

WYROK

z dnia 25 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 października 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 października 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **Konsorcjum: Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH INWESTOR Sp. z o.o., KB Pomorze Sp. z o.o., Koltech Infra Sp. z o.o. ul. Targowa 69, 03 - 729 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o., ul. Osmańska 12, 02-823 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **Konsorcjum: Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH INWESTOR Sp. z o.o., KB Pomorze Sp. z o.o., Koltech Infra Sp. z o.o., ul. Targowa 69, 03 - 729 Warszawa,** oraz:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **Konsorcjum: Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH INWESTOR Sp. z o.o., KB Pomorze Sp. z o.o., Koltech Infra Sp. z o.o. ul. Targowa 69, 03 - 729 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH INWESTOR Sp. z o.o., KB Pomorze Sp. z o.o., Koltech Infra Sp. z o.o. ul. Targowa 69, 03 - 729 Warszawa** na rzecz zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Nadzór Inżyniera w ramach projektu „Prace na linii kolejowej Warszawa Włochy - Grodzisk Mazowiecki (linia 447)”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2015/S 248-451984 w dniu 23 grudnia 2015 r.

Odwołujący: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH INWESTOR Sp. z o.o., KB Pomorze Sp. z o.o., Koltech Infra Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Warszawie wniósł odwołanie wobec:

1. czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
2. czynności oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego,
3. z ostrożności - zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień,
4. czynności sprostowania w dniu 06.10.2016 r. pisma z dnia 29.09.2016 r. „Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej ofert”, tj. zaniechania podania całości uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego wraz z przesłaniem informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.):

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo iż nie zawiera ona rażąco niskiej ceny, a Konsorcjum Koltech złożyło odpowiednie wyjaśnienia,
2. art. 90 ust. 1-3 Pzp, poprzez nienależytą ocenę złożonych wyjaśnień,
3. z ostrożności procesowej - naruszenie art. 90 ust. 1-3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień,
4. art. 92 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie podania całości uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego jednocześnie z przesłaniem informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert,
 2. unieważnienia czynności sprostowania pisma z dnia 29.09.2016 r.
 3. dokonania ponownej oceny ofert,
- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
4. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
- z ostrożności procesowej - wezwania Konsorcjum Koltech do złożenia wyjaśnień,

Niedopuszczalne podanie nowych podstaw faktycznych odrzucenia oferty Konsorcjum Koltech po dniu przesłania zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej

Zamawiający „Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty” przesłał Odwołującemu w dniu 29 września 2016 r., wskazując podstawy faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego. Pomimo, iż całość uzasadnienia obu wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, Zamawiający udostępnił wszystkim wykonawcom ww. podstawy odrzucenia oferty Odwołującego.

W dniu 6 października 2016 r., tj. 7 dni po przesłaniu ww. zawiadomienia, Zamawiający przesłał Konsorcjum Koltech nowe pismo, „Sprostowanie zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 29.09.2016r.”, w którym podał nowe podstawy faktyczne odrzucenia oferty.

Powyższa czynność narusza przepis art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp, tj. obowiązek jednoczesnego przesłania informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, jak i informacji o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone wraz z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego.

Odwołujący został pozbawiony możliwości należytego skorzystania ze środków ochrony prawnej, skracając termin do wniesienia odwołania do 2 dni roboczych. Takie zachowanie Zamawiającego narusza art. 7 Pzp - Zamawiający nie traktuje wszystkich wykonawców w taki sam sposób, w szczególności Konsorcjum Koltech jest dyskryminowane przez Zamawiającego.

Brak przesłanek do odrzucenia oferty - oferta Konsorcjum Koltech nie zawiera rażąco niskiej ceny

Zgodnie z art. 90 Pzp, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień. Powyższy przepis nie daje podstaw do automatycznego stwierdzenia, iż cena oferty jest rażąco niska w przypadku spełnienia którejkolwiek ze wskazanych w nim przesłanek, ale zaistnienie wskazanych w nim okoliczności jedynie otwiera drogę do wszczęcia przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający określił warunki kalkulacji ceny ofertowej w pkt 13.1. IDW, wskazując, iż podana w ofercie cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty

bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu zamówienia oraz podatek od towarów i usług.

Oferty oceniane były na podstawie 3 kryteriów- zgodnie z pkt 19.9 IDW:

1. cena 80%,
2. nadzór nad wykonaniem zadań dodatkowych powyżej wartości określonej w pkt 4.1.1 (19) OPZ - 10%,
3. wykonanie badań na rzecz Zamawiającego - 10%.

Przez pojęcie „cena” należy rozumieć całkowite wynagrodzenie brutto wykonawcy z tytułu realizacji umowy. W świetle powyższych postanowień SIWZ, przedmiotem badania w kontekście elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez nas ceny jest cena całkowita brutto.

Odwołujący wskazał, iż zaoferowana przez niego cena jest wynikiem rzetelnej wyceny oraz świadomego działania, zawiera wszelkie koszty związane z realizacją całości zamówienia oraz mieści się w granicach prawa, tj. nie jest skierowana przeciwko jakimkolwiek innym podmiotom, nie jest ceną dumpingową i zawiera w sobie zrównoważony zysk.

Kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia wynosi 10.385.205.54 PLN. Cena oferty Odwołującego wynosi 6.022.703.61 PLN i jest niższa od ceny ofertowej kolejnej oferty zaledwie o 249.289.80 PLN oraz stanowi 58 % wartości zamówienia. 70% średniej arytmetycznej złożonych ofert wynosi 6.429.712.27 PLN, więc wartość oferty Odwołującego jest niższa od tej wartości zaledwie o 407.088.66 PLN, tj. cena oferty stanowi 94% wartości liczonej jako 70% średniej arytmetycznej złożonych ofert.

Zdaniem Odwołującego, powyższe wskazuje, iż zaoferowana przez Odwołującego cena jest ceną rynkową, realistyczną, zapewniającą wykonanie umowy zgodnie z warunkami SIWZ. Fakt, że cena oferty stanowi około 60% wartości szacunkowej zamówienia nie stanowi przesłanki do uznania, że jest rażąco niska. Zamawiający wielokrotnie w ostatnim czasie zawierał umowy z wykonawcami, którzy oferowali ceny w większym stopniu odbiegające od wartości zamówienia.

Podstawą odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp jest brak złożenia wyjaśnień lub też złożenie takich wyjaśnień, które po dokonaniu oceny przez Zamawiającego potwierdzają, że oferta zwiera rażąco niską cenę. Przy czym zakres wyjaśnień zawsze zależny jest od zakresu wezwania. Odwołujący za każdym razem złożył wyjaśnienia, które zawierały odpowiedzi na wszystkie pytania Zamawiającego, natomiast podstawy faktyczne odrzucenia oferty wskazane przez Zamawiającego znajdują się poza zakresem jego wezwań. Jeśli zaś Zamawiający miał jakieś dalsze wątpliwości, to powinien wezwać Odwołującego do ich wyjaśnienia.

Pozostała część uzasadnienia odwołania została zawarta w Załączniku Nr 1 do odwołania – objęty zastrzeżeniem jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Wykonawca ECM Group Polska S.A. oraz wykonawca ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o., zgłosili swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Obaj przystępujący wniesli o oddalenie odwołania.

Zamawiający, pismem z dnia 24 października 2016 r., złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości, jako niezasadnego. Zamawiający wyjaśnił, że posiada uprawnienie do samodzielnego korygowania własnych czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, o ile uzna, że są one obarczone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich poprawę, co wynika z zasad systemu zamówień publicznych oraz możliwości nakazania korekty oceny ofert przez podmioty kontrolujące. Żaden przepis prawa nie wskazuje, w jakim trybie i formie autokorekta powinna następować, a zatem ustawa Pzp pozostawia swobodę zamawiającemu w tym zakresie, że taka czynność podlega zaskarżeniu w ramach dostępnych środków ochrony prawnej. Zamawiający wyjaśnił, że przekazana w dniu 29 września 2016 r. informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej zawierała także uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny, które w ocenie Zamawiającego zawierało zwięzłe lecz wystarczające okoliczności stanowiące podstawę do podjęcia ww. decyzji. W toku analizy treści tego zawiadomienia Zamawiający uznał, że uzasadnienie to wymaga sprostowania, co zostało dokonane pismem z dnia 6 października 2016 r. Jednocześnie Zamawiający poinformował Odwołującego, że termin na wniesienie odwołania od decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego powinien być liczony od daty przekazania ww. „sprostowania” wykonawcy. Nie został zatem skrócony termin na wniesienie odwołania w powyższym zakresie, jak twierdzi Odwołujący. Ponadto, Odwołujący odniósł się w odwołaniu do „nowych” okoliczności zawartych w piśmie z dnia 6 października 2016 r.

Zamawiający wskazał również, że fakt, iż cena oferty jest niższa od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej złożonych ofert o 30% stwarza domniemanie, że oferta zawiera rażąco niską cenę i obliguje zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Zamawiający wyjaśnił, że odrzucił też na tej samej podstawie „kolejną najniższą ofertę”, wskazywaną przez Odwołującego w odniesieniu do ceny jego oferty. Ponadto, Zamawiający podniósł, że argumentacja dotycząca wysokości cen ofert wybranych w innych postępowaniach nie potwierdza, że oferta Odwołującego w tym postępowaniu nie zawiera rażąco niskiej ceny, bowiem każda oferta jest badana indywidualnie. Zamawiający

podkreślił, że przyjęta przez niego podstawa faktyczna odrzucenia oferty Odwołującego opiera się tylko i wyłącznie na treści złożonych wyjaśnień, które są wewnętrznie sprzeczne. W ocenie Zamawiającego złożone wyjaśnienia wskazują, że dokonana przez Odwołującego kalkulacja ceny oferty została wykonana nieprawidłowo, bowiem nie uwzględnia wszystkich okoliczności, które Odwołujący powinien przyjąć do wyceny oferty. W związku z brakiem wątpliwości co do nieprawidłowości kalkulacji, a także w związku z wyczerpaniem zakresu informacji, o które Zamawiający mógłby ewentualnie dopytać Odwołującego – nie było podstaw do kierowania do odwołującego kolejnego wezwania do wyjaśnień, co godziłoby w zasadę równego traktowania wykonawców, w szczególności - w świetle obowiązku wykonawcy udowodnienia zamawiającemu, że cena oferty nie jest rażąco niska. Pozostała argumentacja odnosząca się szczegółowo do okoliczności stanowiących informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, została objęta przez Zamawiającego także klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący spełnia przesłanki, określone w art. 179 ust. 1 Pzp, wymagane do wniesienia odwołania.

Izba stwierdziła nieskuteczność przystąpienia wykonawcy ECM Group Polska S.A. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przystępujący nie przekazał kopii przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu, zgodnie z art. 185 ust. 2 Pzp.

Wykonawca ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, spełniając przesłanki określone w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołanie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu.

Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie podania całości uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego jednocześnie z przesłaniem informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający w dniu 29 września 2016 r. przesłał Odwołującemu „Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty”, wraz z informacją o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, wskazując podstawę prawną i faktyczną odrzucenia oferty. W dniu 6 października 2016 r., tj. 7 dni po przesłaniu ww. zawiadomienia, Zamawiający przekazał Konsorcjum Koltech nowe pismo, „Sprostowanie zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 29.09.2016r.”, w którym przedstawił dodatkowe uzasadnienie faktyczne decyzji o odrzuceniu oferty. W przeciwieństwie do pisma z 29 września 2016 r. powyższa informacja została przekazana wyłącznie do wiadomości Odwołującego, jako zawierająca informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 Pzp, niezwłocznie po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej zamawiający ma obowiązek jednoczesnego zawiadomienia wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone wraz z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego, o wykonawcach którzy zostali wykluczeni z postępowania, podając uzasadnienie faktyczne i prawne, jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę, oraz o terminie określonym zgodnie z art. 94 ust. 1 lub 2, po którego upływie umowa w sprawie zamówienia publicznego może być zawarta. Z treści tego przepisu wynika zatem, że zawiadomienie o odrzuceniu oferty wraz z uzasadnieniem faktycznym i prawnym powinno być przekazane wykonawcom jednocześnie z ww. informacjami, w tym wraz z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W przedmiotowym postępowaniu, niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający w dniu 29 września 2016 r. zawiadomił Odwołującego o wyniku postępowania oraz o odrzuceniu jego oferty z podaniem uzasadnienia prawnego i faktycznego. Po przeanalizowaniu jednak dokonanej czynności Zamawiający w dniu 7 października 2016 r. sprostował uzasadnienie faktyczne decyzji o odrzuceniu oferty i przesłał do Odwołującego poprawione uzasadnienie faktyczne zawierające rozszerzoną argumentację co do okoliczności stanowiących podstawę uznania, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Nie uległa zmianie podstawa prawna tej decyzji wskazana w piśmie z 29 września 2016 r.

Odnosząc się do zarzutu podniesionego w powyższym zakresie Izba zważyła, że skoro zamawiający, jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, odpowiedzialny za prawidłowość prowadzonego postępowania, może w każdym czasie

samodzielnie dokonać zmiany podjętych wcześniej decyzji, to tym bardziej może dokonać sprostowania uzasadnienia faktycznego podjętych decyzji, jeśli uzna je za konieczne. Należy zauważyć, że w tym przypadku nie doszło do zmiany podstawy prawnej decyzji o odrzuceniu oferty z dnia 29 września 2016 r. Pozostało także aktualne, podane w tym piśmie, uzasadnienie faktyczne. Wobec tego nie wystąpiła konieczność unieważnienia decyzji z dnia 29 września 2016 r., która co do wyniku postępowania i sytuacji Odwołującego w tym postępowaniu nie uległa zmianie. Poprzez sprostowanie uzasadnienia doszło wyłącznie do rozszerzenia argumentacji odnośnie okoliczności faktycznych, które legły u podstaw uznania, że zaoferowana przez Odwołującego cena za wykonanie przedmiotu zamówienia jest ceną rażąco niską.

Należy zauważyć jednocześnie, że w omawianym przypadku przepisy ustawy Pzp gwarantują wykonawcy zachowanie prawa do zaskarżenia decyzji w zakresie objętym sprostowaniem uzasadnienia. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, iż poprzez czynność sprostowania pisma z dnia 29 września 2016 r. wykonawca został pozbawiony możliwości należytego skorzystania ze środków ochrony prawnej w wyniku skrócenia terminu do wniesienia odwołania do 2 dni roboczych. Na tę czynność Zamawiającego przysługiwało bowiem Odwołującemu prawo do wniesienia odwołania, stosownie do art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp, tj. w terminie 10 dni od dnia w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

W analizowanym stanie faktycznym Odwołujący nie skorzystał z możliwości wyczerpania terminu do wniesienia odwołania na decyzję odrzucenia jego oferty w zakresie objętym sprostowaniem, i w konsekwencji we wniesionym odwołaniu połączył zarzuty zarówno w zakresie uzasadnienia z dnia 29 września 2016 r. jak i uzasadnienia z dnia 6 października 2016 r. Powyższe wskazuje, że wykonawca wniósł odwołanie w terminie liczonym od pierwotnej czynności z dnia 29 września 2016 r. w pełnym zakresie uzasadnienia, chociaż mógł w odniesieniu do sprostowania wnieść odwołanie w terminie do 16 października 2016 r. Odwołujący nie został zatem pozbawiony możliwości zaskarżenia decyzji, w pełnym zakresie uzasadnienia wynikającego z pisma z dnia 29 września i 6 października 2016 r.

Czynność sprostowania uzasadnienia decyzji z pewnością nie jest w praktyce dokonywana często, a zatem może powodować pewną niedogodność dla wykonawcy, jednak nie sposób uznać, że powoduje to dyskryminację wykonawcy w rozumieniu art. 7 ust. 1 Pzp. Nawet gdyby przyjąć, że czynność ta spowodowała utrudnienie we wniesieniu odwołania w pełnym zakresie w terminie 10 dni od dnia 29 września 2016 r. (co nie było konieczne), to biorąc pod uwagę fakt, że wykonawca

skutecznie wniósł takie odwołanie, należałoby uznać, że wskazane „utrudnienie” nie miało i nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania.

Odnosząc się do kwestii jawności uzasadnienia decyzji Zamawiającego z dnia 29 września 2016 r., Izba stwierdziła, że pismo powyższe nie zawiera informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. W szczególności nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa jedynie ogólnie określone w tym piśmie okoliczności faktyczne stanowiące postawę do odrzucenia oferty w oparciu o przepisy art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż Konsorcjum Koltech złożyło odpowiednie wyjaśnienia, naruszenia art. 90 ust. 1-3 Pzp, poprzez nienależytą ocenę złożonych wyjaśnień, a z ostrożności procesowej - naruszenia art. 90 ust. 1-3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień.

Zgodnie z art. 90 Pzp, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień. Powyższy przepis nie daje podstaw do automatycznego stwierdzenia, iż cena oferty jest rażąco niska w przypadku spełnienia którejkolwiek ze wskazanych w nim przesłanek, a zaistnienie wskazanych w nim okoliczności jedynie otwiera drogę do wszczęcia przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej.

Przedmiotem zamówienia jest usługa „Nadzór Inżyniera w ramach projektu „Prace na linii kolejowej Warszawa Włochy - Grodzisk Mazowiecki (linia 447)”. Zamawiający podzielił wykonanie przedmiotu zamówienia na trzy etapy, określając terminy realizacji poszczególnych etapów. Dla etapu II Zamawiający wskazał termin realizacji w ciągu 27 miesięcy, przy czym do kalkulacji ceny oferty należało uwzględnić wydłużenie tego okresu o 15 miesięcy, co daje łącznie termin 42 miesięcy. Powyższe wymaganie nie było sporne pomiędzy stronami.

W przedmiotowym postępowaniu wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 10 976 233.50 PLN, w tym 2 532 476.96 PLN – to wartość przewidywanych zamówień uzupełniających. Kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 10 385 205.54 PLN.

W terminie składania ofert (31 maja 2016 r.) do Zamawiającego wpłynęło 8 ofert. W wyniku badania i oceny ofert Zamawiający odrzucił dwie oferty (w tym ofertę

Odwołującego) oraz wykluczył dwóch wykonawców.

Cena oferty Odwołującego wynosi 6.022.703,61 PLN, co stanowi 58 % wartości zamówienia. Druga oferta odrzucona w tym postępowaniu zawiera cenę nieco wyższą lecz na porównywalnym poziomie, tj. 6 271 993,41 PLN. (oferta odrzucona na tej samej podstawie). Pozostałe oferty zawierają ceny w przedziale od kwoty 8 154 295,00 PLN do kwoty 14 908 852,36 PLN.

Podstawą odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp jest brak złożenia wyjaśnień lub też złożenie takich wyjaśnień, które po dokonaniu oceny przez Zamawiającego potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp, to na wykonawcy spoczywa obowiązek udowodnienia zamawiającemu okoliczności potwierdzających, że cena oferty nie jest rażąco niska.

W danym stanie faktycznym nie budzi wątpliwości fakt, że Odwołujący został zasadnie wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, w szczególności biorąc pod uwagę zarówno różnicę ceny w stosunku do wartości zamówienia jak i w stosunku do średniej arytmetycznej cen złożonych ofert.

Odwołujący dwukrotnie na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, złożył wyjaśnienia, tj. pismem z dnia 7 czerwca 2016 r. i pismem z dnia 8 sierpnia 2016 r.

Szczegółowa analiza wyjaśnień złożonych przez Odwołującego wskazuje, że zawierają one liczne i wyraźne wewnętrzne sprzeczności. Wyjaśnienia złożone w zakresie niektórych elementów oferty nie są spójne i wykazują niezgodności z wyjaśnieniami w innym zakresie. Niespójność wyjaśnień wynika także m.in. z faktu że Odwołujący w wyjaśnieniach udzielonych później korygował wyjaśnienia wcześniejsze. Powyższe istotnie podważa wiarygodność wyjaśnień złożonych zarówno na pierwsze jak i na drugie wezwanie.

W konsekwencji, oceniając złożone przez Odwołującego wyjaśnienia, należało uznać, iż potwierdzają one, że dokonana przez Odwołującego kalkulacja ceny oferty została wykonana nieprawidłowo, bowiem nie uwzględnia wszystkich okoliczności, które Odwołujący powinien przyjąć do wyceny oferty, określonych w OPZ, w tym wymagań opisanych w pkt 3, pkt 3.2, pkt 3.1.3 i 3.18, pkt 4.2.5 ppkt 23, pkt 4.2.5 ppkt 20, 21, 22 i 24 OPZ. Okoliczności i wymagania nieuwzględnione przez wykonawcę przy kalkulacji oferty mają istotny wpływ na cenę oferty. W tym zakresie Izba w pełni podzieliła stanowisko przedstawione przez Zamawiającego.

Ze względu na zastrzeżenie wyjaśnień Odwołującego, jak i części odwołania oraz części odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest możliwe szczegółowe odniesienie się w tym miejscu do stanowisk stron i treści wyjaśnień. Należy jednak wskazać, że Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez Odwołującego

w załączeniu do wyjaśnień z dnia 7 czerwca 2016 r. i 8 sierpnia 2016 r., które były oceniane w postępowaniu przez Zamawiającego. Izba uznała natomiast, że dowody złożone przez Odwołującego na rozprawie są spóźnione z uwagi na brzmienie art. 90 ust. 2 Pzp, który nakłada na wykonawcę obowiązek udowodnienia, że cena jego oferty nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia - w postępowaniu przed zamawiającym.

Podnoszony przez Odwołującego w odwołaniu fakt, że Zamawiający wielokrotnie w ostatnim czasie zawierał umowy z wykonawcami, którzy oferowali ceny w większym stopniu odbiegające od wartości zamówienia niż cena oferty Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu, w ocenie Izby, nie stanowi okoliczności, która mogłaby dowodzić, że cena oferty Odwołującego jest realna i rynkowa oraz uwzględnia wszystkie koszty niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami SIWZ. Stanowczo należy podkreślić, że każda z ofert, która wypełnia przesłanki do wszczęcia procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 Pzp musi być szczegółowo zbadana i oceniona przez zamawiającego indywidualnie, w kontekście złożonych przez danego wykonawcę indywidualnie wyjaśnień.

Odwołujący podniósł także w odwołaniu, że podstawy faktyczne odrzucenia oferty wskazane przez Zamawiającego znajdują się poza zakresem wezwań do wyjaśnień, co uzasadnia ewentualną powinność wezwania Odwołującego do wyjaśnienia dalszych wątpliwości Zamawiającego. W ocenie Izby, powyższe twierdzenie nie jest zasadne, skoro Zamawiający doszedł do przekonania w oparciu o złożone wyjaśnienia, że cena oferty jest rażąco niska, gdyż nie uwzględnia wszystkich wymaganych elementów, koniecznych do uwzględnienia przy kalkulacji ceny oferty. Tym samym Izba nie stwierdziła naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie dalszego wyjaśnienia ceny oferty Odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, w szczególności niepotwierdzenie się zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: