

**Sygn. akt: KIO 730/10**

**WYROK**

**z dnia 20 maja 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

**Anna Packo**

**Katarzyna Prowadzisz**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 kwietnia 2010 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: APIA XXI I.A.K. Sp. z o.o. (pełnomocnik; adres pełnomocnika 02-019 Warszawa, Grójecka 5), APIA XXI S.A. z siedzibą w Santander, Hiszpania, Biuro Projektowo- Inżynierskie REDAN Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, WORX Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie, od czynności zamawiającego, którym jest Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku, 80-354 Gdańsk, ul. Subisława 5**

przy udziale wykonawcy **Lafrentz-Polska Sp. z o.o., ul. Zbąszyńska 29, 60-359 Poznań** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: APIA XXI I.A.K. Sp. z o.o. (pełnomocnik; adres pełnomocnika 02-019 Warszawa, Grójecka 5), APIA XXI S.A. z siedzibą w Santander, Hiszpania, Biuro Projektowo- Inżynierskie REDAN Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, WORX Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiące kwotę wpisu uiszczanego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: APIA XXI I.A.K. Sp. z o.o. (pełnomocnik; adres pełnomocnika 02-019 Warszawa, Grójecka 5), APIA XXI S.A. z siedzibą w Santander, Hiszpania, Biuro Projektowo- Inżynierskie REDAN Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, WORX Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie**
  
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3.600 zł 00 gr** (słownie trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: APIA XXI I.A.K. Sp. z o.o. (pełnomocnik; adres pełnomocnika 02-019 Warszawa, Grójecka 5), APIA XXI S.A. z siedzibą w Santander, Hiszpania, Biuro Projektowo- Inżynierskie REDAN Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, WORX Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 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), uwzględniając koszty pełnomocnika Zamawiającego zgodnie z rachunkiem złożonym do akt sprawy.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

## *Uzasadnienie*

I. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku 80-354 Gdańsk, ul. Subisława 5 (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie opracowań: Studium sieciowe, studium korytarzowe oraz studium techniczno - ekonomiczno - środowiskowe wraz z materiałami do decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dla budowy obwodnicy metropolii trójmiejskiej na parametrach drogi ekspresowej.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 16 lutego 2010 r. pod poz. Dz.U./S S32 16/02/2010 46284-2010-PL.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 26.04.2010 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: APIA XXI I.A.K. Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik), APIA XXI S.A. z siedzibą w Santander, Hiszpania, Biuro Projektowo- Inżynierskie REDAN Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, WORX Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie na czynność Zamawiającego (wybór oferty najkorzystniejszej i odrzucenie oferty Odwołującego), o której Zamawiający poinformował, przesyłając informację w dn. 16.04.2010 r.

Odwołujący kwestionował prawidłowość odrzucenia jego oferty (oferta została odrzucona z powodu rażąco niskiej ceny; Zamawiający uznał, po przeprowadzeniu procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, że udzielone przez Odwołującego wyjaśnienia są niewystarczające i nie uzasadniają zaoferowania ceny w tak niskiej wysokości, jak w ofercie Odwołującego), i wskazywał na naruszenie art. 89 ust. pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz naruszenie art. 90 ust. 2 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o nakazanie przez Krajową Izbę Odwoławczą powtórzenia czynności badania oraz oceny złożonych ofert z uwzględnieniem jego oferty.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił Lafrentz-Polska Sp. z o.o., ul. Zbąszyńska 29, 60-359 Poznań (dalej: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Przystępujący wnioskował o odrzucenie odwołania z powodu wadliwych pełnomocnictw, jednak Izba uznała wniosek za niezasadny. Po analizie złożonych przez Odwołującego w ofercie pełnomocnictw (kopia oferty Odwołującego w aktach sprawy), skład orzekający stwierdził, że zachowano ciąg pełnomocnictw, zarówno co do ich zakresu rzeczowego, jak co do upoważnionych podmiotów. Izba w tym zakresie ustaliła bowiem, że do oferty Odwołującego, na stronach 288-293 oferty, załączono odpowiednie pełnomocnictwa z prawem udzielania dalszych pełnomocnictw: pełnomocnictwa trzech partnerów konsorcjum APIA XXI S.A. z siedzibą w Santander, Hiszpania, Biura Projektowo- Inżynierskie REDAN Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie oraz WORX Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie (strona 288, 289, 290) upoważniające czwartego partnera, APIA XXI I.A.K. Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do działania w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Równocześnie do oferty załączono pełnomocnictwo do działania w imieniu APIA XXI I.A.K. Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie dla Alejandro V. T. (strona 293), który umocował z kolei Marcina K., który udzielił pełnomocnictwa Edycie S., która podpisała odwołanie (oba pełnomocnictwa załączone do odwołania).

Odnośnie zakresu pełnomocnictw, Izba uznała, że pełnomocnictwo do występowania przed „zespołem arbitrów”, w kontekście pozostałej treści pełnomocnictwa, odnoszącej się wprost do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i postępowania odwoławczego, upoważnia do uczestniczenia w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą. W ocenie Izby, pełnomocnictwa należy interpretować tak, jak każde oświadczenie woli, zgodnie z art. 65 Kodeksu cywilnego, a nie było tu wątpliwości, że intencją mocodawcy było umocowanie do działania przed organem, przed którym toczy się postępowanie odwoławcze.

Odwołanie zostało wniesione w dniu 26.04.2010 r. w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, osoba podpisująca odwołanie ma ważny certyfikat.

Odwołujący ma interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ w konsekwencji uwzględnienia odwołania, i powtórnej oceny ofert, jego oferta miałaby szansę zostać uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

Cena oferty Odwołującego stanowi około 38,5% wartości oszacowanej przez Zamawiającego oraz około 45% średniej wartości zaproponowanej przez pozostałych wykonawców.

Pismem z 26 marca 2010 r. Zamawiający wezwał, na podstawie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W odpowiedzi z 1 kwietnia 2010 r. Odwołujący wskazał, iż na wysokość zaoferowanej ceny wpłynęła przede wszystkim redukcja własnych zysków z tytułu realizacji projektu. Odwołujący, w sposób ogólny, wyjaśnił również wysokość cen poszczególnych elementów składających się na przedmiot zamówienia (składniki ceny były wyszczególnione w formularzu ofertowym).

W tak ustalonych okolicznościach faktycznych Izba w istocie nie badała, czy Odwołujący zaoferował rażąco niską cenę, ale czy jego wyjaśnienia z dn. 1.04.2010 r. są wystarczające, aby uznać, że cena oferty Odwołującego nie jest rażąco niska. Zgodnie bowiem z art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę, jednak nie może tego uczynić, nie poprzedziwszy swojej decyzji w tym względzie przeprowadzeniem procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Jeżeli wykonawca nie złoży wyjaśnień bądź ocena złożonych wyjaśnień potwierdza, że zaoferowano rażąco niską cenę, oferta podlega zgodnie z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych odrzuceniu. Na równi z przypadkiem niezłożenia w ogóle wyjaśnień, doktryna i orzecznictwo traktuje wyjaśnienia niewystarczające i ogólnikowe. Obowiązek wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, ciąży na wykonawcy; w sytuacji kiedy wykonawca zaprezentował ogólnikowe stwierdzenia, "wszystkie ceny obliczono z należytą starannością i zawierają one wszystkie koszty świadczenia" należy je uznać za niewystarczające i ofertę odrzucić (tak stwierdził Sąd Okręgowy w Częstochowie w wyroku z dn. 12.08.2005r. sygn. VI Ca 464/05).

W konsekwencji, oferta wykonawcy który nie złożył wyjaśnień, bądź złożył wyjaśnienia niewystarczające, powinna podlegać odrzuceniu, lecz nie w związku z konstatacją, że cena jest rażąco niska, ale na podstawie domniemania, wynikającego ze złożenia niedostatecznych wyjaśnień. Zakres informacji podanych w

wyjaśnieniach, w gruncie rzeczy lakoniczny, ogólnikowy i pozbawiony konkretnych danych nie może przekonać Zamawiającego, że podana cena nie jest rażąco niska, przeciwnie, utwierdza go w podejrzeniu, iż cena, wobec znaczącej różnicy od innych cen ofertowych, jest ceną rażąco niską.

Dodatkowe wyjaśnienia Odwołującego, złożone na rozprawie (utajnione kalkulacje cenowe i oferta podwykonawcy na ortofotomapy) nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia o prawidłowości uprzednio dokonanych czynności Zamawiającego. Zresztą Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że wyjaśnienia złożone w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych powinny być poparte konkretnymi dowodami, które nie mogą być utajnione w stosunku zamawiający-wykonawca. Jeżeli Zamawiający poweźmie wątpliwości co do oceny, czy zaoferowana cena jest rażąco niska, ma prawo wezwać do wyjaśnienia poszczególnych elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny – wynika to po pierwsze wprost z treści art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, po drugie w niniejszym postępowaniu częścią formularza ofertowego była tabela zawierająca poszczególne ceny „składowe” (za wykonanie elementów przedmiotu zamówienia), których wysokość budziła wątpliwości Zamawiającego, wynikające z jego rozeznania w cenach rynkowych.

W ocenie składu orzekającego, wykonawca nie ma prawa zasłaniać się przed Zamawiającym tajemnicą handlową, ponieważ skutkuje to faktycznie brakiem przedstawienia dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Wykonawcy przysługuje prawo do zastrzeżenia tajemnicy, którą w takim przypadku Zamawiający jest związany (zobowiązany byłby do nieujawniania tej tajemnicy osobom trzecim, w tym – pozostałym uczestnikom postępowania).

Wobec powyższego, rozstrzygnięcie sporu sprowadzało się do oceny wyjaśnień Odwołującego z dn. 1.04.2010 r. w zakresie rażąco niskiej ceny. Po analizie tychże wyjaśnień, Izba w całości podzieliła stanowisko Zamawiającego, wyrażone w odpowiedzi na odwołanie (złożonej na piśmie w trakcie rozprawy), i uznała, że są wyjaśnienia te są ogólnikowe, nie poparte ani konkretną argumentacją, ani dowodami.

W piśmie z dn. 1.04.2010 r. Odwołujący poinformował, że na cenę, jaką zaproponowano w znacznym stopniu wpłynęła „redukcja własnego zysku” z tytułu realizacji projektu. Jednocześnie powołując się na ten element kształtujący cenę, Odwołujący nie przedstawił żadnych konkretnych informacji dotyczących spodziewanego zysku oraz ograniczeń jakie przyjął w tym zakresie, brak

jakichkolwiek danych liczbowych, kalkulacji, wyliczeń, brak odwołania się do konkretnych korzystnych ofert ewentualnych podwykonawców. Odwołujący wskazał, że jest w trakcie realizacji prac o podobnej charakterystyce i złożoności, co pozwala mu z jednej strony na korzystanie z bogatego doświadczenia własnych ekspertów, a z drugiej - posiada możliwość negocjacji korzystnych warunków finansowych współpracy z innymi podmiotami realizującymi prace wchodzące w zakres zamówienia, jednak nie wskazano żadnych konkretnych danych (np. nazwy realizowanego projektu, jego zakresu, cen ofertowych podwykonawców i innych niezbędnych informacji).

Odwołujący co prawda odniósł się w złożonych wyjaśnieniach do elementów mających wpływ na wysokość ceny, o które pytał Zamawiający, jednak wszystkie wyjaśnienia są na podobnym – wysokim - stopniu ogólności.

Zamawiający zwrócił uwagę, że niezależnie od wyjaśnień Odwołującego, sam przeprowadził badanie rynku (w zakresie ofert cenowych na ortofotomapy) i przeciętna zaoferowana cena w tym zakresie jest kilkakrotnie wyższa niż cena oferty Odwołującego za ten element (zapytania ofertowe i odpowiedzi na nie załączono do odpowiedzi na odwołanie), co wskazuje na niewiarygodność wyjaśnień Odwołującego.

