

WYROK
z dnia 3 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 12, 14, 17, 25, 31 marca 2014r., 7 kwietnia 2014r. oraz 29 maja 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej: w dniu 28 lutego 2014 r. przez odwołującego: TEC-CUATRO S.A., C/Lepant 350 3, 08021 Barcelona, Hiszpania w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa

przy udziale:

- A. wykonawcy SENER Sp. z o.o., ul. Żelazna 28/30, 00-832 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: BBF sp. z o.o., SAFEGE S.A., ul. Dąbrowskiego 461, 60-451 Poznań zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
- C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: KV Projekty Inżynieryjne i Architektoniczne Sp. z o.o., KV Consultores de Ingenieria, proyectos y obras, S.L., ul. Piękna 43/11, 00-672 Warszawa zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
- D. wykonawcy GETINSA INGENIERIA S.L., C/ Ramon de Aguinaga 8, 28028 Madryt, Hiszpania zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża TEC-CUATRO S.A., C/Lepant 350 3, 08021 Barcelona, Hiszpania i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez TEC-CUATRO S.A., C/Lepant 350 3, 08021 Barcelona, Hiszpania tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od TEC-CUATRO S.A., C/Lepant 350 3, 08021 Barcelona, Hiszpania na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Pismem z dnia 28 lutego 2014 r. wykonawca TEC-CUATRO S.A. C/ Lepant, 350 3, 08021 Barcelona zwany dalej „odwołującym” wniósł odwołanie.

Postępowanie prowadzi PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centralne Biuro Zamówień ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa zwany dalej „zamawiającym”

Postępowaniu nadano numer referencyjny: 6060/ICZ4/000029/13/P.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu: 31/08/2013 pod poz. 2013/S 169 - 293297

Odwołanie dotyczy: Postępowania przetargowego nieograniczonego na wykonanie dokumentacji projektowych dla odcinka Czyżew - Białystok od km 107.260 - do km 178.500. uzyskanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach i przygotowanie wniosków o wydanie wszystkich niezbędnych pozwoleń, decyzji administracyjnych oraz materiałów przetargowych na roboty budowlane w ramach projektu POIŚ 7.1 - 7.5 „Modernizacja linii E 75 na odcinku Sadowne - Białystok wraz z robotami pozostałymi na odcinku Warszawa Rembertów - Sadowne - Prace Przygotowawcze (dokumentacja projektowa i materiały przetargowe).

Zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 04.03.2014r. przekazano do łącznego rozpoznania odwołania: GETINSA INGENIERIA S.L., C/ Ramon de Aguinaga 8, 28028 Madryt, Hiszpania o Sygn. akt KIO 397/14 i TEC-CUATRO S.A. C/ Lepant, 350 3, 08021 Barcelona o Sygn. akt KIO 404/14.

Działając na podstawie art. 182 ust. 1 pkt. 1 w związku z art. 179 art. oraz art. 180 ust. 4 Ustawy Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej „Ustawą”, składam odwołanie od niezgodnych z przepisami Ustawy czynności podjętych przez Zamawiającego - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centralne Biuro Zamówień ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, związanych z badaniem i oceną ofert, podjętych w prowadzonym postępowaniu. Zamawiającemu zarzucono naruszenie:

1. art. 89 ust.1 pkt.4 w zw. z art. 90 ust.2 i 3 Ustawy poprzez uznanie za odrzuconą ofertę TEC - CUATRO S.A. z siedzibą w Barcelonie (dalej: Odwołujący) z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;

2. art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu oraz równego traktowania wykonawców;

3. art. 91 ust. 1 Ustawy, poprzez uznanie, że oferta Odwołującego nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołanie jest wniesione w terminie, bowiem zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt. 1 Ustawy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone przepisami wydanymi na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy, odwołanie wnosi się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, czyli zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty. Informację taką Zamawiający przesłał do Odwołującego w dniu 18 lutego 2014 r. 10-dniowy termin na wniesienie odwołania upływa w dniu 28 lutego 2014 r. Oznacza to, że termin złożenia niniejszego odwołania został zachowany.

Odwołujący posiada interes prawny w złożeniu odwołania, ponieważ w przypadku nie odrzucenia oferty Odwołującego zostałaby uznana ona za ofertę najkorzystniejszą. Jak również interes prawny Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centralne Biuro Zamówień ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, powtórzenie czynności przez dokonanie ponownego wyboru ofert na warunkach przewidzianych w Ustawie oraz w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Publicznego i dokonanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Uzasadnienie odwołania zawiera następującą argumentację formalną i prawną.

Decyzja Zamawiającego, o odrzuceniu oferty wnoszącego odwołanie jest wadliwa z uwagi na następujące okoliczności:

I. Naruszenie art. 89 ust.1 pkt.4 w zw. z art. 90 ust.2 i 3 Ustawy poprzez uznanie za odrzuconą ofertę TEC - CUATRO S.A. z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Faktem przyznanym przez Odwołującego jest, iż:

- w dniu 27 listopada 2013 r. wpłynęło do Odwołującego pismo Zamawiającego wzywające do złożenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny. Pod rygorem odrzucenia oferty na mocy art. 89 ust.1 pkt.4 w zw. z art. 90 ust.3 Ustawy;

- pismem z dnia 29 listopada 2013 r. (wpływ do Zamawiającego 03 grudnia 2013 r.) Odwołujący wykonał przedmiotowe zobowiązanie udzielając stosownych wyjaśnień.

a) Przede wszystkim należy zaznaczyć, iż Zamawiający na realizację przedmiotowego zadania przeznaczył kwotę 73.800.000,00 PLN brutto.

Zgodnie z zapisem pkt. 19.9 Części I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Publicznego (dalej: SIWZ) jedynym kryterium wyboru oferty dla przedmiotowego przetargu była cena.

W przetargu brało udział 16 podmiotów, których średnia arytmetyczna zaoferowanych cen nie przekraczała 29% wysokości przeznaczonego przez Zamawiającego budżetu na realizację zadania.

Wybrana przez Zamawiającego oferta konsorcjum KV Projekty Inżynieryjne i Architektoniczne Sp. z o.o. w Warszawie i KV Consultores de Ingeniería, proyectos y obras, S.L. w Madrycie opiewała na kwotę 15.236.639,76 PLN brutto, co stanowiło 21% wysokości budżetu zadania. Natomiast odrzucona oferta Odwołującego opiewała na kwotę 10.400.680,00 PLN netto po ubruttowaniu 12.792.836,40 PLN, co stanowiło 18% wysokości budżetu zadania.

Wartym zaznaczenia jest, że Zamawiający nie tylko w przedmiotowym przetargu przeszacował znacznie budżet zadania. W organizowanym wcześniej przez Zamawiającego postępowaniu przetargowym „na wykonanie dokumentacji projektowych dla odcinka Sadowne - Czyżew od km 71.800 - do km 107.260 z uzyskaniem wszystkich niezbędnych pozwoleń i decyzji administracyjnych oraz materiałów przetargowych na roboty budowlane w ramach projektu POIIS 7.1 - 7.5", wysokość budżetu zadania wynosiła kwotę 49.200.000,00 PLN brutto. Wybrana oferta spółki SYSTRA S.A. opiewała na kwotę 9.616.578,20 PLN brutto, co stanowiło 20% wysokości budżetu zadania. Średnia ważona zaoferowanych cen nie przekraczała natomiast 27% wysokości przeznaczonego przez Zamawiającego budżetu na realizację zadania. Co ważne w tym przypadku Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości, co do wysokości zaoferowanej przez spółkę SYSTRA S.A. ceny. Zamawiający wręcz nie wdrożył w stosunku do tej spółki procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji rażąco niskiej ceny, podobnie jak brak jest takiej definicji w dyrektywach unijnych. Zamawiający każdorazowo musi samodzielnie ocenić, czy cena danej oferty jest niewiarygodnie niska, biorąc pod uwagę ustaloną przez siebie wartość przedmiotu zamówienia wraz z podatkiem VAT, a także ceny zaoferowane w pozostałych ofertach. Gdyby bowiem okazało się, że oferowana cena jest znacząco niższa od sumy, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, ale równocześnie kształtuje się na takim samym poziomie jak wszystkie oferty złożone w postępowaniu, może się okazać, że to Zamawiający, a nie Wykonawca oferujący niską cenę, popełnił błąd w szacowaniu wartości zamówienia.

Zamawiający zobowiązany jest wdrożyć procedurę wyjaśnienia rażąco niskich cen ofert wykonawców, jedynie wówczas, gdy całokształt zaistniałych okoliczności w tym znanych Zamawiającemu cen rynkowych podobnych zamówień, ceny innych złożonych ofert oraz wartość oszacowania, wskazują, iż cena najkorzystniejszej oferty, odbiega na tle realiów

rynkowych, że nie jest wręcz możliwe i realne wykonanie całości przedmiotu zamówienia za oferowaną cenę w sposób należyty oraz nieprzynoszący straty po stronie Wykonawcy (Wyrok z dnia 01 marca 2011 r. KIO 318/11).

Zaistniała sytuacja znacznej rozbieżności pomiędzy wyceną usług przez Zamawiającego a wyceną usług przez składających oferty w tym Odwołującego uzasadnia zarzut, że albo kosztorys (budżet zadania) Zamawiającego był rażąco przeszacowany albo wszystkie ceny były rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W tym miejscu warto przytoczyć dwa Wyroki Krajowej Izby Odwoławczej jeden z dnia 28 grudnia 2011 r. sygn. akt KIO 2658/11 „fakt, iż ceny ofert są do siebie zbliżone, oznacza, iż odzwierciedlają one rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia, kalkulowanych w tym samym czasie i w takich samych warunkach gospodarczych. Istnienie różnic pomiędzy składanymi ofertami jest naturalnym objawem konkurencji i nie tylko, że nie jest, ale i nie może być wystarczającym dla stwierdzenia rażąco niskiej cen Drugi Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 czerwca 2013 r. sygn. akt KIO 1282/13 „zamawiający musi mieć przesłanki do zastosowania art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) racjonalnie uzasadniające wezwanie do złożenia wyjaśnień w kontekście zarzutu rażąco niskiej ceny oferty. Zamawiający nie jest uprawniony do stosowania tego przepisu „z ostrożności” w sytuacji, gdy brak jest racjonalnych podstaw do stwierdzenia, że cena oferty jest ceną rażąco niską.

b) Zdaniem Odwołującego wadliwe było sporządzone przez Zamawiającego wezwania z dnia 27 listopada 2013 r. zobowiązujące Odwołującego do złożenia szczegółowych wyjaśnień. Mając na uwadze ugruntowane stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający, żądając wyjaśnień ma obowiązek wskazania na elementy oferty, które budzą jego wątpliwości, czy też wskazania zakresu, w jakim oczekuje wyjaśnień. Stanowisko takie znajduje odzwierciedlenie w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 06 czerwca 2011 r. sygn. akt KIO 1131/11 „zamawiający jest obowiązany żądać od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień każdorazowo, gdy tylko powźmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny pod względem jej rażącego zaniżenia. Jeśli w trakcie oceny ofert zamawiający ma do czynienia z ofertą zawierającą cenę odbiegającą w istotny sposób od wartości przedmiotu zamówienia, w celu ustalenia, czy oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, obowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny. Pytanie do wykonawcy powinno zawsze wskazywać elementy oferty, co do których zamawiający oczekuje wyjaśnień, przy czym mogą to być wyłącznie elementy, które mają wpływ na wysokość cen'. Przedmiotowe stanowisko KIO zostało zaaprobowane w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lipca 2011 r. sygn. akt KIO 1452/11 „o wezwaniu do wyjaśnień elementów oferty mających wpływ

na wysokość ceny przesądzają uzasadnione wątpliwości zamawiającego, a pytanie skierowane do wykonawcy powinno wskazywać elementy oferty, które podczas jej badania wzbudziły wątpliwości i co, do których zamawiający oczekuje wyjaśnień. Powinnością wykonawcy w takiej sytuacji jest udzielenie wyjaśnień w zakresie okoliczności, które wpłynęły na kalkulację ceny. Postępowanie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.-Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) ma charakter wyjaśniający, a nie dowodowy i ma na celu utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie.

Brak wskazania w otrzymanym przez Odwołującego wezwaniu do wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, co do których Zamawiający oczekuje wyjaśnień uniemożliwiło z jednej strony Odwołującemu wyczerpujące udzielenie wyjaśnień a z drugiej strony umożliwiło Zamawiającemu uznanie wyjaśnień za „ogólnikowe i pozbawione konkretnych danych”.

c) Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, który w faktycznym uzasadnieniu odrzucenia oferty podniósł, iż analiza wyjaśnień wykazała, że zakres podanych informacji jest ogólnikowy i pozbawiony konkretnych danych, jak również Wykonawca nie przedstawił obiektywnych czynników, które umożliwiły mu obniżenie ceny. W szczególności Wykonawca nie przedstawił okoliczności, o których mowa w art. 90 ust. 2 Ustawy. Jednocześnie Zamawiający zarzucił, iż do wyjaśnień nie załączono żadnej kalkulacji oraz brak jest w wyjaśnieniach informacji, które mogłyby być poddane merytorycznej ocenie pod kątem zakresu prac, nakładów pracy i zastosowanych stawek.

Powyższe uzasadnienie odrzucenia oferty znacznie odbiega od wypracowanej linii orzecznictwa KIO. W świetle Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 marca 2013 r. sygn. akt KIO 458/13.

Odwołujący przywołuje dalsze orzecznictwo, z którego podnosi jak poniżej.

- przedsiębiorca jest uprawniony do samodzielnej kalkulacji ceny ofertowej i dokonuje jej na własne ryzyko. Swoboda ustalania ceny jest jednym z instrumentów konkurencji rynkowej, a zamawiający nie może bez podstawy prawnej wkraczać w tę swobodę. Prawo zamówień publicznych nie daje zamawiającym uprawnień do badania struktury ceny ofertowej i wyciągania wobec wykonawców konsekwencji z powodu zastosowania określonego elementu składowego tej ceny, a jedynym wyjątkiem jest możliwość analizy oferty pod kątem rażąco niskiej ceny (Wyrok z dnia 23 lutego 2011 r. KIO 281/11);
- poziom szczegółowości wyjaśnień nie może prowadzić do ich dyskwalifikacji. Zauważyć bowiem należy, iż Ustawodawca w tym względzie nie postawił żadnych wymogów. Skoro wyjaśnienia te są weryfikowalne dla zamawiającego, to tym bardziej ich ocena nie powinna sprawiać problemów profesjonalnemu wykonawcy, działającemu w analizowanym segmencie rynku.

Przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych nie określają żadnych wymogów, co do zakresu udzielanych wyjaśnień, ograniczając się jedynie do wskazania, że ich przedmiotem są właśnie te obiektywne czynniki, mające wpływ na cenę oferty (art. 90 ust. 3 Ustawy). Wskazany przepis nie kreuje obowiązku przedstawienia dowodów na tę okoliczność. Istotne jest natomiast, żeby złożone wyjaśnienia dały możliwość dokonania oceny przez zamawiającego (Wyrok z dnia 22 lutego 2011 r. KIO 235 /11);

- wykonawca winien wykazać okoliczności i czynniki, które przyczyniły się do ustalenia przez niego takiej, a nie innej ceny. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie wymaga podawania przez wykonawców kosztorysów lub struktur ceny. Zamawiający nie ma oceniać poprawności wyliczeń dokonanych przez wykonawcę, ani też poszczególnych składników, jakie składają się na cenę oferty, gdyż badając rażąco niską cenę nie ocenia się poszczególnych cen jednostkowych, lecz cenę całej oferty. Żądanie przez zamawiającego kosztorysów (w szczególności na podstawie przedmiarów) jest żądaniem zbyt daleko idącym, może być także żądaniem nieuprawnionym, gdy zamawiający nie żądał w treści SIWZ załączenia kosztorysów do oferty (Wyrok z dnia 22 października 2010 r. KIO 2179/10).

Odwołujący składając obszernie wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 29 listopada 2013 r. precyzyjnie podając okoliczności i czynniki wskazał, co spowodowało obniżenie ceny, jak również, w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie.

Udzielone przez Odwołującego wyjaśnienia potwierdzały, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana. Natomiast mając na uwadze powyższe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej nie był zobowiązany do podania w wyjaśnieniach wbrew temu, co twierdzi Zamawiający „konkretnych danych liczbowych mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, kalkulacji, wyliczeń”.

Wartym podkreślenia jest fakt, że Odwołujący spełnił wszystkie warunki określone w SIWZ w szczególności, co do ceny, terminu realizacji przedmiotu zamówienia jak i zakresu umowy.

d) Przyjmując, iż Zamawiający miał zastrzeżenia, co do otrzymanych od Odwołującego wyjaśnień z dnia 29 listopada 2013 r. dotyczących zarzutu rażąco niskiej ceny bezpodstawnie zaniechał ponownego zwrócenia się do Odwołującego z konkretnymi pytaniami uzupełniającymi, które jego zdaniem budziły wątpliwości (Wyrok z dnia 02 maja 2011 r. KIO 832/11 i Wyrok z dnia 22 grudnia 2011 r. KIO 2640/11).

Najnowsze opinie prawne Urzędu Zamówień Publicznych dotyczące tematyki rażąco niskiej ceny opublikowane zostały w Informatorze UZP nr 11/2013.

Z przedmiotowej publikacji wynika, że problematyka dotycząca możliwości wielokrotnego wzywania przez zamawiającego wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w zakresie ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę uregulowana jest, tak na gruncie prawa europejskiego jak i w Ustawie, w sposób jednoznaczny. W odniesieniu do treści art. 55 ust. 1 dyrektywy

klasycznej, Zamawiający, w przypadku gdy oferty odnoszące się do przedmiotu zamówienia wydają się rażąco niskie przed odrzuceniem tych ofert, zwraca się na piśmie do wykonawcy o podanie szczegółów, dotyczących tych składowych elementów oferty, które uważa za istotne.

Dokonując wykładni powyższych przepisów należy wziąć również pod uwagę art. 55 ust. 2 dyrektywy klasycznej, zgodnie, z którym przez konsultacje z Wykonawcą Zamawiający weryfikuje składowe elementy oferty, uwzględniając dostarczone dowody. Uwzględniając normę z art. 55 ust. 2 dyrektywy klasycznej, w szczególności użyty w niej zwrot „konsultacje”, uznać należy, iż działania zamawiającego zmierzające do wyjaśnienia „rażąco niskiej ceny” nie mogą się ograniczać się do jednorazowej czynności, tj. jednokrotnego wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w przypadku, gdy okoliczności przedstawione w już złożonych wyjaśnieniach wymagają w ocenie zamawiającego dalszego usuwania powstałych wątpliwości.

Tym samym, z literalnej wykładni polskich przepisów wynika, iż Zamawiający dla rzeczywistej weryfikacji oferty Wykonawcy w kontekście rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia nie może poprzestać na jednokrotnym wezwaniu Wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy, jeżeli nadal ma wątpliwości w przedmiotowym zakresie, pomimo złożonych przez tego Wykonawcę wyjaśnień.

Możliwość kilkukrotnego wzywania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy, została również potwierdzona przez Sąd Okręgowy w Olsztynie, który w wyroku z dnia 9 grudnia 2010 r. (sygn. akt V Ga 122/10), jednoznacznie wskazał, iż brak jest przeszkód do ponownego wzywania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia Zamawiającego nie rozwiały wątpliwości Zamawiającego związanych z „rażąco niską ceną”.

Celem przepisu nakładającego obowiązek żądania wyjaśnień jest ochrona Wykonawcy przed arbitralnością decyzji podejmowanych przez Zamawiającego. Zamawiający powinien umożliwić Wykonawcy wyjaśnienie wszystkich wątpliwości, jakie powziął z zaproponowaną przez Wykonawcę ceną, a także ze złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień.

e)Odwołujący zarzuca wadliwość prawną sporządzonemu przez Zamawiającego faktycznemu uzasadnieniu odrzucenia oferty. Krajowa Izba Odwoławcza w swoich wyrokach wskazuje warunki, które muszą być spełnione, aby uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia było prawidłowe od strony prawnej.

Przede wszystkim odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Ustawy Prawo zamówień publicznych - jeżeli wykonawca złożył żądane przez Zamawiającego wyjaśnienia - wymaga udowodnienia przez Zamawiającego, że zaoferowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. W konsekwencji informacja o

odrzuconiu oferty sporządzonej zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt. 2 Ustawy Prawo zamówień publicznych powinna zawierać nie tylko uzasadnienie prawne, ale i faktyczne oceny dokonanej przez Zamawiającego w tej kwestii. Zamawiający jest zobowiązany w toku czynności badania ofert ustalić, że powołana przesłanka odrzucenia oferty na gruncie konkretnej sprawy zaktualizowała się, a następnie poinformować o poczynionych ustaleniach wyjaśniając, dlaczego uważa, iż za zaoferowaną cenę nie jest możliwe wykonanie zamówienia, w przeciwnym razie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wynikające z art. 7 ust. 1 Ustawy Prawo zamówień publicznych, nie zostaną zachowane (Wyrok z dnia 29 sierpnia 2011 r. KIO 1761/11).

Zamawiający odrzucając ofertę na podstawie art. 90 ust. 3 Ustawy Prawo zamówień publicznych zobowiązany jest wykazać, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami, potwierdzają rażąco niską cenę oferty. Z powyższego wynika, że ciężar dowodzenia w tym przypadku spoczywa na Zamawiającym, ponieważ odrzucenie oferty jest wynikiem dokonanej przez niego oceny wyjaśnień (Wyrok z dnia 22 grudnia 2011 r. KIO 2640/11).

Najobszerniej stanowisko w tej kwestii zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w Wyroku z dnia 19 września 2011 r. sygn. akt KIO 1934/11.

Mając powyższe na uwadze należy, uznać, że uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego zostało sporządzone przez Zamawiającego z pogwałceniem wszelkich reguł. Reasumując stan faktyczny i prawny sprawy należy oprzeć się na Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 marca 2011 r. sygn. akt KIO 471/11, w którym to KIO udzieliła wskazówek Zamawiającym do stwierdzenia rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

I tak Zamawiający, oceniając oferty pod względem rażąco niskiej ceny powinien brać pod uwagę nie tylko złożone wyjaśnienia Wykonawców dotyczące zaoferowanych ale całokształt okoliczności. Mając powyższe na uwadze należy, uznać, że uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego zostało sporządzone przez Zamawiającego z pogwałceniem wszelkich reguł.

Reasumując stan faktyczny i prawny sprawy należy oprzeć się na Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 marca 2011 r. sygn. akt KIO 471/11, w którym to KIO udzieliła wskazówek Zamawiającym do stwierdzenia rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

I tak Zamawiający, oceniając oferty pod względem rażąco niskiej ceny powinien brać pod uwagę nie tylko złożone wyjaśnienia Wykonawców dotyczące zaoferowanych ale całokształt okoliczności, do których należą:

- 1) wartość szacunkowa zamówienia ustalona z należytą starannością - czego nie można powiedzieć o dokonanych przez Zamawiającego szacunkach, skoro tak znacząco odbiegają one od realiów rynkowych;

- 2) ceny rynkowe podobnych zamówień, realizowanych w aktualnym okresie - Zamawiający zlecając realizację robót infrastruktury kolejowej i ich nadzorowanie ma odpowiednie rozeznanie, mógł zatem i powinien porównać oferowane ceny w tym postępowaniu z cenami innych podobnych zamówień;
- 3) średni poziom cen ofert, złożonych w omawianym postępowaniu - nie odbiegały od siebie;
- 4) możliwe jest także porównanie cen wykazanych podobnych usług referencyjnych, wykonanych z należytą starannością, dla wywiedzenia wniosków, że Wykonawca (Odwołujący) jest zdolny prawidłowo wykonać zamówienie za podaną cenę.

Gdyby Zamawiający prawidłowo kierował się powyższymi wytycznymi musiałby uznać ofertę złożoną przez Odwołującego za najkorzystniejszą i nie mógłby jej odrzucić powołując się na zarzut określony w art. 89 ust. 1 pkt. 4 Ustawy.

I. Naruszenie art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez nie zapewnienie przez Zamawiającego zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu oraz równego traktowania wykonawców.

Należy wskazać, że jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty była cena realizacji zamówienia - najniższa cena. Odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego naraziło na szkodę nie tylko jego, jak również Skarb Państwa.

Jednocześnie błędne sporządzenie przez Zamawiającego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty poprzez nie poinformowanie w sposób należyty Odwołującego o poczynionych ustaleniach i nie wyjaśniając, dlaczego za zaoferowaną cenę nie jest możliwe wykonanie zamówienia naruszyło zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wynikającą z art. 7 ust. 1 Ustawy.

Biorąc pod uwagę wyżej przedstawione okoliczności faktyczne oraz wskazane naruszenia przepisów i wykazanie ewentualnej szkody po stronie Odwołującego w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy odwołanie winno zostać uwzględnione czynności Zamawiającego powtórzone.

Do postępowania odwoławczego przystąpienia po stronie zamawiającego zgłosili następujący wykonawcy.

Pismem z dnia 5 marca 2014r. zgłosił się wykonawca Sener Sp. z o.o. ul. Żelazna 28/30; 00-832 Warszawa wnosząc o oddalenie odwołania jako całkowicie bezzasadnego i utrzymanie

w mocy decyzji zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego.

Pismem z dnia 5 marca 2014r. zgłosił się wykonawca GETINSA INGENIERIA S.L., Ramon de Aguinaga 8, 28028 Madryt, Hiszpania wnosząc o oddalenie odwołania.

Pismem z dnia 5 marca 2014r. zgłosił się wykonawca Konsorcjum: BBF sp. z o.o., SAFEGE S.A., ul. Dąbrowskiego 461, 60-451 Poznań wnosząc o oddalenie odwołania.

Pismem z dnia 5 marca 2014r. zgłosił się wykonawca Konsorcjum: KV Projekty Inżynieryjne i Architektoniczne Sp. z o.o., KV Consultores de Ingenieria, proyectos y obras, S.L., ul. Piękna 43/11, 00-672 Warszawa wnosząc o oddalenie odwołania.

Pismem z dnia 12.03.2014r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania. W ocenie odwołującego zarzuty odwołującego są nietrafne i nieuzasadnione.

Zamawiający, w dniu 27 listopada 2013 r. wystąpił do Wykonawcy - TEC-CUATRO S.A., o złożenie szczegółowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W odpowiedzi, Wykonawca w dniu 03 grudnia 2013 r. przesłał wyjaśnienia. Analiza tych wyjaśnień wykazała, iż zakres podanych informacji jest ogólnikowy i pozbawiony konkretnych danych. Wykonawca nie przedstawił obiektywnych czynników, które umożliwiłyby mu obniżenie ceny. W szczególności wykonawca nie przedstawił okoliczności, o których mowa w art. 90 ust. 2 Pzp. W wyjaśnieniach powołano się na okoliczności dostępne wszystkim wykonawcom, tj. takie jak: doświadczenie w wykonywaniu podobnych prac, dysponowanie kompetentnym personelem. Wykonawca podniósł, że kryzys w Hiszpanii pozwala na obniżenie wynagrodzenia pracowników. Wykonawca nie wskazał jednak tej okoliczności i nie przedstawił związku między wskazaną przez niego przyczyną obniżenia ceny a skalkulowaną ceną. Podobnie należało się odnieść do argumentu, że na cenę miały duży wpływ: nowatorskie zaplecze techniczne, kadra projektantów, wiedza i doświadczenie, współpraca z projektantami w Polsce, stała umowa na obsługę prawną. Wykonawca nie wyjaśnił bliżej charakteru tego wpływu. Wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinny odnosić się do zaoferowanego przedmiotu zamówienia i pozwalać na wyjaśnienie, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. W przedmiotowej sprawie do wyjaśnień nie załączono żadnej kalkulacji oraz brak jest w wyjaśnieniach informacji, które mogłyby być poddane merytorycznej ocenie pod kątem zakresu prac, nakładów pracy i zastosowanych stawek.

Zamawiający uznał, zatem w sposób uzasadniony, że Wyjaśnienia przedstawione przez wykonawcę nie są wystarczające.

Tym samym wyczerpane zostały przesłanki zastosowania sankcji określonej w art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp. W konsekwencji zamawiający zobowiązany było odrzucić ofertę odwołującego. Na poparcie stanowiska zamawiający przywołał orzeczenia KIO wskazujące na zasadność czynności odrzucenia oferty. Zgodnie z przepisem art. 90 ust.3 ustawy Pzp zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę tego 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. Wykonawca zatem, składając wyjaśnienia na podstawie art. 90 ust.1 ustawy Pzp powinien wskazać okoliczności, które uwzględnił przy kalkulacji ceny w oferowanej wysokości, w szczególności powinien m.in. wskazać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny, oraz w jakim stopniu - z uwagi na podane okoliczności - taka cena została obniżona. Oceniając wyjaśnienia, zamawiający może uznać za właściwy tylko taki sposób ukształtowania ceny, który wynika z przyczyn o obiektywnym charakterze - zgodnych z prawem i nienaruszających zasad uczciwej konkurencji. Tak jak wynika z powołanego przepisu jedną z okoliczności skutkujących odrzuceniem oferty na podstawie art. 90 ust.3 ustawy Pzp jest nie złożenie stosownych wyjaśnień. Jednakże tak jak wskazuje się w orzecznictwie, nie jest również wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wymagane są wyjaśnienia, które będą odpowiednio umotywowane i przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Tym samym wyjaśnienia (...), zawierające niekonkretne, ogólnikowe stwierdzenia są niewystarczające i tym samym należy uznać, że wymagane wyjaśnienia nie zostały złożone, a to skutkuje w konsekwencji odrzuceniem oferty tego Konsorcjum na podstawie art. 90 ust.3 ustawy Pzp z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, o której stanowi również art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp.

W związku z koniecznością odrzucenia oferty odwołującego zarzuty naruszenia art. 7 i art. 91 są bezprzedmiotowe.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Izba ustaliła

We wniesionym odwołaniu przez TEC-CUATRO S.A. odwołujący zarzucił zamawiającemu

naruszenie następujących przepisów prawa:

art. 89 ust.1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy pzp poprzez uznanie za odrzuconą ofertę odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia; art. 7 ust. 1 ustawy pzp poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu oraz równego traktowania wykonawców; art. 91 ust. 1 pzp, poprzez uznanie, że oferta odwołującego nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazanej do akt sprawy przez zamawiającego, potwierdzonej za zgodność z oryginałem, przez pełnomocnika zamawiającego Pana M..... W..... upoważnionego w dniu 12 września 2013r. pismo NR IOR-028-449/13 oraz z dokumentów przekazanych na rozprawie, uwzględniając wnioski dowodowe w sprawie oraz opinię biegłego powołanego z urzędu Izba dokonała następujących ustaleń.

Wartość zamówienia została określona przez zamawiającego na kwotę 66.000.000.000,00zł. (sześćdziesiąt sześć milionów złotych) w tym wartość przewidywanych zamówień uzupełniających została określona na kwotę 6.000.000,00zł. (sześć milionów złotych). Wartości te stanowią kwoty netto.

Powyższe kwoty wynikają z pisma nr IRRK25/3-0815-POIiŚ 7.1.-75/15/13 z dnia 01.07.2013r. podpisanego przez Dyrektora Projektu Pana J..... K..... ze strony zamawiającego.

W przedmiotowym postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego do dnia 16 października 2013r. wpłynęło szesnaście ofert.

Obowiązującym kryterium oceny ofert jest najniższa cena.

W wyniku weryfikacji ofert w tym nie przedłużenia terminu związania ofertą ostatecznie ocenie podlegało siedmiu wykonawców.

Oferta odwołującego nie podlegała ocenie w związku z jej odrzuceniem przez zamawiającego na podstawie art.89 ust.1 pkt 4 w zw. z art.90 ust.2 i 3 ustawy Pzp. Przy czym na 16 złożonych ofert odwołujący złożył ofertę najtańszą w drugiej kolejności to jest za kwotę 10.400.680,00 złotych.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego przekazanej przez zamawiającego w tym protokołu z postępowania.

Pismem z dnia 27 listopada 2013r. zamawiający wystąpił do odwołującego TEC- CUATRO na podstawie art.90 ust.1 ustawy pzp o złożenie szczegółowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Z treści pisma wynika, że wyjaśnienie winno wykazać czy oferowana cena uwzględnia wszystkie elementy związane z należyтым wykonaniem zamówienia. „Ponadto wyjaśnienie winno wskazać czy istnieją konkretne uwarunkowania i obiektywne czynniki jakie towarzyszyć będą realizacji zamówienia, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny wraz ze wskazaniem opisu tych czynników i skali ich wpływu na wysokość zaoferowanej ceny.” Niezłożenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie będzie skutkowało odrzuceniem oferty na mocy art.89 ust.1 pkt 4 ustawy pzp. w związku z art.90 ust.3 ustawy pzp. Jednocześnie zamawiający pouczył, że na podstawie tej samej podstawy prawnej oferta zostanie odrzucona, (...) jeżeli dokonana ocena przez Zamawiającego złożonych przez Państwa wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.”

Pismem z dnia 29.11.2013r. z datą wpływu do zamawiającego w dniu 3 grudnia 2013r. odwołujący TEC - CUATRO S.A. z siedzibą w Barcelonie udzielił odpowiedzi na pismo zamawiającego. Pismo to zawiera między innymi oświadczenie, że cena uwzględnia wszystkie elementy związane z należyтым wykonaniem zamówienia.(...)„Poniżej przedstawiamy szczegółowe wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny i wskazujemy szczególne okoliczności pozwalające na zaoferowanie korzystnej ceny”(...). W wyjaśnieniach znalazły się następujące oświadczenia. Posiadane doświadczenie w przedmiotowej branży pozwala na określenie pracochłonności zadania. Zespół ekspertów określił, że złożenie oferty poniżej 10 milionów złotych nie gwarantowałoby wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego, sztuką budowlaną i w wyznaczonym terminie. Okoliczności, iż wycena odwołującego znacznie odbiega od wyceny szacunkowej zamawiającego wynika z faktu, że zamawiający nie zna potencjału technicznego, kadrowego, finansowego wykonawcy. Z przywołaniem wyroku KIO cena nie musi zawierać zysku. Jednym z czynników potencjału odwołującego jest wysokokwalifikowana kadra, która zatrudnią odwołujący i która prace objęte tym zamówieniem może wykonać w ramach swoich comiesięcznych wynagrodzeń. W związku z kryzysem na rynku Hiszpanii wynagrodzenia pracowników zostały drastycznie obniżone co ma wpływ na obniżenie kosztów związanych z opracowaniem dokumentacji projektowej. Na cenę oferty TEC-CUATRO S.A. mają wpływ następujące czynniki: nowatorskie zaplecze techniczne (własne plotery, własna powielarnia i inne), kadra projektantów specjalizujących się w branżach właściwych dla przedmiotowego zamówienia zatrudniona na podstawie umowy o pracę, wiedza i wieloletnie doświadczenie kadry oraz baza danych specjalistycznego projektowania, wieloletnia wiedza wynikająca ze współpracy z inwestorami i podmiotami biorącymi udział w

procesie inwestycyjnym, współpraca z projektantami posiadającymi doświadczenie w podobnych projektach na terenie Polski. Cena odwołującego uwzględnia aktualną sytuację na rynku budowlanym, gdzie wycena robót waha się na poziomie 60 % budżetu zamawiającego. Według oświadczenia odwołującego jego cena zawiera wszystkie elementy takie jak koszty bezpośrednie, pośrednie oraz zysk. Również jako element wpływający na wartość wyceny powołano okoliczność posiadania stałej obsługi prawnej co pozwala obniżyć koszt o około 20 procent tego typu usług. Odwołujący nie jest zaangażowany aktualnie w żaden projekt w Polsce co umożliwi jemu skoncentrowanie całego potencjału na tym zadaniu. Dalej odwołujący wymienia czynniki mające wpływ na ukształtowanie jego ceny takie jak: liczba osobodni, koszty pracowników, koszty związane np; delegacji, koszty funkcjonowania spółki, zysk. Wykonawca również uwzględnił inne koszty takie jak: koszty ekspertyz, badań, analiz, koszty przeniesienia na zamawiającego praw majątkowych, koszty wydania opinii, decyzji, uzgodnień i warunków technicznych, opłat skarbowych, koszty zabezpieczenia zamawiającego przed roszczeniami osób trzecich w związku z naruszeniem praw autorskich, patentowych, znaków towarowych. Wyjaśnienie kończy oświadczeniem, że zaoferowana cena nie jest rażąco niską.

Pismem z dnia 18 lutego 2014r. zamawiający zawiadomił wykonawców w tym odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu oferty odwołującego. Zamawiający dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty wybrał ofertę Konsorcjum: KV Projekty Inżynieryjne i Architektoniczne Sp. z o.o., KV Consultores de Ingenieria, proyectos y obras, S.L., ul. Piękna 43/11, 00-672 Warszawa.

Oferta odwołującego została odrzucona.

W uzasadnieniu jako podstawę prawną zamawiający wskazał art.89 ust.1 pkt 4 w związku z art.90 ust.2 i 3 ustawy pzp.

W uzasadnieniu faktycznym wskazał na następujące okoliczności.

Zamawiający pismem z dnia 27 listopada 2013r. wystąpił do odwołującego o wskazanie szczegółowych wyjaśnień mających wpływ na wysokość ceny. W odpowiedzi wykonawca w dniu 3 grudnia 2013r. przesłał wyjaśnienia.

Według zamawiającego analiza przesłanych wyjaśnień wskazuje na to, że mają one charakter ogólnikowy i pozbawiony konkretnych danych. Wykonawca nie wskazał obiektywnych czynników, które umożliwiły jemu obniżenie ceny z przywołaniem art.90 ust.2 ustawy pzp. W ocenie zamawiającego przywołane okoliczności dostępne są innym wykonawcom. Wykonawca wskazał między innymi na kryzys gospodarczy w Hiszpanii co pozwala na obniżenie wynagrodzenia pracownikom. Podano również inne okoliczności mające znaczenie dla zbudowania ceny. Niemniej dla zamawiającego najistotniejszą

okolicznością w sprawie jest to, że odwołujący nie wskazał wymiernego wpływu na ukształtowanie się ceny w związku z sprzyjającymi okolicznościami. Według zamawiającego zabrakło konkretnych danych liczbowych mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, kalkulacje, wyliczenia. Oprócz tego, że brak jest kalkulacji to także jest brak w wyjaśnieniach informacji, które mogłyby być poddane merytorycznej ocenie pod kątem zakresu prac, nakładów pracy i zastosowanych stawek. Reasumując (...), „Zamawiający uznał, że Wyjaśnienia przedstawione przez wykonawcę nie są wystarczające do wzruszenia domniemania rażąco niskiej ceny.” (...).

Na rozprawie odwołujący TEC-CUATRO złożył wniosek dowodowy w postaci oświadczenia z datą 14.10.2013r. wystawione przez TRANS-BUD-PROJEKT Sp. z o.o. stanowiący zapewnienie wykonania zobowiązania. Z treści tego oświadczenia wynika, że TRANS-BUD-PROJEKT zobowiązuje się wykonać dokumentację projektową w ramach przedmiotowego zamówienia za cenę zaproponowaną w złożonej ofercie. Niniejsze oświadczenie kierowane jest do odwołującego TEC-CUATRO i odnosi się do niniejszego zamówienia. Kserokopia potwierdzona za zgodność z oryginałem. Izba stwierdza brak możliwości odczytania z treści kserokopii pisma siedziby, adresu spółki i dalszych danych identyfikacyjnych spółki prawa handlowego.

Postanowieniem Izby z dnia 7 kwietnia 2014r., wobec dopuszczenia na rozprawie w dniu 31 marca 2014r. dowodu z opinii biegłego w sprawie odwołań wniesionych przez odwołujących: GETINSA INGENIERIA S.L., C/ Ramon de Aguinaga 8, 28028 Madryt, Hiszpania w sprawie prowadzonej pod Sygn. akt KIO 397/14 oraz TEC-CUATRO S.A. C/Lepant, 350 3^o 08021 Barcelona w sprawie prowadzonej pod Sygn. akt KIO 404/14, powołano biegłego.

Zadaniem biegłego było udzielenie odpowiedzi na pytanie czy oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na:

wykonanie dokumentacji projektowych dla odcinka Czyżew – Białystok od km 107.260 do km 178.500, uzyskanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach i przygotowanie wniosków o wydanie wszystkich niezbędnych pozwoleń, decyzji administracyjnych oraz materiałów przetargowych na roboty budowlane w ramach projektu POLiŚ 7.1.-75 „ Modernizacja linii E 75 na odcinku Sadowne-Białystok wraz z robotami pozostałymi na odcinku Warszawa Rembertów- Sadowne-Prace Przygotowawcze (dokumentacja projektowa i materiały przetargowe), prowadzonym przez zamawiającego, którym jest: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa.

Na biegłego Krajowa Izba Odwoławcza powołała Izbę Projektowania Budowlanego 02-001Warszawa Al. Jerozolimskie 87.

Zadaniem biegłego było wydanie opinii w przedmiocie:

Czy jest możliwe wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia za zaoferowane ceny (z uwzględnieniem udzielonych zamawiającemu wyjaśnień przez oferentów wymienionych w poz.1,2,3):

1. Konsorcjum: KV Projekty Inżynieryjne i Architektoniczne Sp. z o.o., KV Consultores de Ingenieria, proyectos y obras, S.L., ul. Piękna 43/11, 00-672 Warszawa;
2. Systra S.A. 72-76 rue Henry Farman 75015 Paryż, Francja;
3. Konsorcjum: BBF sp. z o.o., SAFEGE S.A., ul. Dąbrowskiego 461, 60-451 Poznań
4. SENER Sp. z o.o., ul. Żelazna 28/30, 00-832 Warszawa
5. URS Polska Sp. z o.o., ul. Rejtana 17, 02-516 Warszawa
6. Ove Arup & Partners International Limited Wielka Brytania 13 Fitzroy Street , Londyn W1T 4 BQ

w związku z postawionym w odwołaniu zarzutem rażąco niskich cen, w odwołaniu o Sygn. akt KIO 397/14.

W przypadku oferty: TEC-CUATRO S.A. C/Lepant, 350 3^o 08021 Barcelona udzielenie odpowiedzi na pytanie:

Czy jest możliwe wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia za zaoferowaną cenę z uwzględnieniem udzielonych wyjaśnień na wezwanie zamawiającego, w związku z zarzutem bezpodstawnego odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny, w odwołaniu o Sygn. akt KIO 404/14.

Biegły miał również udzielić odpowiedzi na pytania:

Czy koszty wykonania zamówienia przedstawione w odwołaniu i pismach odwołującego GETINSA INGENIERIA S.L., C/ Ramon de Aguinaga 8, 28028 Madryt, Hiszpania złożonych w toku postępowania odwoławczego są uzasadnione.

Jaka wysokość ceny gwarantuje wykonanie zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (to jest poniżej jakiej ceny wykonanie zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nie jest możliwe) z uwzględnieniem pytań złożonych przez odwołującego GETINSA INGENIERIA S.L., C/ Ramon de Aguinaga 8, 28028 Madryt, Hiszpania w piśmie z dnia 7 kwietnia 2014r.

Opinii biegły udzielił na podstawie przekazanej następującej dokumentacji:

Dokumentacji zamawiającego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przy przekazaniu, której wskazano dokumenty zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa oraz dokumentacji postępowania odwoławczego o Sygn. akt KIO 397/14 i Sygn. akt KIO 404/14 w

tym pisma odwołującego GETINSA INGENIERIA S.L.z dnia 7 kwietnia 2014r., w którym sformułowano dodatkowe pytania do biegłych.

Celem udzielenia odpowiedzi przez biegłego, zobowiązano zamawiającego odrębnym pismem do złożenia Krajowej Izbie Odwoławczej w terminie trzech dni następujących dokumentów: Wykazu obiektów kubaturowych i inżynierskich takich jak mosty, wiadukty, przepusty, których przewiduje się obowiązek inwentaryzacji oraz Wyniku studium wykonalności, w którym ustalono wartość szacunkową robót budowlanych oraz wartość szacunkową sporządzenia dokumentacji projektowych, przygotowania wniosków o wydanie decyzji, uzyskania wymaganych decyzji administracyjnych oraz przygotowania materiałów przetargowych. Przekazane dokumenty przez zamawiającego zostały przekazane biegłej Izbie i co do ich przydatności i kompletności zostały opisane w opinii biegłego.

Według opinii z dnia 5 maja 2014r. sporządzonej przez Izbę Projektowania Budowlanego w zakresie oferty odwołującego TEC - CUATRO dokonano następujących ustaleń. Z przedłożonej opinii wynika między innymi jak poniżej.

W analizowanym postępowaniu przetargowym rozpatrzono ofert 8 firm. W tabeli pt. Wykaz analizowanych ofert podano wysokości ofert oraz relacje procentowe do wartości zamówienia określonego przez zamawiającego. Oferty poszczególnych firm wykazują znaczne zróżnicowanie to jest od 17,3 % do 39,4% nawet 81,6 % relacji wycen wykonawców do wyceny zamówienia przez zamawiającego (100%). Przy czym oferta odwołującego stanowi 17,3%.wyceny zamawiającego i jest najniższą ofertą na kwotę 10,400.000,00zł.

(...)W grupie firm , które złożyły oferty z cenami w granicach 20,6 % do 27,5 % wartości zamówienia są:

1) KV Projekty Inżynieryjne 12,387 mln zł (20,6 % wartości zamów.)

KV Consultores

2) SYSTRA S.A. 13,692 mln zł (22,8 % wartości zamów.)

3) BBF Sp z o.o. 13,620 mln zł (22,7 % wartości zamów.)

4) URS Polska 16,475 mln zł (27,5 % wartości zamów.)

W grupie firm, które złożyły oferty z cenami 31,7 % i 39,4 % do wartości zamówienia są następujące firmy:

5) Ove Arup 18,999 mln zł (31,7 % wartości zamów.)

6) Sener Warszawa 23,635 mln zł (39,4% wartości zamów.)

Autorzy opinii oceniając wysokości złożonych ofert i analizując przewidywany zakres prac i badań do wykonania uważają , że trzeba uwzględnić także konieczność poniesienia przez Wykonawców znacznych wydatków na opracowanie map do celów projektowania ,

do podziału działek i operatów szacunkowych naruszanych nieruchomości oraz badań geologicznych i badań podtorza, a także związanych z ochroną środowiska. Zdaniem autorów opinii dokładność tych badań oraz opracowań geodezyjnych, geotechnicznych i środowiskowych ma zasadniczy wpływ na jakość opracowywanej dokumentacji projektowej. Prawidłowe wykonanie badań podtorza i badania geologiczne dla mostów i wiaduktów mają zasadniczy wpływ na trwałość obiektów inżynierskich modernizowanej linii kolejowej. Szukanie oszczędności na tych pracach i badaniach może prowadzić do poważnych problemów po oddaniu linii kolejowej do eksploatacji.

Z danych niektórych firm wynika, że koszty prac geodezyjnych i geotechnicznych różnią się znacznie. Poszczególne firmy przewidziały następujące koszty na te prace:

1) SYSTRA	1 721 355,00 zł
2) KV Projekty Inżynieryjne	1 939 500,00 zł
3) BBF	4 026 310,00 zł
4) GETINSA	8 197 802,00 zł „(...)

Autorzy opinii oceniając wysokości złożonych ofert i analizując przewidywany zakres prac i badań do wykonania uważają, że trzeba uwzględnić także konieczność poniesienia przez Wykonawców znacznych wydatków na opracowanie map do celów projektowania, do podziału działek i operatów szacunkowych naruszanych nieruchomości oraz badań geologicznych i badań podtorza, a także związanych z ochroną środowiska.

Zdaniem autorów opinii dokładność tych badań oraz opracowań geodezyjnych, geotechnicznych i środowiskowych ma zasadniczy wpływ na jakość opracowywanej dokumentacji projektowej. Prawidłowe wykonanie badań podtorza i badania geologiczne dla mostów i wiaduktów mają zasadniczy wpływ na trwałość obiektów inżynierskich modernizowanej linii kolejowej. Szukanie oszczędności na tych pracach i badaniach może prowadzić do poważnych problemów po oddaniu linii kolejowej do eksploatacji.

Z danych niektórych firm wynika, że koszty prac geodezyjnych i geotechnicznych różnią się znacznie. Poszczególne firmy przewidziały następujące koszty na te prace:

1) SYSTRA	1 721 355,00 zł
2) KV Projekty Inżynieryjne	1 939 500,00 zł
3) BBF	4 026 310,00 zł
4) GETINSA	8 197 802,00 zł

Można przyjąć, że w kosztach prac geodezyjnych podanych przez firmy SYSTRA oraz KV Projekty Inżynieryjne nie podano kosztów map do podziału działek, ponieważ na tym etapie nie jest znana ilość działek. Z materiałów firmy GETINSA wynika, że przewidziano 852 działek. Koszt pomiarów 1 działki, wg ofert firm geodezyjnych, wynosi

od 990,0 zł do 1 770,0 zł .

Przy przewidzianej ilości działek 852 koszt map wyniesie:

$852 \times 990,0\text{zł} = 843\,480,00\text{ zł}$ lub $852 \times 1700,00\text{ zł} = 1\,508\,040,00\text{ zł}$

Średni koszt prac geodezyjnych i geologicznych podanych przez BBF i GETINSA wynosi :

$(4\,026\,310,00 + 8\,197\,802,00) : 2 = 6\,112\,056,00\text{ zł}$

Przyjmując, że koszty prac geodezyjnych i geologicznych wyniosą 6,12 mln zł to na wykonanie wszystkich prac projektowych i związanych z raportem oddziaływania na środowisko oraz innych prac, jak: inwentaryzacja obiektów inżynierskich, wykonanie ekspertyz budowlanych dla większych obiektów, to dla podstawowych prac projektowych dla analizowanych wyżej firm pozostaną, następujące kwoty:

- dla SYSTRA 12,387 mln zł – 6,112 mln zł = 6,277 mln zł
- dla KV 13,692 mln zł – 6,112 mln zł = 7,580 mln zł
- dla BBF 13,620 mln zł – 6,112 mln zł = 7,508 mln zł

Zespół opiniujący z dużą pewnością stwierdza, że koszty w pełni przemyślanej i szczegółowo opracowanej dokumentacji projektowej będą znacznie wyższe (kilkakrotnie).

(...), „Obiekty inżynierskie i kubaturowe

Zgodnie z pkt. 4.1.1. Opisu Przedmiotu Zamówienia – Wykonawca dokona inwentaryzacji obiektów o zakresie niezbędnym do opracowania projektów. W OPZ nie podano wykazu obiektów, podając jedynie, że Zamawiający udostępni Wykonawcy posiadaną dokumentację opracowaną przez Konsorcjum DB International GmbH pt. *Program Funkcjonalno – Użytkowy* opracowany w 2008 r.

W czasie opracowania niniejszej opinii Zamawiający przekazał do KIO część opracowań wykonanych w ramach tego PFU. Autorzy opinii wybrali z Programu Funkcjonalno – Użytkowego obiekty inżynierskie i kubaturowe znajdujące się na projektowanej linii kolejowej i przewidziane nowe obiekty w celu uszczegółowienia przedmiotu zamówienia.

Zestawienie obiektów inżynierskich na odcinku Czyżew - Białystok

1) wiadukty kolejowe (wk) 14

2) mosty kolejowe (mk)	9
3) kładki dla pieszych (kp)	5
4) wiadukty drogowe (wd)	2
5) przejścia podziemne (pp)	2
6) przepusty (p)	31

Razem 63 obiekty

Większość obiektów inżynierskich znajdujących się na trasie to nowe lub gruntownie przebudowywane obiekty. Wśród nowych obiektów przewidziany jest most na Narwi wynikający z nowego przebiegu szlaku kolejowego. Opis w PFU przewiduje budowę mostu trójprzęsłowego z trzema oddzielnymi konstrukcjami mostowymi z rozstawem przęseł wynoszącym 50,00 m.

Obiekty kubaturowe

Budynki nastawni na stacjach Szepietowo, Racibory, Łapy i Białystok oraz trzy strażnice przejazdowe przeznaczono do rozbiórki.

Na stacji Białystok przewidziano budowę nowego budynku dla LCS o następujących parametrach; powierzchnia użytkowa 708 m², kubatura 3260 m³.

Zespół opiniujący podkreśla, że większość obiektów inżynierskich będzie wymagać nowych projektów, w tym także projekt mostu na rzece Narwi, a także obiekty wynikające z postępowania środowiskowego.

Jako przykład znacznych kosztów prac projektowych dla obiektów inżynierskich można podać, że koszt dokumentacji tylko dla mostów kolejowych o konstrukcji łukowej wyniosą ok. 2,0 mln zł

Udzielając odpowiedzi na pytania zawarte w Postanowieniu Izby z dnia 7 kwietnia 2014 r. według biegłych.

Odpowiedź na pytanie 1.

W ocenie zespołu opiniującego wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz w Opisie Przedmiotu Zamówienia za oferowane ceny nie jest możliwe przez następujące firmy:

- 1) KV Projekty Inżynierskie i Architektoniczne Sp. z o.o. , ul. Piękna 43/11, 00 - 672 Warszawa KV Consultores de Ingenieria, Proyectos y Obras Madryt, Hiszpania
- 2) SYSTRA S.A. 72 – 76 rue Henry Farman , Paryż, Francja
- 3) URS Polska Sp. z o.o. ul. Rejtana 17, 02-519 Warszawa
- 4) BBF Sp. Z o.o. ul. Dąbrowskiego 461, 60 – 451 Poznań – Lider

- SAFEGE S.A. Natevre, Francja – Partner
- 5) Ove Arup & Partners International Limited Wielka Brytania
Oddział w Polsce Ove Arup & Partners International Limited Sp.z o.o.
ul. Królewska 16, 00-103 Warszawa
- 6) SENER Sp.z o.o. ul. Żelazna 28/30 , 00 - 832 Warszawa
SENER INGENIERIA Y SISTEMAS S.A . Madryt, Hiszpania
- 7) TEC – CUATRO S.A. Calle Lepanta , Barcelona, Hiszpania

Oferty ww. firm zawierają rażąco niskie ceny, za które nie można wykonać przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganą dokładnością i szczegółowością dla inwestycji współfinansowanych przez Unię Europejską.

Wartość zamówienia została prawidłowo określona przez Zamawiającego.

Oferty cenowe ww. firm wynoszą od 17,3 % do 39,4 % wartości zamówienia.

1. Odpowiedź na pytanie III

Wartość zamówienia określona przez Zamawiającego w wysokości 60,00 mln zł
zmniejszona o 20 – 30 % (o którym mowa w pkt. 10) tj. wartość:

$$60,00 \text{ mln zł} \times (0,7 \div 0,8) = 42,00 \div 48,00 \text{ mln zł}$$

zapewni wykonanie przedmiotu zamówienia godnie z jego opisem w Specyfikacji
Istotnych Warunków Zamówienia oraz w Opisie Przedmiotu Zamówienia, z
uwzględnieniem pytań do biegłych złożonych przez firmę Getinsa Ingenieria S.L.

Zdaniem zespołu opiniującego oferty firm których ceny są poniżej 70 % wartości
zamówienia tj. poniżej $60,00 \text{ mln zł} \times 0,7 = 42,00 \text{ mln zł}$, są cenami
rażąco niskimi przy wymaganym zakresie przedmiotu zamówienia i ilości
ryzyk zwiększających koszty wykonania, dla oceny których Zamawiający nie
przekazał w dokumentach przetargowych danych do określenia tych kosztów.

Izba zważyła

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie podziela argumentacji odwołującego, że okoliczność i że wielu wykonawców zaoferowało ceny na poziomie dwudziestu czy dwudziestu kilku procent w stosunku do wyceny zadania przez zamawiającego (100% wyceny) oznacza, że są to ceny rynkowe, które zostały rzetelnie wycenione a wycenie zamawiającego należy odmówić rzetelności.

Izba nie podziela również argumentacji odwołującego, że skoro w poprzedzającym postępowaniu zamawiający nie wzywał do wyjaśnień w przypadku cen oferowanych na poziomie oferty odwołującego to znaczy, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Fakt, że większość ofert mieści się na poziomie od dwudziestu do czterdziestu procent wyceny zamawiającego nie oznacza, że wycena zamawiającego jest nieprawidłowa.

Z kolei tak duży rozrzut w wycenie zamówienia przez poszczególnych oferentów świadczyć może tylko o błędach w ich wycenach. Bowiem przedmiot zamówienia jest jednakowy dla wszystkich oferentów a czynniki kształtujące ceny na tego rodzaju prace są porównywalne z uwagi na duży stopień ich profesjonalizmu.

Twierdzenie „Wartym zaznaczenia jest, że Zamawiający nie tylko w przedmiotowym przetargu przeszacował znacznie budżet zadania” jest nieuprawnione, ponieważ jest nieudowodnione.

Błędny wywodem jest stwierdzenie odwołującego, „Gdyby bowiem okazało się, że oferowana cena jest znacząco niższa od sumy, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, ale równocześnie kształtuje się na takim samym poziomie jak wszystkie oferty złożone w postępowaniu, może się okazać, że to Zamawiający, a nie Wykonawca oferujący niską cenę, popełnił błąd w szacowaniu wartości zamówienia”, że większość oferujących niską cenę ma rację co do prawidłowej wyceny prac.

W przedmiotowej sprawie nie można odmówić zamawiającemu racji wobec ustalenia ceny zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno - użytkowym (Dz. U. 2004r. Nr 130 poz.1389) zwanego dalej „rozporządzeniem”. Wobec tak nisko wycenionych prac przez wykonawców w tym odwołującego to jest na poziomie niespełna 20 % wyceny zamawiającego uprawnionym zachowaniem zamawiającego jest wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art.90 ustawy pzp.

Tak więc błędny jest twierdzenie odwołującego, że cena oferowana przez większość jest ceną gwarantującą wykonanie zamówienia.

Rynek zamówień publicznych jest chroniony przez obowiązującą zamawiających instytucję zarzutu rażąco niskiej ceny. Posługiwanie się przez zamawiających pojęciem „ceny rynkowej” jako panaceum na okoliczność oferowania znacznie zaniżonych cen w stosunku do szacunku zamawiających nie zwalnia ich z procedury przewidzianej art.90 ustawy pzp. Zamawiający obciążeni są ryzykiem powierzenia wykonania zamówienia podmiotowi nie gwarantującemu należyte wykonania zamówienia w przepisany w umowie terminem.

Dlatego też zamawiający w przedmiotowym postępowaniu wezwał odwołującego do wyjaśnienia obiektywnych czynników i przedstawienia uwarunkowań mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

W procedurze zamówień publicznych nie można posługiwać się w bezkrytyczny sposób przy wyborze najkorzystniejszej oferty „ceną rynkową”. Założenie, że większość zbliżonych cen w postępowaniach przetargowych kształtuje cenę rynkową jest nieuprawnione. Ceny oferowane w postępowaniach przetargowych nie są cenami rynkowymi, ponieważ postępowania przetargowe, w których jedynym wyznacznikiem wyboru najkorzystniejszej oferty jest cena nie kształtuje cen rynkowych. Cena rynkowa kształtuje się na wolnym rynku to jest na takim rynku gdzie istnieje swoboda wyboru sprzedającego i kupującego. Natomiast postępowanie przetargowe kształtuje się tą cechą, że jest wielu sprzedających a jeden kupujący. Natomiast cena rynkowa kształtuje się na podstawie szeregu swobodnych transakcji nieograniczonych koniecznością wyboru najkorzystniejszej oferty. Na rynku przed wszystkim kupujący nie jest skrepowany przymusem zakupu najkorzystniejszej oferty a w szczególności najtańszej oferty. Na rynku kupujący ma prawo kupić najdroższy towar, a nie najkorzystniejszy czy też najtańszy. Decyzja o zakupie dyktowana jest nie tylko wyrachowaną kalkulacją ale swobodną oceną towaru, gdzie o jego wyborze mogą decydować inne przesłanki niż najniższa cena. Instytucja rażąco niskiej ceny w zamówieniach publicznych ma eliminować wykonawców, którzy naruszają zasady uczciwej konkurencji i chcą sprzedać towar, usługę, robotę budowlaną nawet poniżej kosztu wytworzenia i odtworzenia.

Sam odwołujący wskazuje dwie alternatywne okoliczności „Zaistniała sytuacja znacznej rozbieżności pomiędzy wyceną usług przez Zamawiającego a wyceną usług przez składających oferty w tym Odwołującego uzasadnia zarzut, że albo kosztorys (budżet zadania) Zamawiającego był rażąco przeszacowany albo wszystkie ceny były rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

Przeprowadzone postępowanie badania cen przez biegłego zarówno w niniejszej sprawie jak i w sprawie o Sygn. akt 397/13 wykazały, że wszystkie zaskarżone oferty przez odwołującego Getinsa Ingenieria mają charakter rażąco niskich cen w tym także odwołującego.

Odwołujący przywołuje wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, które przedstawiają racjonalne pobudki po stronie zamawiającego co do podstaw wezwania wykonawcy do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. I tak Zamawiający nie jest uprawniony do stosowania tego przepisu „z ostrożności” w sytuacji, gdy brak jest racjonalnych podstaw do stwierdzenia, że cena oferty jest ceną rażąco niską. Sam odwołujący przywołuje racjonalność oceny ofert. W pierwszej kolejności należy mieć na uwadze, że zamawiającemu nie można odmówić racjonalności przy dokonanej wycenie, ponieważ działa na podstawie ogólnie obowiązujących przepisów prawa.

Z kolei dokonując zdroworozsądkowej oceny ofert to poziom poniżej 30 % wartości szacunkowej pomijając sytuacje poniżej 50 % to oferty na takim poziomie są nieuzasadnione w stosunku do ponoszonych kosztów i zagwarantowania zamawiającemu należytego i terminowego wykonania umowy. Powyższe wnioski wynikają z opinii biegłego, który przedstawił rozwiązania obowiązujące w krajach Unii Europejskiej jak i projektowane zmiany ustawy pzp w przedmiotowym zakresie. Od 2004r. czyli wydania rozporządzenia nie nastąpiły aż tak radykalne zmiany w technologii, organizacji, technice sporządzanie dokumentacji projektowej, czy też prawa budowlanego i obowiązujących pozwoleń, uzgodnień czy opinii administracyjnych w tym środowiskowych, metodologii prac geodezyjnych czy geotechnicznych aby zasadne było lansować twierdzenie, że wycena na poziomie 20 czy 40 % wyceny zamawiającego zgodnej z w/w rozporządzeniem jest do zaakceptowania jako przejaw ceny rynkowej.

W związku z powyższym stanowisko zamawiającego do złożonych wyjaśnień przez odwołującego jest uzasadnione. Wyjaśnienie to nie wskazuje wymiernych odstępstw od wyceny zamawiającego a posługuje się jak słusznie stwierdził w czynności odrzucenia oferty zamawiający „ogólnikami”. Natomiast ogólniki w rodzaju własna kadra, doświadczona kadra, własny sprzęt nowej generacji czy wypracowane relacje z inwestorami i uczestnikami procesu inwestycyjnego, nie mają charakteru obiektywnych czynników. Natomiast kryzys w Europie, czy w Polsce nie upoważnia do ofert poniżej kosztów czy wartości odtworzenia. Dopuszczając oferty na poziomie 20% czy 30 % wyceny zamawiającego należałoby stwierdzić, że twórcy rozporządzenia zakładali zysk na poziomie 80 % czy 70% co jest nierzeczywistym założeniem.

Cytowany pogląd przez odwołującego o obowiązku wielokrotnych pytań w sprawie nie znajduje usprawiedliwienia w brzmieniu art.90 ust.1 ustawy pzp zgodnie z którym zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Z brzmienia tego przepisu nie można wnioskować, że to zamawiający ma np.: wskazywać które to elementy ceny go interesują i to pod rygorem ponawiania pytania, jeżeli odpowiedź go nie satysfakcjonuje. Owszem zamawiający ma prawo pytania się o poszczególne elementy wyceniane w ofercie w związku

z oferowanym przedmiotem zamówienia, ale nie można mu czynić zarzutu z racji ogólnego charakteru pytania ale korespondującego z treścią art.90 ustawy pzp. W ocenie Izby pytanie może mieć charakter ogólny z przywołaniem art.90 ust.1 i ust.2 lub w ogóle art.90 ustawy. Pytanie może też mieć również charakter kierunkowy i musi być wówczas udzielona odpowiedź wprost na zadane pytanie. Formułowanie pytań należy do zamawiającego, który zmierza do wyjaśnienia ceny. Niemniej to wykonawca ma się wytłumaczyć, z podejrzenia o rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia a nie zamawiający z ilości i rodzaju pytań. Zakres udzielonej odpowiedzi, szczegółowość odtworzenia budowania ceny wraz z doborem dowodów należy do kompetencji wykonawcy a nie zamawiającego. Reasumując pytanie zamawiającego może być zarówno ogólne jak i szczegółowe, w każdym jednak przypadku powinno wskazywać na art.90 ustawy. Natomiast ustawowym przywilejem wykonawcy jest wymóg po stronie zamawiającego zwrócenia się o wyjaśnienie i to ze wskazaniem obiektywnie istniejących czynników o których mowa w ust.2 ustawy pzp. I to przed skorzystaniem z prawa odrzucenia oferty na podstawie art.89 ust.1 pkt 4 ustawy. Natomiast sposób prezentacji ceny, jeżeli zamawiający nie postawi zagadnień szczegółowych do wyjaśnienia należy do inwencji wykonawcy. Zamawiający nie może odrzucić oferty z tytułu okoliczności, które nie były przedmiotem wyjaśnień wykonawcy czy to z braku pytania w tym kierunku od zamawiającego czy to z powodu nie przedstawienia przez wykonawcę elementu oferty. Usunięcie podejrzenia rażąco niskiej ceny może nastąpić przez wskazanie obiektywnie istniejących czynników mających wpływ na budowanie ceny. Czyli wszelkie sprzyjające okoliczności, które pozwalają na niższe koszty w poszczególnych pozycjach budowania ceny w stosunku do pozostałych wykonawców czy do istniejącego rynku a w tym wypadku do rozporządzenia. Jednak zawsze z wyliczeniem wymiernych oszczędności w stosunku do powszechnych zasad wyceny.

Nie ma podstaw do akceptacji stanowiska odwołującego opartego na treści art.90 ust.1 ustawy, z którego wywodzi obowiązek wskazania w wezwaniu jakie elementy mają podlegać wyjaśnieniu, ponieważ bez wskazania tych elementów kalkulacji wezwanie zamawiającego jest nieskuteczne. Z treści przepisu wynika, że wezwanie ma na celu wskazanie elementów mających wpływ na budowanie ceny. Praktycznie każdy element cenowy ma wpływ na wysokość ceny. Wbrew przekonaniu odwołującego inwencja co do zakresu wyjaśnień i sposobu wyjaśnień należy do strony wyjaśniającej czyli wykonawcy wezwanego w tym również co do przedstawiania stosownych dowodów. Przy czym zamawiający nie jest pozbawiony prawa formułowania pytań do poszczególnych elementy wpływających na wysokość ceny. Natomiast odpowiedzialność za kształt i zakres odpowiedzi leży po stronie wykonawcy. Owszem zawsze pozostaje konieczność oceny formuły wezwania w konkretnym przypadku. Jeżeli zamawiający formułuje wezwanie ogólnie, zadając jednocześnie do

pewnych elementów wyceny pytanie szczegółowe to wykonawca ma obowiązek odpowiedzieć co do wszystkich elementów wpływających na wysokość ceny ale ze szczególnym uwzględnieniem elementu podniesionego w wezwaniu przez zamawiającego. Szczególnie nietrafiony jest pogląd odwołującego co do stwierdzenia „Mając na uwadze ugruntowane stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający żądając wyjaśnień ma obowiązek wskazania na elementy oferty, które budzą jego wątpliwości, czy też wskazania zakresu, w jakim oczekuje wyjaśnień”. Po pierwsze pogląd taki nie ma odniesienia do większości cen, które nie zawierają załączonej do oferty kalkulacji. Zamawiający wzywa do wyjaśnień nie ze względu na poszczególne elementy oferty, tylko ze względu na całość ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Natomiast może poprosić o kalkulację wybranych elementów przedmiotu zamówienia. Niemniej nie ma takiego obowiązku, ponieważ ocenia cenę za całość świadczenia to jest za całość przedmiotu zamówienia.

Odwołujący w złożonym odwołaniu zarzuca zamawiającemu, że nie zapytał się prawidłowo co do podejrzenia rażąco niskiej ceny. W szczególności ma pretensje co do ogólnikowego pytania i braku pytania, z którego wynikałoby jakie elementy oferty ma szczegółowo wyjaśnić zamawiającemu. W związku z tym nie zgadza się z oceną jego wyjaśnień przez zamawiającego co do tego, że są ogólnikowe. Reasumując odwołujący uważa, że wyjaśnienia jeżeli są ogólnikowe to za to odpowiada zamawiający, który sformułował ogólnikowo wezwanie do złożenia wyjaśnień w związku z podejrzeniem rażąco niskiej ceny. Odwołujący nie zgadza się z oceną jego wyjaśnień, która to ocena nie koresponduje z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej.

Bez względu na przywoływanie szerokiego katalogu orzecznictwa w zakresie rażąco niskiej ceny to w każdym jego przypadku podnoszona jest kwestia oceny przez zamawiającego rażąco niskiej ceny.

Natomiast co do przywoływanego orzecznictwa wskazującego na brak podstaw do żądania indywidualnych kalkulacji ceny w sytuacji gdy składając ofertę wykonawca/ odwołujący nie miał obowiązku sporządzania kosztorysu to odwołujący podnosi co następuje. Pytania zamawiającego w zakresie podejrzenia rażąco niskiej ceny sformułowane w dniu 27.11.2013r. było ogólnikowe, w związku z tym nieuprawnione jest stanowisko zamawiającego co do odrzucenia oferty z powodu charakteru udzielonych wyjaśnień z powodu ich ogólnikowości. Niemniej żaden przepis ustawy nie uprawnia do żądania kosztorysów gdy SIWZ wprost tego nie przewiduje.

Natomiast zamawiający ma prawo zadawać szczegółowe pytania na podstawie, których będzie mógł ocenić daną ofertę pod kątem zarzutu rażąco niskiej ceny. W związku z tym zamawiający nie powinien odrzucać oferty odwołującego bez skierowania do niego szczegółowych pytań i umożliwienia udzielenia na nie odpowiedzi.

Reasumując odwołujący uważa, że jego odpowiedź na wezwanie zamawiającego była prawidłowa i stosowna do treści wezwania zamawiającego. Zamawiający nie miał prawa, nie przyjmując wyjaśnień za wystarczające, odrzucić jego ofertę z powodu rażąco niskiej ceny bez zadania pytań, które uzupełniłyby wyjaśnienia z dnia 29 listopada 2013r.

Izba odnosząc się do przywołanych i cytowanych przez odwołującego opinii Urzędu Zamówień Publicznych zawartych w miesięczniku nr 11/2013r. UZP, przede wszystkim nie kontestując ich treści zwraca uwagę jak poniżej.

Zamawiający ocenia wyjaśnienia i on przede wszystkim ma prawo do decyzji czy będzie ponownie zwracał się do wykonawcy o uzupełnienie wyjaśnień. Niemniej zarówno z opinii UZP jak i przepisu art. 90 ust.1 ustawy nie wynika zakaz wielokrotnego pytania się w celu wyjaśnienia podejrzenia rażąco niskiej ceny. Przy czym w kompetencji zamawiającego jest oceniać udzielone wyjaśnienia i tym samym decydować o celowości żądania dalszych pytań. Bowiem to zamawiający będzie miał problem z wykonawcą, który niedoszacował swojej oferty, przez co narazi na niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia. Zamawiający szacuje wartość zamówienia i określa środki jakie zamierza przeznaczyć na zamówienie. W ramach tych szacunków zamawiający zapewnia sobie bezpieczne wykonanie zamówienia. Nie ma powodów aby zamawiający narażał postępowanie na rażąco niską cenę a przez to nie tylko trudności z wykonaniem zamówienia ale również dodatkowe koszty w przypadku wystąpienia wad po wykonaniu zamówienia to jest na etapie użytkowania przedmiotu zamówienia. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że co do zasady można mieć wątpliwości, jeżeli otrzymana odpowiedź jest na tyle konkretna, że może je powodować. Z reguły nie ma się wątpliwości do ogólników, ponieważ stanowią one pewien rodzaj podsumowań, ocenę globalną pewnych zjawisk z którymi można się zgadzać lub nie. Tak więc zamawiający mógł nie mieć wątpliwości do ogólnych wyjaśnień zawartych w odpowiedzi odwołującego z dnia 29 listopada 2013r. , ponieważ mógł się z nimi zgadzać lub nie zgadzać.

W ocenie Izby wątpliwości można mieć w przypadku konkretnych wyjaśnień, które nie wyczerpują całości zagadnień. Takimi wyjaśnieniami, które mogą rodzić potrzebę dalszych pytań nie są stwierdzenia w rodzaju: jest kryzys w Europie, mamy wykwalifikowaną kadrę, mamy nowoczesny sprzęt, ponieważ w takich stwierdzeniach nie ma konkretów, które wymagałyby dalszego wyjaśnienia, ponieważ z ogólnymi stwierdzeniami zgadzamy się z nimi lub nie.

Co do wykładni literalnej zarówno ustawy pzp jak i dyrektywy to nie wynika z nich konieczność wielokrotnych „wyjaśnień” czy też wielokrotnego „zwracania się na piśmie”.

Po pierwsze jeżeli chodzi o art.55 dyrektywy to zawiera następujące postanowienie:

„zwraca się na piśmie”. Z tego zwrotu nie wynika, że pytania mają być wielokrotnie formułowane. Niemniej też nie ma zakazu ponownego zwrócenia się na piśmie. Natomiast

użyte słowo w ust.2 art. 55 dyrektywy :”konsultacje” jest odniesieniem się do ust1 czyli „zwrócenia się na piśmie do oferenta” i „uzyskania odpowiedzi oferenta” co można w sumie nazwać konsultacjami ale wcale to nie narzuca instytucji zamawiającej wielokrotnych zapytań na piśmie celem uzyskania odpowiedzi. Wszystko zależy od konkretnej sytuacji.

Co do treści art. 90 ustawy pzp to zamawiający „zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty”. Treść tego zapisu jednoznacznie wskazuje, że wyjaśnia się jeden raz w określonym terminie, udzielając szeregu wyjaśnień.” Natomiast nie ma nawet przy tak jednoznacznym sformułowaniu zakazu zapytania o dalsze wyjaśnienia, jeśli powstają wątpliwości po stronie zamawiającego wskutek udzielonych wyjaśnień.

Reasumując nie ma obowiązku wielokrotności wyjaśnień, jeżeli wyjaśnienie jest jednoznaczne i umożliwia zamawiającemu podjęcie oceny co do rażąco niskiej ceny. Przy czym każdy przypadek podlega indywidualnej ocenie i nie można formułować takiej reguły jak: „w zamówieniach publicznych istnieje obowiązek wielokrotnych wyjaśnień”.

Powyższe stanowisko Izby zostało potwierdzone w wyroku sądu okręgowego, który przywołał odwołujący: „Możliwość kilkukrotnego wzywania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy, została również potwierdzona przez Sąd Okręgowy w Olsztynie, który w wyroku z dnia 9 grudnia 2010 r. (sygn. akt V Ga 122/10), jednoznacznie wskazał, iż brak jest przeszkód do ponownego wzywania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia Zamawiającego nie rozwiąły wątpliwości Zamawiającego związanych z „rażąco niską ceną”.

W przedmiotowej sprawie w ocenie Izby na podstawie udzielonych wyjaśnień w dniu 29 listopada 2013r. zostały rozwiane wszelkie wątpliwości zamawiającego co do rażąco niskiej ceny w ofercie odwołującego.

Co do wywodów odwołującego na temat obowiązku zamawiającego udowodnienia rażąco niskiej ceny to sam odwołujący przyznał, iż wycenił ofertę na poziomie 19 % wyceny zamawiającego.

Wobec takich relacji między szacunkiem zamawiającego a ofertą cenową Zamawiający prawidłowo ocenił sytuację zwracając się do odwołującego z podejrzeniem rażąco niskiej ceny. Prawo zamawiającego do zwrócenia się do wykonawcy celem ustalenia, czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny zawiera art.90 ust.1 ustawy pzp.

W związku z powyższym zarzuty odwołującego co do niewłaściwego wezwania w trybie art.90 ustawy i żądania ponownego wezwania są bezpodstawne. Pismo zamawiającego z dnia 27.11.2013r. powoływało się na art.90 ustawy pzp. Zamawiający żądał w nim

szczegółowych wyjaśnień elementów wpływających na wysokość ceny, wyjaśnienie miało służyć ocenie czy cena odwołującego zawiera wszystkie elementy gwarantujące należyte wykonanie. Poza tym odwołujący miał przedstawić konkretne uwarunkowania oraz obiektywne czynniki, które miały wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zamawiający pouczył, że na podstawie wyjaśnień i dostarczonych dowodów dokona oceny pod rygorem odrzucenia oferty.

Odwołujący jak powyżej przedstawiono w dniu 03.12.2013r. złożył wyjaśnienie bez jakichkolwiek dowodów oświadczając, że zapewnia wykonanie zamówienia w należyty sposób. Powoływał różne okoliczności i uwarunkowania leżące po jego stronie i mające w jego przekonaniu wpływ na zaoferowaną ceną. Jednak nie przedstawił żadnej argumentacji, która by wskazywała na wymierną oszczędność kalkulacji jego wynagrodzenia w stosunku do wyceny zamawiającego. Podsumowując nie udowodnił obiektywnie istniejących czynników powodujących obniżenie szacunku ceny zamawiającego z 60.000.000,00zł do 10.000.000,00 zł. oferowanych przez odwołującego.

Również pismo złożone na rozprawie z datą 14.10.2013r. wystawione przez TRANS – BUD - PROJEKT nie stanowi dowodu na okoliczność możliwości wykonania zamówienia za kwotę zaoferowaną przez odwołującego. Jest to tylko gołosłowne oświadczenie nie poparte żadnymi wiarygodnymi dowodami. Na marginesie należy tylko zwrócić uwagę, że dotyczy tylko „dokumentacji projektowej” a nie pozostałych prac takich jak np.: koncepcja programowo - przestrzenna, opracowań środowiskowych, prac geodezyjnych i geologicznych, wniosku o decyzje lokalizacyjną, wniosków o pozwolenie na budowę, opracowanie materiałów przetargowych.

Co do opinii biegłego w zakresie stwierdzenia rażąco niskiej ceny w ofercie odwołującego to cytowane powyżej w ustaleniach Izby koszty np.: prac geodezyjnych, geologicznych, inwentaryzacyjnych, wyspecyfikowanych w droższych ofertach niż oferta odwołującego wskazują na to, że koszt zaoferowany przez odwołującego nie pokrywa nawet kosztów nie stanowiących dokumentacji projektowej. Znikomość kwoty zaoferowanej przez odwołującego w stosunku do zakresu zamówienia wyklucza możliwość analizy znajdujących się w niej kosztów. Tym bardziej, że wnioski biegłego wskazują na okoliczność stwierdzenia rażąco niskiej ceny już w ofertach poniżej 30 % wartości szacunkowej w sytuacji gdy oferta odwołującego nie stanowi nawet 20 % wyceny zamawiającego, czyli jest niższa nie o 30 % tylko o ponad 80 % wyceny zamawiającego.

W związku z powyższym odwołujący nie udowodnił naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy pzp stanowiących podstawę odrzucenia przez zamawiającego jego oferty na podstawie art.89 ust.1 pkt 4 w związku z art.90 ust.2 i 3 ustawy pzp. Tym samym w

pozostałym zakresie również odwołujący nie wykazał naruszenia przepisów ustawy to jest art. 91 ust.1 i art.7 ust.1 ustawy pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 18.600,00 zł. tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego..

Przewodniczący.....