

**WYROK**  
**W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 9 grudnia 2010 r.

**Sąd Okręgowy w Olsztynie V Wydział Gospodarczy**

w składzie:

Przewodniczący - SSO Maciej Wasilewski  
Sędziowie: SO Anna Tkaczyk (spr.), SO Małgorzata Holz  
Protokolant sekr. sąd. J. Kotowska

po rozpoznaniu w dniu 25 listopada 2010r. w Olsztynie na rozprawie  
sprawy skarżącego Konsorcjum firm: **Hydrogeo - Polska S.A. w Warszawie**  
**oraz ALPINE Bau GmbH z/s w Wais bei Salzburg, Austria**

przy uczestnictwie przeciwnika skargi **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych**  
**i Autostrad w Warszawie Oddział w Olsztynie**

na skutek skargi wniesionej przez skarżącego od wyroku Krajowej Izby

Odwoławczej z dnia 16 września 2010r. sygn. akt KIO/UZP 1889/10

**I. zmienia** zaskarżony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w punktach: 1  
i 2.2) w ten sposób, że nakazuje:

- unieważnić czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i  
czynności odrzucenia oferty skarżącego,
- dokonanie ponownej oceny ofert z udziałem oferty skarżącego;

**II. oddala** skargę w pozostałej części;

**III. zasądza** od przeciwnika skargi **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych**  
**i Autostrad w Warszawie Oddział w Olsztynie** na rzecz skarżącego  
Konsorcjum firm: **Hydrogeo - Polska S.A. w Warszawie oraz ALPINE**  
**Bau GmbH z/s w Wais bei Salzburg, Austria** kwotę 14.644 zł  
(czternaście tysięcy sześćset czterdzieści cztery złote) tytułem zwrotu  
kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą i przed  
Sądem Okręgowym.

Napfynntaale podpisy sędziów  
'2a\zgodność  
STfRSZWKRE TARZ SĄDOWY

iS

### Uzasadnienie

Konsorcjum: Hydrogeo-Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (lider) oraz Alpine Bau GmbH z/s Wais bei Salzburg, Austria (członek) złożyło odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, od oddalenia jego protestu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7, 89 ust. 1 pkt 4, 90 ust. 3, 91 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwóhający podniósł m.in., iż zamawiający Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie, nie podał żadnego faktycznego uzasadnienia oddalenia protestu, co może jedynie świadczyć o braku argumentów merytorycznych oraz zamierzonym od samego początku, odrzuceniem jego oferty. Dodał, iż zamawiający wadliwie zastosował przepis art. 90 ustawy i popełnił wadliwą czynność w chwili wezwania go do złożenia wyjaśnień. Zamawiający nie udowodnił, że cena jest rażąco niska, co więcej przyjął ofertę tylko 2,3 % droższą od jego oferty i nie odrzucił jej, czym złamał zasadę równego traktowania. Konsekwencją jest wskazanie wadliwego wyniku postępowania. Dodał, iż narusza to przepisy ustawy o finansach publicznych, zasadę obiektywizmu i bezstronności.

W oparciu o powyższe wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu powtórzenie czynności badania ofert - w następstwie której nastąpi przywrócenie oferty odwołującego, powtórzenie czynności oceny tj. przeprowadzenie tej czynności w odniesieniu do jego oferty oraz równe traktowanie wszystkich wykonawców w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji.

Do postępowania po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Pajo Sp. z o.o. z siedzibą w Lubomiu (lider) DIIPP Autostrady Sp. o. o. z siedzibą w Poznaniu (członek), IC Construction, Ingenieria Gestion de Obras S.A. Pampeluna (Nawara) w Hiszpanii (członek), IC Construction Polska z siedzibą w Poznaniu (członek), wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Wyrokiem z dnia 16 września 2010r. Krajowa Izba Odwoławcza w pkt 1 wyroku oddaliła odwołanie, w pkt 2.2 nakazała dokonanie wpłaty kwoty 3.600 zł. przez wykonawców na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział w Olsztynie, stanowiącej koszty poniesione tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Rozstrzygnięcie zapadło oparciu o następujący stan faktyczny:

Zamawiający Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2009/S 232-332314 w dniu 2 grudnia 2009r. ogłoszenie o postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Rozbudowa drogi krajowej nr 16 etap IV na odcinku Biskupiec - Borki Wielkie od km 180+513,69”.

W dniu 6 sierpnia 2010r. zamawiający powiadomił wykonawców uczestniczących w postępowaniu o jego wyniku wskazując, iż najkorzystniejsza okazała się oferta nr 5 z ceną brutto 149.861.258,35 zł złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia : Pajo Sp. z siedzibą w Lubomiu (lider), DIIPP Autostrady Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (członek), IC Construction, Ingenieria Gestion de Obras S.A. Pampeluna (Nawara)(członek), IC Construction Polska Sp. z o.o. w Poznaniu (członek).

Zamawiający uzasadnił, iż oferta złożona przez wskazanego wyżej wykonawcę zawiera najniższą cenę spośród wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu a wykonawca wezwany do wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny, w wyznaczonym terminie przekazał stosowne wyjaśnienia, które uznał za wiarygodne.

Zamawiający, tym samym pismem powiadomił uczestników postępowania przetargowego, iż zgodnie z art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, że odrzucono ofertę nr 12 złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Hydrogeo-Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (lider) oraz Alpine Bau GmbH z/s Wais bei Salzburg, Austria (członek).

Zamawiający uzasadnił, iż oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp - oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Dodał, iż po analizie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień dotyczących wysokości zaoferowanej ceny stwierdził, że przedstawione wyjaśnienia są ogólnikowe, lakoniczne i nie odnoszą się do obiektywnych czynników mających wpływ na wycenę. Wykonawca nie przedstawił żadnych konkretnych argumentów potwierdzających, że zaoferowana cena jest ceną realną. Stwierdził jedynie, że jego oferta jest „ofertą zawierającą wiarygodne i realne dane, oparte na rzetelnych, odpowiadających faktycznym i rzeczywistym kosztom materiałów, surowców oraz robocizny. (...) Przyjęta przez nas metoda kalkulacji, w powiązaniu z niskimi kosztami własnymi, m.in. ogólnego zarządu, jak również kosztami pracy oraz minimalna założona marża na przedmiotowym projekcie daje w efekcie bardzo konkurencyjną ofertę (...)” Zamawiający stwierdził, że wykonawca przez swoje wyjaśnienia nie obalił domniemania, iż jego oferta zawiera rażąco niską cenę, czego konsekwencją jest odrzucenie takiej oferty.

W dniu 12 sierpnia 2010r. konsorcjum wniosło protest wobec czynności zamawiającego zarzucając mu naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych tj. art. 7 ust. 1 i 3 poprzez nierówne traktowanie wykonawców w przedmiotowym postępowaniu, art. 89 ust. 1 pkt 4 poprzez uznanie, że oferta protestującego zawiera rażąco niską cenę, art. 90 ust. 3 poprzez uznanie jego wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, jako niewystarczających.

Odwolujący wniosł o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, uznanie protestu, unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty oraz dokonania ponownej oceny ofert z udziałem złożonej przez niego oferty. W uzasadnieniu podniósł, iż w jego ocenie brak jest podstaw do odrzucenia jego oferty. Nie zgodził się z argumentacją zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty wskazując, iż Pzp nie definiuje pojęcia „rażąco niska cena”. Odwołał się w swojej argumentacji do Słownika Języka Polskiego PWN, który opisuje przymiotnik „rażący” jako dający się łatwo stwierdzić, wyraźny, oczywisty, niewątpliwy, bezsporny. W złożonych wyjaśnieniach wskazał, iż średnia ważona cen pierwszych pięciu wykonawców jest wyższa od ceny protestującego o 9%, natomiast średnia cen oferowana w niniejszym postępowaniu przez dziesięciu wykonawców jest wyższa o 16 %. Wskazał, iż druga z firm miała cenę wyższą tylko o 2,3 % a jej nie postawiono zarzutu. Podniósł, iż w doktrynie przyjmuje się, iż z rażąco niską ceną można mieć do czynienia gdy cena oferowana jest niższa niż 50% ceny szacunkowej. Odwołujący wskazał, iż na złożone wyjaśnienia składają się niepodzielnie zarówno opis przyczyn, jak i dane liczbowe wynikające z analizy ofert. Ustawodawca nadając wyjaśnieniom udzielonym przez wykonawcę znaczną doniosłość prawną nie ustalił jednocześnie żadnych wymagań dotyczących treści tych wyjaśnień zatem wykonawcy pozostawiona została dowolność w tym zakresie. Istotne jest jedynie, by były to wyjaśnienia odpowiednio umotywowane, przekonujące, że cena zaproponowana w ofercie nie jest rażąco niska a składanie dowodów potwierdzających prawidłowość kalkulacji ceny nie jest obowiązkiem wezwanego wykonawcy.

W ocenie odwołującego, zamawiający nie uznając złożonych wyjaśnień i dokonując odrzucenia oferty obowiązany jest do dowiedzenia, że uzyskane wyjaśnienia nie obalają domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej; natomiast zamawiający nie wykazał, ani nawet nie uprawdopodobnił, iż cena oferty protestującego jest nierealna w aktualnych warunkach rynkowych, niemożliwa z punktu widzenia logiki, doświadczenia i racjonalności decyzji ekonomicznych, nie uwzględnia w zaoferowanej cenie zwyczajowo branych pod uwagę czynników cenotwórczych i własnego zysku, kosztów wytworzenia. Zamawiający nie

podważył również ani jednej pozycji z kosztorysu oferty i nie wykazał, aby chociaż jeden element nie był wartością rynkową, ceny jednostkowe były znane zamawiającemu z oferty. Argumentował, iż zamawiający dokonując oceny złożonych wyjaśnień powinien się kierować czynnikami obiektywnymi, które mogą mieć wpływ na wysokość zaproponowanej ceny. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, wartość przedmiotu zamówienia może być punktem odniesienia do ustalenia, czy zaistniała możliwość zaoferowania rażąco niskiej ceny, jeżeli została oszacowana z należytą starannością wymagana przez art. 32 ust. 1 Pzp. Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 213.913.043,48 zł na podstawie kosztorysu inwestorskiego. Protestujący zaoferował cenę 146.518.922,76 zł (68,49% wartości szacunkowej) natomiast najkorzystniejsza oferta zdaniem zamawiającego opiewa na kwotę 149.861.258,35 zł (nie wiele ponad 3 mln zł przy wartości szacunkowej ponad 200 mln zł). Pozostałe ceny kształtowały się w granicach 163.508.196,97 zł do 243.756.009,99 zł. Odwołujący uzasadnił, iż podnoszona przez zamawiającego teza odrzucenia ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp nie znajduje tu zastosowania. Zasady doświadczenia życiowego i poprawnego rozumowania nie prowadzi do podważenia rzetelności jego oferty. Obserwowanym zjawiskiem na rynku robót budowlanych jest istotna różnica między wartością szacunkową przedmiotu zamówienia a cenami złożonych ofert. Źródłem tego zjawiska są często, mające istotne znaczenie dla ceny oferty koszty ogólnego zarządu poszczególnych firm oraz inne koszty w tym finansowe, narzuty, marże, zakładany poziom zysku. Natomiast adresatem dyspozycji art. 90 ust. 2 jest zamawiający a wykonawcy nie muszą w swoich wyjaśnieniach odnosić się wprost do taksatywnego katalogu zawartego w przywołanym przepisie. Wykonawcom wolno wskazać dowolne czynniki wskazujące na rzetelną kalkulację ceny ofertowej. Podana przez niego kalkulacja daje się weryfikować i zamawiający mógł tego dokonać a nie poprzestać na stwierdzeniu, że wyjaśnienia są ogólnikowe, lakoniczne i nie odnoszą się do obiektywnych czynników. Uzyskanie niższych cen realizacji zamówienia w stosunku do wartości szacunkowej nie może stanowić okoliczności przesądzającej, że zaoferowana cena stanowi rażąco niską cenę.

W dniu 19 sierpnia 2010r. do postępowania po stronie zamawiającego przyłączyli się wykonawcy, których oferta została uznana za zamawiającego za najkorzystniejszą.

W dniu 23 sierpnia 2010r. zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu, rozstrzygnięcie protestu. Protest został oddalony. Zamawiający podniósł, iż wezwał odwołującego do wyjaśnienia wysokości ceny, tym samym działał zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 2 ustawy. Dodał, iż wskazał w wezwaniu, iż przy ocenie wyjaśnień będzie brał pod uwagę obiektywne czynniki, a w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektów oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Powołał się na orzecznictwo wskazując, iż wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp ustanawia domniemanie proponowania rażąco niskiej ceny a wyjaśnienia wykonawcy mają doprowadzić do obalenia tego domniemanie. Jednocześnie podniósł, iż odwołujący powołując się na orzecznictwo świadomy był, że złożone wyjaśnienia muszą być odpowiednio umotywowane, przekonujące, że cena zaproponowana w ofercie nie jest rażąco niska. Po analizie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień stwierdził, iż są ogólnikowe, lakoniczne i nie odnoszą się do obiektywnych czynników mających wpływ na wycenę. Wykonawca nie przedstawił żadnych argumentów potwierdzających, że zaoferowana cena jest realną. Poprzestał jedynie na ogólnych stwierdzeniach dotyczących np. niskich kosztów zarządu oraz minimalnej nałożonej marży. Zamawiający nie uznał wskazań odwołującego za czynniki obiektywne, charakterystyczne dla konkretnego postępowania przetargowego, uznając, iż jest to ogólna strategia przedsiębiorców. Zamawiający wskazał, iż wykonawca w swoich wyjaśnieniach zobowiązany jest wskazać konkretne czynniki przykładowo wymienione w art. 90 ust. 2 dzięki którym może zaoferować konkurencyjną cenę ofertową. Dodał, iż odwołujący wskazywał w proteście, iż różnice między ofertami wynikają z tego, że firmy różnie kształtują swoje koszty finansowe, narzuty, marże, zakładany poziom zysku. Zamawiający oczekiwał wyjaśnień odnoszących się np. do wskazanych czynników. Podniósł, iż wszyscy wykonawcy co do których powstało podejrzenie zaoferowania niskiej ceny zostali wezwani do złożenia wyjaśnień. Wszyscy poza protestującym złożyli rzeczowe i przekonujące wyjaśnienia. W ocenie zamawiającego wskazuje to, że w jednakowy sposób postąpił wobec wykonawców i nie naruszył zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Krajowa Izba Odwoławcza uzasadniając rozstrzygnięcie wskazała, iż w jej przekonaniu wyjaśnienia złożone przez wykonawcę są mało wiarygodne i lakoniczne a analizując ich treść w żaden sposób nie można stwierdzić, że wskazane przez odwołującego okoliczności stanowią obiektywne czynniki, szczególnie dla tego konkretnie wykonawcy, który się na nie powołuje.

Podniosła, iż wskazanie przez odwołującego na inne postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jak też na doniesienia prasowe nie mają znaczenia w przedmiotowej sprawie. Również okoliczność, iż poszczególne ceny składowe mają swoje odniesienie do innych prac i robót wykonywanych przez odwołującego lub poszczególnych jego uczestników w ocenie składu izby - z racji na duży stopień ogólności wykazywanej okoliczności - w ocenie składu Izby nie może zostać uznany za obiektywny i wiarygodny czynnik pozwalający na uznanie, że zaproponowana cena w sposób rażący nie odbiega od cen rynkowych i jest nierealna.

W ocenie KIO Za wiarygodne nie może być również uznane stwierdzenie, iż konkurencyjna cena wynika z przyjętej metodologii kalkulacji w powiązaniu z niskimi kosztami własnymi, kosztami pracy oraz minimalną marżą, posiadanych materiałach i surowcach niezbędnych do realizacji zamówienia oraz stosowania nowych technik zakupowych oraz organizacyjnych, logistykę pracy a także posiadania dostępności do materiałów o relatywnie niskich cenach - konsorcjum posiada zagwarantowany dostęp m.in. do kopalni piasku i żwiru zlokalizowanej w bliskiej odległości od podlegającej przebudowie drogi.

Wskazała, iż zgodnie z przepisem 90 ust. 2 Pzp przy ocenie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny znawiający bierze pod uwagę obiektywne czynniki dostępne dla konkretnego wykonawcy, którego cena ofertowa jest weryfikowana. Nie ma więc potrzeby w tym zakresie sięgania do innych ofert. Odwołujący, bowiem w udzielanych wyjaśnieniach powinien udowodnić zamawiającemu, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna, tzn. że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat. Takich okoliczności w swoich wyjaśnieniach odwołujący nie wykazał. Tym samym zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp odwołujący skutecznie nie obalił domniemania o rażąco niskiej cenie.

Konsorcjum Hydrogeo-Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (lider) oraz Alpine Bau GmbH z/s Wais bei Salzburg, Austria (członek) wniosło skargę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 września 201 Or. sygn. akt KIO/UZP 1889/10., zaskarżając je w całości.

Wyrokowi zarzuciło naruszenie przepisów:

- art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, iż wezwanie skierowane do niego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy stworzyło domniemanie, iż jego oferta zawiera rażąco niską cenę, które to domniemanie składając wyjaśnienia obowiązany był obalić,
- art. 190 ust. 2 Pzp polegające na błędnych ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia, poprzez przyjęcie, że dokonana przez zamawiającego ocena wyjaśnień złożonych przez niego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp potwierdza, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- art. 190 ust. 2 Pzp polegające na błędnych ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia, poprzez przyjęcie przez Izbę, iż jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 oraz art. 188 ust. 1 Pzp poprzez przyjęcie, że na nim spoczywa ciężar udowodnienia, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- art. 192 ust. 2 Pzp polegające na nie wskazaniu w uzasadnieniu wyroku przyczyn, dla których Izba odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej jego wyjaśnieniom, oraz wskazanie podstawy prawnej wyroku przytoczeniem przepisów prawa.

W oparciu o powyższe wniosło o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu jego oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp oraz nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem jego oferty oraz o zasądzenie kosztów postępowania.

Skarżący wskazał, iż ustawodawca sankcji odrzucenia oferty nie wiąże z faktem nieobalenia przez wykonawcę domniemania, iż jego oferta zawiera rażąco niską cenę, a które to domniemanie wynikać ma z samego faktu wezwania do złożenia wyjaśnień. Wezwanie to, bowiem nie zawiera w sobie takiego domniemania. Wyjaśnienie złożone przez wykonawcę ma służyć dokonaniu przez zamawiającego oceny oferty pod kątem zarzutu „rażąco niskiej ceny” i są kierowane w sytuacji, gdy zamawiający poweźnie wątpliwości w tym zakresie.

Analiza art. 90 nie pozwala na stwierdzenie, iż przez samo wezwanie zamawiającego złożone w trybie tego artykułu udowodniona jest rażąco niska cena.

W skierowanym do niego wezwaniu zamawiający wyrażając swoje wątpliwości co do zaoferowanej przez niego ceny wskazał jedynie „cena oferty stanowi 68,49% wartości, jednocześnie odbiega o średniej cen oferowanych w postępowaniu”. Nie sposób więc stwierdzić, iż ogólnikowe wezwanie, nie odnoszące się do jakichkolwiek elementów oferty ma być podstawą do ustaleń rażąco niskiej ceny.

W ocenie skarżącego złożone przez niego wyjaśnienia pozwalały zamawiającemu zweryfikować zarzut rażąco niskiej ceny i czyniło zadość wymaganiom art. 90 Pzp.

Dalej wskazał, iż katalog kryteriów oceny z art. 90 ust. 2 nie jest zamknięty, może więc on wskazywać inne czynniki wskazujące na rzetelną kalkulację pod warunkiem że mają one charakter obiektywny. Zdaniem skarżącego charakter taki ma fakt zaoferowania przez innych wykonawców zbliżonych cen a jednocześnie fakt ten w powiązaniu z pozostałym elementami wyjaśnień potwierdza, że istnieje obiektywna możliwość wykonania danego zamówienia za zaoferowaną cenę.

Podniósł również, Krajowa Izba Odwoławcza nie odniosła się do tego, iż to na zamawiającym spoczywa ciężar udowodnienia rażąco niskiej ceny, bowiem to on powołując się na te okoliczności odrzuca ofertę.

Dodał, iż zaoferowana przez niego cena jest ceną kosztorysową, zamawiający kierując wezwania oraz oceniając jego wyjaśnienia znał elementy cenotwórcze jego oferty. W konsekwencji miał możliwość i powinien określić w wezwaniu, które elementy budzą jego wątpliwość. Dokonując oceny jego wyjaśnień, powinien to czynić pod kątem danych zawartych w ofercie. Okoliczności te nie zostały uwzględnione z zaskarżonym orzeczeniu.

Izba nie odniosła się również do kwestii prawidłowości wezwania skierowanego do niego. Zamawiający stwierdzając konieczność dokonania weryfikacji oferty nie może odwoływać się wyłącznie do szacunkowej wartości zamówienia, bowiem nie istnieją ustalone granice, jakie zobowiązują zamawiającego do uznania, iż zaoferowana cena stanowi cenę rażąco niską. W zakresie każdego postępowania procentowa wartości odstępstwa danej oferty od oszacowanej przez zamawiającego będzie inna, bowiem jaką na nią wpływ m.in. terminy w jakich zostały dokonane szacunki, dana sytuacja rynkowa i inne czynniki tak więc odnoszenie ceny oferowanej wyłącznie do wartości szacunkowej przy ocenie czy dana oferta jest ofertą z rażąco niską ceną nie jest wystarczające.

Zamawiający, ani kierując do niego wezwanie, ani na rozprawie nie podniósł żadnych dodatkowych argumentów, które uzasadniałoby konieczność wszczęcia przez niego procedury z art. 90 Pzp. Nawet więc przyjęcie, iż skierowanie wezwania do złożenia wyjaśnień skutkuje powstaniem domniemania, iż dana oferta zawiera rażąco niską cenę, nie uprawniało Izby do uznania, iż jego oferta podlega odrzuceniu. Skoro bowiem wezwanie było od początku wadliwe i niezasadne, nie istnieją podstawy do przyjęcia, iż skutecznie przerzucił ciężar na wykonawcę. Dodał, iż nie był zobowiązany do zaskarżenia wezwania bowiem wezwanie to samo w sobie nie naruszało jego interesu prawnego.

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie wniosła o zwrot skargi z uwagi na to, iż jako wniesiona przez profesjonalnego pełnomocnika, nie została należycie opłacona, ewentualnie o oddalenie skargi i zasądzenie kosztów postępowania.

Wskazała, iż opłata skargi powinna być ustalona w oparciu o przepis art. 34 ust. 2 ustawy z dnia 28 lipca 2005r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych w brzmieniu obowiązującym od dnia 22 grudnia 2009r. tj. jako opłata stosunkowa w wysokości 5% wartości przedmiotu zamówienia bowiem dotyczy czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podjętych po otwarciu ofert. Bez znaczenia dla określenia opłaty pozostaje brzmienie art. 3 ustawy z dnia 5 listopada 2009r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, zgodnie z którym do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz konkursów wszczętych przed dniem wejścia w życie ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe. Wniesienie skargi należy do czynności w postępowaniu przed sądem, nie zaś do czynności podejmowanych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dalej podał, iż zgodnie z brzmieniem art. 90 ust. 1 wezwanie stanowi istotny element ustaleń, czy złożona przez wykonawcę oferta zawiera rażąco niską cenę. Jeżeli zamawiający, oceniając wyjaśnienia bierze pod uwagę obiektywne czynniki szczególne dla tego wykonawcy, które pozwoliły na obniżenie zaoferowanej ceny, to nie wskazanie przez wykonawcę w wyjaśnieniach takich czynników lub też wskazanie czynników o charakterze subiektywnym, stanowi uzasadnioną podstawę do oceny, iż złożona oferta zawiera rażąco niską cenę.

Od wiarygodności wyjaśnień zależy dokonana ocena. Ponieważ wyjaśnienia podlegają ocenie i zmierzają do ustalenia czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi znamiona rażąco niskiej, z tego względu „dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, tylko takich które będą odpowiednio umotywowane, przekonujące.

Dodał, iż skoro w ocenie skarżącego wezwanie do złożenia wyjaśnień dokonane zostało z naruszeniem przepisów to powinno zostać przez niego zakwestionowane na etapie dokonania tej czynności. Jeżeli zdaniem skarżącego wyjaśnienie nie zawierało wymaganych w jego ocenie informacji to powinien skorzystać z przysługującego mu środka ochrony prawnej tj. protestu.

Podał iż ustawa nie określa w jakich sytuacjach i na podstawie jakich przesłanek zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do tego, czy złożona oferta zawiera rażąco niską cenę. Tym samym nie można zgodzić się z tym, iż samo porównanie ceny ofertowej z szacunkową wartością zamówienia nie może uzasadniać przekonania, iż ma do czynienia z rażąco niską ceną. Samo porównanie, takiego przekonania może nie tworzyć, niemniej jednak budzić powinno uzasadnione wątpliwości w tym zakresie, które to skutkują obowiązkiem wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień.

Dodał, iż wbrew stanowisku skarżącego nie sposób uznać, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Nie wystarczy bowiem wskazać, iż cena nie odbiega znacząco od cen rynkowych oraz cen innych ofert. Każdy z wykonawców dokonuje kalkulacji ceny w sposób indywidualny, uwzględniając dostępne dla niego czynniki. Nie oznacza to jednak, iż te same czynniki dotyczą pozostałych wykonawców. Prowadzi to do wniosku, że cena oferty wykonawcy pomimo iż zbliżona do cen ofert innych wykonawców może być uznana za rażąco niska, jeżeli brak jest po stronie tego wykonawcy przesłanej, które uzasadniałyby jej skalkulowanie na niskim poziomie.

Podniósł, iż w złożonych wyjaśnieniach brak jest wskazania możliwości które pozwalałyby na skalkulowanie ceny na tak niskim poziomie. Jedyne okolicznością jaką wskazał wykonawca i która jest dla niego swoista to podanie, iż konsorcjum posiada zagwarantowany dostęp do kopalni piasku i żwiru zlokalizowanej w bliskiej odległości od podlegającej przebudowie drogi. Okoliczność ta nie jest istotna pod względem kwotowym aby uzasadniała przyjęcie tak niskiej ceny. Pozostałe okoliczności jakie wskazał skarżący to takie na które powołuje się większość wykonawców.

Pismem z dnia 25 listopada 201 Or. Konsorcjum uzupełniło wnioski skargi wnosząc o

zmianę wyroku KIO w całości poprzez unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty, stwierdzenie nieistnienia stosunku prawnego wynikającego z umowy z dnia 17 listopada 2010r. zawartej przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie a Konsorcjum Pajo Sp. z o.o. z siedzibą w Luboniu (lider) DIIPP Autostrady Sp. o. o. z siedzibą w Poznaniu (członek), IC Construction, Ingenieria Gestion de Obras S.A. Pampeluna (Nawara) w Hiszpanii (członek,) IC Construction Polska z siedzibą w Poznaniu (członek)

o realizację zadania „Rozbudowa drogi krajowej nr 16 etap IV na odcinku Biskupiec - Borki Wielkie od km 180+513,69” a nadto nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty skarżącego .

### **Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Skarga w przeważającej części zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należało odnieść się do zarzutu nieuiszczenia należytej opłaty od skargi, a tym samym przesądzić jakie przepisy w niniejszej sprawie mają zastosowanie.

Zgodnie z treścią art. 34 ust. 2 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U.05.167.1398 ze. zm.), jeżeli skarga na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych, dotyczy czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podjętych po otwarciu ofert, pobiera się opłatę stosunkową w wysokości 5 % wartości przedmiotu zamówienia w postępowaniu, którego skarga dotyczy, jednak nie więcej niż 5.000.000 złotych.

Jednakże zgodnie z brzmieniem art. 3 ust. 1 Ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. 09.206.1591) - Do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe.

Niniejsze postępowanie zostało wszczęte przed datą wejścia w życie przepisów ustawy tj. 22 grudnia 2009r. a zatem zastosowanie znajdą przepisy sprzed nowelizacji, co oznacza, iż należna opłata od skargi wynosi 3.000 zł.

W ustawie Prawo zamówień publicznych w art. 2 pkt 7a zamieszczono definicję postępowania o udzielenie zamówienia - należy przez to rozumieć postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub - w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki - wynegocjowania postanowień takiej umowy.

Wbrew zapatrywaniem przeciwnika skargi definicja ta mówi o rozpoczęciu postępowania a nie o jego zakończeniu. Postępowanie to nadal trwa a niniejsze postępowanie sądowe jest jego kontynuacją albowiem skutki orzeczenia Sądu w przypadku uwzględnienia skargi znajdą swe umiejscowienie w postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego. Dlatego do postępowania na skutek skargi zastosowanie będą miały przepisy sprzed noweli o której wcześniej była mowa.

Zgodnie z treścią art. 89 ust 1 pkt 4 Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Sankcja odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny musi być poprzedzona przez Zamawiającego zwróceniem się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Ustawodawca nie określił przesłanek jakie mają wskazywać na konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez niego w ofercie ceny. Obowiązek taki zachodzi po stronie zamawiającego wówczas, gdy poweźnie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska.



Jednak muszą to być wątpliwości uzasadnione, poprzedzone dokładną analizą oferty. Nie wystarczające jest odniesienie do szacunkowej wartości zamówienia.

Pytanie do wykonawcy powinno, więc wskazywać elementy oferty, które podczas badania oferty wzbudziły wątpliwości i co do których zamawiający oczekuje wyjaśnień.

Rzeczą wykonawcy w takiej sytuacji jest udzielić wyjaśnień w zakresie okoliczności, które wpłynęły na kalkulację ceny.

Postępowanie z art. 90 ust. 1 to ma charakter wyjaśniający a nie dowodowy i ma na celu utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie.

Jednakże aby te wątpliwości rozwiązać musi wiedzieć które to elementy wzbudziły zastrzeżenia i w jakim kierunku mają iść jego wyjaśnienia.

Tymczasem treść pisma z dnia 22 lipca 2010r. jest ogólnikowa i daje olbrzymie możliwości wykorzystania przeciwko oferentom. Zamawiający nie wskazuje jakich konkretnie domaga się wyjaśnień i do jakich kwestii wykonawca ma się ustosunkować. Podnosi jedynie, iż zaoferowana cena jest niska w stosunku do szacowanej i że będzie brał pod uwagę obiektywne przesłanki, powołując się wprost na treść przepisu.

Tym samym nie miał podstawy do domagania się by wykonawca złożył szczegółowe wyjaśnienia.

W ocenie Sądu wykonawca ustosunkował się do wezwania z dnia 22 lipca 2010r. Co prawda pismo zawiera ogólne stwierdzenia lecz stanowi odpowiedź na poruszone w wezwaniu zagadnienia.

Zamawiający nie może obarczać wykonawcy negatywnymi konsekwencjami w postaci odrzucenia oferty skoro nie sprecyzował stopnia szczegółowości wyjaśnień, jakich oczekuje.

Nawet jeśli wyjaśnienia wykonawcy nie pozwalały na rozwianie wątpliwości zamawiającego to brak było przeszkód do ponownego wezwania wykonawcy do ich złożenia.

Wezwanie nie może przesądzać, czy złożone w jego wyniku wyjaśnienia potwierdzą rażąco niską cenę w złożonej ofercie ( Wyrok KIO z dnia 1 lipca 2010 r. KIO/UZP 1195/10 *LEK nr 590044*).

Przeprowadzenie procedury sprawdzającej opisanej w przepisie art. 90 ust. 1 pzp nie jest równoznaczne ze stwierdzeniem, że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu. Jest to jednak etap konieczny, który powinien mieć zastosowanie, gdy uzasadnione są wątpliwości, co do tego czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Dopiero analiza przedłożonych wyjaśnień może być podstawą do oceny, że oferta zawiera rażąco niską cenę, tym samym powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp (Wyrok z dnia 16 kwietnia 2010 r. Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych KIO/UZP 483/10 *LEX nr 582409*).

Komisja przetargowa powinna analizować ofertę na podstawie wszystkich dokumentów a nie tylko wyjaśnień, które mają charakter pomocniczy.

Zważyć należy, że zgodnie z art. 6 kc rozkład ciężaru dowodu, w razie odrzucenia oferty spoczywa na zamawiającym wywodzącym skutek ze swego twierdzenia o zaoferowaniu ceny rażąco niskiej.

Zatem to zamawiający odrzucając ofertę z uwagi na rażąco niską cenę, zobowiązany jest należycie uzasadnić podjętą decyzję.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji ceny rażąco niskiej.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ukształtował się pogląd, iż za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień inaczej mówiąc, cenę wskazującą na fakt wykonania

zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia np.:

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 stycznia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 1441/07,
- wyrok z dnia 14 lutego 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 73/08, KIO/UZP 74/08,
- wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 4 września 2007 r., UZP/ZO/0-1082/07, który za rażąco niską cenę uznaje cenę nierealistyczną, za którą wykonanie zamówienia nie jest możliwe.
- wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 19 czerwca 2007 r. UZP/ZO/0-696/07, który uznaje, że rażąco niska cena grozi niebezpieczeństwem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w przyszłości"

Podobne poglądy wyrażają uznani komentatorzy. Ich zdaniem o rażącej dysproporcji można mówić, jeżeli cena jest nierealna w stosunku do cen rynkowych, ponieważ nie jest wyrazem konkretnych indywidualnych możliwości ekonomicznych wykonawcy, ani adekwatną reakcją na sytuację na rynku (komentarz G. Wicik, P. Wiśniewski, 2007 r., str. 89).

Dlatego zamawiający odrzucając ofertę, winien wykazać w sposób bezsprzeczny, że w konkretnym stanie faktycznym każdy podmiot uznałby taką cenę za rażąco niską.

Tylko w takim przypadku cel udzielenia wyjaśnień zostaje spełniony, a wybór oferty najkorzystniejszej następuje z zachowaniem zasad wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy.

W ocenie Sądu Okręgowego, zamawiający tego nie uczynił, nie przedstawił bowiem żadnych argumentów na powyższą okoliczność a jedynie podnosił to, iż wykonawca nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny i nie przedstawił żadnych konkretnych argumentów potwierdzających, że zaoferowana cena nie jest ceną nierealną.

Reasumując powyższe Sąd Okręgowy uznał, że zamawiający nie miał podstaw do zastosowania normy prawnej uregulowanej w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy przez niewskazanie szczegółowo żądanych wyjaśnień oraz art. 90 ust. 3 ustawy poprzez niezasadne odrzucenie oferty jako wypełniająca dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Konsekwencją tego było naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy, przez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W tej sytuacji, na podstawie art. 198 ust. 2 pzp orzeczono jak w sentencji.

W pozostałej części skargę oddalono na podstawie art. 198 ust. 4 bowiem w postępowaniu toczącym się na skutek skargi, Sąd orzeka jedynie w sprawie objętej odwołaniem.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono na podstawie art. 98 kpc.