów AVR jej złożenie stanowiło jednostronną czynność prawną dokonaną w imieniu konsorcjum AVR bez

umocowania (względnie z jego przekroczeniem), zaś Zamawiający w toku Postępowania w formie przewidzianej w art. 9 ust. 1 ustawy PZP, ani nawet w jakiejkolwiek innej formie, zgody na działanie bez umocowania nie wyraził;

2. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art.91 ust. 1 ustawy PZP - poprzez dokonanie wyboru oferty AVR jako oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy AVR nie wykazało spełnienia warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, gdyż usługi, z których wykonania wywodzi fakt posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia, wskazane w poz. 1 i 3 załączonego do oferty wykazu wykonanych (wykonywanych) usług, były wykonywane nienależycie;

ponadto, z ostrożności, zarzucił również naruszenie przepisów:

---

1. art. 26 ust. 3 ustawy PZP - poprzez zaniechanie wezwania AVR do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, tj. wykazu wykonanych usług wraz z dowodami ich należytego wykonania, pomimo iż AVR spełniania tego warunku nie wykazał, gdyż z przedłożonych przez niego dowodów mających potwierdzić należyte wykonanie (poświadczeń) usług ujętych w poz. 1 i 3 wykazu wynika, iż w toku realizacji ww. usług miały miejsce liczne nieprawidłowości, co oznacza, że usługi te były wykonywane nienależycie;
2. art. 26 ust. 3 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania AVR do uzupełnienia załączonego do oferty pełnomocnictwa dla osoby składającej ofertę, tj. dla Pana M. Ż. w zakresie, w jakim to pełnomocnictwo nie zostało udzielone lub było wadliwe, a to w sytuacji, gdy pełnomocnictwo nie umocowywało ww. osoby do reprezentowania obu konsorcjantów, lecz jedynie AVR sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie Odwołania w całości;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty AVR;
4. nakazanie Zamawiającemu wykluczenie AVR z Postępowania; ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia powyższych żądań;
5. nakazanie Zamawiającemu wezwania konsorcjum AVR do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, względnie również
6. nakazanie Zamawiającemu wezwania konsorcjum AVR do uzupełnienia pełnomocnictwa dla Pana M. Ż. w zakresie, w jakim nie zostało ono złożone lub zostało złożone w sposób wadliwy;

W uzasadnieniu odwołania wskazano:

[…]

1. UZASADNIENIE ZARZUTÓW ODWOŁANIA

1.1 Brak wykazania umocowania pełnomocnika do złożenia oferty w imieniu AVR

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że jak wynika z treści oferty AVR, została ona złożona w imieniu dwóch podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. AVR sp. z o.o. w Krakowie oraz AVR S.p.a. z w Rzymie.

Do oferty zostały załączone dokumenty mające potwierdzić prawo ich reprezentowania dla osoby, która złożyła swój podpis pod ofertą, w postaci:

• informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców KRS dla AVR sp. z o.o.;

• zaświadczenia o wpisie do sekcji zwyczajnej rejestru przedsiębiorstw dla AVR S.P.A.;

• pełnomocnictwa z dnia 8 sierpnia 2014 r. dla AVR sp. z o.o. do reprezentowania konsorcjum AVR w Postępowaniu,

• pełnomocnictwa z dnia 12 sierpnia 2014 r. dla M. Ż. do składania oświadczeń woli i reprezentowania firmy AVR sp. z o.o. w Krakowie.

Ze wskazanych dokumentów wynika, że Pan M. Ż. w dacie składania oferty był

umocowany do reprezentowania tylko jednego z członków konsorcjum AVR. tj. AVR sp. z o.o. Treść wspomnianego pełnomocnictwa z dnia 12 sierpnia 2014 r. wskazuje w sposób nie budzący wątpliwości, iż umocowanie obejmuje prawo

„do składania oświadczeń woli i reprezentowania firmy AVR sp. z o.o. ul. Dietla 93/4 31-031 Kraków"

W treści pełnomocnictwa nie ma żadnej wzmianki pozwalającej zidentyfikować jakikolwiek inny podmiot, w którego imieniu dodatkowo (obok umocowania ze strony AVR sp. z o.o.) miałoby zostać udzielone pełnomocnictwo dla Pana M. Ż. . W szczególności w żadnym jego fragmencie nie pada oznaczenie spółki AVR S.p.A. z siedzibą w Rzymie. Oznacza to, że załączone do oferty AVR pełnomocnictwo dla Pana M. Ż. nie upoważniało go do podejmowania jakichkolwiek czynności prawnych w imieniu drugiego z konsorcjantów, tj. AVR S.p.A.

Tym samym Pan M. Ż. złożył (podpisał) ofertę w imieniu AVR. nie będąc jednak w dacie jej złożenia należycie umocowanym do reprezentowania tego konsorcjum.

W tym miejscu należy zauważyć, że zgodnie z art 26 ust. 3 ustawy PZP obowiązkiem Zamawiającego jest wezwanie wykonawcy do uzupełnienia pełnomocnictwa w wyznaczonym terminie wyłącznie w takiej sytuacji, gdy do oferty pełnomocnictwo nie zostało załączone lub załączono pełnomocnictwo wadliwe.

Na mocy powołanego przepisu należy zatem odróżnić sytuację, w której pełnomocnictwo nie zostało załączone do oferty lub załączono pełnomocnictwo wadliwe (nieskuteczne, niepełne, niepoprawne formalnie), od sytuacji w której przedłożone pełnomocnictwo jest skuteczne, lecz umocowania pełnomocnika do złożenia oferty nie potwierdza. Ta druga sytuacja nie jest przewidziana jako podstawa uzupełnienia przewidziana przepisem art. 26 ust. 3 ustawy PZP.

W stanie faktycznym niniejszej sprawy hipoteza normy art. 26 ust. 3 ustawy PZP spełniona nie została. Do oferty AVR załączone zostało pełnomocnictwo do złożenia oferty. Nie ma zatem podstaw aby w tym przypadku wywodzić, iż wymagane pełnomocnictwo złożone nie zostało.

Nie sposób również uznać, aby pełnomocnictwo udzielone Panu M. Ż. było wadliwe w jakimkolwiek stopniu. Pełnomocnictwo to jest bowiem w pełni skuteczne, w takim zakresie, w jakim zostało udzielone. Uprawnia ono zatem Pana M. Ż. do reprezentowania w Postępowaniu (w tym do złożenia w jego toku oferty), osoby mocodawcy, tj. AVR sp. z o.o. Pełnomocnictwo jest poprawne formalnie, dokładnie identyfikuje upoważnionego pełnomocnika i zostało udzielone przez osobę uprawnioną do reprezentowania mocodawcy.

Należy zaznaczyć, iż trafnie zauważył Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z dnia 8 sierpnia 2008 sygn. akt V Ca 806/06, że „przepis art. 26 ust. 3 ustawy PZP ma charakter wyjątkowy i należy go traktować literalne (patrz również uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z dnia 2 września 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 854/08, a także wyroku dnia 22 stycznia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 94/07 oraz wyroku z dnia 27 stycznia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 27/09).

Skoro AVR przedstawił wraz z ofertą pełnomocnictwo niewadliwe (skuteczne w zakresie umocowania do reprezentowania AVR sp. z o.o.), to wzywanie go do uzupełnienia pełnomocnictwa na zasadzie art. 26 ust. 3 ustawy PZP dopuszczalne nie jest.

Konsekwencją braku umocowania osoby, której podpis widnieje pod ofertą, jest bezwzględna nieważność złożonej oferty. Wobec braku odrębnego uregulowania ww. kwestii w ustawie PZP, zastosowanie w tym przypadku znajdą przepisy k.c. - a to na zasadzie odesłania, które ustawodawca przewidział w art. 14 ustawy PZP.

W tym miejscu należy zauważyć, że zgodnie z art. 104 k.c. jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna, jednakże gdy ten, komu zostało złożone oświadczenie woli w cudzym imieniu,
zgodził się na działanie bez umocowania, stosuje się odpowiednio przepisy o zawarciu umowy bez umocowania.

W stanie faktycznym niniejszej sprawy, w aktach przedmiotowego postępowania przetargowego brak jest pisemnego dokumentu pochodzącego od Zamawiającego, który by zgodę na działanie bez umocowania wyrażał. Jakakolwiek inna forma takiej zgody musiałaby natomiast zostać uznana za nieskuteczną - w myśl bowiem postanowienia art. 9 ust. 1 ustawy PZP, postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się (z zastrzeżeniem wyjątków)

wyłącznie w formie pisemnej. Niemniej jednak brak jest okoliczności wskazujących na to, aby zgoda Zamawiającego na działanie pełnomocnika AVR bez umocowania została wyrażona w jakiejkolwiek innej formie, niż pisemna.

49

Powyższe implikuje wniosek, iż oferta AVR jest stosownie do art. 104 k.c. z mocy samego prawa nieważna. Taka oferta winna być zatem odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, jako nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Z ostrożności jednak, wyłącznie na wypadek uznania przez Izbę obowiązku przeprowadzenia procedury sanacyjnej przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy PZP, należy wskazać, iż ewentualne uzupełnienie dokumentu pełnomocnictwa mogłoby nastąpić wyłącznie w zakresie, w jakim pełnomocnictwo pierwotne było wadliwe lub było go brak. Jak zostało bowiem wskazane powyżej, przepis art. 26 ust. 3 podstawy uzupełnia pełnomocnictwa skutecznego w żadnym przypadku stanowić nie może. Jeśliby zatem AVR uzupełnił pełnomocnictwo, winien przed czynnością uzupełnienia zidentyfikować obszar wadliwości pełnomocnictwa z dnia 12 sierpnia 2014 r., względnie obszar, w którym takie pełnomocnictwo nie zostało Panu M. Ż. udzielone, i wyłącznie w takim zakresie dokument pełnomocnictwa uzupełnić.

Niezależnie od powyższego należy nadmienić, że uzupełnienie dokumentu pełnomocnictwa w żadnym przypadku nie może prowadzić do wystawienia dokumentu z datą wcześniejszą (antydatowania dokumentu).

Takie działanie wypełniałoby bowiem znamiona czynu zabronionego stypizowanego w art. 297 § 1 oraz 270 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (Dz. U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553, ze zm.; daiej: „k.k.').

Zgodnie z treścią art. 270 § 1 k.k. „kto, w celu użycia za autentyczny, podrabia lub przerabia dokument lub takiego dokumentu jako autentycznego używa, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5".

W myśl natomiast postanowienia art. 297 § 1 k.k. „kto, w celu uzyskania dla siebie lub kogo innego, od banku lub jednostki organizacyjnej prowadzącej podobną działalność gospodarczą na podstawie ustawy albo od organu lub instytucji dysponujących środkami publicznymi - kredytu, pożyczki pieniężnej, poręczenia, gwarancji, akredytywy, dotacji, subwencji, potwierdzenia przez bank zobowiązania wynikającego z poręczenia lub z gwarancji lub podobnego świadczenia pieniężnego na określony cel gospodarczy, instrumentu płatniczego lub zamówienia publicznego, przedkłada podrobiony, przerobiony, poświadczający nieprawdę albo nierzetelny dokument albo nierzetelne, pisemne oświadczenie dotyczące okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania wymienionego wsparcia finansowego, instrumentu płatniczego lub zamówienia, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5"

Oba ww. przestępstwa są ścigane z oskarżenia publicznego, z urzędu.

Jak się wskazuje w doktrynie prawa karnego, podrobienie dokumentu może dotyczyć tak jego całości, jak i tylko określonej części istniejącego dokumentu, np. podpisu wystawcy,

50

---

pieczęci czy określonej daty, jeśli ma ona znaczenie prawne (por. W. Wróbel, [w:] A. Zoli, Kodeks karny, t. II, 2006, s. 1321, podobnie A. Herzog, komentarz do art. 270 k.k., Kodeks kamy. Komentarz pod. red. R. Stefańskiego, wyd. 10, Warszawa, 2014).

Powyższe oznacza, że uzupełnienie dokumentu pełnomocnictwa, aby nie stanowiło przestępstwa określonego art. 297 § 1 k.k. mogłoby mieć miejsce tylko w określonej sytuacji faktycznej, w szczególności wówczas, gdyby pełnomocnictwo do reprezentowania konsorcjum zostało Panu M. Ż. udzielone przed złożeniem oferty w sposób dorozumiany, zaś uzupełniany dokument opatrzony data aktualna w chwili jego podpisania, fakt takiego uprzedniego umocowania jednoznacznie by potwierdzał.

Należy zaznaczyć, że obowiązkiem Zamawiającego jako państwowego urzędu obsługującego centralny organ administracji rządowej w sprawach dróg krajowych (Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad) jest zweryfikowanie powyższej okoliczności i zbadanie, czy ewentualne uzupełnienie dokumentu pełnomocnictwa do naruszenia wskazanych przepisów karnych nie naruszy.

Urząd państwowy, będący obowiązanym do przestrzegania praworządności winien bowiem czuwać nad tym, aby w prowadzonym przez niego postępowaniu o udzielenie zamówienia do popełnienia przestępstwa nie doszło.

Co więcej, w myśl uregulowania zapisanego w art. 304 § 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego (Dz. U. z 1997 r. Nr 89, poz. 555, ze zm.)t Zamawiający - jako instytucja państwowa - w przypadku, gdyby w związku ze swą działalności dowiedział się o popełnieniu przestępstwa ściganego z urzędu, jest obowiązany niezwłocznie zawiadomić o tym prokuratora lub Policję oraz przedsięwziąć niezbędne czynności do czasu przybycia organu powołanego do ścigania przestępstw lub do czasu wydania przez ten organ stosownego zarządzenia, aby nie dopuścić do zatarcia śladów i dowodów przestępstwa.

Brak wykazania przez AVR spełnienia warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

Zgodnie z postanowieniem pkt 7.2 ppkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający wymagał od wykonawców wykazania się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu (zakończeniu), a w przypadku świadczeń ciągłych również wykonywaniu, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie,

• maksymalnie 3 zadań polegających na letnim utrzymaniu/utrzymywaniu dróg klasy min. GP, o wartości łącznej nie mniejszej niż 6 700 000,00 PLN brutto

oraz

• maksymalnie 3 zadań polegających na zimowym utrzymaniu/utrzymywaniu dróg klasy min. GP, o wartości łącznej nie mniejszej niż 6 700 000,00 PLN brutto

albo

• maksymalnie 3 zadań polegających na całorocznym utrzymaniu/utrzymywaniu dróg klasy min. GP, o wartości łącznej nie mniejszej niż 13 400 000,00 PLN brutto.

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku Zamawiający zgodnie z pkt 8.1.2. wymagał od wykonawców przedstawienia wykazu wykonanych (zakończonych) lub wykonywanych głównych usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem1 terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

W załączonym do swojej oferty wykazie konsorcjum AVR powołało się na wykonanie usług dotyczących m.in.:

• Kompleksowego (zimowego i letniego) - utrzymania w systemie Utrzymaj Standard autostrady A-4 na odcinku od węzła Jarosław Zachód do Korczowej (Granica Państwa) w latach 2012 - 2018 (poz. 1 wykazu),

• Kompleksowego (zimowego i letniego) utrzymania autostrady A1 na odcinku od węzła Pyrzowice (wraz z węzłem) do węzła Sośnica (wraz z węzłem) w systemie „Utrzymaj Standard” (poz. 3 wykazu).

Na potwierdzenie „należytego wykonania" ww. usług AVR przedstawił:

• poświadczenie z dnia 9 września 2014 r. wystawione przez Zamawiającego

oraz

• poświadczenie z dnia 8 września 2014 r. wystawione przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach.

Należy jednak zauważyć, że ww. dokumenty nie potwierdzają wcale tego, że usługi wymienione w poz. Nr 1 i 3 załączonego do oferty AVR wykazu są wykonywane w sposób należyty.

W poświadczeniu z dnia 9 września 2014 r. Zamawiający wskazał, że w ramach dotychczasowego wykonywania umowy, tj. od dnia 20 marca 2013 r., w wyniku stwierdzonych nieprawidłowości nałożył na AVR kary umowne w łącznej wysokości 59 000,00 zł brutto.

Natomiast w treści poświadczenia z dnia 8 września Kierownik Rejonu w Zabrzu katowickiego Oddziału Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad zaznaczył, że w toku wykonywania przez AVR usługi utrzymania autostrady zostały stwierdzone liczne nieprawidłowości, dotyczące:

• utrzymywania rowów odwadniających niezgodnie ze standardem,

• ubytków w wygrodzeniu herpetologicznym,

• nieprawidłowej wysokości traw,

• braku kratek ściekowych w pasie autostrady,
• opóźnień w wymianie uszkodzonych barier po wypadkach samochodowych,
• odstępstw od zimowego utrzymania autostrady.

Ww. okoliczności w sposób niezbity dowodzą, że AVR omawiane usługi realizuje w sposób nienależyty, niezgodny z umową.

Jak słusznie zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2013 r. sygn. akt KIO 724/13:

„Określenie "należyte wykonanie zobowiązania" jest pojęciem ogólnym, niedookreślonym. O nienależytym spełnieniu świadczenia można mówić w aspekcie zachowania terminu, miejsca. sposobu lub jakości świadczenia ito. warunków wynikających z zawartej umowy. Przy nienależytym wykonaniu zobowiązania świadczenie jest wprawdzie spełnione, lecz nie jest ono prawidłowe, gdyż odbiega w większym lub mniejszym stopniu od świadczenia wymaganego. Podkreślić należy, że należyte wykonanie umowy ma szczególne znaczenie w stosunkach między przedsiębiorcami. Nienależyte wykonanie świadczenia określonego w kontrakcie może wywołać dotkliwe skutki dla kontrahenta, który nie wywiązał się ze swoich obowiązków (odsetki. kary umowne, odszkodowanie). W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania wierzycielowi przysługuje uprawnienie do wykonania świadczenia lub naprawienia szkody.

W doktrynie prawa cywilnego wskazuje się, że nienależytym wykonaniem zobowiązania będzie sytuacja, gdy świadczenie zostanie wprawdzie spełnione, lecz nie będzie ono prawidłowe, gdyż odbiegało będzie w jakimś, stopniu, mniejszym lub większym, od świadczenia wymaganego (T. Wiśniewski, Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania, wyd. Lexis-Nexis Warszawa 2009, s. 517).

Innymi słowy - z przypadkiem nienależytego wykonania zobowiązania będziemy mieli do czynienia wtedy, gdy wprawdzie świadczenie zostanie spełnione, lecz interes wierzyciela nie zostanie zaspokojony w sposób wynikający z treści zobowiązania. Przy czym każde, nawet najmniejsze uchybienie zobowiązaniu przez dłużnika, bez względu na to. na czym by ono polegało, stanowić będzie nienależyte wykonanie (tak A. Rzetecka-Gil, komentarz do art. 471 k.c., Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania - część ogólna, Lex 2015, podobnie W. Popiołek Kodeks cywilny, Komentarz do art. 1 - 44911, Tom I, red. K. Pietrzykowski, s. 39).

Jak słusznie zauważył Sąd Apelacyjny w Katowicach, nienależyte wykonanie zobowiązania ma miejsce wtedy, gdy zachowanie dłużnika zmierzało do spełnienia świadczenia, jednak osiągnięty przez niego wynik nie spełnia wymogów świadczenia, do

których dłużnik był zobowiązany (uzasadnienie wyroku z dnia 21 kwietnia 2009 r. sygn. akt V ACa 88/09).

Pojęcie nienależytego wykonania zobowiązania jest z jednej strony bardzo ogólne, a z drugiej pojemne i nie sposób wyczerpująco wskazać wszystkich sytuacji, w których z nienależytym wykonaniem będziemy mieli do czynienia. Z nienależytym spełnieniem świadczenia będziemy mieli do czynienia, gdy np. nie zostanie zachowany termin, miejsce, sposób i jakość wykonania zobowiązania, gdy przedmiot świadczenia będzie niewłaściwie składowany itd. (por. T. Wiśniewski, Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania, wyd. Lexis-Nexis Warszawa 2009, s. 517), a także gdy świadczenie nie zostanie wykonane w całości lub gdy przedmiot świadczenia nie będzie odpowiadał treści zobowiązania (A. Rembieliński, Kodeks cywilny z komentarzem, Warszawa 1989, s. 457).

Nienależyte wykonanie zobowiązania stanowi kategorię niedomkniętą, obejmującą różne wypadki naruszenia zobowiązania i jest ono wymienione w art. 471 k.c. jako kategoria ogólna. Nienależyte wykonanie zobowiązania, polegające na świadczeniu przedmiotu wadliwego, jest kategorią obejmującą wiele zachowań. Może polegać ono na niewykonaniu lub nieprawidłowym wykonaniu ubocznych obowiązków wynikających z zobowiązania, względnie na naruszeniu zobowiązania w taki sposób, że nie pozbawia ono świadczenia jego konstytutywnych cech, pozwalających jeszcze na przyjęcie, że spełnione świadczenie jest tym, do którego zobowiązał się dłużnik (tak A. Olejniczak, F. Zoll, Prawo zobowiązań - część ogólna, System Prawa Prywatnego, tom 6 pod red. A Olejniczaka, Warszawa 2014, s. 1152).

Jak zauważyła J. Olszewska-Stompel, aby zinterpretować pojęcie niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia posłużyć się można opinią UZP (opinia Urzędu Zamówień Publicznych dotycząca wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art.

24 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, www.uzp.qov.pl) i zgodnie z nią odnieść się do odpowiednich przepisów kodeksu cywilnego dotyczących wykonywania zobowiązań (A. Olszewska-Stompel, Rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, komentarz, LEX 2013).

W świetle powołanej opinii UZP, termin „niewykonanie zamówienia" pokrywa się z pojęciem „niewykonanie zobowiązania" w rozumieniu art. 471 k.c. Z „niewykonaniem zamówienia1' mamy do czynienia w sytuacji, gdy świadczenie określone w umowie nie zostało w ogóle spełnione. Natomiast przy interpretacji terminu „nienależyte wykonanie zamówienia" należy sięgnąć do pojęcia „nienależytego wykonania zobowiązania" w rozumieniu art. 471 k.c.
Jak podkreślają autorzy opinii, określenie „nienależyte wykonanie zobowiązania" jest tak ogólne, a zarazem pojemne, że nie sposób wyczerpująco wskazać wszystkich sytuacji, w których takie wykonanie ma miejsce. Może bowiem być ich tyle, ile zachodzi rodzajów indywidualnych świadczeń. Ogólnie ujmując, z nienależytym wykonaniem zobowiązania będziemy mieli do czynienia, w przypadku gdy pomimo jego wykonania interes wierzyciela nie

---

został zaspokojony w sposób wynikający z treści zobowiązania. W takim znaczeniu o nienależytym wykonaniu zamówienia można mówić w aspekcie:

a) niezachowania terminu, czyli zwłoki w spełnieniu świadczenia (np. opóźnienie dostawy, niedochowanie terminu oddania robót),

b) niewłaściwego miejsca spełnienia świadczenia,

c) wadliwości świadczenia pod względem jakości w szerokim rozumieniu tego słowa (np. świadczenie rzeczy uszkodzonej, brak opakowania i innych walorów promocyjnych lub ich niewłaściwość, nieprawidłowe składowanie, niezawiadomienie o przesłaniu lub nadejściu przesyłki itd.).

Jednocześnie należy zauważyć, że w doktrynie prawa cywilnego nie budzi najmniejszych wątpliwości, iż kara umowna może być zastrzeżona i skutecznie dochodzona przez wierzyciela wyłącznie w przypadku, gdy dłużnik swoje świadczenie wykonał nienależycie lub nie wykonał go wcale. Wniosek ten jest zresztą oczywisty, biorąc pod uwagę, iż zgodnie z art. 483 § 1 k.c. kara umowna stanowi umowne zastrzeżenie, iż naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy.

Jak słusznie zauważył Z. Gawlik, kara umowna jest dodatkowym zastrzeżeniem umownym, wprowadzanym do umowy w ramach swobody kontraktowania, mającym na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy i służy realnemu wykonaniu zobowiązań. Skłania ona tym samym stronę zobowiązaną, może nawet silniej, niż jakiekolwiek inne środki, do ścisłego wykonania zobowiązania. Dłużnik, godząc się na karę umowną, bierze tym samym na siebie gwarancję jego wykonania. Treścią zastrzeżenia kary umownej jest zobowiązanie się dłużnika do zapłaty wierzycielowi określonej kwoty pieniężnej w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Zapłata kary umownej stanowi niejako automatyczną sankcję przysługującą wierzycielowi w stosunku do dłużnika w wypadku niewykonania przez niego lub nienależytego wykonania zobowiązania z przyczyn, za które dłużnik odpowiada. (Z. Gawlik, komentarz do art. 483 k.c., Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III, Zobowiązania - część ogólna, red. A. Kidyba, Lex 2014).

Najistotniejszą funkcję, jaką pełni kara umowna, jest funkcja kompensacyjna. Kara umowna jest surogatem odszkodowania za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niepieniężnego (wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 28 lipca 2005 r., sygn. akt I ACa 368/05). Ma na celu naprawienie szkody poniesionej przez wierzyciela na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 czerwca 2003 r., III CKN 122/01; por. również A. Rzetecka-Gil, komentarz do art. 483 k.c., Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania - część ogólna, Lex 2015).

Zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się w pełni z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 k.c.). Z tego też względu przesłanki obowiązku zapłaty kary umownej określane są przez pryzmat ogólnych przesłanek kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej (wyrok SN z dnia 11 stycznia 2008 r., V CSK 362/07, LEX nr 515710; wyrok SN z dnia 20 marca 1967

r., II CR 419/ 67).

Jednak zastrzeżenie kary umownej powoduje modyfikację ogólnych reguł odpowiedzialności w tym sensie, że dla zaistnienia obowiązku zapłaty kary umownej

niezbędne jest łączne wystąpienie tylko dwóch przesłanek pozytywnych i niezaistnienie żadnej z przesłanek negatywnych. Pierwszą z przesłanek pozytywnych jest istnienie skutecznego postanowienia umownego, z którego wynika obowiązek świadczenia kary umownej, drugą - niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania lub pojedynczego obowiązku, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (zob. A. Rzetecka-Gil, komentarz do art. 483 k.c., Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania - część ogólna, Lex 2015; zob. również wyrok SN z dnia 9 lutego 2005 r., II CK 420/04, LEX nr 301769).

Jak zauważył Sąd Okręgowy w Gdańsku, niewykonanie zobowiązania w przypadku robót budowlanych to wykonanie dzieła w taki sposób, że uniemożliwia ono czynienie właściwego użytku z przedmiotu robót. Przedmiot odbioru obciążony jest wtedy wadą istotną. Natomiast pozostałe wady obiektu świadczą o nienależytym wykonaniu zobowiązania. Wady nieistotne oznaczają wykonanie zamówienia w sposób nienależyty co do jakości. Stwierdzone zatem usterki powodują, że dokument zawierający wzmianki o takich usterkach nie potwierdza faktu wykonania robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowego ich ukończenia (patrz uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 5 grudnia 2008 r. sygn. akt Xii Ga 391/08).

