

Sygn. akt: KIO 1601/15

WYROK

z dnia 10 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 sierpnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lipca 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) ELECTREN S.A., (2) VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A., adres dla pełnomocnika: Avda. Brasil 6, 2 a Planta, 28020 Madryt** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Trakcja PRkil S.A., ul. Złota 59 XVIII p., 00-120 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) ELECTREN S.A., (2) VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A., adres dla pełnomocnika: Avda. Brasil 6, 2 a Planta, 28020 Madryt** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) ELECTREN S.A., (2) VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A., adres dla pełnomocnika: Avda. Brasil 6, 2 a Planta, 28020 Madryt** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) ELECTREN S.A., (2) VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A., adres dla pełnomocnika: Avda. Brasil 6, 2 a Planta, 28020 Madryt** 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.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp) przez Zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie - jednostka prowadząca postępowanie: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Północny z Gdańska, którego przedmiotem jest „Zaprojektowanie i wykonanie robót branży elektro-energetycznej w torze nr 1 i 2 na odcinku Inowrocław - Bydgoszcz Główna w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Rewitalizacja linii kolejowej nr 131 Chorzów Batory - Tczew, odcinek Bydgoszcz Główna - Zduńska Wola - Chorzów Batory.” Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum w składzie: ELECTREN S.A. (Lider Konsorcjum) oraz VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A. z Madrytu [Hiszpania] [wykonawca Electron] zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp podnosząc dokonanie błędnej oceny wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez Odwołującego w dniu 2 czerwca 2015 r. (nr pisma: 15-06-001) oraz w dniu 26 czerwca 2015 r. (nr pisma: 15-06-85), a w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp. Zaskarżonym czynnościom zarzucił naruszenie: (1) art. 90 ust. 3 Pzp. z uwagi na błędną ocenę złożonych wyjaśnień oraz uznanie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas, gdy Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach udowodnił, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, potwierdzając tym samym jej rynkowy charakter; (2) art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp z uwagi na odrzucenie oferty Odwołującego, jako zawierającej rażąco niską cenę, pomimo tego, że złożone wyjaśnienia potwierdziły, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W związku z powyższym, wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie decyzji o wyborze, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy TRAKCJA PRKil S.A. z siedzibą w Warszawie (Trakcja) i, o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, oraz uznania, że złożone wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny są wystarczające i potwierdzają, że oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, a także zasądzenie od na rzecz wykonawcy kosztów postępowania odwoławczego. Wykonawca podał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp z uwagi na to, że gdyby Zamawiający prawidłowo przeprowadził postępowanie nie doszłoby do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i jego oferta zostałaby uznana za najkorzystniejszą i wskutek działań

Zamawiającego wykonawca może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp. W uzasadnieniu zarzutów odwołania podał w szczególności, że zgodnie z postanowieniami SIWZ (pkt 20.9 SIWZ Tom I), kryteriami oceny ofert w Postępowaniu były: całkowita cena brutto (85 %), okres gwarancji i okres rękojmi za wady (10 %) oraz termin realizacji (5 %). W toku postępowania Zamawiający czterokrotnie zwracał się do Odwołującego z prośbą o złożenie oświadczeń, dokumentów lub wyjaśnień, z których dwa dotyczyło udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Z uwagi na znaczną szczegółowość przedstawionych wyjaśnień, w tym obszernych kalkulacji oraz załączników w postaci ofert podwykonawców, Odwołujący objął odpowiedzi tajemnicą przedsiębiorstwa (dowód: (i) żądanie wyjaśnień Zamawiającego z dnia 26 maja 2015 roku, znak IREZA2c-216-02/2015, (ii) odpowiedź Odwołującego z 2 czerwca 2015 roku, znak 15-06-001, (iii) żądanie wyjaśnień Zamawiającego z 23.06.2015 r., (iv) odpowiedź Odwołującego z 26.06.2015 r. Zgodnie z przekazaną informacją oferta wykonawcy Trakcja z cenę 8.423.581,20 zł brutto oraz wskazująca termin realizacji zamówienia na 31 sierpnia 2016 r. została wybrana, jako najkorzystniejsza, a oferta Odwołującego z ceną 6.519.000,00 zł brutto oraz terminem realizacji ustalonym na 31 maja 2016 r. została odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Wykonawca w odwołaniu, złożył także na podstawie art. 189 ust. 6 Pzp, wniosek o wyłączenie jawności rozprawy w części, na której będzie rozpatrywany pierwszy z zarzutów, podnosząc, że (...) opisywane w niniejszym odwołaniu okoliczności dotyczą kwestii objętych przez Odwołującego na etapie postępowania tajemnicą przedsiębiorstwa, oraz z uwagi, że do postępowania odwoławczego mogą przystąpić inni wykonawcy biorący udział w postępowaniu". Jako uzasadnienie wniosku podniósł, że Odwołujący na okoliczność wykazania prawidłowości pierwszego z zarzutów, chciałby przedstawić argumentację oraz dodatkowe objaśnienia w postaci szczegółowych kalkulacji poszczególnych pozycji tabeli elementów rozliczeniowych, a dokonanie tego powoduje konieczność odniesienia się wprost do informacji z jego oferty i wyjaśnień, które zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Informacje, które wykonawca powoła na rozprawie, dotyczą metody kalkulacji ceny, która umożliwia mu stworzenie konkurencyjnej oferty. W związku z powyższym należy wykonać na tym, aby informacje te nie dostały się w posiadanie innych wykonawców, konkurujących z Odwołującym na rynku. Reasumując podał, że na poparcie swoich twierdzeń strony chciałby przedstawić kolejne dowody bez narażania się na niezamierzone i przypadkowe ich ujawnienie.