Z kolei wyjaśnienie Odwołującego dotyczące inwentaryzacji przyrodniczej wykonywanej w ramach Studium Korytarzowego, jak i jego kontynuacji (pozycja B.3 oraz CA Formularza 2.1) jest niespójne i sprzeczne z dalszą częścią wyjaśnienia dotyczącą poz. 3. I tak, w przypadku pozycji B.3 „Inwentaryzacja przyrodnicza w ramach Studium korytarzowego” oszczędność wykonania zadania wynika zdaniem Odwołującego z realizacji zamówienia częściowo własnymi siłami, co - zdaniem Odwołującego - pozwoli na optymalizację ceny przy jednoczesnym zredukowaniu własnych zysków, a reszta prac zostanie zlecona stałym podwykonawcom, posiadającym doświadczenie, i z którymi możliwa jest negocjacja korzystnych warunków współpracy. Według Odwołującego, zarówno realizacja zamówienia częściowo własnymi siłami spowoduje optymalizację ceny przez zredukowanie własnych zysków i zmniejszenie ceny, jak i podzlecenie reszty prac podwykonawcom pozwoli na negocjację korzystnych warunków finansowych współpracy i także spowoduje zmniejszenie ceny. Korzystanie z usług podwykonawców jest uprawnieniem każdego wykonawcy, jednak sam fakt realizacji zamówienia przy udziale podwykonawców, bez podania dodatkowych argumentów czy wyliczeń, nie



uzasadnia znaczącego obniżenia kosztów wykonania opracowania. Podobnie jak samodzielna realizacja części zamówienia przez Wykonawcę, nie może przesądzać o obniżeniu kosztów i nie może być wyłączną przyczyną niskiej ceny.

Odwołujący sam w swoim piśmie przyznaje, że w zakresie jednego z elementów zaproponowana cena może wydawać się niska (wyjaśnienie Odwołującego oznaczone punktem 4 - Materiały do decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach - pozycja D.I.A Formularza 2.1), co uzasadnia okolicznością, iż wykorzystane materiały zrealizowane na wcześniejszym etapie, „w związku z tym koszt ich pozyskania został wzięty przy wycenie innych pozycji”. Po pierwsze, brak jednak jakichkolwiek wyliczeń na poparcie powyższych stwierdzeń, po drugie - wycena wcześniejszych pozycji powinna być wyższa; zresztą każdy z wykonawców składających ofertę w tymże postępowaniu mógłby się powoływać na te same okoliczności (skoro rzeczywiście można wykorzystać materiały zrealizowane na poprzednim etapie, trudno uznać za prawdopodobne, że tylko Odwołujący uwzględnił ten fakt w swojej ofercie cenowej).

W ocenie składu orzekającego, Zamawiający rzetelnie przeanalizował wyjaśnienia Odwołującego, biorąc pod uwagę przepis art. 90 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, i nie dopatrył się obiektywnych czynników, które mogłyby mieć wpływ na tak niską cenę oferty Odwołującego. Z pewnością argumentów Odwołującego nie można uznać za „wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy”, bowiem każdy profesjonalny podmiot realizujący zadania określonego rodzaju może się na takie okoliczności powołać (realizacja podobnych zamówień, korzystne oferty podwykonawców). Wyjaśnienia nie pozwalają również na stwierdzenie oszczędnej metody wykonania zamówienia czy wybranych rozwiązań technicznych. W rachubę nie wchodzi w ogóle pozostałe czynniki, o których mowa w art. 90 ust. 2 Prawa zamówień publicznych – oryginalność projektu wykonawcy ani wpływ pomocy publicznej (na nie Odwołujący w ogóle się nie powoływał).

Reasumując, Izba nie stwierdziła wskazywanych naruszeń art. 90 ust. 2 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, a podjęte przez Zamawiającego czynności w związku z odrzuceniem oferty Odwołującego były prawidłowe i należycie umotywowane.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Gdańsku**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