Teza ta pozostaje aktualna również do przypadku, w którym przedkładany dokumenty referencyjny dotyczy dostaw albo usług. Taki dokument, jeśli wskazuje na nieprawidłowości w wykonaniu dostawy lub usługi, chociażby nawet były nieistotne, za dowód należytego ich wykonania w żadnym przypadku być uznany nie może.

W świetle powyższej argumentacji nie może budzić wątpliwości, że okoliczność dotycząca zaistnienia określonych nieprawidłowości w wykonywaniu przez AVR umów w sprawie zamówienia publicznego na utrzymanie autostrady A-1 oraz obciążenia AVR obowiązkiem zapłaty kar umownych w wysokości 59 000,00 zł za usługi świadczone na A-4 (w okresie realizacji zamówienia obejmującym zaledwie 1,5 roku) wskazuje, że ww. umowy są wykonywane w sposób nienależyty.

Powyższe oznacza, że konsorcjum AVR spełnienia warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia w sposób dostateczny nie wykazało.

W tym miejscu należy podkreślić, iż dla oceny usług, których dotyczą kwestionowane przez Odwołującego poświadczenia, jako wykonanych w sposób nienależyty, nie ma i żadnego znaczenia nie może mieć okoliczność, iż w ich treści znalazły się twierdzenia, zgodnie z którymi konsorcjum AVR w pozostałym zakresie (innym niż dotyczącym naruszeń) realizowało usługi bez dalszych zastrzeżeń (należycie).

Jak było już wskazywane powyżej, nienależyte wykonanie umowy ma miejsce wówczas, gdy wprawdzie podstawowe obowiązki zostają wykonane w taki sposób, że zasadniczy cel świadczenia został osiągnięty, jednakże inne - mniej lub bardziej istotne, często poboczne w stosunku do świadczenia głównego, wykonywane nie są lub są wykonywane w sposób niezgodny z treścią zaciągniętego zobowiązania. W tym zakresie nienależyte wykonanie należy odróżnić od instytucji niewykonania zobowiązania - która ma miejsce wówczas, gdy umowa nie została wykonana w ogóle lub w takiej części, która powoduje, iż cel iei zawarcia nie został zrealizowany.

Tym się charakteryzuje nienależyte wykonanie umowy, że część obowiązków jest wykonywana należycie, a pozostałe już nie.

Powyższe nie uprawnia jednak do uznania, aby umowa wykonywana w ww. sposób (po części należycie, a po części nie), mogła stanowić podstawę do uznania przez zamawiającego, że dany wykonawca posiada wiedzę i doświadczenie wynikające z wykonania tej „należytej" części.

Słuszny pogląd w tej materii zaprezentowała Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z dnia 6 sierpnia 2012 r. sygn. akt KIO 1560/12, zgodnie z którym:

„Niedopuszczalne, zdaniem Izby, jest pomniejszenie wartości dostawy o partie dostarczone z opóźnieniem i wykazanie pozostałej części jako dostawy wykonanej należycie. Przedmiotowa dostawa realizowana była jako jedno zamówienie, a wykonanie tego zamówienia nienależycie w określonej części należy traktować jako nienależyte wykonanie umowy: Teza przeciwna prowadziłaby do sytuacji, w której każde zamówienie wykonane nienależycie mogłoby być przedstawione na potwierdzenie spełniania warunków udziału w

postępowaniu w części zrealizowanej zgodnie z umowa. Należy podkreślić, że celem tak opisanego warunku jest dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy mają doświadczenie w wykonaniu dostaw odpowiadających przedmiotowi zamówienia. Jeśli wykonawca opóźnia się z dostawą określonych partii, podważa to jego możliwości wykonania zamówienia o określonej skali i wartości. Zatem nieuzasadnione byłoby uznanie części zamówienia, którego elementy zrealizowano z opóźnieniem, za wykonane należycie. ”

Na marginesie warto zauważyć, iż z treści przedstawionego przez AVR poświadczenia dotyczącego usług utrzymania autostrady A-1 (Katowice) wynika, że zakres niezrealizowanych obowiązków (nieprawidłowości w wykonywaniu usługi) nie był wcale błahy. Dotyczył on

bowiem m.in. odstępstw od standardu zimowego utrzymania autostrady - a więc elementu kluczowego z punktu widzenia zapewnienia bezpieczeństwa na drodze.

W tych okolicznościach należy stwierdzić, że AVR spełnienia warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia w sposób dostateczny wykazać nie zdołał.

Powyższe obligowało Zamawiającego do wezwania AVR do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie ww. warunku udziału. Zaniechanie takiego wezwania stanowi o bezpośrednim naruszeniu dyspozycji art 26 ust. 3 ustawy PZP, a w dalszej kolejności również przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy PZP, które to naruszenie wyraża się tym, że jako najkorzystniejsza została wybrana oferta wykonawcy, który spełnienia warunków udziału w Postępowaniu nie wykazał.

[…]”

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie 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.

Podając, zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podstawę prawną rozstrzygnięcia zarzutów odwołań dotyczących ceny rażąco niskiej, w pierwszej kolejności należy wskazać, iż według art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Natomiast zgodnie z kolejnymi jednostkami redakcyjnymi art. 90 ustawy (w brzmieniu znajdującym zastosowanie do niniejszego postępowania na podstawie art. 3 ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych, Dz. U. poz. 1232):

1. Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym

terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.
2. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
3. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Następnie, tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołań, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie. Mianowicie zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony

w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne. Ponadto powyższe skorelowane jest z ekonomiką postępowania przed Izbą wynikającą z dyspozycji art. 189 ust. 1 Pzp określającego piętnastodniowy termin na rozpoznanie odwołania.

Powyższe regulacje wymagają podkreślenia zwłaszcza w kontekście, iż możliwość orzeczenia o wystąpieniu ceny rażąco niskiej, w tym stwierdzenia domniemania jej wystąpienia oraz obalenia takiego domniemania, sprowadza się właśnie do kwestii dowodowych.

Przed omówieniem kwestii powstania obowiązków zastosowania przepisów art. 90 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, konieczne jest zdefiniowanie pojęć tam używanych oraz scharakteryzowanie całej instytucji ceny rażąco niskiej.

Jak słusznie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08: *„przepisy p.z.p. nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny […]. Punktem odniesienia do określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego."*

W związku ze wskazanym powyżej brakiem legalnej definicji, w orzecznictwie sądów okręgowych oraz KIO, a wcześniej w orzecznictwie arbitrażowym, ustalone zostały pewne cząstkowe lub ogólne, definicyjne ramy i odniesienia dla tego pojęcia. I tak według wyroku KIO 592/13: *„o cenie rażąco*

niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne". Ponadto w wyroku KIO 1562/11 wskazano: *„Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających."*

Również w wielu innych wyrokach dotyczących stosowania i interpretacji art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, pojęcie rażąco niskiej ceny ujmowane jest podobnie. Na przykład według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07: *„o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę".* Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r., XII Ga 88/09 wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: *„odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych".*

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) wskazano, m.in.: *„Ustawa wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień.*

Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej."

60

Jakkolwiek powyższe definicje „ceny rażąco niskiej" należy uznać generalnie za trafne, to jednak należy również dostrzec ich ograniczoną wartość poznawczą dla oceny i kwalifikacji konkretnych przypadków ceny jako rażąco niskiej w pewnych aspektach jej wystąpienia. W ich definiensach używa się zbyt wielu terminów w znaczeniu potocznym, co najwyżej intuicyjnie uchwytnym, aby osiągnąć pożądaną jasność i zupełność definicji. Wskazywane wyżej pojęcia używane do definiowania ceny rażąco niskiej same pozostają niezdefiniowane. Pomijając logiczną nieostrość niektórych terminów definiujących, takich jak „nierealistyczność", „niewiarygodność", „nieadekwatność", „znaczne odbieganie", etc… (co dla zastosowania definicji, a wiec w tym przypadku dla zastosowania przepisów prawa, nie jest wcale zbyt problematyczne, a czasem nawet konieczne i nieodzowne), główną trudnością dla zastosowania definicji są właśnie terminy niewyraźne, w związku z czym niejasne pozostaje znaczenie w jakim są używane. Dotyczy to w szczególności pojęć i zwrotów typu „nieopłacalność", „koszt wytworzenia", „rentowność na zadaniu". W świetle powoływanych definicji nie wiadomo więc jakiego rodzaju koszty przedsiębiorstwa mają być pokrywane przez daną cenę ofertową, albo do jakich wskaźników lub progów rentowności postulat opłacalności ceny się odnosi (np. w jakim stopniu zaoferowana cena ma wpływać na wynik finansowy całej jednostki lub jej inne wskaźniki ekonomiczne, chociażby wskaźniki płynności finansowej).

Dodać należy, iż powyższe nie jest li tylko problemem teoretycznym wartym jedynie doktrynalnych rozważań, ale wszystkie wskazane braki w zakreśleniu granic definicyjnych „rażącej niskości ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia" z całą ostrością uwidoczniają swoje praktyczne skutki w trakcie rozpatrywania zarzutów odwołań dotyczących cen rażąco niskich. Np. w ramach odwołania KIO 178/15 spór dotyczył kwestii jakie kategorie kosztów powinny być przypisane do poszczególnych pozycji przedmiotu zamówienia. Ponadto zawsze, w przypadku każdego przedmiotu zamówienia, w przypadku powstania domniemania ceny rażąco niskiej i prób jego obalenia za pomocą wyjaśnień odnoszących się do kosztów własnych wykonawcy związanych z wykonaniem danego zamówienia, zamawiający i inne podmioty zaangażowane w sprawę staną przed koniecznością (przynajmniej dorozumianego) rozstrzygnięcia jakie kategorie kosztów należy brać tu pod uwagę.

W związku z powyższym, zasadne staje się dopełnienie zastanych w praktyce zamówień publicznych definicji ceny rażąco niskiej, o pewne dodatkowe ustalenia pojęciowe, przy wykorzystaniu terminologii wypracowanej na gruncie nauk ekonomicznych, stosując znaczenie terminów tam przyjmowane. Przy czym zasadne będzie również odwołanie się do dorobku innych niż zamówienia publiczne dziedzin prawa.

61

Przystępując do interpretacji sformułowanej w art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp normy prawnej, w pierwszej kolejności wskazać należy na samo brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp odnoszącego cenę do wartości przedmiotu zamówienia – ma to być „cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia".

W zakresie objaśnienia pojęcia „cena" wystarczy i należy odwołać się do definicji legalnej ceny zawartej w ustawie z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. poz. 915) – historycznie, tj. w czasie gdy zapadały powoływane wyżej orzeczenia, obowiązującej w takiej samej postaci na podstawie ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. z 2013 r. poz. 385) – do której odsyła art. 2 pkt 1 Pzp. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy o informowaniu o cenach towarów i usług, cena jest wartością wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. Tym samym cena ofertowa, to wartość pieniężna, której wykonawca domaga się od zamawiającego za wykonanie świadczenia niepieniężnego opisanego jako przedmiot zamówienia. Określenie ceny jako pewnej wartości pieniężnej oznacza konieczność jej ujęcia jako pewnej wielkości czy kategorii ekonomicznej.

W przywoływanym orzecznictwie wskazuje się, iż ustawodawca używając pojęcia „rażąco niska" referuje do znaczącego zaniżenia kwotowego ceny ofertowej względem wskazanego w art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp punktu odniesienia, którym jest przedmiot zamówienia, a ujmując rzecz ściślej „wartość przedmiotu zamówienia" (tak w: „Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wydanie trzecie" pod red. Tomasza Czajkowskiego, Warszawa 2007, str. 305). W konsekwencji, w świetle regulacji ww. przepisu,

ekonomiczna wartość, jaką jest opisana określoną kwotą pieniężną cena ofertowa, odnoszona jest do wartości przedmiotu zamówienia, którą również należy wyrazić w ten sam sposób (w innym przypadku jakiekolwiek porównania będą bezsensowne i bezprzedmiotowe). Tym samym dla porównania i stwierdzenia zaniżenia wartości żądanego świadczenia pieniężnego w stosunku do wzajemnego świadczenia niepieniężnego, konieczne jest ustalenie bądź przyjęcie jakiejś powinnej wartości pieniężnej owego świadczenia wzajemnego.

W ekonomii występuje znaczna ilość definicji pojęcia wartości – niejako wiele różnych „wartości". Na potrzeby niniejszego uzasadnienia zbędne jest ich przywoływanie i charakteryzowanie. Wystarczy poprzestać na konstatacji, iż jak wynika z analizy przywoływanego wyżej orzecznictwa, w przypadku art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy chodzi o wartość rynkową. Tym samym to zastana wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady pracy i materiałów, ustalana przez porównanie cen występującym w danej branży i asortymencie, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej. Innymi słowy to realna, rynkowa wartość danego przedmiotu zamówienia, jest odniesieniem dla oceny i ustalenia ceny tego typu.

W tym miejscu można dodać, iż w świetle orzecznictwa właśnie zaniżenie ceny ofertowej względem wartości rynkowej przedmiotu zamówienia jest pierwszym i koniecznym warunkiem zastosowania procedury wyjaśniającej cenę, o której mowa w art. 90 ust. 1 Pzp. W przypadku braku takiego zaniżenia zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp jako przesłanki odrzucenia oferty będzie

---

nieuprawnione, a jakiekolwiek ustalanie indywidualnych kosztów wykonawcy czy innych czynników pozwalających mu zaoferować cenę na danym poziomie, jest właściwie bezprzedmiotowe.

Przy czym zastrzec należy, iż według koniecznych założeń, rynkowa wartość danego zamówienia powinna być możliwa do ustalenia oraz jest kategorią obiektywną (przynajmniej dla danego rynku, który jest wyznacznikiem cen/wartości danego rodzaju). Zresztą na zamawiającym ciąży obowiązek wstępnego ustalenia takiej wartości już przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia (szacunkowa wartość zamówienia – art. 32 i n. ustawy).

Pojęcia rynkowej wartości zamówienia nie należy więc mylić z jakąkolwiek wartością subiektywną, ani mieszać z indywidualnymi kosztami wykonania zamówienia właściwymi danemu wykonawcy (chociaż w przypadku niektórych, specyficznych rodzajów zamówień, to właśnie koszty indywidualnych wykonawców, mogą być jedynymi dostępnymi danymi i wyznacznikami obrazującymi rynkową wartość przedmiotu zamówienia, dającymi się do tej wartości uogólnić).

Dla zobrazowania powyższego przykładem, wskazać można, iż cena skalkulowana przez danego wykonawcę znacznie poniżej jego indywidualnych nakładów i kosztów, które ponieść będzie musiał dla wykonania zamówienia (np. w związku z jego wyjątkowo złą organizacją produkcji i pracy, czy nieznajomością wymagań przedmiotu zamówienia lub nieumiejętnością jego najbardziej optymalnego wykonania i planowanymi, nazbyt „nakładochłonnym" metodami jego wykonania… etc.), a jednocześnie wyższa niż rynkowa wartość przedmiotu zamówienia, nie da podstaw do zastosowania przesłanki odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. W takim przypadku należy również odmówić podstaw do wszczęcia procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 90 Pzp. Powoływane w ww. przepisie okoliczności dotyczące zaniżenia ceny ustala się w przypadku, gdy zaniżenie takie rzeczywiście wystąpiło. Natomiast zaniżenie takie – jak już wyżej wielokrotnie wskazano – ma w pierwszej kolejności wystąpić względem uogólnionej i obiektywnej, rynkowej wartości danego przedmiotu zamówienia.

Jednakże samo stwierdzone – jakimikolwiek metodami – zaniżenie ceny w stosunku do ww. wartości, nie wystarcza do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Mianowicie, zgodnie z regulacją art. 90 ustawy, wykonawca ma możliwość niejako wytłumaczenia się z zaniżenia swojej ceny w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia. Zastane obniżenie ceny skutkować będzie odrzuceniem oferty z powodu zaoferowania ceny rażąco niskiej tylko wtedy, gdy wykonawca nie przedstawi stosownych względów, które na takie obniżenie pozwoliły i wyjaśniają realizację zamówienie za cenę niższą niż jego ogólna wartość rynkowa.

Instytucji wyjaśnień opisanej w art. 90 ust. 1 Pzp jako „wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny" nie należy interpretować nazbyt dosłownie. W treści powołanego przepisu ustawodawcy chodziło o wyjaśnienie i ustalenie w jaki sposób wyceniono całą ofertę (np. przez wyjaśnienie w jaki sposób wyceniono jej najdroższe elementy), a nie tylko o wyjaśnienie kwestii, co dokładnie jest oferowane. Natomiast ustalenie jakie są rzeczowe elementy oferowanego świadczenia i zamierzony sposób ich wykonania (o ile nie zostały narzucone w treści SIWZ) ma znaczenie jako punkt

---

wyjścia do ich wyceny, co zresztą w wielu przypadkach wcale nie jest potrzebne (np. w sytuacji gdy

świadczenia wszystkich wykonawców dostatecznie opisano w treści oferty albo są takie same). W ramach żądania, składania i oceny rzeczonych wyjaśnień nie należy więc ograniczać się jedynie do wyjaśniania elementów oferowanego świadczenia, ale wyjaśniać wszelkie okoliczności, które rzutują na wycenę oferty danego wykonawcy. Na przykład będą to w szczególności okoliczności wskazane w art. 90 ust. 2 ustawy. Przede wszystkim jednak, często podawaną w ramach wyjaśnień wykonawców okolicznością uzasadniającą skalkulowanie ceny ofertowej na określonym poziomie, mogą być informacje na temat kosztów danego wykonawcy, które dla wykonania przedmiotu zamówienia poniesie. Rzeczowe, konkretne i przede wszystkim wiarygodne informacje w zakresie ww. kosztów (lub brak informacji tego typu) przeważnie wystarczą dla przesądzenia charakteru oferowanej ceny – tzw. ujęcie kosztowe.

Odnośnie powyższego zauważyć należy, iż jakkolwiek nie każda cena ofertowa skalkulowana poniżej indywidualnych kosztów wykonania zamówienia da podstawę do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp (np. ze względu na fakt, iż cena jest wyższa niż rynkowa wartość przedmiotu zamówienia lub uzyskania przez wykonawcę pomocy publicznej, etc…), to jednak w większości przypadków tak się stanie (ceny ofertowe znacznie niższych niż rynkowa wartość przedmiotu zamówienia są przeważnie wynikiem niedoszacowania kosztów, a nie żadnych szczególnych właściwości wykonawcy). Natomiast żadna cena pokrywająca koszty wykonawcy nie powinna zostać uznana za rażąco niską.

W tym miejscu należy dopełnić przedstawione definicje i charakterystyki instytucji ceny rażąco niskiej o jej ujęcie kosztowe (przy wykorzystaniu terminologii rachunkowej i ekonomicznej). Jak wskazano powyżej, ustalenie stopnia pokrywania przez cenę ofertową kosztów wykonawcy związanych z wykonaniem danego zamówienia jest jednym z wyznaczników charakteru zaoferowanej ceny – cena pokrywająca takie koszty, nawet przy jej zaniżeniu w stosunku do cen rynkowych, ceną rażąco niską w rozumieniu ww. przepisu z pewnością nie jest. Do rozstrzygnięcia i określenia pozostają jednak w tym zakresie kwestie: jakie właściwie koszty wykonawcy cena ofertowa ma pokrywać, w jaki sposób wpływać na jego wynik finansowy i w jakim stosunku pozostawać do dolnej granicy ceny lub nawet w jakim stopniu i czy w ogóle cena ofertowa powinna przybliżać całe przedsiębiorstwo do przekroczenia progu rentowności. Dodać przy tym należy, iż są to kwestie bardzo często, przynajmniej pośrednio, rozstrzygane w orzecznictwie dotyczącym rażąco niskiej ceny – jakkolwiek przeważnie w innym ujęciu terminologicznym lub tylko *per facta concludenta.*

Odpowiedzi na powyższe poszukać można w praktyce stosowania prawa konkurencji, gdzie pojęcie rażąco niskiej ceny również występuje. Mianowicie w art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), zwanej dalej „UOKiK”, wskazuje się, iż zakazane ustawą nadużywanie pozycji dominującej może polegać między innymi na narzucaniu nieuczciwych cen, w tym cen nadmiernie wygórowanych albo rażąco niskich.

Jakkolwiek proste przenoszenie znaczenia i niejako mechaniczne przyjmowania tożsamego znaczenia takich samych terminów używanych w różnych aktach prawnych, nie zawsze jest możliwe do

---

utrzymania przy zastosowaniu innych metod wykładni niż tylko wykładnia literalna, to jednak postulat taki znajduje oparcie właśnie w wykładni tego typu. Przy czym wskazać należy, iż w świetle ustalonego orzecznictwa SN wykładnia literalna jest rodzajem wykładni, której przy ustalaniu znaczenia normy prawnej należy dać pierwszeństwo. Ponadto zgodnie z § 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie zasad techniki prawodawczej (Dz. U. Nr 100, poz. 908) do oznaczenia jednakowych pojęć używa się jednakowych określeń, a różnych pojęć nie oznacza się tymi samymi określeniami. I jakkolwiek powszechna jest praktyka posługiwania się przez ustawodawcę w aktach prawnych z różnych gałęzi prawa tymi samymi terminami w odmiennym znaczeniu, nie oznacza to, iż zasady i postulaty spójności systemu prawa i jego jednorodności, znajdujące zastosowanie zarówno *de lege ferenda,* jak i *de lege lata,* powinny zostać zarzucone. Przede wszystkim jednak należy zwrócić uwagę na podobieństwo celów obu regulacji (Pzp i UOKiK). W obu przypadkach zakaz stosowania cen rażąco niskich ma na celu zapewnienie zachowania zasad uczciwej konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami (odpowiednio w postępowaniu o udzielenie zamówienia i na rynku właściwym).

W decyzjach Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wśród kryteriów symultanicznie stosowanych do oceny i ustalania charakteru rozpatrywanych nieuczciwych cen, zarówno nadmiernie wygórowanych, jak i rażąco niskich, podkreślana jest szczególna waga kryterium kosztowego.

Na przykład w uzasadnieniu decyzji Prezesa UOKiK z dnia 31 grudnia 2013 r. Nr RBG-51/2013 wyrażono następujące stanowisko, które nieomalże wprost może znaleźć odniesione do kwestii badania ceny rażąco niskiej w zamówieniach publicznych:

„Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie wprowadza żadnych *jednoznacznych kryteriów pozwalających na dokonywanie oceny, czy analizowana cena stanowi cenę nieuczciwą. W literaturze przedmiotu wskazuje się,* że *w warunkach gospodarki rynkowej, w której, co do zasady, cena powinna być wypadkową procesów swobodnego równoważenia się popytu i podaży, trudno jest przypisać*

przedsiębiorcy narzucanie cen zarówno „rażąco niskich", jak i „nadmiernie wygórowanych", a to wskutek braku jednoznacznych, obiektywnych mierników poziomu ceny „właściwej" czy ekwiwalentnej w rozumieniu kodeksu cywilnego. W związku z tym, kwalifikacja, czy dana cena jest nieuczciwa, ma charakter ocenny i należy do orzecznictwa. Należy zatem odnieść się do metod ekonomicznych wskazanych we wcześniejszych rozważaniach. Prawidłowa ocena ustalania ceny przez przedsiębiorcę dominującego wymaga zatem zbadania relacji przychody-koszty w danej firmie lub w danym segmencie rynku. Wobec powyższego Prezes UOKiK przeprowadził kalkulację kosztów i przychodów świadczenia *usług regularnego przewozu osób przez Arrivę na wyznaczonych liniach komunikacyjnych."*

W ramach postępowania administracyjnego poprzedzającego wydanie ww. decyzji Prezes UOKiK przede wszystkim ustalił poziom kosztów zmiennych strony, przeciwko której wszczęto postępowanie antymonopolowe, a cenę rażąco niską określał właśnie jako niepokrywającą kosztów zmiennych (kosztów zależnych od wielkości produkcji/usług). W uzasadnieniu decyzji, odwołując się do orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE, wskazano m.in., iż wszystkie ceny niepokrywające kosztów zmiennych należy uznawać za nieuczciwe (tzw. *predatory prices),* ponieważ trudno znaleźć dla nich

jakiekolwiek inne wyjaśnienie niż tylko eliminacja konkurencji. Natomiast ceny mieszczące się powyżej kosztów zmiennych, ale poniżej kosztów całkowitych (sumy kosztów zmiennych i stałych), są generalnie dopuszczalne, chyba, że przedstawione zostaną dodatkowe, a więc inne niż sam poziom ceny względem kosztów, dowody na to, że ceny te zostały podyktowane i ustalone w celu eliminacji konkurencji. (Trybunał Sprawiedliwości UE w taki sposób wypowiedział się odnośnie kwalifikacji kosztów dla stwierdzenia zaniżania cen jako pewnej praktyki antykonkurencyjnej w wyroku C-62/86 z dnia 3 lipca 1991 r. AKZO Chemie BV przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, a stanowisko swoje powtórzył w wyroku C-333/94 z dnia 14 listopada 1996 r. Tetra Pak International SA przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich.)

W odniesieniu do zakresu badania kosztów działalności objętej ww. postępowaniem, w uzasadnieniu decyzji stwierdzono m.in.,

że w świetle badań rynkowych, kształtowanie cen za usługi przewozowe na otwartych, konkurencyjnych rynkach, co do zasady powinno odnosić się do bezpośrednich kosztów związanych z obsługą konkretnych linii, a przyjmowana taryfa powinna zapewniać pokrycie w całości kosztów zmiennych i pewnej części kosztów stałych. Nie można jednak wymagać pokrywania kosztów stałych, bowiem przedsiębiorstwo w zależności od swojej pozycji konkurencyjnej i sytuacji rynkowej może w pewnych okresach stosować strategię „przetrwania", analogicznie jak na innych rynkach, i zadowalać się sytuacją, w której pokrywa swoje koszty zmienne.

Podobnie orzeczono w decyzji Prezesa UOKiK z 31 grudnia 2007 r., Nr RGD-46/2007, gdzie co prawda stwierdzono niemożliwość zastosowania kryterium kosztowego do oceny charakteru ceny przedsiębiorcy ze względów dowodowych (brak odpowiednich danych rachunkowych w przedmiocie kosztów pochodzących od przedsiębiorcy), ale podkreślono, iż jest to narzędzie „efektywne i użyteczne". Kryterium to określono jako „kryterium kosztowo-cenowe" zaproponowane przez Ph. A. i D.F. Tu. . Zgodnie z tym kryterium ceną legalną (uczciwą) jest nie tylko cena wyższa od średniego jednostkowego kosztu całkowitego, ale i cena nie niższa od średniego jednostkowego kosztu zmiennego; natomiast cena niższa od średniego jednostkowego kosztu zmiennego powinna zostać uznana za rażąco niską, a przez to nieuczciwą i nielegalną.

Powyższe ujęcie ceny rażąco niskiej może i powinno zostać zastosowane do zamówień publicznych. I tak w aspekcie kosztowym cena rażąco niska powinna zostać zdefiniowana jako, co do zasady, niepokrywająca średniego jednostokowego kosztu zmiennego wykonania oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych. W innym ujęciu można wyrazić to w następujący sposób: cena rażąco niska, to cena pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Natomiast cena sprzedaży pokrywająca koszty zmienne danego asortymentu wyniku finansowego nie pogarsza. Cena taka nie wpływa ujemnie (przynajmniej bezpośrednio) na wynik finansowy przedsiębiorstwa – innymi słowy sprzedaż przez nią pokrywana nie generuje strat.

Przy czym stosując ww. definicję należy mieć na względzie, że definicje bez wyjątków na gruncie prawa właściwie nie występują (Omnis *definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti*

potest - D.50.17.202). Tak jak w przypadku prawa konkurencji wyjątkiem może być wymaganie, aby stosowana cena sprzedaży przynajmniej w części została skalkulowana na poziomie pomiędzy jednostkowym kosztem zmiennym a jednostkowym kosztem całkowitym (koszty zmienne + stałe) – w przypadku wykazania szczególnie „nieuczciwego" celu jej skalkulowania tylko na poziomie jednostkowych

kosztów zmiennych. Tak też w przypadku instytucji ceny rażąco niskiej w szczególnych okolicznościach danego przypadku można postulować i egzekwować pokrycie przez cenę ofertową części kosztów stałych (ale tylko określonych segmentów tych kosztów związanych bezpośrednio z daną produkcją czy usługami identyfikowanych w ramach rachunku kosztów). Jednakże, jak już wskazano, dla uznania, że cena ofertowa nie jest rażąco niska, definicyjną zasadą jest wystarczalność jej skalkulowania na poziomie kosztów zmiennych, natomiast każdy postulowany przypadek odstępstwa od zasady należy indywidualnie ocenić i uzasadnić. Na przykład takim uzasadnieniem może być zastana specyfika i rodzaj danych kosztów stałych, ich klasyfikacja i zachowanie, związane ze specyfiką przedmiotu zamówienia czy działalności składającego ofertę wykonawcy.

Brak natomiast normatywnych podstaw do upatrywania w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp instrumentu do weryfikacji całościowej kondycji ekonomicznej składającego ofertę wykonawcy, racjonalności jego całej działalności oraz zabezpieczenia, że nie zbankrutuje w trakcie realizacji zamówienia albo nie porzuci zamówienia i wykona je należycie. Oczywiście w pewnym zakresie instytucja rażąco niskiej ceny zabezpiecza również powyższe, jednakże jest to jej efekt pośredni oraz realizowany na pewnym poziomie granicznym – tylko na poziomie kosztów wykonawcy związanych bezpośrednio z wykonaniem danego zamówienia, a na dodatek górną granicę możliwości ich badania ogranicza rynkowa wartość przedmiotu zamówienia.

Zresztą powyższy, raczej „faktyczny", niż znajdujący oparcie w przepisach Pzp, postulat ochrony interesu zamawiającego związanego z zabezpieczeniem realizacji zamówienia przez odrzucanie ofert, których cena może sugerować, iż nie gwarantują należytego wykonania zamówienia, znajduje zastosowanie w przypadku tylko niektórych rodzajów zamówień. Rzeczywiście, np. w przypadku skomplikowanych robót budowlanych, ich przerwanie w trakcie wykonywania może nieść za sobą poważne, negatywne konsekwencje, a ich inwentaryzacja i dokończenie przy pomocy innego wykonawcy może być bardzo kłopotliwe. Natomiast np. w przypadku prostych i nie nazbyt pilnych dostaw, zamawiający będą zainteresowani uzyskiwaniem cen jak najniższych (nawet rażąco niskich), nie ponosząc przy tym żadnego ryzyka i konsekwencji związanych z ich nienależytym wykonaniem, które w takim przypadku skutkowało będzie po prostu brakiem odbioru, wypowiedzeniem umowy i powtórzeniem zakupu. W takich przypadkach pozostaje jedynie cel główny instytucji rażąco niskiej ceny, który wpisuje się w główne cele ogólne prawa zamówień publicznych i prawa konkurencji (w wielu krajach UE zamówienia publiczne są częścią prawa konkurencji) – jest to ochrona interesu publicznego polegająca na ochronie uczciwej konkurencji na rynku, która przez oferowanie i przyjmowanie cen nieuczciwych jest zagrożona, a nie zabezpieczanie prawidłowego wykonania zamówienia przez jego adekwatne opłacanie czy przepłacanie.

Weryfikacja ogólnej kondycji wykonawcy i jego wiarygodności ekonomicznej oraz zdolności do finansowania swojej działalności, winna być dokonywana na poziomie stawiania warunków udziału w postępowaniu, a nie badania ceny ofertowej za dany przedmiot zamówienia. Postulat przeciwny oznaczałby, iż wykonawcy znajdujący się w złej kondycji finansowej, której nie zweryfikowano w ramach warunków udziału w postępowaniu, nie mogliby składać ofert konkurencyjnych i odpowiadających wartością przedmiotowi zamówienia, ponieważ przy ich pomocy musieliby pokrywać wszystkie dotychczasowe straty i zobowiązania oraz gwarantować przekroczenie progu rentowności przez całe przedsiębiorstwo.

Jak już wskazano, instytucja ceny rażąco niskiej w ujęciu przedstawionym powyżej gwarantuje zachowanie podstawowej zasady europejskiego systemu zamówień publicznych jaką jest równa i uczciwa konkurencja pomiędzy wykonawcami (wyrażona w art. 7 ust. 1 Pzp), w tym przypadku przez zapobieganie przyjmowania cen nieuczciwych. W przedstawionym stopniu i zakresie zabezpiecza również interesy zamawiającego, przez zapobieganie przyjmowania ofert, których realizacja bezpośrednio spowoduje pogorszenie wyniku finansowego wykonawcy (nie pokryje charakteryzowanych powyżej kosztów wykonania zamówienia) i w ten sposób stanowić będą zagrożenie do prawidłowego i niezakłóconego wykonania zamówienia. U podstaw tej instytucji nie leżą jednak wcale ujmowane w sposób publicystyczny, a nieuchwytne ekonomicznie i prawnie, złożenia i cele jakoby poziom oferowanej ceny winien dawać gwarancje, że wykonawca z pewnością „nie zejdzie z placu budowy", a zwłaszcza osiągnie dodatni wynik finansowy na całej swojej działalności i znajdzie w niej pełne pokrycie dla wszystkich swoich kosztów stałych na przestrzeni całego okresu realizacji zamówienia publicznego. Tym bardziej, że dla kalkulacji cenowych zakładających pokrycie jednostkowego koszu zmiennego produktu, można znaleźć szereg uczciwych i racjonalnych uzasadnień, np. takich jak wskazywane w powoływanej decyzji Prezesa UOKIK strategie przetrwaniowe.

Nie sposób przyjąć jakichkolwiek normatywnych progów i postulatów co do stopnia marży pokrycia, na poziomie której wykonawca powinien skalkulować swoją cenę (poza minimalnymi

postulatami aby była to co najmniej tzw. marża I stopnia, wynikającymi z przedstawionej wyżej kosztowej definicji ceny rażąco niskiej). W szczególności trudno wskazać jakąś konkretną marżę II lub III stopnia jako powinną przy danym zamówieniu. Jak już podniesiono, podstawowym kosztowym kryterium definicyjnym ceny rażąco niskiej jest niepogarszanie przez daną sprzedaż (ofertę) wyniku finansowego przedsiębiorstwa. Tylko w tym zakresie normatywnie zapewniana jest uczciwość ceny oraz minimum jej racjonalności, i tylko w takim stopniu zabezpieczane są tu interesy zamawiającego. Natomiast na pytanie w jakim stopniu w świetle przepisów ustawy cena ofertowa miałaby poprawiać wynik finansowy przedsiębiorstwa i zbliżać je do przekroczenia progu rentowności odpowiedzieć nie sposób. Zresztą na pytanie to winni odpowiadać sobie w każdym przypadku menadżerowie przedsiębiorstw przygotowujących oferty przetargowe, a nie zamawiający w trakcie badania ofert.

Ponadto przy różnych metodach badania ogólnej kondycji finansowej przedsiębiorstwa i różnych sposobach ujmowania ryzyka w rachunkowości zarządczej, nie sposób wyliczyć i wskazać pewnego

poziomu ceny za jednostkowe zamówienia (nawet znaczne), który miałby zapewniać bezproblemową działalność przedsiębiorstwa i takowe wykonanie zamówienia.

Na marginesie, jakkolwiek bez przeprowadzania jakichkolwiek pogłębionych badań rynkowych, można zaryzykować tezę, że działające na rodzimym rynku firmy w większości przypadków nie porzucają kontraktów publicznych z powodu niepokrywania przez otrzymywane wynagrodzenia swoich kosztów stałych, ale raczej z powodu, iż zaoferowane ceny były lub okazały się niższe niż koszty zmienne. Dla przykładu wskazać tu można najbardziej nagłaśniane medialnie przypadki wielkich robót budowlanych, zwłaszcza liniowych, gdzie koszty stałe stanowią znikomy procent kosztów ponoszonych przez przedsiębiorstwa tej branży. Do tzw. zejść z placu budowy albo nawet bankructw na rynku dochodziło więc z powodu zaoferowania cen rażąco niskich, tj. niepokrywających kosztów zmiennych, a strat generowanych na danej sprzedaży przez tego typu nieuczciwe ceny, wykonawcy nie byli w stanie subsydiować krzyżowo. Ewentualnie do zdarzeń takich dochodziło nie z powodu zaoferowania cen rażąco niskich, ale cen, w których nie skalkulowano pewnych ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia, np. ze względu na gwałtowny wzrost kosztów zmiennych w trakcie realizacji zamówień, związany np. z mającym miejsce skokiem cen asfaltu czy innych materiałów budowlanych.

Wracając do instytucji wyjaśnień zaoferowanej ceny oraz oceny takich wyjaśnień, Izba wskazuje, iż podstawą i powodem wszczęcia procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy, jest nic innego, jak uznanie przez zamawiającego, że dana cena ofertowa jest znacznie niższa niż wartość jego przedmiotu zamówienia. To wystąpienie określonych faktów, czy powzięcie informacji, wskazujących na możliwość ziszczenia się przesłanki odrzucenia oferty opisanej w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, prowadzi po stronie zamawiającego do obowiązku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, a w następstwie, po stronie wykonawcy, do ich przedstawienia. Sam obowiązek przedłożenia wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, sankcjonowany jest przez przepis art. 90 ust. 3 ustawy, ustanawiający samodzielną przesłankę odrzucenia oferty w przypadku braku przedłożenia wyjaśnień (w ogóle braku wyjaśnień dotyczących ceny, a nie wyjaśnień lakonicznych czy z innych powodów niesatysfakcjonujących zamawiającego). Natomiast wyjaśnienia ogólnikowe, lakoniczne czy niewiarygodne, a więc takie, które nie wykazują możliwości wykonawcy do skalkulowania ceny poniżej wartości przedmiotu zamówienia, powinny stanowić podstawę do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp (co wielokrotnie wskazywano w co najmniej kilkudziesięciu wyrokach sądów okręgowych i KIO). Oczywiście wyjaśnienia tego typu doprowadzą do skutku w postaci możliwości odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4, tylko w wypadku, gdy rzeczywiście zaniżenie ceny ofertowej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia ma miejsce.

Reasumując, dopiero po otrzymaniu wyjaśnień wykonawcy w przedmiocie wyceny jego oferty i po ich ocenie, zamawiający może zadecydować o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Uprzednie zastosowanie procedury wyjaśniającej cenę, w ramach której wykonawca będzie miał możliwość wyjaśnienia wszystkich okoliczności związanych z kalkulację jego ceny, jest w tym przypadku

obligatoryjne i nie może zostać pominięte, na co wskazuje zarówno redakcja przepisu krajowego (art. 90 ust. 1 Pzp), jak też orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE (vide: wyrok ETS z dnia 22 czerwca 1989 r., sygn. C-103/88). Ewentualnie, w przypadku gdy wyjaśnienia nie zostaną przedłożone, albo z samej ich treści wynika, że cena jest rażąco niska (wykonawca podał tam okoliczności powyższe potwierdzające, np. wskazał, że w ogóle nie uwzględnił w swojej kalkulacji cenowej jakiejś zasadniczej, ważącej kosztowo części zamówienia lub zaniżył wartość kosztów z nią związanych), zamawiający odrzuca ofertę na

podstawie art. 90 ust. 3 ustawy. Natomiast prawidłowość zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp jako przesłanki odrzucenia oferty, warunkowana będzie przez ocenę całokształtu okoliczności sprawy związanych zarówno z ustaleniem wartości samego zamówienia, jak też wiarygodnością i rzeczowością wyjaśnień wykonawcy w przedmiocie jego indywidualnych możliwości i okoliczności zaoferowania ceny obniżonej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia.

Zasadniczą trudność oraz wiele kontrowersji przy ocenie prawidłowości zastosowaniu art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 1 i 2 ustawy, stwarza rozkład ciężaru dowodu, co do ustalenia i wykazania ww. okoliczności, a także ustalenie momentu (postępowanie o udzielenie zamówienia *versus* postępowanie odwoławcze), w którym okoliczności te mogą, czy też powinny być wykazywane.

Generalnie, wskazane wyżej przepisy ustawy i Kodeksu cywilnego dotyczące rozkładu ciężaru dowodu, nie doznają wyłączenia. Danych okoliczności dowodzić powinna więc strona, która je podnosi i na nie się powołuje, a więc strona, która wystąpienie danych faktów wywodzi, a nie im przeczy (Ei *incumbit probatio qui dicit, non qui negat).* Przy czym dla stwierdzenia wystąpienia ceny rażąco niskiej, szerokie zastosowanie znaleźć mogą różnorakie domniemania faktyczne z tym związane (żadnych domniemań prawnych adekwatne przepisy w tym zakresie nie przewidują), a więc wnioskowania o wystąpieniu jednych faktów, na podstawie faktów innych.

Przy czym zaznaczyć należy, iż fakty stanowiące podstawę samego domniemania wystąpienia ceny rażąco niskiej winny wystąpić w stosownym nagromadzeniu i wadze, aby wystąpienie domniemania uzasadnić. W szczególności podstawą takiego domniemania nie jest samo wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp niewsparte dodatkowymi, indywidualnie ocenianymi dla danego postępowania okolicznościami wskazującymi na wyższą niż cena ofertowa wartość przedmiotu zamówienia, występującymi w odpowiednim kontekście i nagromadzeniu, np. takimi jak: porównanie cen ofertowych złożonych w postępowaniu, otrzymaniem niewiarygodnych i lakonicznych wyjaśnień wykonawcy, różnicami pomiędzy ceną oferowaną, a występującymi na rynku cenami za wykonanie zamówień takich samych czy podobnych, *etc…* Najbardziej zaawansowanym i akuratnym sposobem wykazania wartości przedmiotu zamówienia będzie oczywiście analityczne ustalenie zakresu wymaganych przy danym zamówieniu nakładów materiałowych, pracy czy innych niezbędnych do jego wykonania czynników kosztotwórczych, a następnie ich rynkowej wartości.

Jak już wskazano, oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp w przypadku, gdy z informacji zawartych w wyjaśnieniach wynikało potwierdzenie zaoferowania ceny rażąco niskiej – przepis nie referuje natomiast do braku wykazania przez wykonawcę, iż cena rażąco niska nie jest. Wyjaśnienia

---

ogólnikowe lub lakoniczne nie będą więc wcale, same w sobie, bezpośrednim dowodem potwierdzającym, iż zaoferowana cena jest ceną rażąco niska, jednakże mogą stać się jedną z podstaw domniemania w tym przedmiocie, uprawniającego do odrzucenia oferty z tej przyczyny na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Wyjaśnienia tego typu, zwłaszcza w zestawieniu z innymi „poszlakami" wystąpienia ceny rażąco niskiej, mogą przesądzić o konieczności zastosowania ww. przepisu. Przy czym jeszcze raz podkreślić należy, iż samo zwrócenie się zamawiającego o złożenie tego typu wyjaśnień żadnego domniemania faktycznego nie tworzy – stanowi tylko wyraz podjętych przez zamawiającego podejrzeń, co do charakteru ceny oferowanej (z powodu stwierdzonej przez zamawiającego różnicy w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia) i próbę ich obligatoryjnego wyjaśnienia na tej drodze. Przy przeciwnej konstatacji należałoby np. przyjąć, iż w przypadku zwrócenia się przez zamawiającego do najdroższego wykonawcy, którego cena – co można stwierdzić bez żadnego postępowania wyjaśniającego – jest horrendalnie zawyżona w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, również powstawałoby, *contra factum,* domniemanie faktyczne, że jego cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Twierdzenie, że samo zwrócenie się przez zamawiającego o wyjaśnienia w sprawie ceny tworzy jakiekolwiek domniemanie faktyczne co do jej charakteru, może być jedynie traktowane jako pewien skrót myślowy. To nie ww. czynność zamawiającego jest podstawą domniemania, ale nagromadzenie odpowiednich okoliczności, które tworzą podstawę faktyczną domniemania i uprawniają do wyciągania wniosków na temat charakteru ceny. Czynność zamawiającego, co do zasady powinna być następstwem takiego domniemania, ale to nie ona domniemanie tworzy.

Idealnym i zupełnym wykazaniem powstania zaniżenia cenowego w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia jest wykazanie cen danego zakresu zamówienia obowiązujących na rynku. Zresztą wykazanie, iż zaoferowana cena nie jest ceną tego typu, również może polegać na tym samym. Mianowicie – jak już wskazano powyżej – wykazanie, iż cena danej oferty jest ceną rynkową, powoduje, że nie ma dalszej potrzeby dowodzenia jakichkolwiek okoliczności wskazanych w art. 90 ust. 2 Pzp, uzasadniających jej obniżenie w stosunku do rynkowych kosztów wykonania zamówienia i cen rynkowych w tym zakresie. Zastrzec przy tym należy, iż rynek i dyktowany przezeń poziom cen, w większości przypadków uznać można za ostateczną miarę realnej wartości wszelkich dających się

wycenić dóbr i usług.

Dopiero w przypadku wystąpienia faktu zaniżenia ceny oferowanej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia konieczne będzie wykazywanie i ustalanie wszelkich okoliczności związanych z możliwością obniżenia ceny, w tym odnoszących się do indywidualnych kosztów wykonawcy związanych z wykonaniem danego zamówienia.

Przy czym ze względu na przebieg i specyfikę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i ocenę różnych czynności przez jego uczestników podejmowanych, różne będę również ich role procesowe w postępowaniu odwoławczym i związana z nimi specyfika prowadzonego postępowania dowodowego. Różna będzie więc rola i cele zamawiającego w tym zakresie, inna rola odwołującego dowodzącego okoliczności wskazujących, że zaoferowana przezeń cena rażąco niska nie jest, a jeszcze

inna odwołującego, który wykazuje, że rażąco niska jest cena innego wykonawcy (z dodatkowymi rozróżnieniem sytuacji czy dany wykonawca był już wzywany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 Pzp).

Ze względu na bogactwo stanów faktycznych bezcelowe jest tworzenie jednego modelu teoretycznego obejmującego wszystkie ww. okoliczności. Na potrzeby danego rozstrzygnięcia wystarczy więc ujmować powyższe w odniesieniu do rozpatrywanego przypadku i konkretnych okoliczności z nim związanych.

Należy jednak generalnie wskazać, iż w ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności zamawiającego. Czynność taka podjęta zostaje w oparciu o informacje dostępne zamawiającemu, które zgodnie z przepisami ustawy mógł i powinien uzyskać. Instytucja wyjaśnień, o której mowa w art. 90 Pzp, została przewidziana właśnie po to, aby wykonawca podał zamawiającemu stosowne informacje na temat własnych kalkulacji, cech i uwarunkowań… *etc.,* dowodzące możliwości zaoferowania cen obniżonej w stosunku do wartości zamówienia, a zamawiający mógł te informacje ocenić i na ich podstawie podjąć decyzję, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Wiadomości na temat kalkulacji cenowej wykonawcy oraz indywidualnych, dostępnych wykonawcy okoliczności, które taką kalkulację umożliwiają, zamawiający zazwyczaj nie może uzyskać i ustalić na podstawie innego źródła niż sam wykonawca i przede wszystkim informacje te powinien uzyskać w stosownym czasie – co pozwoli mu na dokonanie prawidłowej czynności przyjęcia bądź odrzucenia oferty – a nie dopiero na etapie postępowania odwoławczego. Tym samym, co do zasady, wykonawca już w ramach swoich wyjaśnień składanych zamawiającemu w odpowiedzi na jego wezwanie, powinien podać dostępne mu indywidualnie okoliczności i powody, które umożliwiły skalkulowanie tak niskiej ceny.
Izba natomiast może ocenić i stwierdzić w takim przypadku jedynie czy wyjaśnienia w tym przedmiocie były wystarczające, a ich ocena dokonana przez zamawiającego prawidłowa. Przynajmniej na takim założeniu opiera się dominujące w orzecznictwie sądów okręgowych i KIO, słuszne stanowisko w sprawie konieczności odrzucenia oferty, w przypadku gdy złożone wyjaśnienia cenowe były zbyt niekonkretne, lakoniczne i generalnie nie wykazywały możliwości zaoferowania przez danego wykonawcę ceny tak niskiej. Z tego względu pomijano uzupełnienia wyjaśnień dokonywane w postępowaniu odwoławczym. Jak bowiem wskazał Sąd Okręgowy w Poznaniu w uzasadnieniu wyroku z dnia 4 czerwca 2008 r., sygn. X Ga 127/08: „Wobec *wykształconej w orzecznictwie zasady odrzucania ofert wykonawców, którzy złożyli niepełne albo niedostateczne wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. powtórne umożliwianie jednemu z wykonawców dokonywania tej czynności z pewnością naruszyłoby zasadę uczciwej konkurencji".*

Również w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 czerwca 2014 r. (sygn.. akt KIO 893/14) wskazano: „iż *kwestia, czy w danej ofercie mamy do czynienia z ceną rażąco niską, czy też nie, powinna być rozstrzygnięta w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które stosownie do art. 15 ust. 1 ustawy pzp prowadzone jest przez zamawiającego. Jednocześnie warunkiem koniecznym jest dokonanie przez zamawiającego prawidłowej oceny wyjaśnień wykonawcy w toku prowadzonej procedury, o której mowa w art.*

90 ustawy pzp." Natomiast w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt XXIII Ga 1293/14), wydanym w wyniku skargi na ww. wyrok Izby, pokreślono znaczenie staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a także wskazano na konieczność uznania, iż cena ofertowa jest ceną rażąco niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą, że oferowana przezeń cena rażąco niska nie jest.

Przy czym odnośnie powyższego należy wskazać na rozróżnienie składania przed Izbą

nowych wyjaśnień i podawania faktów, które powinny zostać podane już zamawiającemu – i które z opisywanych wyżej względów mogą zostać pominięte na etapie postępowania odwoławczego – od dalszego wyjaśniania i dowodzenia faktów, które zostały już w wyjaśnieniach podane. Informacje czy dowody tego typu, mogą po prostu generalnie wzmacniać wiarygodność wyjaśnień złożonych zamawiającemu, w różny sposób wpływając na ich ocenę. Również nie sposób z góry przesądzić, czy dane dowody wnioskowane w postępowaniu odwoławczym służą wprowadzeniu do oceny informacji, które powinny zostać uprzednio, w ramach procedury wyjaśniającej, przedstawione zamawiającemu, czy też dotyczą jedynie faktów i informacji w wyjaśnieniach już podawanych, a służą wzmocnieniu ich wiarygodności, rozwiewaniu wątpliwości, czy odparciu twierdzeń stron przeciwnych kwestionujących ich prawdziwość czy poprawność. Z tego względu nie można z góry wykluczyć prowadzenie postępowania dowodowego również w kierunku wykazywania prawidłowości indywidualnej kalkulacji cenowej wykonawcy przedstawionej w trybie art. 90 Pzp zamawiającemu.

Reasumując stwierdzić należy, iż w ramach oceny wystąpienia przesłanki odrzucenia oferty ze względu na rażąco niską cenę, w postępowaniu odwoławczym mogą być badane okoliczności warunkujące w świetle przepisów czynność zamawiającego: wartość przedmiotu zamówienia stanowiąca punkt odniesienia dla badanej ceny, a także złożone zamawiającemu wyjaśnienia wykonawcy w przedmiocie sposobu jej kalkulacji i okoliczności w nich podnoszone.

Na marginesie można jeszcze dodać, iż trudno generalnie dekretować optymalny i powinny kształt czy zakres wyjaśnień w przedmiocie kalkulacji ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. W szczególności w zależności od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Nie można więc z góry przesądzić czy w danym przypadku konieczne było przedstawianie wraz z wyjaśnieniami stosownych dowodów czy też wystarczające było tylko wskazanie i powołanie określonych informacji.

Przy czym przyjąć można raczej, iż co do zasady, przedmiotem wyjaśnień jest podawanie konkretnych informacji (np. co do sposobu kalkulacji kosztowej), a nie prowadzenie przez wykonawcę postępowania dowodowego. Można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany – wyjaśnienia powinny być konkretne. Stosowana powszechnie w dokumentach tego typu beletrystyka polegająca na mnożeniu ogólników o wielkim doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożeniu niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, korzystnym położeniu jego bazy czy siedziby, *etc…* przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Jako taka, może być traktowana jedynie jako dopełnienie i tło dla bardziej konkretnych i wymiernych danych podawanych w ramach wyjaśnień, a nie ich podstawa czy zasadnicza treść. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc na tyle konkretne, aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności.

Tak samo wszelkich generalizacji należy unikać w odniesieniu do wspomnianej kwestii konieczności popierania dowodami twierdzeń w wyjaśnieniach zawartych już na etapie składania wyjaśnień zamawiającemu, czyli przedstawiania dowodów wraz z tymi wyjaśnieniami. Powyższe zawsze zależało będzie od konkretnych okoliczności danej sprawy, w szczególności rodzaju twierdzeń i wyliczeń w wyjaśnieniach podawanych oraz ich prawdopodobieństwa czy wiarygodności, a z drugiej strony „solidności i mocy" podstaw domniemania, które wykonawca w ten sposób chce obalić. W zależności od specyfiki danej sprawy, przedmiotu zamówienia, rodzaju kalkulacji, różnic pomiędzy faktami podawanymi przez wykonawcę, a dostępnymi ogólnie …itp., należało będzie oceniać i egzekwować konieczność dodatkowego uwiarygodnienia a nawet udowodnienia twierdzeń wykonawcy zmierzających do wykazania, że jego cena jest uczciwa.

Przy czym jak najbardziej aktualna i wymagająca podkreślenia, jest wyrażona w powoływanym wyżej orzecznictwie teza o wymaganej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a tym samym ryzyku jakie ponosi w przypadku uznania, iż są to wyjaśnienia niewystarczające do obalenia domniemania wystąpienia ceny rażąco niskiej.

KIO 178/15

Zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Natomiast przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i SIWZ wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Według art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy odrzuceniu podlega również oferta, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a zgodnie z pkt 6 tego przepisu – oferta, która zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Ponadto zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący w treści odwołania zreferowanej powyżej, zgodnie z rzeczywistością przedstawił stan faktyczny sprawy.

Rozpatrując kolejno poszczególne zarzuty odwołania Izba wskazuje, co następuje.

V.1 Naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy z postępowania, z powodu nie wykazania przez tego Wykonawcę (tj. Konsorcjum firm FB Serwis S.A. oraz Ferroser Infraestructuras S.A.) posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, oraz uznania oferty Wykonawcy za odrzuconą.

Zarzut jest niezasadny.

Wykonawca, Konsorcjum FB Serwis, w załączonym do oferty Wykazie, wskazał zgodnie z wymaganiami SIWZ usługi, które według niego odpowiadały przedmiotowo doświadczeniu opisanemu przez Zamawiającego, i które, według niego, spełnianie warunku udziału w postępowaniu potwierdzają. Zarówno treść oświadczenia, jakie stanowi w tym zakresie Wykaz usług, jak też załączone doń potwierdzenia należytego wykonania usług, nie muszą wcale dokładnie specyfikować zakresu wykonywanych usług, a w szczególności powtarzać opisu warunków udziału w postępowaniu zawartych w SIWZ.

To na Odwołującym ciąży w tym przypadku obowiązek wykazania, iż realizacje, na które konkurenci się powołują, nie odpowiadają wymaganiom zamawiającego, i że w tym zakresie podają oni nieprawdę.

Odwołujący nie udowodnił, że wskazane kontrakty nie obejmowały utrzymania obiektów mostowych w ramach utrzymania letniego dróg czy odśnieżania i zapobiegania

powstawania śliskości oraz likwidowania śliskości na drodze w zakresie utrzymania zimowego dróg. Za tego typu dowody trudno uznać dywagacje o „lekkości zim” w centralnej Hiszpanii.

Na marginesie Izba wskazuje, iż nie podziela stanowiska Zamawiającego jakoby zdefiniowanie w SIWZ letniego utrzymania i zimowego utrzymania dróg, nie pozwalało zakresowo (rzeczowo) zdefiniować utrzymania całorocznego.

V.2 naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Konsorcjum firm FB Serwis S.A. oraz Ferroser Infraestructuras S.A. do uzupełnienia wymaganych przez Zamawiającego dokumentów w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu tj. wykazania wiedzy i doświadczenia.

Zarzut jest wtórny w stosunku do zarzutu opisanego w pkt V.1 uzasadnienia odwołania.

V.3 Naruszenie art 89 ust. 1 pkt 4 ustawy i art, 90 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Konsorcjum firm FB Serwis S.A oraz Ferroser Infraestructuras S.A. zawierającej rażąco niską cenę

Zarzut uznano za niezasadny.

Jakkolwiek cena oferty Konsorcjum FBSerwis odbiega od szacunkowej wartości

zamówienia, która w tym przypadku adekwatnie obrazuje rynkową wartość usług, a także od średniej arytmetycznej ofert złożonych w postępowaniu, na tyle, aby uzasadnić przyjęcie domniemania wystąpienia ceny rażąco niskiej, jednakże podstawy faktyczne tego domniemania nie są tak solidne, jak w przypadku ceny ofertowej GRAWIL.

W szczególności dowodami przeczącymi faktowi wystąpienia ceny rażąco niskiej są w tym przypadku okoliczność, iż nie jest to oferta w postępowaniu najtańsza. Cena ofertowa jest porównywalna z ceną Konsorcjum AVR oraz nie odbiega znacząco od cen kolejnej oferty cenowej (zestawienie i porównanie ofert znajduje się w treści odwołania GRAWIL referowanej powyżej).

Przede wszystkim jednak wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego złożył wyjaśnienia w przedmiocie swojej kalkulacji cenowej i wyceny całej oferty, które Zamawiający uznał za kompleksowe, wystarczające i wiarygodne. W ocenie Zamawiającego rzeczone wyjaśnienia potwierdzają więc i tłumaczą, że skalkulowana cena jest realna i adekwatna do przedmiotu zamówienia i możliwości wykonawcy – pozwala mu bez strat zamówienie to zrealizować.

Natomiast zarzuty Odwołującego, w takiej postaci, w jakiej zostały sformułowane i podniesione w odwołaniu, (niewykluczone, że z powodu objęcia wyjaśnień wykonawcy tajemnicą przedsiębiorstwa) nie były w stanie wyjaśnień tych, a także konkluzji Zamawiającego w przedmiocie ich oceny, podważyć i zakwestionować.

W treści odwołania, Odwołujący kwestionował głównie powoływanie się na przykładowe powody i możliwości obniżenia cen związane z właściwościami wykonawcy. I czynił to słusznie. Opisywane w ten sposób powody obniżenia były na tyle niekonkretne, iż nie sposób przełożyć je na jakieś konkretne wielkości ekonomiczne i oszacować ich wpływu na wysokość ceny. Nie było to jednak jedyne okoliczności w wyjaśnieniach wykonawcy obecne. Podnoszono tam i podawano również bardziej konkretne dane na temat szacowanych kosztów wykonawcy (wsparte dowodami) na poszczególnych elementach przedmiotu zamówienia i ich wpływu na wysokość całej ceny, które Zamawiający uznał za wiarygodne, a Odwołujący nie zakwestionował.

Odwołujący skupił się natomiast na zakwestionowaniu wyceny poszczególnych pozycji w formularzu cenowym Konsorcjum FBSerwis, konkretnie wykazania zaniżenia wyceny pierwszych trzech pozycji przez ich odniesienie do średnich wartości w tych pozycjach wynikających z innych ofert złożonych w postępowaniu lub wartości szacowanych przez Zamawiającego. Tymczasem porównanie to nie dowodzi w tym przypadku niczego – zarówno w przypadku oferty Grawil, jak i oferty Konsorcjum AVR, gdzie w tych pozycjach podano ceny wyższe, ceny całych ofert pozostają niższe. Ewentualne zaniżenie ww. pozycji wcale w tym przypadku nie przesądza o zaniżeniu ceny całej oferty.

Przy czym Izba nie podziela prezentowanego założenia Odwołującego, według którego w danej pozycji formularza cenowego należało ująć i podać wszystkie koszty prac i nakładów związanych z wykonaniem zakresu zamówienia, do którego dana pozycja formularza się odnosiła. Przeciwnie, to cena całej oferty rozpatrywana ryczałtowo (w ujęciu ekonomicznym, a nie prawnym) miała posłużyć do pokrycia całego zakresu zamówienia w jego spodziewanym ujęciu czasowym.

V.4 Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Konsorcjum firm FB Serwis SA oraz Ferroser Infraestructuras S.A. nie odpowiadającej swoją treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,

Zarzut oddalono.

Izba nie podziela zaprezentowanej przez Odwołującego interpretacji postanowień SIWZ dotyczących sposobu obliczenia ceny, a raczej jej podania w poszczególnych pozycjach formularza cenowego w wysokości pokrywającej wszystkie koszty wykonania danej pozycji

---

(pkt 10.1 i 10.2 SIWZ). Nie podziela również kwalifikacji wynagrodzenia umownego prezentowanej przez Odwołującego w odniesieniu do powoływanych w treści odwołania postanowień SIWZ i wzoru umowy.

Wynagrodzenie umowne nie jest w tym przypadku prostym ryczałtem, tzn. jedną kwotą przewidzianą za cały, określony i umówiony z góry zakres zamówienia. Nie jest jednak

również wynagrodzeniem kosztorysowym, gdzie za pomocą umówionych stawek jednostkowych i obmiaru spełnionych rzeczowych świadczeń, do których stawki się odnoszą, ustalana jest należność umowna. Wynagrodzenie to ma bardziej skomplikowany, niejako mieszany charakter. Jednakże jakakolwiek jego pełna prawna kwalifikacja i definiowanie jest w tym przypadku zbędne. Dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania bardziej doniosłe jest jego ujęcie ekonomiczne, sprowadzające się do możliwości określenia z góry, jaką należność (wartość pieniężną) wykonawca za poszczególne części zamówienia otrzyma i żąda.

Przy zastanej konstrukcji SIWZ określenie powyższego jest jak najbardziej możliwe – z zastrzeżeniem pewnego elementu niepewności czasowej (ryzyka), co do momentu przekazywania poszczególnych części autostrady do utrzymania. Niemniej jednak, w przypadku każdej części przedmiotu zamówienia – przez dokładne określenie zakresu prac (metrażu, obiektów), którego zamówienie dotyczy i stawek umownych za metr powierzchni utrzymywanej, a także czasu tego utrzymywania – wynagrodzenie umowne zostaje przesądzone, i nie ma tu miejsca na żadną kosztorysową niepewność względem rzeczywistego nakładu świadczeń i prac, składających się na wykonanie przedmiotu zamówienia. Wykonawca może więc planować rozkład swojego wynagrodzenia dowolnie, uwzględniając we własnym zakresie ryzyka związane z niepewnością, co do czasu w jakim poszczególne odcinki drogi zostaną mu przekazane.

Nie stoją temu na przeszkodzie wymagania pkt 10.2 SIWZ, że *„cena oferty za utrzymanie poszczególnych odcinków drogi trasy zasadniczej, dróg o kategorii innej niż krajowa oraz dróg dojazdowych i MOP w ciągu szacowanego okresu ich utrzymania powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia”.* Postanowienia te mogą być interpretowane jako wskazanie, że właściwie cena za utrzymanie wszystkich dróg i obiektów składających się na przedmiot zamówienia ma pokrywać wszystkie koszty towarzyszące.

Natomiast zdanie drugie pkt 10.2 SIWZ w brzmieniu: *„Dla każdej pozycji wyszczególnionej w formularzu cenowym jeśli składają się na nią elementy o zróżnicowanych kosztach, jednolita stawka jednostkowa powinna zostać skalkulowana na zasadzie uśrednionych kosztów składowych”* – w ogóle jest niezrozumiałe i nie sposób stwierdzić, do jakich kosztów jego dyspozycja ma się odnosić. Nie można stwierdzić na czym polega doniosłość poznawcza bądź normatywna tego zdania, skoro i tak na każdą pozycję formularza składają się elementy o zróżnicowanych kosztach, a stawka podawana w ramach danej

pozycji może być tylko jednolita i musi stanowić uśrednienie kosztów, które wykonawca bierze pod uwagę. Nie sposób bowiem przyjąć, iż Zamawiającemu chodziło o podanie jednolitej, tzn. takiej samej stawki we wszystkich pozycjach formularza cenowego, wyliczonej przez uśrednienie wszystkich kosztów składowych.

Ponadto postulat, aby w każdej pozycji formularza cenowego, za każdy element przedmiotu zamówienia, żądano ceny obejmującej wszystkie koszty danej części zamówienia – tak jakby to było oddzielne zamówienie, oddzielnie kontraktowane i wykonywane bez jakiegokolwiek rzeczowego i finansowego związku z pozostałym zakresem zamówienia – jest nieracjonalny. Powyższe prowadziłoby do konieczności znacznego przeszacowania wartości zamówienia i do wielokrotnego liczenia tych samych kosztów w każdej części zamówienia, zamiast ich rozbicia i rozłożenia.

Na marginesie Izba wskazuje, iż „uwaga” poczyniona przez Zamawiającego pod tabelą Formularza cenowego *(„Uwaga: Cena za utrzymanie poszczególnych pozycji powinna zawierać zagregowane koszty wszystkich czynności związanych z dotrzymaniem standardów”),* na którą Zamawiający się powoływał, pozostaje równie niejasna, jak inne fragmenty SIWZ dotyczące wymagań, co do sposobu obliczenia ceny. Izba nie rozumie w jaki sposób uwaga ta ma stanowić o uwzględnieniu jedynie kosztów zmiennych wykonawcy związanych z wykonaniem danej części usług. Na marginesie Izba wskazuje, iż jakichkolwiek badań i kalkulacji odnoszących się do cen oferowanych w tym postępowaniu opartych o rachunek kosztów zmiennych i stałych przedsiębiorstwa, żaden z uczestników tego postępowania odwoławczego nie prowadził, a przynajmniej tego nie uwidaczniał.

Reasumując, Zamawiający nie wymagał w SIWZ takiego rozbicia ceny ofertowej, jaki postuluje Zamawiający. Konsekwentnie nie może być w tym przypadku mowy o postaci niezgodności treści oferty z SIWZ opisywanej w odwołaniu – wykonawca prawidłowo wypełnił formularz ofertowy.

V.5 Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Wykonawcy Konsorcjum firm FB Serwis SA oraz Ferroser Infraestructuras S.A. zawierającej błędy w obliczeniu ceny;

Zarzut uznano za niezasadny, z uzasadnieniem analogicznym, jak powyżej – w SIWZ brak powinnego algorytmu obliczenia ceny, względem którego wykonawca miałby popełnić błąd w obliczeniu. Natomiast cena oferowana pokrywa wszystkie koszty wykonania zamówienia.

VI.I Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy i art. 90 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Konsorcjum firm AVR SpA i AVR sp. z o.o. zawierającej rażąco niską cenę

Zarzut oddalono z uzasadnieniem analogicznym, jak w przypadku zarzutu nr V.3.

Izba uznaje podnoszony przez Odwołującego fakt zaniżenia wyceny utrzymania dróg serwisowych, za udowodniony – na podstawie zestawień kosztów przedstawionych na rozprawie. Jednakże ta pozycja kosztowa stanowi niewielką część przedmiotu zamówienia i jako taka nie może stanowić podstawy do oceny charakteru całej ceny ofertowej. Również powołane 19 pozycji wycenionych niżej niż w innych ofertach nie przesądza charakteru całej ceny – są to pozycje stanowiące niewielki procent ceny ofertowej.

VI.2 naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Konsorcjum firm AVR SpA i AVR sp. z o.o. nie odpowiadającej swoją treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,

Zarzut oddalono z uzasadnieniem analogicznym, jak w przypadku zarzutu nr V.4.

VI.3 Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Konsorcjum firm AVR SpA i AVR sp. z o.o. zawierającej błędy w obliczeniu ceny;

Zarzut oddalono z uzasadnieniem analogicznym, jak w przypadku zarzutu nr V.5.

VII. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Zarzut jest niezasadny.

Wykonawcy nie sprzedają poszczególnych usług składających się na przedmiot zamówienia poniżej cen ich wytworzenia – sprzedają przedmiot zamówienia jako całość, która ma określoną, możliwą do wyliczenia wartość całościową. Natomiast sprzedaży całości usług poniżej kosztów ich wytworzenia nie wykazano.

Jak już wskazano powyżej, stanowisko jakoby opisany w SIWZ sposób przygotowania oferty wskazywał jednoznacznie, iż Zamawiający oczekiwał od Wykonawców, aby przedłożyli

kosztorys ofertowy — formularz cenowy z uwzględnieniem rzeczywistej wartości (ceny) poszczególnych pozycji formularza cenowego – jest nieuprawnione.

VIII. Zarzut naruszenia zasad uczciwej konkurencji tj. art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. jedn.: Dz. U. z 2003 r. nr 153 poz. 1503 z późn. zm.) poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Wykonawców: Konsorcjum firm AVR SpA i AVR sp. z o.o. oraz FB Serwis S.A. oraz Ferroser Infraestructuras S.A. podczas gdy złożenie tych ofert jest faktycznie „sprzedażą towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia **(...) w celu eliminacji innych przedsiębiorców", co stanowi utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku;**

Zarzut oddalono z uzasadnieniem jak powyżej.

IX. Naruszenie art. 8 ust. 1-3 ustawy poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień

złożonych przez Wykonawców Konsorcjum firm FB Serwis S.A. oraz Ferroser Infraestructuras S.A. oraz Konsorcjum firm AVR SpA i AVR sp. z o.o.

Zarzut jest niezasadny.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 i 3 ustawy zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie oraz nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Natomiast zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 150, poz. 1503 ze zm.) 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.

Stwierdzenie nieuprawnionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a w konsekwencji stwierdzenie naruszenia przez zamawiającego norm wynikających z art. 8 ust. 1-3 Pzp w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczynania przedmiotowego postepowania, nie zależy od oceny stopnia staranności dochowywanej przez zmawiającego przy badaniu ofert w tym zakresie, ale od materialnej oceny zastrzeganych informacji jako wypełniających przesłanki definicyjne tajemnicy przedsiębiorstwa wskazane w ww. przepisie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

81

Przepisy ustawy w brzmieniu obowiązującym w dacie składania ofert i tym samym znajdujące zastosowanie w przedmiotowej sprawie, nie stanowiły w jaki sposób zamawiający ma osiągnąć konkluzję związaną z kwalifikacją danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający nie ma w tym względzie żadnych obowiązków formalnych, poza tymi, które wynikają bezpośrednio z ustawy, konkretnie z art. 8 i 96 ust. 3 Pzp, tj. generalny obowiązek udostępniania wszystkich informacji dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia (w przypadku ofert od chwili ich otwarcia), oraz szczególny (wyjątkowy) obowiązek nieudostępniania informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, wypełniających wszystkie przesłanki opisane w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Sprawą zamawiającego pozostaje w jaki sposób dojdzie on do przekonania w przedmiocie zasadności takiego zastrzeżenia. Działania bądź zaniechania zamawiającego w tym zakresie, będą oceniane w postępowaniu odwoławczym nie przez stopień zachowania należytej staranności zamawiającego i ilość podejmowanych działań w tym zakresie, ale przez ocenę materialnej trafność podjętej decyzji. W konsekwencji strony, wdając się w spór, co do skuteczności zastrzeżenia informacji zawartych w ofercie, powinny wywodzić i dowodzić nie należytej staranności, ale wystąpienia okoliczności przesądzających materialną kwalifikację informacji nieujawnianych przezeń wykonawców i w konsekwencji przez zamawiających, jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W rozpatrywanym przypadku, informacje zawarte w wyjaśnieniach Konsorcjum FBSerwis oraz Konsorcjum AVR dotyczące kalkulacji ceny, spełniają ustawowe przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa – są to informacje nie ujawnione do publicznej wiadomości względem, których wykonawcy starają się utrzymać ich poufność, mające znaczenie organizacyjne dla przedsiębiorstwa i posiadające wartość gospodarczą. W szczególności powyższe odnosi się do informacji dotyczących metodologii kalkulacji cen ofertowych oraz informacji na temat struktury kosztów przedsiębiorstw, sieci ich powiązań biznesowych, rynkowej współpracy i organizacji produkcji (modelu świadczenia usług).

Przedmiotowe wyjaśnienia obejmują bowiem nieujawnione przez Wykonawców do wiadomości publicznej, szczegółowe kalkulacje ceny oferty na potrzeby tego konkretnego postępowania i posługują się poufnymi, wewnętrznymi danymi przedsiębiorstw na temat ich kosztów i możliwości rynkowych. Informacje dotyczące kosztów przedsiębiorstwa, ich struktury, wysokości, zasad i źródeł kształtowania, posiadają konkretną wartość gospodarczą dla przedsiębiorstwa, polegającą na ochronie jego konkurencyjności, chociażby w kontekście przewidywalności jego działań i strategii rynkowych.

Jakkolwiek w części wyjaśnień ww. Konsorcjów rzeczywiście znajdują się jedynie informacje ogólne na temat ich właściwości i sposobu działania, a nawet ogólniki na temat możliwości wykonawców i dostępnych im zasobów, które są nie tylko powszechnie znane, ale

też nic nie wnoszą dla oceny charakteru oferowanej ceny. Również jakiekolwiek rozważania 82

---

prawne nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednak w związku ze wskazanym brakiem znaczenia tego typu wywodów dla oceny wyjaśnień i charakteru ceny, nakazywanie odtajnienia tych części wyjaśnień, nie miałoby żadnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (w rozumieniu art. 192 ust. 2 Pzp). W pozostałym zakresie dotyczącym konkretnych danych o kosztach i innych wielkościach ekonomicznych, wyjaśnienia zawierała tzw. dane wrażliwe, względem których tajemnica przedsiębiorstwa powinna zostać utrzymana.

KIO 197/15

W pierwszej kolejności Izba stwierdza, iż ceny ofertowe kształtujące się w przetargach dotyczących porównywalnych przedmiotów zamówienia, prowadzonych przez Zamawiającego (GDDKIA) na przestrzeni ostatnich lat, stanowią adekwatny obraz cen rynkowych dla danej branży – tym samym potwierdzają prawidłowość przyjmowanej przez zamawiającego rynkowej wartości zamówienia (ponad 14 zł. za mb autostrady).

Następnie w świetle przedstawianych przez wszystkich uczestników postępowania danych liczbowych (cenowych) na temat wartości tego typu usług zastanej na rynku, stwierdzić należało, iż cena Odwołującego znacząco odbiegała od tej wartości *in minus.* Odbiegała również nie tylko od arytmetycznej średniej cenowej ofert w tym postępowaniu, ale była wyraźnie niższa od dwóch kolejnych, droższych ofert złożonych w postępowaniu.

Zestawienie powyższych okoliczności wystarcza do stwierdzenia, iż domniemanie zaistnienia ceny rażąco niskiej w ofercie Odwołującego wystąpiło i przerzuca to ciężar wykazania realności swojej ceny na Odwołującego.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący ciężaru tego nie udźwignął. W związku z pozycją procesową Odwołującego oraz twierdzeniami poszczególnych stron, ciążył na nim obowiązek przedstawiania wszelkich dowodów potwierdzających wiarygodność jego wyjaśnień i zawartych tam kalkulacji.

Rzeczone postępowanie o udzielenie zamówienia w zakresie oceny charakteru oferowanej przez Odwołującego ceny oraz postępowanie odwoławcze przebiegały następująco:

W związku z powstałym domniemaniem faktycznym wystąpienia ceny rażąco niskiej, Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy o przedstawienie wyjaśnień w sprawie jego ceny. Wykonawca jako metodę obalenia powyższego domniemania wybrał przedstawienie założeń do kalkulacji cenowej oraz samej kalkulacji cenowej zawierającej rozbicie ceny na poszczególne kategorie kosztowe. Zamawiający podważył i zakwestionował nie tylko

83

---

kompletność wyjaśnień, ale również wiarygodność zawartych w nich danych (stwierdzenia Zamawiającego w tym zakresie cytował sam Odwołujący w treści odwołania). Swoje stanowisko Zamawiający podtrzymywał przed Izbą.

Tym samym, to na stronie dowodzącej określonych okoliczności, a nie im przeczącej, spoczywał ciężar ich wykazania w postępowaniu odwoławczym. Skoro Zamawiający przeczył danym powoływanym i podawanym przez Odwołującego w wyjaśnieniach, Odwołujący powinien ich prawdziwość wykazać. Samo zestawienie kosztów i ich zsumowanie jest jedynie dowodem na umiejętność posługiwania się prostą arytmetyką, nie dowodzi natomiast jakichkolwiek związków i adekwatności pomiędzy danymi deklarowanymi a rzeczywistością. Tymczasem Odwołujący nie przedstawił właściwie

żadnych dowodów na powyższe – ani w wyjaśnieniach składanych Zamawiającemu (oprócz jednej umowy ramowej) ani przed Izbą. W odwołaniu i na rozprawie poprzestawał jedynie na wywodach prawnych odnoszących się do sytuacji w postępowaniu zastanej. W konsekwencji należało uznać, iż Odwołujący nie obalił powstałego domniemania rażącego zaniżenia jego ceny ofertowej – poza danymi i informacjami zawartymi w wyjaśnieniach, którym Zamawiający przeczył, nie przedstawił dowodów potwierdzających jego stanowisko.

Na marginesie Izba wskazuje, iż podnoszone w trakcie niejawnej części rozprawy, twierdzenia Zamawiającego, co do niekompletności wyjaśnień Wykonawcy w zakresie niektórych kategorii kosztów, Odwołujący skutecznie odpierał.

Reasumując, w szczególności biorąc pod uwagę wyjaśnienia składane przez Odwołującego Zamawiającemu, oraz bierność dowodową Odwołującego w trakcie postępowania odwoławczego, należało stwierdzić, iż Wykonawca, na którym ciążył obowiązek wykazania legalnego charakteru oferowanej przez siebie ceny, powyższego nie wykazał. W konsekwencji należało orzec, iż oferowana przezeń cena jest rażąco niska.

KIO 198/15

Oddalono zarzut braku umocowania pełnomocnika do złożenia oferty w imieniu Konsorcjum AVR.

Wywody Odwołującego w sprawie konieczności określenia w treści pełnomocnictwa podmiotu mocodawcy, do działania w imieniu którego pełnomocnictwo uprawnia, są spójne, logiczne i właściwie prawidłowe. Co do zasady pełnomocnictwo wystawiane przez AVR Sp. z o.o. winno wskazywać, w imieniu jakich podmiotów jest wystawione i imieniu jakich mocodawców pełnomocnik może występować.

Izba nie podziela jednak stanowiska Odwołującego, iż art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego (Oświadczenie *woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w*

---

których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje), nie może znaleźć zastosowania do „wyinterpretowania" dokładnego oznaczenia stron czynności prawnej. Elementem oświadczenia woli jest nie tylko jego treść rozumiana jako jego zakres przedmiotowy, ale również jego zakres podmiotowy, a więc identyfikacja stron, które wiąże i których dotyczy.

W tym przypadku okoliczności sprawy nie budzą wątpliwości, iż intencją AVR Sp. z o.o. było udzielenie pełnomocnictwa dla Pana M. Ż. do występowania zarówno w imieniu AVR Sp. z o.o., jak też AVR S.p.A. i złożenia oferty w imieniu obu Konsorcjantów. Świadczy o tym zarówno treść samego pełnomocnictwa wskazującego na możliwość działania w imieniu Konsorcjum (co prawda niezidentyfikowanego), jak też oznaczenie podmiotów składających ofertę oraz załączenie pełnomocnictwa konsorcjalnego dla AVR Sp. z o.o. od AVR S.p.A.

Nakazanie w tym przypadku uzupełnienia umocowań dla Pana M. Ż. o pełnomocnictwo od AVR S.p.A. byłoby stosowaniem i interpretowaniem prawa, które starożytni juryści zwykli określać krótko i celnie: *summum ius, summa iniuria.*

Na marginesie Izba wskazuje, iż nie podziela stanowiska Zamawiającego jakoby pełnomocnictwo dla Pana M. Ż. nie było pełnomocnictwem dalszym.

Oddalono również zarzut brak wykazania przez AVR spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia w zakresie wskazanym w treści odwołania, i ze względu na okoliczności faktyczne tam opisane.

Konsorcjum AVR wykazało prawidłowe wykonanie usług w zakresie (o wartości) wystarczającej do potwierdzenia warunku postawionego przez Zamawiającego.

Na marginesie można dodać, iż Zamawiający jest podmiotem, na rzecz którego referencyjne usługi były wykonywane i najlepiej wie, czy i w jakim zakresie, były wykonywane prawidłowo (a właściwie są wykonywane prawidłowo, gdyż mamy do czynienia z usługami ciągłymi).

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

……..

……..

……..