Odnosnie pierwszego z zarzutów podał, że w pierwszym wezwaniu z 26 maja 2015 r. Zamawiający zobligował wykonawcę do przedstawienia głównych czynników cenotwórczych wpływających na wysokość ceny ofertowej oraz przedłożenia szczegółowych wyliczeń lub

kalkulacji, przedstawiających sposób obliczenia zaproponowanej ceny ofertowej. Powyższe żądanie zostało spełnione przez Odwołującego w sposób kompletny i szczegółowy. W wyjaśnieniach z 2 czerwca 2015 r. Odwołujący przedstawił uzasadnienie złożonej oferty wraz z dowodami w postaci kalkulacji oraz tabel prezentujących m.in. wartość kosztów pośrednich i bezpośrednich inwestycji, listę materiałów wliczonych w projekt, szacunki w zakresie kosztów siły roboczej a także przekazał Zamawiającemu do wglądu przygotowany przez siebie projekt wstępny inwestycji. Odwołujący wskazał i uzasadnił także obiektywne czynniki, które umożliwiły mu poczynienie znacznych oszczędności w swojej ofercie. Zamawiający powtórnie w dniu 23 czerwca 2015 r. zwrócił się z żądaniem złożenia ponownych wyjaśnień. W piśmie tym Zamawiający zawarł listę kilku pytań, z których większość dotyczyła przedstawienia dowodów w postaci ofert lub umów z podwykonawcami oraz kalkulacji w zakresie szacunków zawartych w pierwszych wyjaśnieniach. Dowody oraz ponowne wyjaśnienia w zakresie szacunków zostały przez Odwołującego przedstawione w odpowiedzi (dowód: załączniki nr 1-5 i 9 do wyjaśnień Odwołującego z 26.06.15). Odwołujący zatem odpowiedział szczegółowo na każde z zadanych pytań, a tam, gdzie to było konieczne przedstawił stosowne dowody w postaci ofert podwykonawców. W związku z powyższym, zarówno wyjaśnienia z 2.06.15 r., jak i wyjaśnienia z 26.06.2015 r. dowodziły realności zaoferowanej przez Odwołującego ceny. Odwołujący w drugim piśmie do Zamawiającego przedstawił także analizę wybranych dotychczas ofert przetargowych na wykonanie robót w branży sieci trakcyjnej dla PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w roku 2015. Z przedstawionych tam danych wynikało niezbicie, że oferta Odwołującego znajduje się na podobnym poziomie cenowym, co zwycięskie oferty w innych postępowaniach. W opinii Odwołującego powyższe dodatkowo potwierdziło, że jego oferta posiada charakter rynkowy. W związku z tym, ocena wyjaśnień dokonana przez Zamawiającego była błędna, bowiem na podstawie posiadanych informacji oraz dowodów w postaci szczegółowych kalkulacji oraz ofert podwykonawców Zamawiający nie mógł mieć jakichkolwiek wątpliwości odnośnie realności zaoferowanej przez Odwołującego ceny. Wykonawca stwierdził, że z uzasadnienia do zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego wynika, że Zamawiający nie wziął pod uwagę dostarczonych wyjaśnień i dowodów, twierdząc, że już pojedyncze ceny jednostkowe przekonują go o istnieniu w ofercie Odwołującego rażąco niskiej ceny. Zamawiający wskazał także, że jeden z przejawów posiadania przewagi konkurencyjnej przez Odwołującego nad konkurentami w jego opinii stanowi przejaw czynu nieuczciwej konkurencji. Powyższe uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego potwierdza, że ocena wyjaśnień wykonawcy została dokonana w sposób nieprawidłowy z naruszeniem przepisów prawa. Wskazał ponadto, że informacje i kalkulacje przedstawione w pierwszym wyjaśnieniu z 2.06.2015 r. były prawidłowe i na tyle szczegółowe, że powinny w zupełności rozwiązać wątpliwości odnośnie rażąco niskiej ceny (dowód: wyjaśnienia Odwołującego z 2.06.15 oraz

opinia biegłego z zakresu budownictwa, specjalność kosztorysowanie, na okoliczność potwierdzenia rzetelności i kompletności kalkulacji ceny oferty oraz objaśnienia poszczególnych wartości znajdujących się w tabelach zawartych w wyjaśnieniach). Odwołujący podał również, że w trakcie przygotowywania oferty, przy pomocy własnego biura projektowego, dokonał gruntownej i kompletnej analizy przedmiotu zamówienia. Przygotowany w ten sposób projekt wstępny dostarczył wykonawcy wiedzę w zakresie realnego zakresu niezbędnych do wykonania robót, odpowiadającego wymogom określonym w SIWZ oraz PFU. W oparciu o powyższą wiedzę, Odwołujący ustalił najpierw szczegółowe rozwiązania funkcjonalne, techniczne a także materiały niezbędne do realizacji zadania a następnie dokonał szacunku swojej oferty. Wstępny projekt Odwołującego był znany Zamawiającemu, bowiem stanowił załącznik do jego pierwszych wyjaśnień z 2 czerwca 2015 r. W trakcie oceny wyjaśnień Zamawiający całkowicie pominął powyższy dokument, pomimo tego, że w znacznej mierze determinował i jednocześnie potwierdzał koszty oferty Odwołującego. W opinii Odwołującego, bez rzetelnej analizy powyższego dokumentu nie jest możliwe dokonanie prawidłowej oceny przedstawionych przez Odwołującego wyjaśnień. Powyższe ponownie potwierdza dokonanie błędnej oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, który wskazał na cztery obiektywne czynniki, uzasadniające poziom zaoferowanej ceny, a które także zostały całkowicie pominięte w trakcie badania wyjaśnień. Wskazał, że Odwołujący posiada na własność specjalistyczny sprzęt potrzebny do realizacji niniejszego zamówienia. Nie może budzić zatem wątpliwości, że czynnik ten umożliwia obniżenie kosztów związanych np. z jego wynajmem. Ponadto, z uwagi na realizację wcześniejszych zamówień, posiada obecnie w swoich magazynach niewykorzystane materiały, które nadają się do realizacji niniejszego zamówienia. Z uwagi na wieloletnią współpracę na rynku posiada także bardzo korzystne oferty na poszczególne materiały od swoich podwykonawców. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, taka obiektywna okoliczność powinna zostać uwzględniona przez Zamawiającego w trakcie badania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Odwołujący wskazał również, że dysponuje własną wyspecjalizowaną kadrą oraz personelem technicznym, co przekłada się na możliwość samodzielnego realizowania niektórych z części zamówienia, bez konieczności podzlecenia ich podwykonawcom. Ponownie powołał się na orzecznictwo KIO stwierdzając, że „przy ocenie wyjaśnień wykonawców dotyczących rażąco niskiej ceny, Zamawiający powinien również wziąć pod uwagę najbardziej kosztochłonne elementy robót, sposób organizacji pracy czy brak konieczności korzystania z podwykonawców, którzy muszą uwzględniać swoją marżę. Wskazał również, że zaoferowanie realizacji prac w terminie do 31 maja 2016 r. o trzy miesiące wcześniej niż zaoferowali inni wykonawcy, umożliwia dodatkową redukcję całkowitego kosztu budowy (dowód: wyjaśnienia Odwołującego z 2.06.15). Jego zdaniem, Zamawiający nieprawidłowo uznał niektóre z

