

WYROK

z dnia 18 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 marca 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ENERGA Serwis Spółka z o.o., ul. Celna 13, 07-410 Ostrołęka; EKO Energetyka i Ciepłownictwo Spółka z o.o., ul. Goworowska 2B lok. 4, 07-410 Ostrołęka oraz Alu – Centrum W. S. Spółka jawna, ul. Sokołowska 27, 05-806 Sokołów** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Zakład Energetyki Ciepłej w Łowiczu Spółka z o.o., ul. Kaliska 22, 99-400 Łowicz** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Budowa sieci ciepłowniczych na terenie miasta Łowicz ” – (postępowanie znak 1/S/2017)

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **DOMTOM Spółka z o.o., ul. Chocianowska 20a, 93-460 Łódź oraz ZIEM-BUD Spółka z o.o. Spółka komandytowa, ul. Korczaka 7, 93-416 Łódź** zgłaszających przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania w wysokości **13 817 zł 31 gr** (słownie: trzynaście tysięcy osiemset siedemnaście złotych i trzydzieści jeden groszy) obciąża Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ENERGA Serwis Spółka z o.o., ul. Celna 13, 07-410 Ostrołęka; EKO Energetyka i Ciepłownictwo Spółka z o.o., ul. Goworowska 2B lok. 4, 07-410 Ostrołęka oraz Alu – Centrum W. S. Spółka jawna, ul. Sokołowska 27, 05-806 Sokołów** i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ENERGA Serwis Spółka z o.o., ul. Celna 13, 07-410 Ostrołęka; EKO Energetyka i Ciepłownictwo Spółka z o.o., ul. Goworowska 2B lok. 4, 07-410 Ostrołęka oraz Alu – Centrum W. S. Spółka jawna, ul. Sokołowska 27, 05-806 Sokołów** tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ENERGA Serwis Spółka z o.o., ul. Celna 13, 07-410 Ostrołęka; EKO Energetyka i Ciepłownictwo Spółka z o.o., ul. Goworowska 2B lok. 4, 07-410 Ostrołęka oraz Alu – Centrum W. S. Spółka jawna, ul. Sokołowska 27, 05-806 Sokołów** na rzecz zamawiającego - **Zakład Energetyki Ciepłej w Łowiczu Spółka z o.o., ul. Kaliska 22, 99-400 Łowicz** kwotę w wysokości **3 817 zł 31 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset siedemnaście złotych i trzydzieści jeden groszy) tytułem zwrotu kosztów reprezentacji przed Izbą oraz kosztów dojazdu na posiedzenie.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

do wyroku z dnia 18 kwietnia 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 613/17

Zamawiający – **Zakład Energetyki Ciepłej w Łowiczu Spółka z o.o., ul. Kaliska 22, 99-400 Łowicz** prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa sieci ciepłowniczych na terenie miasta Łowicz ” – (postępowanie znak 1/S/2017).

Izba ustaliła, iż postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż prowadzone przez Zamawiającego postępowanie zostało wszczęte w dniu 27.01.2017 r. przez zamieszczenie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych na stronie internetowej pod numerem 15918 – 2017 (BZP z dnia 27.01.2017 r.) – a więc do postępowania mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych zmienionej z dniem 28.07.2016 r. na mocy przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

Zamawiający – **Zakład Energetyki Ciepłej w Łowiczu Spółka z o.o., ul. Kaliska 22, 99-400 Łowicz** prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa sieci ciepłowniczych na terenie miasta Łowicz ” – (postępowanie znak 1/S/2017).

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 27.01.2017 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 15918 – 2017.

W dniu **23.03.2017 r.** Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Na powyższą czynność w dniu **28.03.2017 r.** zostało wniesione odwołanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ENERGA Serwis Spółka z o.o.; EKO Energetyka i Ciepłownictwo Spółka z o.o. oraz Alu – Centrum W. S. Spółka jawna.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1.art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. prawo zamówień publicznych, poprzez bezzasadne uznanie, że oferta konsorcjum: Energa Serwis Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), EKO Energetyka i Ciepłownictwo Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) i Alu - Centrum W. S. Sp. Jawna (Partner Konsorcjum) zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

2.art. 90 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych, poprzez bezzasadne uznanie, iż wyjaśnienia konsorcjum: Energa Serwis Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), EKO Energetyka i Ciepłownictwo Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) i Alu - Centrum W. S. Sp. Jawna (Partner Konsorcjum) wraz z przedłożonymi dowodami (wykazem sprzętu i narzędzi oraz kosztorysami ofertowymi), dokonane pismem z dnia 22.02.2017r., nie stanowiły dowodów (w ogólności) oraz nie potwierdzały braku istnienia rażąco niskiej ceny w ofercie złożonej przez ww. konsorcjum,

3.art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. prawo zamówień publicznych, przez bezzasadne uznanie, iż wyjaśnienia konsorcjum: Energa Serwis Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), EKO Energetyka i Ciepłownictwo Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) i Alu - Centrum W. S. Sp. Jawna (Partner Konsorcjum) wraz z przedłożonymi dowodami, dokonane pismem z dnia 22.02.2017 r., potwierdzają, że złożona oferta ww. konsorcjum zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

4.art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. prawo zamówień publicznych, przez brak przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a także, poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. prawo zamówień publicznych,

5.art. 91 ust. 1 w zw. z art. 36 Ust. 1 pkt 13 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. prawo zamówień publicznych, poprzez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniosł o:

1.nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego konsorcjum: Energa Serwis Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), EKO Energetyka i Ciepłownictwo Sp. z o.o. i Centrum W. S. Sp. Jawna (Partner Konsorcjum) i czynności wyboru oferty

konsorcjum: Domtom Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) oraz ZIEM - BUD Sp. Kom. (Partner Konsorcjum) jako oferty najkorzystniejszej;

2.nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwzględnieniem oferty odwołującego;

3.orzeczenie od zamawiającego Zakładu Energetyki Ciepłej w Łowiczu Sp. z o.o. obowiązku zwrotu na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Jednocześnie Odwołujący wniosł o:

1.dopuszczenie i przeprowadzenie **dowodów** z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania (opisanych i wskazanych w uzasadnieniu odwołania) - na okoliczności z nich wynikające, w szczególności na okoliczności zasadności niniejszego odwołania, braku rażąco niskiej ceny w ofercie złożonej przez odwołującego a w konsekwencji na okoliczności naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty odwołującego konsorcjum oraz wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert,

2.zwrócenie się do zamawiającego o przedstawienie pełnej dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą "Budowa sieci ciepłowniczych na terenie miasta Łowicz" o nr sprawy I/S/2017, zaś następnie wnosząc o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z danej dokumentacji - na okoliczności z niej wynikające, w szczególności na okoliczności zasadności niniejszego odwołania, braku rażąco niskiej ceny w ofercie złożonej przez

odwołującego a w konsekwencji na okoliczności naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty odwołującego konsorcjum oraz wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert,

3. wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron (w imieniu odwołującego konsorcjum zeznania złoży Prezes Zarządu Lidera Konsorcjum Ł. C. - wezwanie na adres: ENERGA Serwis Sp. z o.o., ul. Celna 13, 07-410 Ostrołęka) - na okoliczności zasadności niniejszego odwołania, braku rażąco niskiej ceny w ofercie złożonej przez odwołującego a w konsekwencji na okoliczności naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty odwołującego konsorcjum oraz wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert.

Uzasadnienie

W rozdziale XII Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zamawiający wskazał, iż przy wyborze oferty kierować się będzie kryteriami wysokości ceny oraz czasu trwania gwarancji.

Wykonawcom miały być przyznane punkty dla każdej z ww. kategorii. Maksymalna liczba punktów w przypadku kategorii cena wynosiła 90. Za przedstawioną cenę wykonawcy otrzymywali punkty według następującego wzoru:

Najniższa cena spośród wszystkich ważnych i nie odrzuconych ofert x 90 / cena danej oferty

W przypadku kategorii gwarancja maksymalna liczba punktów do uzyskania wynosiła 10 obliczana według następującego wzoru:

okres gwarancji podany w miesiącach oferty punkty x 10

najdłuższy okres gwarancji spośród wszystkich ważnych i nie odrzuconych ofert

Suma punktów uzyskanych po wyliczeniu każdego z kryteriów, zaokrąglona do dwóch miejsc po przecinku była ostateczną oceną punktową przedstawionych ofert.

Dowód: Specyfikacja istotnych warunków zamówienia nr I/S/2017.

Odwołujący w dniu 10.02.2017 r. złożył ofertę na wykonanie ww. zamówienia publicznego - budowy sieci ciepłowniczych na terenie miasta Łowicz.

Dowód: Formularz ofertowy z dnia 10.02.2017r.

Pismem z dnia 16.02.2017r. zamawiający zwrócił się do Lidera Konsorcjum - spółki Energa Serwis Sp. z o.o. z prośbą o udzielenie wyjaśnień i przedstawienie dowodów dotyczących cen materiałów, sprzętu i transportu oraz okoliczności mających wpływ na wysokość ceny.

Lider Konsorcjum - spółka Energa Serwis Sp. z o.o. w piśmie z dnia 22.02.2017 r. przedstawił kompleksowe wyjaśnienia dotyczące przedmiotowych elementów oferty, uwzględniając przede wszystkim wytyczne określone w piśmie zamawiającego na poparcie możliwości wykonania niniejszego zamówienia publicznego w przedstawionej w ofercie cenie. Dodatkowo Lider Konsorcjum przedłożył dowody na poparcie swoich twierdzeń.

Dowód: Pismo Energa Serwis Sp. z o.o. z dnia 22.02.2017r. (dot. wyjaśnień odnośnie ceny) wraz z załącznikami.

Następnie zamawiający pismem z dnia 21.02.2017 r. zwrócił się o uzupełnienie dokumentów, co Lider Konsorcjum Energa Serwis Sp. z o.o. pismem z dnia 22.02.2017r. uczynił przesyłając niezbędne dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Dowód: Pismo Energa Serwis Sp. z o.o. z dnia 22.02.2017r. (dot. uzupełnienia dokumentów) wraz z załącznikami.

Pismem z dnia 23.03.2017r. (wpłynęło do Lidera Konsorcjum w dniu 23.03.2017 r.) zamawiający poinformował spółkę Energa Serwis Sp. z o.o. jako Lidera Konsorcjum m.in. o odrzuceniu na mocy art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. ustawy Pzp oferty Odwołującego i wyborze oferty konsorcjum: Domtom Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) oraz ZIEM - BUD Sp. Kom. (Partner Konsorcjum) jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu ww. czynności zamawiający wskazał, że Odwołujący udzielając wyjaśnień odnośnie cen materiałów, sprzętu i transportu mających wpływ na wysokość ceny złożonej oferty nie uczynił zadość żądaniu zamawiającego, w szczególności nie przedstawił dowodów na okoliczności, które mogły znacząco wpływać na obniżenie ceny ofertowej. W ocenie zamawiającego oferent wykonawca "nie uzasadnił zamawiającemu w sposób możliwy do zaakceptowania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny" i w konsekwencji ją odrzucił.

Dowód: Pismo zamawiającego z dnia 23.03.2017r. - zawiadomienie o odrzuceniu oferty i wyborze oferty najkorzystniejszej.

Zdaniem Odwołującego z przedmiotowym stanowiskiem nie sposób się zgodzić.

Oferta złożona przez Odwołującego przedstawiała najniższą cenę wykonania zamówienia publicznego. Okresy gwarancji wszystkich złożonych ofert są identyczne. Cena została przedstawiona w złożonej ofercie i szczegółowo skalkulowana w załączonych do oferty kosztorysach. Dodatkowo wykonawca odpowiadając na wezwanie zamawiającego pismem z dnia 22.02.2017 r. udzielił szczegółowych wyjaśnień dotyczących elementów złożonej oferty

mających wpływ na wysokość ceny wskazując m.in. na:

- posiadanie własnego sprzętu i urządzeń do realizacji przedmiotu zamówienia co skutkuje niższymi kosztami oraz brakiem konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów związanych z wynajmem sprzętu,
- wprowadzenie systemów zarządzania jakością, które usprawniły organizację pracy w sposób pozwalający na obniżenie kosztów pracy pracowników,
- posiadanie wykwalifikowanej i doświadczonej kadry pracowniczej, wykonującej tego rodzaju prace od wielu lat,
- korzystanie z atrakcyjnych rabatów na zakup materiałów, dzięki współpracy z bezpośrednimi producentami,
- obniżenie kosztów transportu materiałów przeizolowanych, który zawarty jest w cenie ich zakupu.

Odwolujący wskazał, że przedłożył dowody na poparcie swoich twierdzeń - wykaz sprzętu i urządzeń oraz kosztorysy ofertowe, zawierające szczegółowe kalkulacje poszczególnych

zadań tak w zakresie cen poszczególnych materiałów wraz z transportem, cen sprzętu oraz cen innego transportu.

Dla oceny słuszności stanowiska odwołującego niezwykle istotne jest dokonanie analizy działania zamawiającego, oraz dokumentów przedstawionych przez Lidera Konsorcjum Energa Serwis Sp. z o.o. jako potwierdzenia możliwości wykonania przedmiotu zamówienia publicznego oraz uprawdopodobnienia, że wybór oferty Odwołującego nie rodzi ryzyka niewykonania przedmiotowego zamówienia.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż przedstawienie najniższej ceny wykonania zamówienia publicznego nie może dyskwalifikować oferenta w postępowaniu o wybór najkorzystniejszej oferty. W świetle obecnego orzecznictwa samo zestawienie kwot zaproponowanych przez wykonawców jak i odniesienie do wartości zamówienia nie jest dowodem rażąco niskiej ceny. Należy podkreślić, że Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem wydanym w sprawach KIO 2559/11, KIO 2573/11, uznała, że stanowisko zamawiającego, iż ceny poniżej połowy wartości szacunkowej zamówienia są rażąco niskie - za niezgodne z prawem. Z kolei zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20.10.2011r., KIO 2192/11, samo odbieganie zaoferowanej ceny od wartości szacunkowej, czy od cen innych wykonawców (...) nie rodzi obowiązku odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny. W związku z powyższym w zaistniałym stanie faktycznym stwierdzić należy, że sam fakt przedstawienia najniższej ceny wykonania zamówienia, nie może być podstawą, do postawienia przez zamawiającego zarzutów oferowania rażąco niskiej ceny.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 21 czerwca 2010 r., sygn. XIX Ga 175/10, dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Po drugie, podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny "rażąco niskiej", a nie ceny "niskiej." Te dwa pojęcia nie są tożsame. W związku z powyższym należy indywidualnie rozpatrywać pojęcie rażąco niskiej ceny. Indywidualizm powinien mieć wyraz także w porównaniu oferowanych cen do działalności poszczególnych podmiotów w postępowaniu ofertowym na co także wskazuje Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 17.01.2006r., sygn. II Ca 2194/05, każdy przypadek ze względu na wartość zamówienia należy traktować indywidualnie. Lider Konsorcjum Energa Serwis Sp. z o.o. (a także partnerzy konsorcjum) jako doświadczony/ni przedsiębiorca/y działający na rynku, biorąc pod uwagę wygenerowane w poprzednich latach zyski, o których zapewniał w piśmie z dnia 22.02.2017 r., przez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczny - organizacyjny, przedstawił w ofercie cenę, która gwarantuje rentowność wykonawcy oraz zapewnienie profesjonalnego, całościowego wykonania zamówienia bez groźby niewykonania.

Odwolujący wskazał, iż zamawiający w związku z wątpliwościami w sprawie wyceny wykonania zamówienia zwrócił się do lidera konsorcjum Energa Serwis Sp. z o.o. w piśmie z dnia 16.02.2017 r. do przedstawienia dowodów dotyczących cen materiałów, sprzętu, transportu oraz wpływu innych okoliczności na cenę. Jak słusznie wskazuje wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 13 marca 2012r., sygn. XII Ga 73/12, aktualnie nie istnieją w obowiązującym porządku prawnym (w szczególności w regulacji ustawy - Prawa zamówień publicznych) sztywne kryteria, jakie winny być spełnione, aby wyjaśnienia udzielone przez wykonawców na zapytanie zamawiającego uznane zostały za wystarczające. Stąd oczywiste jest, że ich ocena dokonywana będzie w każdym konkretnym przypadku przez zamawiającego, a treść takich wyjaśnień musi być postrzegana przez pryzmat treści zapytania. Energa Serwis Sp. z o.o. w odpowiedzi na ww. stanowisko zamawiającego przedstawiła w piśmie z dnia 22.02.2017r. w sposób kompleksowy wycenę materiałów, sprzętu oraz innych czynników wpływających na cenę - wszystko to zostało ujęte w przedłożonych kosztorysach ofertowych. Energa Serwis Sp. z o.o. w niniejszym piśmie odwołał się do każdego aspektu kwestionowanego przez zamawiającego. Odwołujący w załączonych do pisma kosztorysach wskazał przedmiot i sposób wyceny. Szczegółowe scharakteryzowanie rodzaju zaplanowanych robót, określenie liczby niezbędnych materiałów oraz dokonywanych czynności, wyliczenie nakładów na podstawie kosztu jednostkowego z

całą pewnością wyczerpuje materię postępowania wyjaśniającego. Wyjaśnienia odwołującego udowodniły możliwość wykonania robót budowlanych w zakresie cenowym określonym w ofercie, a z pewnością niska cena na podstawie systemów zarządzania jakością, posiadania wykwalifikowanych pracowników a przede wszystkim doświadczenia w wykonywaniu podobnych przedsięwzięć nie spowoduje, iż z punktu widzenia odwołującego wykonanie przedmiotu zamówienia stanie się dla wykonawcy nieopłacalne. Przywołać w tym miejscu należy wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30.01.2007r., sygn. 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 o ferowanie usług za symboliczną kwotę". Sam fakt, że cena oferty jest niższa od cen innych ofert złożonych w postępowaniu nie jest jeszcze wystarczający dla uznania danej ceny za rażąco niską."

Zdaniem Odwołującego przekładając powyższe na kanwę niniejszej sprawy stwierdzić należy, że poprzez udzielenie wyjaśnień i przedłożenie dowodów (vide załączniki do pisma lidera konsorcjum z dnia 22.02.2017r.) odwołujący wykazał, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny a co najwyżej niską cenę, że na podstawie złożonej oferty wykonawca jest w stanie wykonać zamówienie publiczne bez groźby jego niewykonania z jednoczesną opłacalnością gospodarczą wykonania zamówienia publicznego po stronie wykonawcy.

Dowód: Pismo Energa Serwis Sp. z o.o. z dnia 22.02.2017r. (dot. wyjaśnień odnośnie ceny) wraz z załącznikami.

Niemniej na obecnym etapie postępowania odwołujący przedkłada dodatkowe dowody potwierdzające ww. stanowisko wykonawcy:

- ofertę spółki ISOPLUS Polska Sp. z o.o. na sprzedaż materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego (oferta zawiera transport danych materiałów w skalkulowanej cenie),
- ofertę spółki HOTSAN Sp. z o.o. na wykonanie robót ziemnych i odtworzeniowych niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego,
- kalkulację uproszczoną na wykonanie zadania publicznego,
- zestawienie kosztów z kosztorysów ofertowych, stanowiących załącznik do oferty jak i pisma Lidera Konsorcjum z dnia 22.02.2017r., potwierdzające dodatkowo brak rażąco niskiej ceny w ofercie złożonej przez odwołującego.

Następnie Odwołujący wskazał dalej, że co prawda wykonawca podczas realizacji zamówienia publicznego nie zamierza powierzać wykonania zadań/części zadań podwykonawcom to w celu wykonania rozeznania rynku, uzyskania potwierdzenia cen za poszczególne czynności związane z wykonaniem zamówienia publicznego zwrócił się m.in. do spółki HOTSAN Sp. z o.o. o przedstawienie stosownej oferty. Także te właśnie czynności pozwoliły wykonawcy na skalkulowanie oferty opłacalnej dla wykonawcy gospodarczo a jednocześnie zawierającej najniższą cenę spośród wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Dowód:

Oferta spółki ISOPLUS Polska Sp. z o.o. Oferta spółki HOTSAN Sp. z o.o.

Kalkulacja uproszczona na wykonanie zadania publicznego. Zestawienie kosztów z kosztorysów ofertowych.

W dalszej części uzasadnienia odwołania wskazano, że jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13.12.2008 r., KIO/UZP 1443/08, wykonawca powinien złożyć wyczerpujące wyjaśnienia i udowodnić realność zaoferowanej ceny. Mając powyższe na uwadze stwierdzić należy, że przedstawione dokumenty przez wykonawcę, w tym w szczególności przedstawione kosztorysy i zawarte w nich metody wyceny materiałów, czynności, używanego sprzętu do wykonania zamówienia były pełną odpowiedzią na wątpliwości zamawiającego oraz udowadniały realność wykonania zamówienia w wysokości przedstawionej w ofercie ceny. Nie sposób zgodzić się z zamawiającym, iż wyjaśnienia miały charakter lakoniczny i zostały sformułowane w postaci haseł. Szczegółowe wyjaśnienia były przedstawione przez wykonawcę sposób rzetelny i skrupulatny oraz dowodziły zasadności zapisów kosztorysowych. Zamawiający zarzucił, iż twierdzenia wykonawcy, że korzysta z atrakcyjnych rabatów na zakup materiałów, posiada własny sprzęt i urządzenia do realizacji przedmiotu zamówienia, ma wprowadzone systemy zarządzania jakością, co pozwoliło usprawnić organizację pracy, w cenie zawarte są obniżone koszty transportu materiałów preizolowanych, posiada wykwalifikowaną i doświadczoną kadrę, oraz że wykonawca zrealizował w dwóch poprzednich latach roboty za kwotę 175 mln oraz wypracował zysk na poziomie 2,3 mln zł netto są własnymi deklaracjami nie popartymi żadnymi dowodami. Należy podkreślić, iż ustawodawca nie nadał postępowaniu wyjaśniającemu w przedmiocie rażąco niskiej ceny charakteru postępowania cywilnego, stąd nie ma wymogu, aby prawdziwość oświadczeń zawartych w wyjaśnieniach była poparta "nie wiadomo jakimi" dowodami. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej KIO 896/11 z dnia 21.05.2011 r.

-z ustawy nie wynika prawo zamawiającego do żądania dowodów potwierdzających wyjaśnienia wykonawcy, natomiast wykonawca udzielając wyjaśnień, może takie dowody złożyć.

Reasumując Odwołujący wskazał, że odnośnie kwestii „rażąco niskiej ceny” należy odwołać się do celu, jaki przyświecał wprowadzeniu do prawa zamówień publicznych regulacji dotyczącej ofert zawierających taką cenę. Celem tym było wyeliminowanie z postępowania takich wykonawców, którzy chcąc pozyskać zamówienie oferują nierealistyczne, niewiarygodne ceny, za które nie będą w stanie zrealizować przedmiotu zamówienia - tak sytuacja w niniejszej sprawie nie zachodzi. Podkreślam, że oferta została skalkulowana przy uwzględnieniu celu prowadzenia działalności gospodarczej - osiągnięcie przez wykonawcę zysku. Należy podkreślić, iż kompleksowy sposób wyliczenia ceny za realizację zamówienia poprzez podanie wyceny i ilości niezbędnych do realizacji zamówienia materiałów, scharakteryzowanie dokonywanych czynności oraz powołanie się na doświadczenie w świadczeniu podobnych usług na rynku z całą pewnością wpływa na uwiarygodnienie ceny, gwarantuje rentowność przedsięwzięcia oraz przede wszystkim wykazuje i potwierdza

możliwość realizacji przedmiotu zamówienia. Zgodnie z ugruntowanym w orzecznictwie poglądem zamawiający powinien brać pod uwagę również inne obiektywne czynniki takie jak doświadczenie oferenta, jeżeli zawarte są one w wyjaśnieniach przedłożonych przez wykonawców. Wskazuję ponadto, iż fakt przedstawienia najniższej ceny, która umożliwia wykonanie zamówienia publicznego w żadnym wypadku nie może prowadzić do zarzucenia przez zamawiającego rażąco niskiej ceny.

Zdaniem Odwołującego przedstawione wyżej okoliczności potwierdzają słuszność zarzutów odwołującego odnośnie naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty ubiegającego się o udzielenie zamówienia konsorcjum: Energa Serwis Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), EKO Energetyka i Ciepłownictwo Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) i Alu - Centrum W. S. Sp. Jawna (Partner Konsorcjum) przez zamawiającego Zakład Energetyki Ciepłej w Łowiczu Sp. z o.o. i wybór oferty konsorcjum: Domtom Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i ZIEM - BUD Sp. kom. (Partner Konsorcjum) jako oferty najkorzystniejszej.

Przystępujący w dniu 10.04.2017 r. pismem z dnia 07.04.2017 r. przedstawił swoje stanowisko wnosząc o:

1)nieuwzględnienie odwołania,

2)zasądzenie od odwołującego na rzecz Domtom sp. z o.o. w Łodzi kosztów zastępstwa adwokackiego w postępowaniu przed KIO,

3)dopuszczenie dowodu z dokumentów:

-oferty Finpol Rohr z dnia 31.03.2017

-oferty nr 624 Polskie Rury Preizolowane sp. z o.o. z dnia 02.02.2017

-oferty Erbud Industry Centrum sp. z o.o. z dnia 07.01.2017 roku

Na okoliczność rynkowych cen materiałów koniecznych do wykonania przedmiotowego zamówienia

Uzasadnienie

Zamawiający Zakład Energetyki Ciepłej sp. z o.o. w Łowiczu prowadził postępowanie w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest budowa sieci ciepłowniczych na terenie miasta Łowicza Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP pod numerem 15918-2017. W toku postępowania konsorcjum firm Energa Serwis sp. z o.o., EKO Energetyka i Ciepłownictwo sp. z o. o. oraz Alu - Centrum, W. S. sp. j. reprezentowane przez lidera konsorcjum Energa Serwis sp. z o. o. złożyło ofertę na wykonanie przedmiotowego zamówienia, którego cena w kwocie 1.188.664,48 złotych była najniższa. Zamawiający z uwagi na fakt, że cena w/w oferty

wydawał się rażąco niska wezwał lidera konsorcjum pismem z dnia 16.02.2017 do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień oraz przedstawienia dowodów dotyczących cen materiałów, sprzętu, i transportu oferty mających wpływ na wysokość ceny. Pismem z dnia 22.02.2017 Energa Serwis sp. z o.o. wyjaśniło, że cena oferty stanowi bilans dostępnych i sprzyjających warunków, na które składają się :

-posiadanie własnego sprzętu i urządzeń do realizacji zamówienia,

-wprowadzenie systemów zarządzania jakością, które usprawniły organizację pracy w sposób pozwalając y na obniżenie kosztów pracy pracowników;

-posiadanie doświadczonej i wykwalifikowanej kadry, co gwarantuje poprawną kalkulację oferty i prawidłowe wykonanie prac

-zatrudnianie tak dużej liczby pracowników powoduje możliwość rotacji pracowników na danej budowie, co znacząco obniża koszty realizowanego kontaktu

-korzystanie z atrakcyjnych rabatów na zakup materiałów dzięki współpracy z bezpośrednimi producentami skutkuje

możliwością zaoferowania konkurencyjnych cen za wykonanie zamówienia

-obniżenie kosztów transportu materiałów preizolowanych , który zawarty jest w cenie

-działanie na przestrzenie wielu lat oraz zrealizowanie w dwóch ostatnich latach robót budowlanych za kwotę 175 mln zł oraz wypracowanie zysku 2,3 mln zł netto.

Do w/w pisma lider konsorcjum dołączył wykaz sprzętu narzędzi oraz kosztorys ofertowy.

Powyższe wyjaśnienia po dokładnej analizie zostały przez Zamawiającego uznane za budzące wątpliwości i niewystarczające, a w konsekwencji pismem z dnia 23.03.2017 zamawiający odrzucił ofertę konsorcjum Energa Serwis sp. z o.o. i dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postaci oferty Dom-Tom sp. o.o. W uzasadnieniu tego stanowiska Zamawiający wskazał, że „nie mógł narzucić Wykonawcy sposobu udzielania wyjaśnień dotyczących ceny, ale w wezwaniu wyraźnie wezwał do udzielenia wyjaśnień dotyczących cen materiałów, sprzętu i transportu mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający wskazał w wezwaniu na te elementy oferty, które na etapie oceny budzą jego największe wątpliwości i Zamawiający oczekiwał, że te elementy zostaną mocno uzasadnione. Wykonawca nie uczynił zadość żądaniu Zamawiającego, a w szczególności nie przedstawił dowodów na okoliczności, które mogły znacząco wpłynąć na obniżenie ceny ofertowej, lakoniczne wskazanie w wyjaśnieniu, że Wykonawca korzysta z atrakcyjnych rabatów na zakup materiałów (.....) są własnymi deklaracjami nie popartymi żadnymi dowodami.(....) . Wyjaśnienia powinny być konkretne, wyczerpujące, i rzeczywiście uzasadniające podaną cenę w ofercie."

Konsorcjum reprezentowane przez Energa Serwis sp. z o.o. wniosło w dniu 28.03.2017 roku odwołanie do KIO zarzucając czynności Zamawiającego naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, 89 ust. 1

i 4, 90 ust. 2 i 3, art. 91 ust. 1 w zw. Z art. 36 ust. 1 pkt. 13 ustawy PZP i wnosząc o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty i dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego. W odwołaniu podniesiono, że konsorcjum w piśmie z dnia 22.02.2017 przedstawiło w sposób kompleksowy wycenę sprzętu, materiałów oraz innych czynników wpływających na cenę - wszystko to zostało ujęte w przedłożonych kosztorysach ofertowych, a lider odwołał się każdego aspektu kwestionowanego przez zamawiającego (str. 8 odwołania). Do odwołania odwołujący dołączył ofertę spółki ISOPLUS POLSKA sp. z o. o. na sprzedaż materiałów oraz ofertę spółki HOTSAN na wykonanie robót ziemnych, kalkulację uproszczoną na wykonanie zamówienia oraz zestawienie kosztów z kosztorysu ofertowego.

Pismem z dnia 30.03.2017 Domtom sp. z o.o. przystąpiła do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Zdaniem Przystępującego argumentacja odwołującego się zawarta w odwołaniu jest nietrafna i odwołanie powinno podlegać oddaleniu.

W rozpatrywanym stanie faktycznym zamawiający skorzystał z przysługującego mu uprawnienia określonego w art. 90 ust. 1 pzp stanowiącego, że jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1)oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265):

2)pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

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

4)wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5)powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zgodnie z art. 90 ust. 3 pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający skorzystał z możliwości przewidzianej w art. 90 ust. 3 pzp uznając, że wyjaśnienia oferenta, które były lakoniczne i nie poparte wystarczającymi dowodami potwierdzają zarzut zaoferowania ceny rażąco niskiej.

Mając na względzie tak ukształtowany stan faktyczny w celu rozstrzygnięcia, czy odwołanie jest zasadne należy dokonać analizy czynności odrzucenia oferty pod kątem prawidłowości tej czynności. W tym celu należy rozstrzygnąć dwa aspekty:

1.Czy zamawiający zasadnie uznał, że wyjaśnienia złożone przez lidera konsorcjum potwierdzą fakt zastosowania przez niego rażąco niskiej ceny

2. Czy dopuszczalne było złożenie przez odwołującego na etapie postępowania odwoławczego przed KIO nowych dowodów mających uzasadnić złożone wyjaśnienia.

Ad. 1. Przystępujący wskazał, co następuje.

Art. 90 par. 1 pzp w swojej literalnej treści wskazuje, że oferent na żądanie zamawiającego ma złożyć stosowne wyjaśnienia oraz dowody. Ustawodawca wyraźnie więc wskazał, że nie wystarczające jest złożenie „suchych” wyjaśnień, ale powinny być one poparte odpowiednimi dowodami. Zważyć należy przy tym, że ustawa nie określa przy tym katalogu tych dowodów pozostawiając swobodę w tym zakresie wykonawcy. Istotne jest natomiast to, aby wyjaśnienia wykonawcy oraz uzupełniające je dowody pozwoliły zamawiającemu na dokonanie oceny, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana. Nie jest przy tym wystarczającym złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, ale wyjaśnień odpowiednio umotywowanych i przekonywujących, iż zaproponowana cena nie jest ceną rażąco niską. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie w swoich orzeczeniach zwracała uwagę na należyłą staranność wykonawców w uwiarygodnieniu swoich wyjaśnień składanych na podstawie art. 90 ust. 1 p.z.p.. W wyroku z dnia 18-01-2016 sygn. W 2824/15 KIO zajęła stanowisko, że to wykonawca wszelkimi niezbędnymi środkami dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać zamawiającemu, że jego cena nie jest rażąco niska, pomimo wypełnienia się określonych ustawowych przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny w jego ofercie. Przepisy nie określają nawet przykładowego katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Każdy więc dowód adekwatny do konkretnej sytuacji może być przedstawiony przez wykonawcę zamawiającemu, a następnie podlega on ocenie przez samego zamawiającego. W niektórych sytuacjach - zwłaszcza biorąc pod uwagę charakter przedmiotu zamówienia - dowody, które można określić jako "zewnętrzne" mogą okazać się niezbędne. Powyższe będzie mogło mieć zastosowanie, jeżeli mamy do czynienia z przedmiotem zamówienia, gdzie jego zasadnicza część (zakres) muszą zostać zakupione przez wykonawcę zamówienia od innych podmiotów (zakup określonych materiałów, produktów czy też

wykonanie określonych usług poza przedsiębiorstwem wykonawcy]. W takiej sytuacji, jeżeli wykonawca dokonuje wskazanych zakupów po zaniżonych, nierynkowych cenach, powinien przedstawić zamawiającemu wraz z udzielanymi wyjaśnieniami właściwe "zewnętrzne" dowodowy pochodzące od podmiotów, od których dokonuje wskazanego zakupu na określonych zasadach, po zaniżonych cenach (np. specjalne oferty zakupowe, upusty itp.), pozwalających mu obiektywnie na taki zakup. W innym wyroku z dnia 6 marca 2013 roku sygn. 340/13 KIO wskazała na istnienie obiektywnej możliwości weryfikacji wyjaśnień składanych przez wykonawcę: Wykonawcy nie muszą w swoich wyjaśnieniach wymieniać wprost czynników, o których mowa w przywołanym przepisie. Wykonawcy wolno opisać dowolne przyczyny uzasadniające rzetelną kalkulację ceny ofertowej, jednak pod warunkiem, że mają one charakter obiektywny, dający się zweryfikować. Powoływanie się w wyjaśnieniach na ogólne sformułowania o posiadanych rabatach czy też statusie partnerskim nie pozwala zamawiającemu ocenić, jaki obiektywny wpływ ma to na wysokość zaproponowanej ceny. Przy czym późniejsze, po upływie wyznaczonego przez zamawiającego terminu, uzupełnienie złożonych wyjaśnień jest niedopuszczalne, w szczególności na etapie rozpoznawania środków ochrony prawnej. Podobne stanowisko zajęła KIO w wyroku z dnia 4 maja 2015 r. sygn. 779/15 w którym podniesiono, że zgodnie ze spoczywającym na wykonawcy ciężarem dowodu wynikającym z art. 90 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) winien wykazać zamawiającemu, że jego cena za realizację przedmiotu zamówienia jest realna. Wyjaśnienia te nie mogą być lakoniczne i ogólne. Muszą to być wyjaśnienia wykazujące koszty związane z realizacją zamówienia jakie poniesie obejmujące kosztorysowe pozycje materiałowe, koszty robocizny i poziomu zakładanego zysku. Złożone przez przystępującego dowody muszą potwierdzać realność zaoferowanej ceny, w szczególności co do możliwości pozyskania materiałów oraz sprzętu niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia.

W rozpatrywanej sprawie lider konsorcjum w piśmie z dnia 22.02.2017 roku w sposób ogólny wskazał kilka okoliczności, które w jego ocenie pozwalają mu zaoferować za wykonanie zamówienia tak niskiej ceny. Zdaniem Przystępującego zważyć jednak należy, że jedynymi dokumentami na poparcie tych twierdzeń był wykaz sprzętu i narzędzi oraz kosztorys ofertowy. Wykonawca w odwołaniu broni poglądu, że kosztorys zawiera szczegółowe scharakteryzowanie zaplanowanych robót, określenie liczby niezbędnych materiałów oraz dokonywanych czynności, wyliczenie nakładów na podstawie kosztu jednostkowego (str. 8 odwołania wers 5 od dołu), co w jego wyczerpuje obowiązek złożenia niezbędnych wyjaśnień.

Pogląd ten, w ocenie Przystępującego, jest całkowicie błędny. Podkreślić przede wszystkim należy, że kosztorys, który załączono do pisma z dnia 22.02.2017 był tym samym kosztorysem, który oferent złożył wraz ze swoją ofertą zgodnie z wymaganiami SIWZ.

Powstaje zatem pytanie jak zamawiający miał zweryfikować oferowaną cenę, skoro wykonawca na jego wezwanie

przedłożył ten sam dokument, który złożył już z ofertą i nie przedstawił żadnego innego dowodu na korzystanie z atrakcyjnych rabatów na zakup materiałów oraz kosztów transportu. Teza, iż wystarczające jest w ramach wyjaśnień złożenie kosztorysu zawierającego ceny materiałów, robót i transportu bez konieczności przedstawienia dowodów źródłowych potwierdzających fakt uzyskania takich stawek prowadziłby do licznych nadużyć, gdyż oferent mógłby do kosztorysu wpisać każdą wymyśloną kwotę bez jakiejkolwiek możliwości weryfikacji ze strony zamawiającego. Tym samym uprawnienie zamawiającego przewidziane w art. 90 ust. 1 ustawy PZP było de facto niewykonalne.

Inne twierdzenie zawarte w piśmie z dnia 22.02.2017 dotyczące zastosowania tak niskiej ceny z uwagi na realizację przez wykonawcę w ciągu ostatnich dwóch lat na łączną kwotę 175 mln złotych także nie zostało poparte żadnym dowodem, chociażby w postaci referencji wystawionych przez innych zamawiających. Tym samym Zamawiający w niniejszym postępowaniu pozbawiony został jakiejkolwiek możliwości weryfikacji prawdziwości tego twierdzenia.

Przystępujący odnosząc się do kwestii posiadania przez odwołującego własnych środków transportu i narzędzi wskazał, że poza załączeniem listy sprzętu i narzędzi odwołujący nie uzasadniła, w jaki sposób okoliczność ta mogła wpłynąć na obniżenie oferowanej ceny. Sprzęt, którym dysponuje wykonawca musiałby być dowieziony do Łowicza w celu jego użycia. Tymczasem w ofercie brak jest pozycji uwzględniającej koszt transportu maszyn na miejsce realizacji zamówienia, W wyroku KIO sygn. 1216/15 z dnia 24-06-2015 wyraźnie wskazała, że nie można podzielić argumentacji, iż posiadanie własnego sprzętu nie generuje żadnych dodatkowych kosztów związanych z jego eksploatacją. Sprzęt jako środek trwały wytwarza koszt, jakim jest amortyzacja. Również dla sprzętu zamortyzowanego powstają koszty dotyczące napraw i remontów, ewentualnie przy całkowitym zużyciu, koszty najmu lub dzierżawy ewentualnie zakupu nowego sprzętu, W obydwu przypadkach do ceny wykonania prac przygotowawczych oprócz ceny paliw, smarów i kosztów wymiany drobnych elementów podlegających zużyciu, kosztów obsługi maszyny, kosztów transportu na plac i z placu budowy należy doliczyć wyżej wskazane elementy cenotwórcze.

Tym samym uznać należy, że na etapie wyjaśnień przed zamawiającym odwołujący nie przedstawił dowodów potwierdzających zastosowanie tak niskiej ceny materiałów wynikających z okoliczności, na które powołuje się w piśmie z 22.02.2017 roku i umożliwiających obiektywną weryfikację jego wyjaśnień.

Dodatkowo wskazać należy że Domtom sp. z o. o. poczyniła własne ustalenia, dotyczące cen obowiązujących na rynku w zakresie materiałów, które są niezbędne do realizacji przedmiotowego zamówienia i pozyskała oferty od innych dostawców.

dowód:

-oferta Finpol Rohr z dnia 31.03.2017

-oferta nr 624 Polskie Rudy Preizolowane sp. z o.o. z dnia 02.02.2017

-oferta Erbud Industry Centrum sp. z o.o. z dnia 07.01.2017 roku.

Zdaniem Przystępującego przedmiotowe oferty w sposób wyraźny pokazują, że ceny materiałów proponowane są nierealne i odbiegają rażąco od cen występujących na rynku, co każe powątpiewać w możliwość uzyskania takiej ceny od dostawcy przez Odwołującego.

Ad. 2. Przystępujący wskazał, co następuje.

Przechodząc do kwestii złożenia na etapie postępowania odwoławczego przed KIO dodatkowych dokumentów mających uzasadniać wyjaśnienia odwołującego w zakresie zastosowania tak niskiej ceny należy podnieść prekluzję dowodową w tym zakresie. Oferta firmy Isoplus Polska Sp. z o.o. nosi datę 07.02.2017 a Hotsan sp. z o.o. datę 07.02.2017. co oznacza, że odwołujący dysponował tymi ofertami przed dniem zażądania od niego wyjaśnień przed zamawiającego i mógł złożyć je wraz z pismem z dnia 22.02.2017. Negatywne konsekwencje zaniechania złożenia tych dowodów mogą zatem obciążać wyłącznie oferenta.

Jak wskazał Przystępujący orzecznictwo KIO w zakresie takiego postępowania w sposób jednoznaczny wskazuje, że dokumenty przedstawione na etapie postępowania odwoławczego nie mogą być brane pod uwagę. W wyroku z dnia 11 marca 2014 r. sygn. KIO 377/14 Krajowa Izba Odwoławcza stanowczo podkreśliła, że wezwanie w trybie art 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stwarza wzruszalne domniemanie, że cena oferty wezwanego wykonawcy jest rażąco niska. W konsekwencji przyjętego domniemania istnienia rażąco niskiej ceny, wykonawca zmuszony jest do jego obalenia, poprzez przedstawienie stosownych dowodów, potwierdzających, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco zaniżoną w stosunku do przedmiotu zamówienia, ale że ze względu na obiektywne czynniki - opisane przykładowo w art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych - jest w stanie wykonać cały zakres zamówienia za zaoferowaną cenę z określonym zyskiem. Nie jest wystarczające w tym zakresie złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Udzielone wyjaśnienia mają, potwierdzać, że złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana. Informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie muszą być przy tym

znane zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego - celem umożliwienia mu podjęcia decyzji, co do ewentualnego przyjęcia lub odrzucenia oferty - a nie przedstawiane dopiero w toku postępowania odwoławczego. W innym wyroku z dnia 3 czerwca 2014 r. sygn. KIO

893/14 wskazano, że złożenie nowych dokumentów w celu wykazania prawidłowości wyliczenia ceny ofertowej dopiero na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest spóźnione i nie może zostać wzięte pod uwagę przy ocenie, czy oferta danego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę.

Mając na uwadze przedstawione powyżej argumenty, w ocenie Przystępującego, odwołanie nie powinno zostać uwzględnione.

W dniu **11.04.2017 r.** Zamawiający pismem z tej samej daty wniósł odpowiedź na odwołanie. W ramach zaprezentowanego stanowiska wskazał, że wnosi o:

1. oddalenie odwołania na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy PZP;

2. zasądzenie od Odwołującego, na rzecz Zamawiającego, zwrotu kosztów postępowania;

3. dopuszczenie dowodów z dokumentów w postaci:

a. oferty Firmy Cegmar M. K. z dnia 14 marca 2017 roku,

b. oferty Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjno-Drogowych w Łowiczu Sp. z o.o. z dnia 20 marca 2017 roku,

c. cennika Polbruk,

d. opracowań SEKOCENBUD o cenach materiałów budowlanych IMB za I kwartał 2017 r., o cenach materiałów instalacyjnych 1M1 za I kwartał 2017 r. o stawkach robocizny kosztorysowej oraz cenach pracy sprzętu budowlanego za I kwartał 2017 r.,

e. oferty handlowej Grudnik Sp. z o.o. z dnia 31 marca 2017 roku,

f. oferty Z. C. Producenta Rur Preizolowanych „ELZAS” w Osiecznej z dnia 30 marca 2017 roku

-wszystkich na okoliczność cen rynkowych materiałów budowlanych i instalacyjnych, rynkowych stawek robocizny oraz cen pracy sprzętu budowlanego niezbędnych do wykonania robót stanowiących przedmiot zamówienia publicznego.

UZASADNIENIE

Pismem z dnia 28 marca 2017 roku, konsorcjum w skład którego wchodzi ENERGA Serwis Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), EKO Energetyka i Ciepłownictwo Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) oraz Alu - Centrum W. S. Spółka jawna (Partner Konsorcjum) (zwane dalej Konsorcjum lub Odwołującym) wniosło odwołanie od czynności Zamawiającego - Zakładu Energetyki Ciepłej w Łowiczu Sp. z o.o. - polegającej na odrzuceniu jego oferty w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego: Budowa sieci ciepłowniczych na terenie miasta Łowicz.

Podstawą odwołania, wskazaną przez Odwołującego, ma być naruszenie przez zamawiającego przepisów prawa materialnego, a konkretnie art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 2

i 3, art. 90 ust. 3, art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy „Prawo zamówień publicznych”.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującej oraz nakazanie mu dokonania ponownej oceny ofert.

Zdaniem Zamawiającego odwołanie nie zasługuje jednak na uwzględnienie i winno zostać oddalone.

Zamawiający po uprzednim wezwaniu Konsorcjum do złożenia wyjaśnień stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy PZP, odrzucił ofertę złożoną przez Konsorcjum na podstawie art. 90 ust 3 ustawy PZP, gdyż zawiera ona rażąco niską cenę.

•Rażąco niska cena oferty - zagadnienia ogólne

Na wstępie Zamawiający wskazał, że ustawa Pzp nie zawiera definicji "rażąco niskiej ceny". Powszechnie przyjmuje się, że rażąco niska cena to cena niewiarygodna i znacznie odbiegająca od cen rynkowych.

Jak wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 29 lipca 2016 roku w sprawie o sygn. akt III Ca 548/16: „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, znacznie odbiegająca od cen rynkowych innych, takich samych lub podobnych rodzajów zamówień, wskazująca na możliwość wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy lub roboty budowlanej lub ofertę zawierającą cenę nierealną z punktu widzenia logiki, doświadczenia życiowego oraz racjonalnego gospodarowania. W doktrynie i orzecznictwie podnosi się także, że cena rażąco niska to cena nierealna, niepozwalająca na realizację zamówienia z należytą starannością, wskazująca na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. Przykładem oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie oferta z ceną poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo symboliczna cena.

Jakkolwiek, jakwyżej wskazano, brak definicji "rażąco niskiej ceny", to ... w orzecznictwie przyjęto koncepcję, iż stwierdzenie tej okoliczności jest możliwe w oparciu o porównanie ceny spornej

oferty z wartością szacunkową zamówienia, która stanowi jedyny obiektywny miernik tego czy cena jest niska, ale także z cenami innych ofert. Zatem podstawowym punktem odniesienia przy kwalifikacji ceny, jako rażąco niskiej jest z jednej strony ustalona przez zamawiającego, zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy PZP., czyli w sposób należyty, wartość zamówienia powiększona o podatek VAT a z drugiej są ceny zaoferowane przez innych wykonawców w danym postępowaniu (wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia

29 lipca 2016 roku w sprawie o sygn. akt III Ca 548/16, wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 11 kwietnia 2013 r., sygn. akt XIX Ga 179/13, System informacji prawnej LEX). Na dopuszczalność porównania oferty Wykonawcy z pozostałymi ofertami złożonymi w postępowaniu wskazano także m.in. w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 roku o sygn. akt XIX Ga 128/08.

II. Porównanie ceny z szacunkową wartością zamówienia i średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert

Zamawiający podniósł, że szacunkowa wartość zamówienia ustalona z należytą starannością na podstawie kosztorysu inwestorskiego została przez Zamawiającego określona na kwotę 1.923.011,19 złotych netto (bez podatku VAT). Nie jest kwestionowane przez Konsorcjum, że wycena ta jest zgodna z art. 32 ust. 1 i art. 33 ustawy PZP. Odrzucona oferta zawierała cenę 1.188.664,48 złotych netto (bez podatku VAT), a zatem o 38,19 % niższą od wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia.

Zaoferowana cena była jednocześnie niższa o 33,99% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert i aż o 40,77% niższa od średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

III. Wyjaśnienia Odwołującego

Zamawiający zgodnie z art. 90 ust. 1a w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy PZP pismem z dnia 16.02.2017 roku zwrócił się do Konsorcjum z prośbą o udzielenie wyjaśnień i przedstawienia dowodów dotyczących cen materiałów, sprzętu i transportu oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zgodnie z powołanym przepisem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp: jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków- wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisem prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy,

Jak wskazał Zamawiający Odwołujący pismem z dnia 22.02.2017 roku w odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie wyjaśnił, że: „cena przedmiotowej oferty stanowi bilans dostępnych i sprzyjających warunków, na które składają się (pismo Konsorcjum zawiera tirety, jednak dla zapewnienia czytelności odpowiedzi na odwołanie Zamawiający nadał im numery):

- 1) posiadanie własnego sprzętu i urządzeń do realizacji przedmiotu zamówienia to jest: sprzętu spawalniczego (kompletnych zestawów do spawania gazowego i elektrycznego), agregatów prądotwórczych, centrowników, szlifierek, koparko-ladowarek co skutkuje niższymi kosztami oraz brakiem konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów związanych z wynajmem sprzętu,
- 2) wprowadzenie systemów zarządzania jakością PN-EN-ISO 9001:2008; PN-EN ISO 14001 :2004; BSOHSAS 18001:2007; EN ISO 3834-2 i 971231/WE Moduł Hi które usprawniły organizację pracy w sposób pozwalający na obniżenie kosztów pracy pracowników,
- 3) posiadanie wykwalifikowanej i doświadczonej, wykonującej tego rodzaju prace od wielu lat, kadry. Tylko sam lider konsorcjum EN ERGA SERWIS Sp. z o. o. zatrudnia 350 osób w tym m.in. 68 spawaczy z uprawnieniami UDTJ82 monterów, 22 mistrzów i 46 pracowników kadry inżynierskiej co gwarantuje poprawną kalkulację oferty oraz prawidłowe wykonanie prac na najwyższym poziomie, zatrudnianie tak dużej liczby pracowników, oraz długoletnia praktyka w realizacji robót o różnym stopniu trudności, powoduje możliwość rotacji pracowników na danej budowie w zależności od aktualnych potrzeb, co w znaczący sposób obniża realizowanego kontraktu,

4)korzystanie z atrakcyjnych rabatów na zakup materiałów', dzięki współpracy z bezpośrednimi producentami, skutkuje możliwością zaoferowania Zamawiającemu konkurencyjnych cen za wykonanie przedmiotowego zamówienia w technologii ISOPLUS co dodatkowo świadczy o wysokiej jakości przedstawionej oferty,
5)obniżenie kosztów transportu materiałów preizolowanych który zawarty jest w cenie,

6)dodatkowym gwarantem poprawnej kalkulacji jest fakt że Nasze firmy działają na przestrzeni wielu lat a sam Lider Konsorcjum ENERGA SERWIS Spółka z o.o. w dwóch poprzednich latach zrealizowała roboty budowlane za kwotę 175 mln zł i wypracował zysk na poziomie 2,3 mln złotych netto".

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy PZP w postępowaniu wyjaśniającym t o na Wykonawcy (Konsorcjum) spoczywał obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. Zgodnie bowiem z wyrokiem KIO z dnia 20 lutego 2012 r., KIO

109/12, KIO125/12, „wszczęcie przez zamawiającego procedury wyjaśniającej (niezakwestionowane w terminie przez odwołującego się) ustanawia domniemanie prawne zaoferowania przez wzywanego do złożenia wyjaśnień wykonawcę ceny rażąco niskiej". Wykonawca powinien wykazać, że składowe ceny są racjonalne i umożliwiają prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wskazał, że wezwał Konsorcjum do udzielenia wyjaśnień dotyczących cen materiałów, sprzętu i transportu mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający wskazał w wezwaniu te elementy oferty, które na etapie oceny budziły jego największe wątpliwości i oczekiwał, że zostaną one w sposób wyczerpujący uzasadnione.

Wyjaśnienia powinny być konkretne, wyczerpujące i rzeczywiście uzasadniające podaną cenę w ofercie. Tymczasem w przedmiotowej sprawie wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum takiego waloru nie posiadały. Dokonując analizy przedstawionych wyjaśnień należy w pierwszej kolejności odnieść się do poszczególnych okoliczności, na które powołał się Odwołujący.

Okoliczności wymienione w pkt 1-3 dotyczą jednak w istocie kwestii potwierdzających spełnienie warunków do udziału w postępowaniu określonych w Rozdziale VI SIWZ. Zamawiający wymagał bowiem aby Wykonawca dysponował potencjałem technicznym umożliwiającym wykonanie zamówienia, a także posiadał wykwalifikowaną i doświadczoną kadrę i zatrudniał na podstawie umowy o pracę przynajmniej 5 pracowników na stanowisku spawacz oraz 1 pracownika na stanowisku kierownika budowy, posiadających określone aktualne uprawnienia wskazane w SIWZ. Podobnie należy odnieść się do podniesionej okoliczności, że wprowadzenie systemów zarządzania jakością PN-EN-ISO 9001:2008; PN- EN ISO 14001 :2004;BS OHSAS 18001:2007 usprawniło organizację pracy w sposób pozwalający na obniżenie kosztów pracy pracowników, gdyż zgodnie z Rozdziałem VI pkt.

6.4 SIWZ Zamawiający wymagał, żeby każdy Wykonawca posiadał ważne zaświadczenia niezależnego podmiotu o zgodności zarządzania przez Wykonawcę jakością zgodnie z normą ISO 9001, zarządzania środowiskowego zgodnie z normą ISO 14001, zarządzania bezpieczeństwem i higieną pracy zgodnie z normą ISO 18001 w zakresie robót budowlanych dla ciepłownictwa, przemysłu i energetyki albo zaświadczenie wystawione przez podmioty mające siedzibę w innym niż Polska państwie EOG lub inne dokumenty potwierdzające równoważne środki zapewnienia jakości. Reasumując, wszystkie okoliczności wymienione w pkt 1-3 (pierwszych trzech tiretach) pisma Konsorcjum potwierdzały spełnienie wymagań koniecznych dla ubiegania się o udzielenie zamówienia, ale w żaden sposób nie uzasadniały niskiej ceny oferty.

Okoliczności wymienione w pkt 4-5 odnoszące się do posiadanych wysokich rabatów na materiały oraz obniżenie kosztów transportu są twierdzeniami bardzo ogólnikowymi, które w dodatku nie zostały poparte jakimikolwiek dowodami, a przez to Zamawiający nie mógł uznać ich za udowodnione ani tym bardziej ocenić ich wpływu na cenę oferty.

Okoliczność wymieniona w pkt 6, że Lider Konsorcjum ENERGA SERWIS Sp. z o. o. zrealizował w dwóch poprzednich latach roboty za kwotę 175 mln oraz wypracował zysk na poziomie 2,3 mln złotych netto również nie może być uznana za okoliczność relewantną dla oceny czy zaoferowana cena jest ceną rynkową. Niezależnie od tego należy zauważyć, że twierdzenia Konsorcjum w tym zakresie nie zostały poparte żadnymi dowodami. Tym samym Zamawiający nie miał żadnej możliwości weryfikacji tych twierdzeń. Przedmiotowe okoliczności odnoszą się jednak w istocie do warunku udziału w postępowaniu - wykazania, że oferent jest w sytuacji ekonomicznej i finansowej umożliwiającej wykonanie zamówienia. Ponadto zabezpieczeniem finansowym na realizację zadania było zgodnie z Rozdziałem VI pkt. 6.5 i 6.6 posiadanie przez każdego Wykonawcę własnych płynnych środków obrotowych lub potwierdzenie dostępu lub możliwość uzyskania środków pieniężnych niezbędnych do pokrycia przepływów pieniężnych w okresie realizacji kontraktu na kwotę nie mniejszą niż 2.000.000,00 złotych.

Ponadto, wypada zauważyć, że Odwołujący do wyjaśnień dołączył jedynie wykaz sprzętu i narzędzi oraz kosztorys ofertowy o treści tożsamej z dokumentem dołączonym do oferty. Kosztorys ten był znany Zamawiającemu w momencie wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy PZP, a zatem jego ponowne złożenie niczego nie wniosło do

sprawy i w żadnej mierze nie umożliwiło Zamawiającemu weryfikacji zaoferowanej ceny. Jeżeli zaś chodzi o wykaz sprzętu i narzędzi to nie wynika z niego aby Odwołujący dysponował ponadprzeciętnym potencjałem czy też rozwiązaniami technicznymi pozwalającymi na obniżenie kosztów. Wymienione w wykazie urządzenia są typowymi i potrzebnymi dla wykonania robót będących przedmiotem zamówienia, ale nie uzasadniają stosowania ponadprzeciętnie niskich cen świadczonych usług.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie: „Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z treści złożonych przez wykonawcę wyjaśnień powinno bezspornie wynikać, że chociażby cena zaoferowana przez .. wykonawcę ... jest ceną wiarygodną i porównywalną z .. cenami obowiązującymi na .. rynku za realizację zamówień publicznych takich samych lub zbliżonych, realizacja tego zamówienia nie będzie poniżej kosztów przedsiębiorcy. Wykonawca może bowiem w wyjaśnieniach podać inne, niż żądał zamawiający, obiektywne czynniki oraz złożyć inne, niż żądał zamawiający, dowody mające wpływ na cenę oferty. Do zakwalifikowania ostatecznie do dalszego postępowania nie jest zatem wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz muszą to być wyjaśnienia wskazujące, że cena ostatecznie nic jest nierealistyczna. Zaistnienie po stronie wykonawcy obiektywnych czynników wpływających na obniżenie ceny oferty powinno być udowodnione. Wykonawca, który składa wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinien bowiem wskazać, co spowodowało obniżenie ceny, jak

również to, w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie (zob. wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2012 r., KIO 2659/12). Ocena złożonych przez wykonawcę wyjaśnień oraz dowodów stanowi podstawę do uznania bądź nie, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia" (tak .1. E. Nowicki, [w:] A. Bazan, J.H. Nowicki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. U, LEX 2015).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy Zamawiający stwierdził, że złożone przez Konsorcjum wyjaśnienia nie były dostateczne aby obalić domniemanie prawne zaoferowania przez Odwołującego ceny rażąco niskiej. Złożone wyjaśnienia nie były konkretne ani precyzyjne, nie zawierały dokładnego wyjaśnienia dotyczącego czynników, które miały wpływ na sposób kalkulacji ceny, tym bardziej nie zawierały wskazania w jakim stopniu dany czynnik wpłynął na jej obniżenie, a w dodatku nie zostały poparte praktycznie żadnymi dowodami. Odwołujący nie podał ani szczególnych sposobów wykonania zamówienia czy rozwiązań technicznych czy innych danych mających rzeczywisty wpływ na wysokość ceny. Natomiast dołączone do wyjaśnień dokumenty, po pierwsze nie stanowiły potwierdzenia dla stawianych przez Odwołującego tez, a po drugie nie wносиły nic nowego do sprawy. W rezultacie, stwierdzić należy, że Odwołujący w żadnej mierze nie wykazał okoliczności wskazujących na realność podanej ceny.

IV. Analiza wysokości zaoferowanej ceny do danych z baz cenowych SEKOCENBUD, przykładowych cen ofertowych, specyfika robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia. Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że Zamawiający w celu ustalenia czy cena oferty Konsorcjum została określona na rynkowym poziomie i nie jest rażąco zaniżona przeprowadził własną analizę cenową.

Na etapie badania oferty stwierdzono, iż w ofercie Odwołującego występują duże rozbieżności wartościowe w poszczególnych rodzajach robót w stosunku do kalkulacji szczegółowej w kosztorysie inwestorskim. Dotyczy to w szczególności robót ziemnych i montażowych, gdzie różnica w zadaniu nr 1 Budowa sieci ciepłowniczej z rur preizolowanych wzdłuż ulicy Sikorskiego od ulicy Powstańców 1863 r. do ulicy Starzyńskiego w Łowiczu wynosi 39,06 %, Wyłączenie z eksploatacji odcinka sieci w kierunku zakładów AGROS przy ulicy Powstańców 1863 r. w Łowiczu 32,88 %, natomiast w zadaniu nr 2 Przebudowa odcinka ciepłociągu od istniejącej sieci w ul. Długiej do komory ciepłowniczej w ul. Wąskiej w Łowiczu 41,56 % na łączną kwotę 567 665,05 złotych netto.

W ocenie Zamawiającego powyższe różnice wynikają z bardzo niskich cen poszczególnych materiałów i sprzętu, które są znacząco niższe od minimalnych cen rynkowych. Duże rozbieżności wartościowe oferty w stosunku do kalkulacji w kosztorysie inwestorskim występują również przy robotach odtworzeniowych nawierzchni utwardzonych. Ze względu na lokalizację wszystkich zadań w ścisłym centrum miasta, gdzie teren jest

zagospodarowany, utwardzony i występuje ciągły bardzo duży ruch zarówno samochodowy jak i pieszy roboty te stanowią ważny element inwestycji. Prowadzenie prac, zarówno na etapie przygotowawczym (zaplecze budowy i codzienna konieczność transportu materiałów na miejsce prac), jak również wymagający sposób prowadzenia wykopów i montażu - odcinkami, na małych powierzchniach, konieczność wykonywania odtworzeń terenu po zakończeniu odcinka, a nie po wykonaniu całego zakresu robót montażowych, wywózka na bieżąco gruntu z wykopu i innych materiałów (brak możliwości składowania wzdłuż wykopu) powodują, że brak jest możliwości uzyskania tak znacznych oszczędności w pracach odtworzeniowych i o wyeh i montażowych, jak wynika z kosztorysu Odwołującego. Lokalizacja inwestycji i jej rodzaj wymagać będzie również ciągłego zabezpieczenia budowy, montażu np. kładek dla pieszych, wdrażania na bieżąco tymczasowej organizacji ruchu na bardzo małych powierzchniach terenu. Różnica w

tych robotach wynosi w zadaniu nr 1 Budowa sieci ciepłowniczej z rur preizolowanych wzdłuż ulicy Sikorskiego od ulicy Powstańców 1863 r. do ulicy Starzyńskiego w Łowiczu 51,32 %, Budowa studni zaworów odcinających na istniejącej sieci preizolowanej 2x323,9/450 mm przy skrzyżowaniu ulic Powstańców 1863 r. i gen. W. Sikorskiego w Łowiczu 49,75 %, - natomiast w zadaniu nr 2 Przebudowa odcinka ciepłociągu od istniejącej sieci w ul. Długiej do komory ciepłowniczej w ul. Wąskiej w Łowiczu 59,25% na łączną kwotę 109.366,65 zł netto. Powyższe różnice wynikają z bardzo niskich cen poszczególnych materiałów i sprzętu, które są wielokrotnie cenami poniżej minimalnych cen rynkowych. Mając na uwadze powyższe, uwzględniając specyfikę planowanych robót należy stwierdzić, że ich wykonanie za cenę zaoferowaną przez Konsorcjum wydaje się niemożliwe. Porównanie kosztów przytoczonych powyżej etapów wskazanych w kosztorysie załączonym do oferty z kosztami wynikającymi z kosztorysu inwestorskiego przedstawia załącznik nr 1 do niniejszego pisma.

Zamawiający dokonał ponadto analizy cen jednostkowych materiałów w ofercie Odwołującego porównując je z cenami jednostkowymi opublikowanymi w Informacji SEKOCENBUD o cenach materiałów budowlanych IMB za I kwartał 2017 r., Informacji SEKOCENBUD o cenach materiałów instalacyjnych IMI za I kwartał 2017 r. oraz Informacji SEKOCENBUD o stawkach robocizny kosztorysowej oraz cenach pracy sprzętu budowlanego za I kwartał 2017 r., a także dostępnymi cenami z rynku krajowego i lokalnego. Zamawiający w każdym przypadku brał do analizy cenę najniższą jaka występuje na rynku (lub wynika z informacji SEKOCENBUD). Porównanie cen poszczególnych materiałów i sprzętu zawartych w kosztorysie załączonym do oferty z cenami wynikającymi z Informacji SEKOCENBUD i ofertami otrzymanymi przez Zamawiającego (wymienionych w pkt 3 pisma) przedstawia załącznik nr 2 do niniejszego pisma. Z przeprowadzonej analizy wynika, że ceny zastosowane przez Konsorcjum są o 430.651,28 złotych brutto niższe od najniższych cen

występujących na rynku. Powyższe potwierdza jedynie, że wniosek Zamawiającego, że oferta Konsorcjum zawiera rażąco niską cenę jest w pełni uzasadniony.

V. Nowe okoliczności i dowody powołane w odwołaniu

Odnosząc się natomiast do nowych dokumentów złożonych przez Konsorcjum

dopiero na etapie odwołania (oferta Isoplus Polska Sp. z o.o., oferta Hotsan Sp. z o.o.), należy zwrócić uwagę, że złożenie dodatkowych wyjaśnień i powołanie dowodów w celu wykazania prawidłowości wyliczenia wskazanej w ofercie ceny dopiero na etapie postępowania odwoławczego należy uznać za spóźnione. Okoliczności te nie powinny być wzięte pod uwagę przez Krajową Izbę Odwoławczą. Jak bowiem wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9 kwietnia 2010 roku w sprawie o sygn. akt IV Ca 1299/09 definicja "określonego terminu" na złożenie wyjaśnień Zamawiającemu (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp) oznacza, że informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane Zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego (celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego przyjęcia oferty lub jej odrzucenia), a nie w toku postępowania odwoławczego lub skargowego.

Wobec powyższego, nowe okoliczności i dowody powołane przez Konsorcjum nie powinny być brane pod uwagę przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Mając wszystko powyższe na uwadze, słusznie Zamawiający, kierując się wyjaśnieniami złożonymi przez Konsorcjum, jak również obiektywnymi przesłankami odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 90 ust 3 ustawy PZP. W konsekwencji, zarzuty naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy „Prawo Zamówień Publicznych” nie zasługują na uwzględnienie, a odwołanie winno zostać oddalone.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Odwołującego oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę, która została odrzucona przez Zamawiającego. W przypadku zaś uwzględnienia odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego, w tym w szczególności wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny skierowanego do Odwołującego oraz wyjaśnień Odwołującego zawartych w piśmie z dnia 22.02.2017 r.

Izba dopuściła również oraz poddała ocenie dowody z dokumentów zawnioskowane i przedłożone przez Strony i uczestnika postępowania w trakcie rozprawy, w pismach procesowych oraz jako załączniki do odwołania:

1. Dowody z dokumentów zawnioskowane i przedłożone wraz z odwołaniem przez Odwołującego w postaci:

- Specyfikacja istotnych warunków zamówienia nr 1 /S/2017.
- Formularz ofertowy z dnia 10.02.2017r. wraz z załącznikami.
- Pismo Energa Serwis Sp. z o.o. z dnia 22.02.2017r. (dot. wyjaśnień odnośnie ceny) wraz z załącznikami.
- Pismo Energa Serwis Sp. z o.o. z dnia 22.02.2017r. (dot. uzupełnienia dokumentów) wraz z załącznikami,
- Pismo zamawiającego z dnia 23.03.2017r. - zawiadomienie o odrzuceniu oferty i wyborze oferty najkorzystniejszej.
- Oferta spółki ISOPLUS Polska Sp. z o.o.
- Oferta spółki HOTSAN Sp. z o.o.
- Kalkulacja uproszczona na wykonanie zadania publicznego.
- Zestawienie kosztów z kosztorysów ofertowych.

powołanych na okoliczność uzasadnienia realności zaoferowanego w ofercie Odwołującego wynagrodzenia.

2. Dowody z dokumentów zawnioskowane i przedłożone na rozprawie przez Odwołującego w postaci:

- porównania cen kosztorysowych ENERGA SERWIS, ofert handlowych ULTRARENT, cen ofertowej DOMTOM;
 - oferty zawartej w korespondencji mailowej z dnia 15.06.2016 r. z adresu odnoszącej się do cen badań złączy spawalniczych metoda ultradźwiękową;
 - oferty ULTRARENT z dnia 21.10.2016 r. odnoszącej się do cen badań złączy spawalniczych metoda ultradźwiękową wraz z faktura z dnia 21.10.2016 r.;
 - zamówienia z dnia 06.07.2016 r. ULTRARENT dotyczącego wykonania badań UT złączy spawanych rurociągów technologicznych;
 - oferty handlowej z dnia 07.02.2017 r. RADPOL w zakresie materiałów preizolowanych sieci ciepłej
- Zawnioskowanych i przedłożonych przez Odwołującego na okoliczność związaną z zakwestionowaniem przedstawionych przez Zamawiającego i Przystępującego cen rynkowych dotyczących materiałów oraz usług, jak również wskazanych na okoliczność realności wyceny dokonanej przez Odwołującego w złożonej w postępowaniu ofercie.

3. Dowody z dokumentu zawnioskowane i przedłożone przez Zamawiającego w piśmie procesowym z dnia 11.04.2017 r. w postaci:

- załącznika nr 1 – zatytułowanego „Analiza szczegółowa robót w poszczególnych zadaniach”;
- załącznika nr 2 zatytułowanego „Analiza cen materiałów i sprzętu Oferty nr 2”;
- oferty Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjno – Drogowych w Łowiczu Spółka z o.o. z dnia 14.03.2017 r. dotyczącej cen mieszanki mineralno-asfaltowej KR1, stawek kosztów pracy rozkładarki mas bitumicznych 4m, kosztów pracy walca statycznego samojezdnego stalowego, walca statycznego samojezdnego ogumionego oraz równiarki samojezdnej 74kW
- oferty Cegmar z dnia 20.03.2017 r. w zakresie ceny piasku oraz tłucznia kamiennego, jak również cen usług transportowych samochodami samowyladowczymi i skrzyniowymi;
- oferty ze strony internetowej Polbruk dotyczącej ceny kostki brukowej;
- wydawnictwa SEKOCENBUD zatytułowanego „Informacja o cenach materiałów budowlanych IMB” I kwartał 2017 r. w zakresie cen kruszyw naturalnych, kruszyw mineralnych, cementu portlandzkiego 32,5, betonowych płyt drogowych, ;
- wydawnictwa SEKOCENBUD zatytułowanego „Informacja o cenach materiałów instalacyjnych IMI” I kwartał 2017 r. w zakresie rur preizolowanych (w szczególności Ø 273,0/400 mm);
- wydawnictwa SEKOCENBUD zatytułowanego „Informacja o stawach robocizny kosztorysowej oraz pracy sprzętu budowlanego IRS” I kwartał 2017 r. w zakresie cen pracy i najmu sprzętu koparki jednonaczyniowej kołowej, walca statycznego samojezdnego, samochodu dostawczego i skrzyniowego z zamontowaną wyciągarką, jak również samochodu samowyladowczego;
- oferty Grudnik Spółka z o.o. z dnia 31.03.2017 r. dotyczącej cen rur preizolowanych;
- oferty Producenta Rur Preizolowanych ELZAS z dnia 30.03.2017 r. dotyczącej cen rur preizolowanych przedłożonych

na okoliczność dokonania przez Zamawiającego analizy cen zawartych w ofercie Odwołującego, porównania ww. cen z cenami rynkowymi, jak również z cenami zawartymi w specjalistycznych wydawnictwach służących kosztorysowaniu oraz wykazania cen istniejących na rynku lokalnym.

4. Dowody z dokumentu zawnioskowane i przedłożone przez Przystępującego w postaci:

- oferty handlowej RADPOL z dnia 31.03.2017 r. dotyczącej cen rur preizolowanych, muf termokurczliwych;
- oferty handlowej Zakładu Produkcyjno - Usługowego Międzyrzecz POLSKIE RURY PREIZOLOWANE Spółka z o.o. z dnia 02.02.2017 r. w zakresie cen materiałów instalacyjnych;
- oferty ERBUD z dnia 07.01.2017 r. w zakresie cen badań spoin rur cieplowniczych;

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, w oparciu o dokumentację postępowania (pismo z dnia 16.01.2017 r.), że Zamawiający w następujący sposób ustalił wartość szacunkową zamówienia:

1 Budowa sieci cieplowniczej z rur preizolowanych wzdłuż ulicy Sikorskiego od ulicy

Powstańców 1863 r. do ulicy Starzyńskiego w Łowiczu – 1 650 545,59 zł;

2. Budowy studni zaworów odcinających na istniejącej sieci preizolowanej przy skrzyżowaniu ulic Powstańców 1863 r. i gen. W. Sikorskiego w Łowiczu – 60 105,38 zł;

3. Wyłączenia z eksploatacji odcinka sieci w kierunku zakładów AGROS przy ulicy Powstańców 1863 r. w Łowiczu – 3 038,27 zł;

4. Przebudowy odcinka ciepłociągu od istniejącej sieci w ul. Długiej do komory cieplowniczej w ul. Wąskiej w Łowiczu – 209 321,95 zł.

W powyższym piśmie Zamawiający wskazał, że wartość szacunkowa zamówienia została określona na podstawie projektów budowlanych oraz kosztorysów inwestorskich sporządzonych w miesiącu grudniu 2016 r.

Zgodnie ze znajdującym się w aktach sprawy pismem z dnia 16.01.2017 r. Zamawiający wskazał, że na podstawie art. 86 ust. 3 ustawy Pzp podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 1 923 011,19 zł netto + należy podatek VAT.

Następnie Izba ustaliła, że przedmiotem postępowania jest budowa sieci cieplowniczych na terenie miasta Łowicz z podziałem na 2 zadania. Zamawiający w Rozdziale IV SIWZ zatytułowanym „Opis przedmiotu zamówienia: wskazał, że:

Zadanie nr 1

4.1.1 Budowa sieci cieplowniczej z rur preizolowanych wzdłuż ulicy Sikorskiego od ulicy Powstańców 1863 r. do ulicy Starzyńskiego.

4.1.2 Budowy studni zaworów odcinających na istniejącej sieci preizolowanej przy skrzyżowaniu ulic Powstańców 1863 r. i gen. W. Sikorskiego.

4.1.3 Wyłączenia z eksploatacji odcinka sieci w kierunku zakładów AGROS przy ulicy Powstańców 1863 r.

Zadanie nr 2

4.1.7 Przebudowy odcinka ciepłociągu od istniejącej sieci w ul. Długiej do komory cieplowniczej w ul. Wąskiej w Łowiczu.

Izba ustaliła również, że Zamawiający w Rozdziale X SIWZ zatytułowanym: „Sposób kalkulacji ceny oferty” wskazał, że:

10.1. Wykonawca obowiązany jest przedłożyć ofertę cenową (wg załącznika nr 1 do SIWZ).

10.2. W ofercie cenowej Wykonawca wpisuje cenę netto zadania nr 1, cenę netto zadania nr 2, cenę netto całości zamówienia, cenę brutto całości zamówienia.

10.3. Ceny w ofercie należy podawać w złotych polskich.

10.4. Podana cena musi obejmować wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, w zakresie obowiązków Wykonawcy, zgodnie ze SIWZ w tym także:

- a) koszty wszystkich robót przygotowawczych,
- b) koszty niezbędnych badań, prób, pomiarów i odbiorów,
- c) koszty organizacji placu budowy i zaplecza,
- d) koszty robót zabezpieczających,
- e) koszty uporządkowania placu budowy,

g)koszty utylizacji odpadów.

h)koszt badań metodą ultradźwiękową spoin (100% połączeń)

i)wszystkie koszty związane z rozpoczęciem, realizacją i zakończeniem przedmiotu zamówienia.

10.5.Zaoferowana cena winna obejmować wszelkie rabaty, upusty, zniżki itp.

10.6.Rozliczenia między Zamawiającym a Wykonawcą będą prowadzone w walucie PLN.

10.7.Cena ofertowa nie będzie podlegać waloryzacji.

Zgodnie z zawartą w piśmie z dnia 14.02.2017 r. informacją z otwarcia ofert w postępowaniu zostało złożonych 4 oferty przez następujących wykonawców:

1.Oferta nr 1: DEDAL I Przedsiębiorstwo Wielobranżowe K. J. Łódź – zadanie nr 1 z wartością 1 476 776,02 zł netto, zadanie nr 2 z wartością 200 473,79 zł netto i z ceną całkowitą wynoszącą 2 063 017,26 zł brutto;

2.Oferta nr 2: Konsorcjum Energa Serwis Spółka z o.o., EKO Energetyka i Ciepłownictwo Spółka z o.o. oraz Alu-Centrum Spółka jawna – zadanie nr 1 z wartością 1 068 664,47 zł netto, zadanie nr 2 z wartością 120 000,01 zł netto i z ceną całkowitą wynoszącą 1 462 057,31 zł brutto;

3.Oferta nr 3: Przedsiębiorstwo Specjalistyczne ENERGOTERM Spółka z o.o. – zadanie nr 1 z wartością 2 383 518,98 zł netto, zadanie nr 2 z wartością 353 397,75 zł netto i z ceną całkowitą wynoszącą 3 366 407,58 zł brutto;

4.Oferta nr 4: Konsorcjum DOMTOM Spółka z o.o. oraz ZIEM-BUD Spółka z o.o. Spółka komandytowa – zadanie nr 1 z wartością 1 450 000,00 zł netto, zadanie nr 2 z wartością 150 000,00 zł netto i z ceną całkowitą wynoszącą 1 968 000,00 zł brutto.

Izba ustaliła, iż w ramach przedmiotowego postępowania Zamawiający pismem z dnia **16.02.2017 r.** wezwał Odwołującego (pismo skierowane do Lidera Konsorcjum – Energa Serwis Spółka z o.o.) na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, do udzielenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów dotyczących cen materiałów, sprzętu i transportu oferty mających wpływ na wysokość ceny, ponieważ oferta złożona przez tego wykonawcę wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do

możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami w SIWZ i wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia oraz średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

W odpowiedzi na powyższe Odwołujący w piśmie z **dnia 22.02.2017 r.** wskazał, że cena przedmiotowej oferty stanowi bilans dostępnych i sprzyjających warunków, na które składają się:

- posiadanie własnego sprzętu i urządzeń do realizacji przedmiotu zamówienia to jest: sprzętu spawalniczego (kompletnych zestawów do spawania gazowego i elektrycznego), agregatów prądotwórczych, centrowników, szlifierek, koparko-ladowarek co skutkuje niższymi kosztami oraz brakiem konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów związanych z wynajmem sprzętu,

- wprowadzenie systemów zarządzania jakością PN-EN-ISO 9001:2008; PN-EN ISO 14001:2004;BS OHSAS 18001:2007; EN ISO 3834-2 i 97/23/WE Moduł H1, które usprawniły organizację pracy w sposób pozwalający na obniżenie kosztów pracy pracowników,

- posiadanie wykwalifikowanej i doświadczonej, wykonującej tego rodzaju prace od wielu lat, kadry. Tylko sam lider konsorcjum ENERGA SERWIS Sp. z o.o. zatrudnia 350 osób w tym m.in. 68 spawaczy z uprawnieniami UDT,182 monterów, 22 mistrzów i 46 pracowników kadry inżynierskiej co gwarantuje poprawną kalkulację oferty oraz prawidłowe wykonanie prac na najwyższym poziomie,

- zatrudnianie tak dużej liczby pracowników, oraz długoletnia praktyka w realizacji robót o różnym stopniu trudności, powoduje możliwość rotacji pracowników na danej budowie w zależności od aktualnych potrzeb, co w znaczący sposób obniża realizowanego kontraktu, korzystanie z atrakcyjnych rabatów na zakup materiałów, dzięki współpracy z bezpośrednimi producentami, skutkuje możliwością zaoferowania Zamawiającemu konkurencyjnych cen za wykonanie przedmiotowego zamówienia w technologii ISOPLUS co dodatkowo świadczy o wysokiej jakości przedstawionej oferty, obniżenie kosztów transportu materiałów preizolowanych, który zawarty jest w cenie, dodatkowym gwarantem poprawnej kalkulacji jest fakt że Nasze firmy działają na przestrzeni wielu lat a sam Lider Konsorcjum ENERGA SERWIS Spółka z o.o. w dwóch poprzednich latach zrealizował roboty budowlane za kwotę 175 mln zł i wypracował zysk na poziomie 2,3 mln złotych netto.

Odwołujący w ramach wyjaśnień wskazał ponadto, że na przestrzeni kilku lat Nasze firmy wykonały wiele podobnych zamówień w porównywalnych cenach. Wieloletnie doświadczenie naszych firm gwarantuje wykonanie zadania w ustalonym terminie za kwotę przedstawioną w przedmiotowej ofercie.

Na zakończenie wyjaśnień Odwołujący wskazał, że dlatego pragniemy zapewnić w imieniu całego konsorcjum, że jesteśmy w stanie wybudować sieć objętą ofertą w wyznaczonym terminie zachowując najwyższe standardy

techniczne przy oferowanej cenie.

Do powyższych wyjaśnień Odwołujący przedłożył kosztorys ofertowy oraz wykaz sprzętu i urządzeń.

W dniu **23.03.2017 r.** Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W ramach uzasadnienia Zamawiający podniósł, że Oferta nr 2 podlega odrzuceniu na podstawie art. 90 ust 3 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych, gdzie 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.

Uzasadnienie

W toku badania ofert Zamawiający powziął wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za ceną zaoferowaną w ofercie nr 2, która wydawała się rażąco niska ponieważ jest niższa o co najmniej 30% od wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia oraz średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 listy wyłączeń z Prawa zamówień Publicznych, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwrócił się do Oferenta pismem l.dz. 783/2017 z dnia 16.02.2017 r. z prośbą o udzielenie wyjaśnień i przedstawienia dowodów dotyczących cen materiałów, sprzętu i transportu o forte mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający wskazał, że Wykonawca pismem l.dz.286/2017 z dnia 22.02.2017 złożył w terminie wyjaśnienia, lecz bez przedstawienia dowodów. Uznanie żądania wyjaśnień za domniemanie prawne oznacza przerzucenie ciężaru dowodu w sprawie rażąco niskiej ceny oferty na Wykonawcę. W postępowaniu wyjaśniającym zgodnie z art. 90 ust. 2 Wykonawca powinien udowodnić, nie budząc wątpliwości Zamawiającego, że składowe ceny są racjonalne i umożliwiają prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Natomiast Wykonawca przedstawiając wyjaśnienia na możliwość wykonania zamówienia w zaproponowanej cenie posługiwał się hasłami. Takie postępowanie obciąża wykonawcę w ten sposób, że uniemożliwił on Zamawiającemu obiektywną ocenę, czy w ofercie nie doszło do rażąco niskiej ceny. Zamawiający nie mógł narzucić wykonawcy sposobu udzielania wyjaśnień dotyczących ceny, ale w wezwaniu wyraźnie wezwał do udzielenia wyjaśnień dotyczących cen materiałów, sprzętu i transportu mających wpływ na wysokość ceny.

Zamawiający wskazał w wezwaniu te elementy oferty, które na etapie oceny budzą jego największe wątpliwości i Zamawiający oczekiwał, że te elementy zostaną mocno uzasadnione. Wykonawca nie uczynił zadość żądaniu Zamawiającego, a w szczególności, nie przedstawił dowodów na okoliczności, które mogły znacząco wpłynąć na obniżenie ceny ofertowej. Lakoniczne wskazanie w wyjaśnieniu, że Wykonawca korzysta z atrakcyjnych rabatów na zakup materiałów, posiada własny sprzęt i urządzenia do realizacji przedmiotu zamówienia, ma wprowadzone systemy zarządzania jakością, co pozwoliło usprawnić organizację pracy, w cenie zawarte są obniżone koszty transportu materiałów preizolowanych, posiada wykwalifikowaną i doświadczoną kadrę, że Wykonawca zrealizował w dwóch poprzednich latach roboty za kwotę 175 mln oraz wypracował zysk na poziomie 2,3 mln zł netto są własnymi deklaracjami nie popartymi żadnymi dowodami. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach powinien wykazać, iż zaproponowana cena nie jest rażąco niska, ponieważ ich celem jest wzruszenie przyjętego domniemanie. Wyjaśnienia powinny być konkretne, wyczerpujące i rzeczywiście uzasadniające podaną cenę w ofercie. W przedmiotowym postępowaniu stwierdzić należy, że Wykonawca w wyjaśnieniach przedstawił jedynie ogólne stwierdzenia, które uniemożliwiają pozytywną weryfikację tych wyjaśnień i tego powodu nie można ich uznać za wystarczające. Wyjaśnienia Wykonawcy nie wskazują na indywidualne, dostępne jedynie jemu uwarunkowania uzasadniające wysokość zaoferowanej ceny - a informacja o wykonaniu podobnych zadań na przestrzeni kilku lat nie jest dowodem przesądzającym o sposobie ich kalkulacji. Takie stanowisko wyraził SO w Warszawie w wyroku, z dnia 05. 01. 2007 r. (V Ca 2214/06), że nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, tylko wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zdaniem sądu „intencją” ustawodawcy było danie oferentowi możliwości uchronienia się przed odrzuceniem oferty z uwagi na podejrzenie zamieszczenia w niej rażąco niskiej ceny. Podobne zdanie wyrażała wielokrotnie KIO, podnosząc w wyrokach, iż Wykonawca powinien złożyć wyczerpujące wyjaśnienia i udowodnić realność zaoferowanej ceny -- wyrok z dnia 13.

12. 2008 r. KIO/UZP 1443/08) oraz udowodnić, że jego cena jest wiarygodna, tzn., że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia przy zachowaniu należytej staranności, Wykonawca nie będzie ponosił strat (wyrok z dnia 28.01.2010 r. KIO/UZP 1746/09). Wykazano również, że cena nawet znacząco odbiegająca od szacunkowej wartości zamówienia, czy nawet od cen innych Wykonawców, nie musi być ceną rażąco niską, o ile wezwany do wyjaśnień Wykonawca jest w stanie udowodnić prawdziwość podanych w ofercie elementów cenotwórczych. Wykonawca, który składa wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, powinien wykazać, co spowodowało obniżenie ceny oferty. Znowelizowany przepis zdyskontował utrwalony już w orzecznictwie pogląd, iż wystosowanie wezwania do Wykonawcy rodzi po jego stronie obowiązek obalenia domniemanie, iż zawarta

w ofercie cena nosi znamiona rażąco niskiej (KIO 1287/14 czy KIO 918/14). jednocześnie należy zwrócić uwagę, iż Zamawiający nie ma obowiązku podpowiadać wykonawcy dlaczego zadeklarowaną przez niego cenę uważa za rażąco niską (SO w Warszawie sygn. IC Ca 1299/2009 czy KIO 2659/12 lub KIO 1363/13). Wykonawca, składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny oferty, powinien wskazać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny oraz stopień, w jakim cena została obniżona dzięki wskazanym czynnikom. Odpowiedź wykonawcy nie może być lakoniczna i powierzchowna aby można ją było potraktować, jako wyczerpującą i rozwiewającą wątpliwości. Aby odpowiedź złożona na wezwanie wystosowane na podstawie art. 90 ust. 1 Ustawy Prawo zamówień Publicznych posiadała walor wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny powinna być bardziej szczegółowa w zakresie elementów składających się na zaoferowaną cenę aniżeli sama oferta, „Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny powinien wykazać, co spowodowało obniżenie ceny oraz w jakim stopniu wskazane przez niego elementy ceny wpłynęły na jej obniżenie, jak również przedstawić dowody na potwierdzenie zaistnienia podnoszonych okoliczności.” (KIO 1287/13).

W ramach podsumowania Zamawiający wskazał, że Oferent 2 nie uzasadnił Zamawiającemu w sposób możliwy do zaakceptowania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 90 ust 3 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

Na powyższą czynność Odwołujący w dniu 28.03.2017 r. wniósł odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż w ramach postępowania odwoławczego, mając na uwadze treść art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, ocenie podlegają czynności podmiotu zamawiającego podejmowane na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym Izba oceniając podniesione w ramach rozpoznawanego odwołania zarzuty wzięła pod uwagę przedstawione przez Odwołującego dowody i wyjaśnienia, treść złożonej oferty i ocenę tych wyjaśnień oraz dowodów dokonaną przez Zamawiającego.

Jak wskazuje się w orzecznictwie, na co uwagę zwracał Przystępujący, przywołując w piśmie procesowym orzeczenie Izby o sygn. akt KIO 893/14, które to stanowisko Izba w niniejszym składzie podzieliła w całej rozciągłości *Informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie muszą być przy tym znane zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego - celem umożliwienia mu podjęcia decyzji, co do ewentualnego przyjęcia lub odrzucenia oferty - a nie przedstawiane dopiero w toku postępowania odwoławczego. W innym wyroku z dnia z dnia 3 czerwca 2014 r. sygn. KIO 893/14 wskazano, że złożenie nowych dokumentów w celu wykazania prawidłowości wyliczenia ceny ofertowej dopiero na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest spóźnione i nie może zostać wzięte pod uwagę przy ocenie, czy oferta danego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę.*

Powyższe, jak wskazano powyżej, jest wynikiem faktu, że ocenie w ramach postępowania odwoławczego podlegają czynności podmiotu zamawiającego podejmowane przez tego ostatniego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W tym miejscu Izba wskazuje, iż podzieliła w całej rozciągłości stanowisko Zamawiającego i dokonaną przez tego ostatniego ocenę wyjaśnień złożonych przez Odwołującego. Odwołujący bowiem przywołał w ramach wyjaśnień jedynie ogólne argumenty nie mogące stanowić niejako „usprawiedliwienia” dla wyliczenia wynagrodzenia na takim poziomie. Jak słusznie wskazał Zamawiający wyjaśnienia te, co do zasady były powiązane z elementami wpisującymi się w warunki udziału w postępowaniu, zaś przedstawiona wraz z wyjaśnieniami kalkulacja stanowiła powtórne złożenie kosztorysu, którym Zamawiający już dysponował od upływu terminu składania ofert.

Przy tak zakreślonym wezwaniu obowiązkiem Odwołującego było przedstawienie dowodów uzasadniających zaproponowaną przez tego wykonawcę cenę ofertową. Powtórne przedstawienie kosztorysu ofertowego nie ma waloru dowodowego. Kosztorys ten stanowi bowiem uszczegółowienie ceny ofertowej – a więc złożonego przez wykonawcę oświadczenia woli co do proponowanego przez niego wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia. Taki walor mogłyby posiadać przedstawione przez Odwołującego np. oferty handlowe dotyczące zakupu materiałów po określonych cenach, stawki wynagrodzenia ewentualnych podwykonawców, zadeklarowane przez dostawców upusty i rabaty (o ile będą one zgodne z regułami rynkowymi). Samo formalne przedstawienie dokumentów (w tym powtórne złożenie zamawiającemu kosztorysu ofertowego złożonego wraz z ofertą oraz wykazu narzędzi i urządzeń, którymi dysponuje wykonawca) nie może stanowić podstawy do uznania, że wykonawca spełnił wymagania ujęte w procedurze uregulowanej w treści przepisów art. 90 ust. 1 – 3 ustawy Pzp.

Otóż, jak słusznie wskazał Zamawiający oraz Przystępujący, obowiązkiem wykonawcy jest złożenie wyjaśnień

w wyniku wezwania i przedstawienie dowodów na etapie procedury ubiegania się o zamówienie publiczne. Izba zaś, w ramach rozpoznawania środków ochrony prawnej, poddaje w kontekście podniesionych zarzutów, ocenie czynności podmiotu zamawiającego przedsiębrane na etapie procesu ubiegania się o zamówienie publiczne. Rolą postępowania odwoławczego nie jest badanie ceny ofertowej, nie jest również powtórzenie oceny przedłożonych przez wykonawcę wyjaśnień i dokumentów, lecz ocena prawidłowości postępowania podmiotu zamawiającego w kontekście oceny tych wyjaśnień i zgromadzonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dowodów. Wszakże zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie wnosi się wobec czynności podmiotu zamawiającego i taka ocena pozostaje w ramach kognicji Izby.

Badając podjętą przez Zamawiającego czynność oceny oraz odrzucenia oferty Odwołującego wskazać należy, że Izba nie doszukała się nieprawidłowości w ocenie wyjaśnień oraz przedłożonych przez Odwołującego dokumentów. Złożone przez Odwołującego wyjaśnienia są lakoniczne, nie odnoszą się do żadnych specyficznych dla zamówienia okoliczności, opierają się na ogólnych twierdzeniach nie popartych żadną analizą, w tym nie referują one choćby do wymagań ujętych przykładowo w treści art. 91 ust. 1 pkt 1 – 5 ustawy Pzp.

Zgodzić się należy z Zamawiającym, że przedłożone przez Odwołującego wraz z pismem z dnia 22.02.2017 r. dokumenty, stanowiły elementy oferty składane na potwierdzenie spełnienia warunków (wykaz urządzeń i narzędzi) oraz miały uszczegóławiać zaoferowaną w postępowaniu cenę.

Sam fakt dysponowania doświadczeniem, urządzeniami, czy też narzędziami nie jest bowiem niczym nowym i specyficznym, gdyż stanowi on w postaci warunków udziału w postępowaniu element sine qua non umożliwiający ubieganie się wykonawcy o zamówienie. Bez jego spełnienia nie istniałaby możliwość udzielenia zamówienia jakiegokolwiek wykonawcy – zatem nie może on stanowić uzasadnienia dla zaoferowania wynagrodzenia na poziomie odbiegającym o ponad 30% od wartości szacunkowej ustalonej przez Zamawiającego oraz średniej arytmetycznej złożonych w postępowaniu ofert.

Tym samym w ocenie Izby ocena złożonych przez Odwołującego wyjaśnień wraz z przedłożonymi dowodami uprawniała Zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż zostały spełnione warunki wymienione w tym przepisie. Dodać należy ponadto, że Zamawiający poczynił samodzielnie starania o zbadanie rynku i zweryfikowanie cen za poszczególne elementy oferty, które to działania Izba uznała za wiarygodne i przekonujące. Zamawiający bowiem posiłkował się branżowymi i aktualnymi wydawnictwami (np. SEKOCENBU) oraz zwrócił się o złożenie ofert przez lokalnych dostawców materiałów budowlanych w zakresie tych materiałów, których ceny odbiegały w znaczny sposób od cen rynkowych.

Co do prawidłowości złożenia wyjaśnień i zrealizowanego przez Odwołującego procesu dowodzenia w zakresie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp Izba wskazuje, że samo przedstawienie przez Odwołującego w późniejszym terminie dowodów na potwierdzenie zaoferowanych cen poszczególnych materiałów (korespondencja mailowa z dnia 15.06.2016

r. z adresu mailowego ultracal@op.pl), jak również kolejna oferta dotycząca badań spawów metodą ultradźwiękową (oferta Zakładu Badań Nieniszczących Ultrarent z dnia 21.10.2016 r.) nie może stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania. W zasadzie przedłożone przez Odwołującego dowody działają na jego niekorzyść, gdyż wskazują na obiektywną możliwość podjęcia kroków do złożenia Zamawiającemu pełnych i wiarygodnych wyjaśnień. Jeżeli Odwołujący, choć co prawda w ograniczonym zakresie, miał możliwość zgromadzenia materiału dowodowego to składając te dowody dopiero na etapie postępowania odwoławczego potwierdził prawidłowość działań Zamawiającego. Wszakże uzyskana na potrzeby porównania w postępowaniu odwoławczym oferta RADPOL (oferta dotycząca rur preizolowanych z dnia 07.02.2017 r.) mogła stanowić podstawę uwiarygodnienia zaoferowanej ceny – nawet jeżeli Odwołujący w tym zakresie skorzystał z innej bardziej dla niego korzystnej oferty.

Wskazać bowiem należy, iż sformalizowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy uznać za jego specyfikę, która odnosi się również do kwestii wyjaśnień związanych z rażąco niską ceną. Otóż wykonawca nie może zakładać, że podmiot zamawiający pozyska samodzielnie informacje wskazujące na podstawy takiego a nie innego skalkulowania wynagrodzenia, nie może również odstąpić od szczegółowego wyjaśnienia oraz udowodnienia przesłanek jakie stały za skalkulowaniem wynagrodzenia na poziomie odbiegającym o ponad 30% od szacunkowej wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej złożonych ofert. Jeżeli bowiem powyższe przesłanki zaistnieją, jak miało to miejsce w ramach prowadzonego postępowania, obowiązkiem podmiotu zamawiającego jest wystąpić do wykonawcy o złożenie w tym zakresie wyjaśnień, zaś obowiązkiem wykonawcy jest złożenie wyjaśnień i przedłożenie dowodów w tym zakresie.

Odwołujący zaś w tym przypadku przeniósł postępowanie dowodowe na etap postępowania odwoławczego, czego skutkiem jest oddalenie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 2 i 3, art. 7

ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 w zw.
z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp.

W kontekście podjętych przez Zamawiającego czynności zmierzających do samodzielnej weryfikacji poszczególnych cen zawartych w ofercie wskazać należy, iż Zamawiający słusznie uznał wynagrodzenie za zaniżone, zaś zgromadzone przez niego dowody i materiały pomocnicze wskazują jednoznacznie, że ceny odnoszące się do rur preizolowanych, kosztów transportu (pracy sprzętu) są znacznie zaniżone, zaś sama cena betonu, kostki brukowej i cena materiałów służących do odtworzenia nawierzchni jezdnych znajduje się na poziomie niemożliwym do uzyskania na rynku.

Zamawiający wskazywał również na trudne warunki realizacji zamówienia (realizacja robót na czynnej arterii komunikacyjnej i związana z nią konieczność realizacji robót małymi etapami, jak również brak miejsca na składowanie urobku, odpadów i materiałów), które to warunki raczej wskazują na konieczność wyceny dodatkowych ryzyk – nie zaś na możliwość uzyskania oszczędności podczas realizacji robót.

Izba oceniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w tym w szczególności przedstawione przez Zamawiającego oraz Przystępującego oferty handlowe, jak również wskaźniki kosztorysowe z publikacji branżowych uznała, że ocena zgromadzonego przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego materiału była prawidłowa i winna skutkować wykluczeniem Odwołującego z postępowania.

Izba bowiem ustaliła, że w kontekście czynności mających miejsce w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, postępowanie Zamawiającego było prawidłowe i oparte o obowiązujące przepisy.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba nie uwzględniła wniosku kosztowego o zasądzenie kosztów reprezentacji przed Izbą zgłoszonego na rozprawie przez Przystępującego wskazując, iż w przypadku oddalenia odwołania, jeżeli nie doszło do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu i złożenia sprzeciwu przez przystępującego, przepisy nie przewidują możliwości zasądzenia na rzecz przystępującego kosztów reprezentacji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....