powyższych czynników, jako przejaw czynu nieuczciwej konkurencji po stronie Odwołującego. Powołując się na orzecznictwo stwierdził, że (...) nie może być przyjęcie, jako zasady, że każde zaoferowanie niskiej ceny ma na celu utrudnianie dostępu do zamówienia innym wykonawcom, bądź ma na celu ich eliminację z rynku. Fakt zaoferowania przez wykonawcę za wykonanie przedmiotu zamówienia ceny w kwocie noszącej znamiona rażąco niskiej może być wynikiem różnych okoliczności, jak chociażby błędnego założenia, co do zachowań rynku i cen towarów przez okres wykonywania zamówienia. Takie zachowanie nie może być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Dopiero niewątpliwe wykazanie, że wykonawca kalkulując cenę oferty miał świadomość, że po pierwsze zaoferowana cena nie pokryje kosztów wykonania zamówienia i, po drugie takiej kalkulacji dokonał celem uniemożliwienia podmiotom prawidłowo ustalającym poziom ceny, aby nie mogli wykonać tego zamówienia lub aby wyeliminować ich, jako konkurentów z rynku. Dopiero wykazanie, że zniżenie ceny oferty było celowe lub nastąpiło subsydiowanie kosztów wykonania danego zamówienia z innej działalności wykonawcy, może wskazywać na nieuczciwe zachowanie uzasadniające odrzucenie jego oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp." Odwołujący podkreślił, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz, że została sporządzona w sposób rzetelny, z wykorzystaniem elementów posiadanej przewagi konkurencyjnej, o której była mowa powyżej. Odwołujący podniósł ponadto, że z uwagi na dopasowanie oferty do narzuconych przez Zamawiającego warunków Umowy, zmuszony został do poczynienia pewnych przesunięć finansowych w ramach kalkulacji poszczególnych elementów rozliczeniowych. Zgodnie z § 6 ust. 12 warunków Umowy (dowód: SIWZ Tom II Warunki Umowy- wyciąg, str. 9-11 oraz str. 16) Harmonogram realizacji przedmiotu umowy ma określać tzw. „kamienie milowe”, czyli konkretne czynności, które mają zostać wykonane we wskazanych terminach. Zgodnie z § 6 ust 12 pkt 6 umowy wykonawca inwestycji w terminie do 11 grudnia 2015 roku powinien wykonać zakres rzeczowy, którego wartość finansowa będzie nie mniejsza niż 2.756.700,00 zł netto. W przypadku niedotrzymania tego postanowienia wykonawca inwestycji będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej określonej w § 7 ust. 1 pkt 3 umowy. W związku z powyższym optymalizacja kalkulacji ceny oferty została ograniczona wymogami Zamawiającego zawartymi w warunkach Umowy. Aby sprostać tym wymogom Odwołujący musiał zwiększyć koszty tych prac, które miały zostać wykonane w roku 2015. Odpowiednio, więc do tych czynności, obniżył wykonanie prac na przyszły rok. Zamawiający zdaje się nie pamiętać o tym postanowieniu SIWZ, dopytując Odwołującego o wysokie koszty robót, które mają zostać wykonane w ramach wspomnianego kamienia milowego. Aby osiągnąć limit w wysokości 2.756.700,00 zł netto w terminie do 11 grudnia 2015 roku koszt wskazanych powyżej robót musi zostać zwiększony. Zdaniem wykonawcy, pytania Zamawiającego wskazują, że nie brał on powyższego zapisu SIWZ pod uwagę w trakcie oceny wyjaśnień Odwołującego. Wykonawca także podniósł, że

niniejsze zamówienie prowadzone jest w formie „zaprojektuj i wybuduj”. Oznacza to, że każdy wykonawca samodzielnie sporządza pewną koncepcję programową w zakresie danego zamówienia decydując o tym, co i jak zostanie wykonane, przy zachowaniu wymogów SIWZ oraz PFU. Przy takich projektach rzeczywisty koszt inwestycji będzie znany dopiero po realizacji inwestycji, wcześniej zamawiający jak i wykonawcy mogą operować jedynie szacunkami. Zamawiający szacuje w takich przypadkach wartość zamówienia a wykonawca, który decyduje się wziąć udział w takim postępowaniu bierze na siebie ryzyko przyjęcia szacunków zamawiającego za prawidłowe. Oczywiście te ryzyka wykonawca kompensuje sobie poprzez zaoferowanie odpowiednio wyższej ceny. W takich sytuacjach, ocena ryzyka związanego z danym zamówieniem oraz odpowiednia kalkulacja wynagrodzenia w celu zbalansowania potencjalnych ryzyk opiera się w głównej mierze na doświadczeniu wykonawcy. W oparciu o doświadczenie wykonawca dokonuje, oszacowania elementów niezbędnych do wykonania zamówienia - np. skąd i po jakiej cenie jest w stanie uzyskać niezbędne materiały, oraz kalkuluje powyższe czynniki, które z uwagi na indywidualne właściwości wykonawcy, mogą implikować rozbieżności cen w ofertach pochodzących od różnych wykonawców. Co więcej, kalkulacje takie mogą się znacznie różnić od szacunków wykonanych przez zamawiającego. Zamawiający nie wziął powyższych okoliczności pod uwagę, co potwierdził dokonując błędnej oceny wyjaśnień Odwołującego. Wykonawca wskazał, że w przedmiotowym zamówieniu Zamawiający przyjął ryczałtową formę wynagrodzenia (SIWZ Tom II Warunki Umowy § 5 ust. 1- 3). Istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest określenie tego wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wytwarzania dzieła. Wynagrodzenie to jest niezależne od rzeczywistego rozmiaru lub kosztu prac. Rozliczenia stron w przypadku zastosowania ryczałtowego charakteru wynagrodzenia w żaden sposób nie opierają się na cenach jednostkowych oraz faktycznie wykonanych świadczeniach. Nie może budzić wątpliwości, że w sytuacji, kiedy ustalona została ryczałtowa forma wynagrodzenia, jakiegokolwiek przedkładane przez wykonawcę kosztorysy mogą mieć jedynie charakter informacyjny. Powyższe ma istotne znaczenie w niniejszej sprawie, bowiem Zamawiający w żądaniach wyjaśnień domagał się szczegółowych informacji odnośnie poszczególnych pozycji w tabeli elementów rozliczeniowych, a z uwagi na szacunkowy charakter dokonanego rozbicia cenowego, zdeterminowanego, jak zostało wykazane warunkami SIWZ, szczegółowe wskazanie konkretnej wielkości wiązało się ze znacznymi trudnościami. Odwołujący wskazał także, że to nie pojedyncze elementy cen jednostkowych decydują o występowaniu w ofercie ceny rażąco niskiej, a dopiero cena w ujęciu całkowitym. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego na str. 4 Zamawiający zdaje się jednak twierdzić inaczej, co z uwagi na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie. przesądza o błędnym podejściu Zamawiającego. Powołując się na poglądy doktryny stwierdził, że: „punktem wyjścia do

rozważań o rażąco niskiej cenie może być tylko cena całkowita oferty, a nie poszczególne ceny jednostkowe, czy ceny poszczególnych elementów składających się na cały przedmiot zamówienia. Zatem nie jest możliwe odrzucenie oferty na podstawie rażąco niskiej ceny w sytuacji zakwestionowania tylko niektórych elementów wyceny, czy niektórych pozycji w kosztorysie ofertowym, jeżeli cena całkowita oferty nie odbiega znacząco od wartości zamówienia, cen innych ofert i - ogólnie rzecz ujmując - od cen rynkowych. Dalej wskazał, że "nawet, gdy kalkulacja jednostkowych elementów lub określonej części oferty odbiega od cen rynkowych, nie świadczy to o rażąco niskiej cenie całej oferty" oraz, że „nie może być powodem odrzucenia oferty "zaoferowanie za jakiś element świadczenia ceny znacząco odbiegającej od cen rynkowych, a nawet ceny nierealnej. Jeśli wielkość taka zostaje następnie skompensowana cenami za inne elementy świadczenia i w całości cena nie nabiera charakteru rażąco niskiego, zamawiający nie powinien ingerować w zasady przeprowadzania kalkulacji wewnętrznej (w obrębie przedmiotu zamówienia) dokonanej przez wykonawcę", oraz, że: „Rażące zaniżenie kilku pozycji kosztorysowych nie powoduje samo w sobie, że cena zaoferowana za całość przedmiotu zamówienia będzie ceną rażąco niską. Możliwa jest przecież sytuacja, gdy mimo rażącego zaniżenia poszczególnych pozycji, wykonawca zawyży wycenę innych pozycji i cena za całość zamówienia będzie ceną umożliwiającą realne i należyte wykonanie zamówienia." W związku z powyższym, jakiegokolwiek braki w opisie cen jednostkowych dokonywanym przez Odwołującego nie mogą wpłynąć na ogólną, zaoferowaną cenę. Wysokość wynagrodzenia Odwołującego jest niezmienna w stosunku do ceny podanej w ofercie oraz nie zależy od rzeczywistej ilości i kosztów robót budowlanych objętych opisem przedmiotu zamówienia. Wykonawca podał, że twierdzenie, że „Wątpliwości Zamawiającego wzbudziła zarówno cena oferty ogółem, jak również poszczególne elementy oferty mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, ujęte w Tabeli Elementów Rozliczeniowych. Ceny jednostkowe z pozycji Tabeli Elementów Rozliczeniowych, jako że stanowią podstawę do określenia należnego wynagrodzenia Wykonawcy, powinny, bowiem podlegać ocenie w zakresie rażąco niskiej ceny (..)” nie może zostać uznane za prawidłowe. Potwierdza to po raz kolejny, że ocena wyjaśnień Odwołującego dokonana w niniejszym Postępowaniu przez Zamawiającego była błędna. Konkludując, wykonawca stwierdził, że: „Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę należy uznać za wystarczające, jeśli pozwalają zamawiającemu na dokonanie ich oceny, gdy zaś są na tyle skąpe, iż dokonanie rozstrzygnięcia w przedmiocie rażąco niskiej ceny nie jest możliwe, dają podstawy do stwierdzenia rażąco niskiej ceny. Wiedza, doświadczenie i zdrowy rozsądek zamawiającego stanowią podstawę weryfikacji tychże wyjaśnień. Jeśli więc wykonawca wskazuje na elementy cenotwórcze, określa ich koszt i podaje źródło tego kosztu, to tak wyspecyfikowane elementy można i należy ocenić w oparciu o następujące przesłanki - czy są to elementy w sposób istotny wpływające na cenę oferty oraz czy ich

wycena jest realna, znajduje oparcie w warunkach rynkowych." Ponadto „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." Zdaniem Odwołującego, przedstawione dwukrotnie wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, które zwracały uwagę Zamawiającego na opisane powyżej okoliczności i tym samym całkowicie potwierdzały rynkowy charakter zaoferowanej ceny, powinny być zostać uznane przez Zamawiającego za wyczerpujące i rzetelne. Wykonawca podniósł również w odwołaniu, że „Pojęcie rażąco niskiej ceny nie zostało do tej pory zdefiniowane przez ustawodawcę. Zgodnie z poglądem judykatury oferta z rażąco niską ceną oznacza oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę, tak, że 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, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na określonym zadaniu (...) oraz, że „cena rażąco niska, to cena, za którą wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z opisanymi przez zamawiającego wymaganiami, co do ilości, jakości i innymi przedmiotowo istotnymi, nie jest możliwe." Odwołujący wskazał, że kryterium arytmetyczne nie może decydować o uznaniu, że dana oferta zawiera cenę rażąco niską. W każdej sprawie należy bowiem indywidualnie badać okoliczności, które wpłynęły na możliwość obniżenia ceny. 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 od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Stwierdził, że nie można zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, że zaistniała w niniejszym postępowaniu dysproporcja arytmetyczna pomiędzy ofertą Odwołującego a szacunkową wartością zamówienia, jak i średnią arytmetyczną ceną wszystkich ofert świadczy o istnieniu rażąco niskiej ceny w ofercie Odwołującego. Ponownie wskazując na orzecznictwo KIO podał, że „Zamawiający (...) nie może w treści uzasadnienia skupiać się jedynie na arytmetycznym porównaniu ceny oferty odrzucanej do cen innych złożonych w danym postępowaniu ofert oraz własnych szacunków. Odnieść winien się również do cen funkcjonujących na rynku analogicznych zamówień. Gdy w trakcie procedury wyjaśniania wątpliwości, co do zaoferowania rażąco niskiej ceny wykonawca wskazał przykłady niższych cen bądź cen porównywalnych z ceną przez niego zaoferowaną na tego samego rodzaju usługi u tego samego rodzaju zamawiających to nie można postawić ofercie takiego wykonawcy zarzutu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia". Jego zdaniem należy przyjąć, że zarzut rażąco niskiej ceny wobec wykonawcy jest bezpodstawny skoro na rynku funkcjonują ceny jeszcze niższe bądź porównywalne z ceną

ocenianej oferty." Stwierdził także, 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." W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie wziął pod uwagę – zdaniem wykonawcy - wskazanych przez niego obiektywnych czynników, umożliwiających mu obniżenie ceny oferty, skupiając się za bardzo na poczynionych obliczeniach arytmetycznych. Skoro Odwołujący przedstawił liczne dowody oraz szczegółowe kalkulacje na realność ceny zaoferowanej w ofercie, wówczas Zamawiający powinien był wziąć je pod uwagę”. Dodatkowo wskazał, że szacunkowa wartość zamówienia dokonana przez Zamawiającego na potrzeby niniejszego postępowania została zawyżona, co potwierdzają oferty złożone przez wykonawców biorących udział w postępowaniu, a także weryfikacja tej wartości przez Zamawiającego na późniejszym etapie. Wykonawca stwierdził, że „Zaoferowana w niniejszym Postępowaniu przez Odwołującego cena jest realna i nie została skalkulowana poniżej kosztów wytworzenia. Cena zaproponowana przez Odwołującego jest ceną adekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na przedmiot zamówienia określony w SIWZ oraz PFU. Cena zaoferowana przez Odwołującego jest w związku z powyższym ceną rynkową, tzn. wyznaczaną m.in. poprzez (i) ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, (ii) postęp technologiczno-organizacyjny oraz (iii) obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Cena ta została skalkulowana w oparciu o szczegółowe rozpoznanie rynku z uwzględnieniem wieloletniego doświadczenia wykonawcy, który wykonywał już z sukcesem wiele zamówień udzielanych przez Zamawiającego i nigdy nie musiał z jakichkolwiek powodów (w tym finansowych) opuszczać placu budowy przekazanego przez Zamawiającego.” Dla wykazania rynkowości ceny zaoferowanej, odwołał się do wartości (...) ofert wybranych w innych postępowaniach na wykonanie podobnego przedmiotu zamówienia w roku 2015. Porównanie odnosi się do dwóch postępowań prowadzonych przez odrębnych zamawiających na montaż sieci trakcyjnej typu YC150-2CS150 na długości ok 9,5 km. Z uwagi na to, że przedmiot zamówienia w tych postępowaniach obejmował poza kompleksową przebudową sieci trakcyjnej także inne usługi lub roboty (np. budowlane), dla kompletności porównania Odwołujący dokonał wyliczenia wskaźnika wykonania wybranej oferty na 1 km sieci trakcyjnej”. Pierwsze ze wskazanych postępowań zostało wszczęte dnia 4.03.2015 r. przez instytucję zamawiającą PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Zachodni pod nazwą: „Wykonanie prac projektowych i robót budowlanych na linii kolejowej nr 131 Chorzów Batory-Tczew w torze nr 2 na szlakach Chociw Łaski - Kozuby - Zduńska Wola Karsznice w ramach zadania pn.: „Rewitalizacja linii kolejowej nr 131 Chorzów Batory - Tczew, odcinek Bydgoszcz Główna - Zduńska Wola - Chorzów Batory”.

Zwycięska oferta została wybrana dnia 15 maja 2015 roku i zawierała cenę 5.454.000,00 zł netto. Wskaźnik wykonania na 1 km sieci trakcyjnej wyniósł w tym przypadku 568.361,82 zł netto. Drugie postępowanie zostało wszczęte 30 marca 2015 r. przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski pod nazwą: „Rewitalizacja linii kolejowej nr 200 na odcinku GLC - GSA” w ramach projektu inwestycyjnego pn. „Udrożnienie podstawowych ciągów wywozowych w ruchu towarowym na terenie Śląska, etap IV”. Wybór najkorzystniejszej oferty nastąpił 22.05.2015 roku. Wynosiła ona 5.800.000,00 zł netto. Wskaźnik wykonania wybranej oferty na 1 km sieci trakcyjnej wynosi w tym przypadku 595.543,69 zł netto. Z kolei niniejsze postępowanie zostało rozstrzygnięte dnia 16.07. 2015 r. Oferta Odwołującego wynosiła 5.300.000,00 zł, a więc jej wskaźnik wykonania dla 1 km sieci trakcyjnej wynosi 500.377,64 zł netto. Cena ta jest porównywalna do cen, które zostały wybrane w wymienionych powyżej postępowaniach. Powyższe w związku z tym potwierdza, że oferta Odwołującego zawiera cenę rynkową. Dla porównania, oferta wykonawcy Trakcja posiada ten wskaźnik na poziomie 646.567,22 zł, czyli znacznie wyższy od cen występujących obecnie na rynku (dowód: Porównanie wysokości zwycięskich ofert na realizację sieci trakcyjnej typu YC150-2CS150 w 2015 roku). Wykonawca podkreślił, że „Realność ceny zaoferowanej przez Odwołującego w odniesieniu do wielkości innych ofert wybranych w postępowaniach przetargowych w roku 2015 została zaprezentowana Zamawiającemu już w wyjaśnieniach z 26.06.2015 r.(dowód: wyjaśnienia Odwołującego z 26.06.15 str 2-w aktach sprawy). Powyższe oznacza, że już od tego momentu Zamawiający posiadał pełną wiedzę na temat rynkowego charakteru ceny zaoferowanej przez Odwołującego”. Reasumując stwierdził, że cena zaoferowana przez Odwołującego była ceną rynkową a nie ceną rażąco niską.

W zakresie drugiego z zarzutów wykonawca, wskazując na argumentację dotyczącą prawidłowości przedstawionych przez niego wyjaśnień, potwierdzających, że zaoferowana przez Odwołującego cena nie jest ceną rażąco niską, stwierdził, że za niezasadne należy uznać odrzucenie przez Zamawiającego jego oferty na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Wskazując na orzecznictwo KIO podał, że art. 90 ust. 3 ustawy Pzp (...) nakazuje zamawiającemu odrzucić ofertę wykonawcy, jeśli dokonana przez zamawiającego ocena wyjaśnień i załączone do niej dowody potwierdzają, że oferta zawiera cenę rażąco niską. Natomiast art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, jeśli zawiera ona cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy powinny wskazywać, więc na obiektywne czynniki m. in. sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne wykonawcy - art. 90 ust. 2 ustawy. Powyższe przepisy wskazują, zatem, że nie można oceniać ceny oferty w oderwaniu od przedmiotu zamówienia, a zatem przy ocenie ceny oferty i złożonych wyjaśnień / dowodów nie wolno też pominąć informacji wynikających z całokształtu dokumentów składających się

na dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego". Zdaniem Odwołującego, w niniejszej sprawie, Zamawiający przy ocenie jego wyjaśnień nie wziął pod uwagę informacji wynikających z całokształtu dokumentów, składających się na dokumentację postępowania, a wyjaśnienia ocenił w sposób wybiórczy. Tego rodzaju ocenę wyjaśnień należy ocenić, jako całkowicie błędną. Odrzucenie oferty ma bardzo doniosłe skutki dla postępowania o zamówienie publiczne, stąd zamawiający mogą z niej korzystać jedynie w sytuacji, gdy znajdą ku temu szczególne przesłanki. Powołując się na orzecznictwo stwierdził, że: „Instytucja odrzucenia oferty ma znamienny wpływ na los postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odrzuconemu wykonawcy. Skutki, jakie wywołuje dla jego uczestników przesądzają o tym, iż obowiązek wykazania, że czynność ta znalazła dla określonego postępowania swoje prawne i faktyczne uzasadnienie spoczywa każdorazowo na zamawiającym. Niewątpliwie nadużycie instytucji odrzucenia oferty przez Zamawiającego stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy (...) Pzp. Sam fakt ogłoszenia postępowania i złożenie w danym postępowaniu oferty niepodlegającej odrzuceniu przez wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu z postępowania powinno poskutkować zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego." Podniósł także, że „Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego poprzestał jedynie na stwierdzeniu, że zawiera ona rażąco niską cenę nie przedstawiając w tym zakresie żadnego uzasadnienia, które potwierdziłyby, że kalkulacje Odwołującego są nieprawidłowe (...) oraz, że: „Jeżeli po otrzymaniu od odwołującego kosztorysu głównych elementów składowych usługi zamawiający uważa, że przedstawione przez wykonawcę koszty lub założenia są zaniżone, niekompletne czy błędne, powinien wskazać w uzasadnieniu poprawne ich wartości wraz z argumentacją na poparcie swojego stanowiska, a najlepiej najpierw poprosić o dodatkowe wyjaśnienia. Zamawiający nie musi udowodnić, że cena danej oferty jest rażąco niska, ale ma dokonać oceny, która musi być rzetelna, oparta na faktach, umotywowana i przekonująca. Nie może natomiast odrzucając ofertę poprzestać na stwierdzeniu, że w jego ocenie zaproponowana cena jest rażąco niska, nie uzasadniając w żaden sposób swojego stanowiska". Reasumując, stwierdził, że (...) z uwagi na złożenie wyczerpujących i prawidłowych wyjaśnień w Postępowaniu, które potwierdziły, że cena zaoferowana przez Odwołującego nie jest ceną rażąco niską, dlatego też odrzucenie jego oferty, jako zawierającej rażąco niską cenę było całkowicie niezasadne.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca TRAKCJA PRKil S.A. z siedzibą w Warszawie, wnosząc o oddalenie odwołania.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie w całości podnosząc, że całości podtrzymuje uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty Odwołującego zawarte w Zawiadomieniu o odrzuceniu oferty z dnia 16.07.2015 r. Podkreślił, że zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp ciężar dowodu, iż cena nie jest rażąco niska spoczywa na wykonawcy, czego Odwołujący nie udowodnił. Odnosząc się do zarzutów odwołania, stwierdził, że nie zgadza się z oświadczeniem Odwołującego, że w trakcie przygotowywania oferty dokonał on gruntownej i kompletnej analizy przedmiotu zamówienia (pkt 15 Odwołania). „Projekt wstępny” załączony do pierwszych Wyjaśnień zawiera jedynie informacje o lokalizacji sieci trakcyjnej i technologii jej wykonania. Dokument ten nie zawiera natomiast jakichkolwiek powiązań z kosztami wykonania zamówienia (nie zostały w nim wskazane jakiegokolwiek ceny). W związku z tym Zamawiający nie mógł go potraktować, jako przekonujący dowód potwierdzający, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wiedzy o przedmiocie zamówienia (w tym o jego zakresie, sposobie wykonania) dostarczał wykonawcom Opis przedmiotu zamówienia, a także Tabela Elementów Rozliczeniowych (TER). Ten ostatni dokument miał przede wszystkim służyć prawidłowemu wyliczeniu ceny ofertowej, tak aby zawierała ona wszystkie elementy cenotwórcze dla danego postępowania. Załączenie przez wykonawcę do pierwszych wyjaśnień zmienionej Tabeli Elementów Rozliczeniowych dało Zamawiającemu przekonanie, że cena ofertowa nie została przez niego skalkulowana w sposób rzetelny. Wprost przeciwnie do twierdzeń Odwołującego - takie działanie dało podstawę do przypuszczenia, że Odwołujący dokonał analizy przedmiotu zamówienia dopiero po wezwaniu go do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny. Zdaniem Zamawiającego, wskazane w pkt 16 odwołania cztery obiektywne czynniki, które miałyby uzasadniać poziom zaoferowanej ceny, nie przesądzają, że cena ta nie jest rażąco niska. Posiadanie własnego sprzętu oraz niewykorzystanych materiałów nie oznacza, że wykorzystanie tego sprzętu będzie stanowiło koszt tak niski, jak to zostało wskazane w wyjaśnieniach, a także że materiały mogą być przekazane Zamawiającemu bezpłatnie (jak wskazywał Zamawiający stanowi to czyn nieuczciwej konkurencji). Odwołujący nie przedstawił żadnej szczegółowej kalkulacji w zakresie oszczędności związanych z dysponowaniem własną kadrą. Z kolei nie jest zasadne twierdzenie, że zaoferowanie krótszego terminu realizacji robót spowoduje oszczędności. W takim wypadku czas pracy maszyn jest taki sam jak w dłuższym okresie realizacji, a koszt robocizny przy pracy w systemie trójzmianowym jest wręcz wyższy. W odniesieniu do argumentu zawartego w pkt 18 odwołania („narzucenie” przez Zamawiającego przesunięć finansowych) stwierdził, że taki sam wymóg dotyczący osiągnięcia określonego „przerobu” finansowego został określony dla każdego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu, a mimo to nie spowodował on zawyżania kosztów prac w danym roku, w powiązaniu z ich zaniżaniem w kolejnym. Nota bene Tabela Elementów Rozliczeniowych nie została określona w ujęciu czasowym -

poszczególne elementy robót są wspólne dla całego okresu wykonywania Zadania. Podniósł, że Odwołujący w żadnym punkcie wyjaśnień nie określił, w jaki sposób oszacował ryzyko związane z Zamówieniem, w związku z tym ta okoliczność nie mogła podlegać ocenie Zamawiającego (ad. pkt 19 Odwołania). Stwierdził także, że w niniejszym postępowaniu - wbrew twierdzeniom Odwołującego, zawartym w pkt 20 odwołania - pomimo wynagrodzenia ryczałtowego - w SIWZ wyraźnie został określony wymóg przeprowadzenia szczegółowej analizy i kalkulacji kosztów wykonania zamówienia, czego wyrazem było wypełnienie i załączenia do oferty Tabeli Elementów Rozliczeniowych. Całkowita cena miała być oparta na cenach jednostkowych zawartych w tej Tabeli i z nich wynikać. To pozwalało Zamawiającemu dokonać oceny zarówno ceny całkowitej jak i poszczególnych jej elementów. W rezultacie Zamawiający uznał, że tak cena całkowita, jak i jej elementy zostały przez Odwołującego zaniżone (i nierzetelnie skalkulowane). Zamawiający kwestionując przedstawione przez Odwołującego wartości ofert wybranych w innych postępowaniach (pkt 29 i n. Odwołania) stwierdził, że przedstawione wskaźniki wykonania 1 km sieci trakcyjnej budzą wątpliwości, ponieważ przywołane postępowania obejmowały także inne roboty budowlane i usługi, a Odwołujący nie wskazał metody wyliczenia powyższych wskaźników tj. w jaki sposób oddzielił koszty inne niż wykonania sieci trakcyjnej. Ponadto wskaźniki nie ujmują kosztów projektowania, jak w przypadku niniejszego postępowania, tym samym ceny są nieporównywalne. W konkluzji stwierdził, że Odwołujący nie udowodnił, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a zatem odwołanie podlega oddaleniu jako niezasadne.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba stwierdza, że Odwołujący w ofercie wskazał kwotę 6 519 000,00 zł brutto, która jest niższa o 51,65% od wartości szacunkowej zamówienia, która to wartość została ustalona przez Zamawiającego, po doliczeniu podatku od towarów i usług (VAT), na kwotę brutto 13 482 645,00 zł. Z kolei średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych w niniejszym postępowaniu ofert, [po uwzględnieniu zmiany cen wynikających z poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych] wynosi brutto 9 623 141,60 zł, a zatem cena z oferty Odwołującego jest także niższa o 32,25% od tej średniej. Izba stwierdza również, że różnica pomiędzy ceną oferty wykonawcy, a ceną oferty sklasyfikowanej, jako druga w kolejności wynosi 1 904 581,20 zł brutto, co oznacza ponad 22% różnicę cen pomiędzy ofertami. Zamawiający w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 16 lipca 2015 r. - zgodnie z jego pkt III - podał, że w celu ustalenia, czy oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwrócił się w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do

wykonawcy [w dniu 26.05.2015 r., a następnie w dniu 23.06.2015 r.] o udzielenie wyjaśnień, dotyczących ceny oferty. Izba stwierdza, że w wezwaniu z dnia 26.05.2015 r. Zamawiający wymagał nie tylko przedstawienia głównych czynników cenotwórczych wpływających na wysokość ceny, ale również żądał przedłożenia szczegółowych wyliczeń lub kalkulacji, przedstawiających sposób obliczenia zaproponowanej ceny ofertowej, wskazując, że jest to niezbędne dla zbadania oraz weryfikacji tych kalkulacji pod kątem wystąpienia rażąco niskiej ceny. Izba zwraca uwagę, że na stronie 2 wezwania [akapit 1] żądał również dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych i organizacyjnych, 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 [ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę], pozostałych kosztów osobowych, zestawienia kosztów materiałów niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, innych kosztów finansowych, ubezpieczeniowych, komunikacji, amortyzacji etc oraz wszelkich innych kosztów niezbędnych do wykonania zamówienia w zakresie, czasie i terminach wymaganych przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. W tym wezwaniu podano również, że „Wyjaśnienia wraz z racjonalnym uzasadnieniem tj. wskazaniem obiektywnych czynników, które pozwoliły na skalkulowanie ceny na poziomie podanym przez Wykonawcę, w tym złożenie dowodów, należy udzielić w zakresie całej zaoferowanej ceny z uwzględnieniem rozbicia na poszczególne elementy wyszczególnione w tabeli elementów rozliczeniowych”. Wskazano także, że „Złożenie ogólnikowego oświadczenia pozbawionego rzeczowej, merytorycznej argumentacji odnośnie wysokości ceny spowoduje, że cena zaoferowana przez Państwa firmę zostanie uznana przez Zamawiającego za rażąco niską”. Konsekwencją zaś będzie odrzucenie oferty, na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Izba podkreśla, że to wezwanie, także co do jego zakresu, nie było kwestionowane przez wykonawcę, dlatego też wykonawca nie może - z uwagi chociażby na odpowiednie zastosowanie postanowień art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp [Izba odrzuca odwołanie wniesione terminie, a zarzut wniesiony po terminie pozostawia bez rozpoznania] - wskazywać w odwołaniu na okoliczności, które nie zostały podniesione w terminie określonym art. 182 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby, wykonawca nie zastosował się do żądania wezwania i przede wszystkim przedstawił ogólnikowe wyjaśnienia nie poparte konkretną merytoryczną argumentacją oraz nie poparte żądanymi dowodami. Stanowiło to zatem samodzielną podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie wskazanego art. 90 ust.3 ustawy Pzp. Izba podzieliła ponadto stanowisko Zamawiającego, że ciężar dowodu, że cena nie jest rażąco niska spoczywa na

wykonawcy, albowiem to wynika z ust. 2 art. 90 ustawy Pzp oraz z art. 190 ust.1a pkt 1 ustawy Pzp, w myśl którego „Ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na (...) wykonawcy, który ją złożył w tym przypadku, gdy jest on stroną postępowania odwoławczego”. Izba stwierdza również, że na gruncie art. 90 ust.1 ustawy Pzp, wątpliwości Zamawiającego związane z oferowaną mogą wzbudzić również poszczególne elementy oferty, mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. W tym przypadku te, które zostały ujęte w Tabeli Elementów Rozliczeniowych, albowiem te ceny [jednostkowe z pozycji Tabeli Elementów Rozliczeniowych] stanowią podstawę do określenia należnego wynagrodzenia wykonawcy. Dlatego też mogą również podlegać ocenie w zakresie rażąco niskiej ceny. Wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 02.06.2015 r., zawarł specyfikację kosztów bezpośrednich z uwzględnieniem cen jednostkowych poszczególnych elementów rozliczeniowych, która przedstawia inne od rozpisanych w ofercie wartości dla kolejnych pozycji Tabeli Elementów Rozliczeniowych. Zmiany tych cen w stosunku do złożonej oferty dokonano we wszystkich pozycjach Tabeli Elementów Rozliczeniowych, a znaczne różnice w cenach występują w pozycjach: 2.1.2.1, 2.1.2.5, 2.2.2.1 i 2.2.2.5. - zabicie fundamentów palowych i montaż sieci jezdnej dla toru nr 1 i 2. Z analizy pozycji przedłożonej tabeli - kosztów wszystkich materiałów wliczonych w projekt pn. „Materiały” - trudno nie przyznać racji twierdzeniom Zamawiającego, że wykonawca nie uwzględnił w kalkulacji wyceny ośmiu pozycji materiałowych. Zdaniem Izby posiadane zapasy magazynowe nie uprawniały wykonawcy do ich pominięcia w kalkulacji. W treści tych wyjaśnień wykonawca oświadczył również, że do wykonania robót w ramach realizowanego zadania będzie używał własnego sprzętu i urządzeń, co także nie mogło skutkować pominięciem wyceny kosztów pracy niezbędnego sprzętu. Izba mając powyższe na uwadze, podzieliła stanowisko Zamawiającego, że przedstawiona w wyjaśnieniach kalkulacja cenowa nie może być uznana za wyraz konkretnych indywidualnych możliwości wykonawcy, ani też stosowną reakcją na bieżącą sytuację na rynku zamówień w sektorze publicznym i prywatnym. Izba podkreśla, że wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 02.06.2015 r. [podobnie z dnia 26.06.2015 r.) nie przedstawił wymaganych informacji i dowodów na temat elementów kalkulacyjnych, mających wpływ na wysokość zaproponowanej przez niego ceny, w sposób wyczerpujący i szczegółowy. Ze względu na objęcie złożonych wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa Izba – podobnie jak Zamawiający - nie odnosiła się do ich konkretnych zapisów, a jedynie do przyjętej przez wykonawcę metodyki. Izba podzieliła również pogląd Zamawiającego, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę są niespójne z informacjami przedstawionymi w Tabeli Elementów Rozliczeniowych do oferty, skutkiem czego te wyjaśnienia nie udowadniają poprawności dokonanej wyceny oraz nie gwarantują, że możliwe jest prawidłowe wykonanie zamówienia za zaproponowaną przez wykonawcę cenę. Rozbieżne ujęcie kosztów kluczowych elementów cenotwórczych od opracowanego wcześniej w

złożonej ofercie, oraz twierdzenia wykonawcy, że niewykazane koszty zakupu materiałów zostały uwzględnione na wybranych pozycjach tabeli kosztów bezpośrednich, a więc w cenie innych pozycji [w jednych przypadkach niezrozumiale zawyżone, a w innych zaniżone], nie korespondując z cenami rynkowymi, uzasadniają stanowisko Zamawiającego, że także zaoferowane ceny jednostkowe są cenami rażąco niskimi. Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że „Projekt wstępny” załączony do wyjaśnień z dnia 2.06.2015 r. zawiera informacje o lokalizacji sieci trakcyjnej i technologii jej wykonania. Ten dokument, złożony do akt sprawy nieopatrzonej żadnym pisemnym omówieniem, nie pozwala na zidentyfikowanie, że te pomiary dotyczą lokalizacji tego zamówienia. Dokument ten nie zawiera ponadto – tak jak wskazał Zamawiający - jakichkolwiek powiązań z kosztami wykonania zamówienia (nie zostały w nim wskazane jakiegokolwiek ceny). W związku z tym Zamawiający w istocie nie mógł tego załącznika [oznaczonego nr 1] do wyjaśnień traktować, jako dowodu potwierdzającego, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Izba zauważa także, że zakres i sposób wykonania zamówienia określono w Opisie przedmiotu zamówienia, a także w Tabeli Elementów Rozliczeniowych (TER), który to dokument stanowił podstawę prawidłowego wyliczenia ceny ofertowej, z uwzględnieniem wszystkich wymaganych elementów cenotwórczych. Izba stwierdza również, że przedłożone na posiedzeniu, jako dowody: lista materiałów [oznaczenie dla dokumentów - WZ 1465/1MG/2014 – oryginał], zestawienie sprzętu, który jest własnością Odwołującego, oraz lista personelu, którym dysponuje wykonawca, są dokumentami prywatnymi, które nie posiadają waloru dokumentu obiektywnego i bezstronnego, a to z kolei nie pozwala uznać ich za dowód w sprawie. Przede wszystkim nie dowodzą, w jaki sposób wpływają na deklarowane koszty przy realizacji tego zamówienia oraz, że m.in. dotyczą dostaw związane są z potrzebami tego zamówienia. Podobnie sprzęt i zasób kadrowy. Z tego też również względu Izba w konsekwencji nie uwzględniła wniosku wykonawcy o wyłączenie jawności rozprawy na podstawie art. 189 ust.6 ustawy Pzp dla oceny tych dokumentów. Izba podzieliła także stanowisko Zamawiającego, że wartości ofert wybranych w innych postępowaniach i przedstawione wskaźniki wykonania 1 km sieci trakcyjnej, nie mogą być uznane za dowód w tej sprawie ponieważ przywołane postępowania obejmowały także inne roboty budowlane i usługi, a Odwołujący nie wskazał metody wyliczenia powyższych wskaźników tj. w jaki sposób oddzielił koszty inne niż wykonania sieci trakcyjnej. Ponadto wskaźniki nie ujmują kosztów projektowania, jak w przypadku niniejszego postępowania, tym samym ceny są nieporównywalne.

W konkluzji Izba stwierdza, że wykonawca także w toku rozprawy – tak jak wymaga tego przepis art. 190 ust.1 Pzp aż do jej zamknięcia - nie udowodnił, że oferowana cena nie

jest rażąco niska, a przedstawiane stanowisko nie dowodziło, że została ona skalkulowana w sposób rynkowy, nieuchybający zasadom uczciwej konkurencji.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, a także stosownie do 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. Nr 41, poz. 238).

.....

Sygn. akt: KIO 1601/15

Uzasadnienie

.....
.....
.....
.....

Przewodniczący: