

WYROK

z dnia 29 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: przewodniczący Anna Packo
protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 listopada 2010 r. w Warszawie
odwołania wniesionego przez

EGIS Poland Sp. z o.o. ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

**Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku
ul. Subisława 5, 80-354 Gdańsk**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia
**Biuro Projektowo – Konsultingowe KONTRAKT Sp. z o.o. ul. Beethovena
115, 80-171 Gdańsk, PONT – PROJEKT Sp. z o.o. ul. Grunwaldzka 209,
80-266 Gdańsk, Biuro Inżynierskie DAMART Sp. j. ul. Czorsztyńska
39a/5, 71-201 Szczecin** zgłaszających przystąpienie do postępowania
odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża EGIS Poland Sp. z o.o. ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty uiszczzonego przez niego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

do wyroku KIO 2499/10 z 29 listopada 2010 r.

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *koncepcję programową, projekt budowlany, projekt wykonawczy wraz z materiałami przetargowymi dla zadania „Budowa obwodnicy m. Malbork w ciągu drogi krajowej nr 22 granica państwa – Gorzów Wielkopolski – Grzechotki – granica państwa* na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 11 sierpnia 2010 r. w Dz.Urz. UE. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W postępowaniu złożono 19 ofert z cenami od 1.546.350,00 zł (oferta Odwołującego) do 5 193 540,00 zł.

Pismem z 1 października 2010 r. Odwołujący – EGIS Poland Sp. z o.o. został wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty (wskazanych „w szczególności”, oraz „innych zdaniem wykonawcy mających wpływ na wysokość skalkulowanej ceny”) wraz z przedstawieniem dowodów, gdyż istnieje podejrzenie realizacji zamówienia poniżej kosztów lub w cenie odbiegającej znacząco od rynkowej, bowiem zaoferowana przez Odwołującego cena brutto stanowi jedynie około 28% wartości oszacowanej przez Zamawiającego oraz jest o około 1.700.000 zł niższa od średniej wartości zaproponowanej przez wszystkich wykonawców w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny również trzech innych wykonawców, w tym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Kontrakt Sp. z o.o., Pont Projekt Sp. z o.o. i Biuro Inżynierskie Damart Ryszard Bednarski, Józef Krasiński Sp. j., zwanych dalej „konsorcjum KONTRAKT” lub „Przystępującym”.

Odwołujący pismem z 7 października 2010 r. udzielił Zamawiającemu wyjaśnień co do sposobu skalkulowania swojej ceny ofertowej, wskazując na: wieloletnie doświadczenie, ugruntowaną pozycję rynkową, posiadanie stałego zespołu specjalistów z dużym doświadczeniem, skuteczne metody koordynacji i zarządzania kontraktami, opracowanie sprawnego obiegu dokumentów i procedur kontroli, optymalną organizację, wsparcie ekspertów francuskich i personelu pomocniczego sekretarsko – administracyjnego, posiadanie zaplecza biurowo – sprzętowego i nieodpłatnego korzystania z oprogramowania w ramach grupy Egis. Podkreślił także, że cena jest realna i rynkowa i nie odbiega od cen tej branży, jest zbliżona do innych cen zaoferowanych w niniejszym postępowaniu oraz obejmuje cały wymagany przez Zamawiającego zakres, a została opracowana na podstawie faktycznych kosztów poniesionych w przygotowywanych opracowaniach, ujęto w niej stawkę VAT 22% oraz „umiarkowaną marżę”. Stwierdził także, że proste porównanie cen nie może przesądzać, czy cena jest rażąco niska.

5 listopada 2010 r. Odwołujący otrzymał informację o odrzuceniu swojej oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz dwóch innych wykonawców – z tego samego powodu, a także o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum KONTRAKT.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że przedstawione wyjaśnienia zawierają jedynie informacje zdawkowe, o wysokim stopniu uogólnienia, zatem nie mogą być przyjęte za zasadne i wystarczające, a w przypadku wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Odwołujący obowiązku tego nie wypełnił. W związku z tym istnieje podejrzenie realizacji zamówienia poniżej kosztów lub w cenie odbiegającej znacząco od rynkowej, a złożone wyjaśnienia nie potwierdziły, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie wyjaśnił, na czym polega organizacja pracy i metody zarządzania projektem i współpracy z personelem oraz w jaki sposób i w jakim stopniu wpływają one na

optymalizację kosztów realizacji przedmiotowego opracowania, nie podał żadnych konkretnych danych, kalkulacji kosztów ponoszonych, bądź możliwych do zredukowania, a ogólne hasła nie mogą stać się podstawą do obalenia podejrzenia co do rażąco niskiej ceny. Podobnie zapewnienie, że do realizacji zamówienia skierowany zostanie personel pomocniczy oraz zespół prawny i środowiskowy, a wyjaśnienie w tym zakresie może stać się jedynie podstawą do przypuszczenia, że zaangażowanie dodatkowych osób do realizacji zamówienia może raczej zwiększyć koszty, a nie je minimalizować. Odwołujący nie poinformował też Zamawiającego, w jaki sposób i w jakim zakresie spodziewana pomoc ekspertów przyczynia się do redukcji kosztów realizacji zamówienia. W przypadku usług projektowych koszt zatrudnienia właściwego, doświadczonego personelu, na który powołuje się Odwołujący, jest głównym elementem cenotwórczym i wszyscy wykonawcy musieli brać powyższy element pod uwagę, średnia kwota brutto zaoferowana przez nich jest jednak wyższa o ok. 1 700 000 zł. Zapewnienie pracownikom przy realizacji zamówienia wszelkich niezbędnych do tego środków oraz posiadanie kompletnego zaplecza biurowo – sprzętowego nie są czynnikami wyróżniającymi wyłącznie Odwołującego. Podobnie Odwołujący nie wskazał, w jakim zakresie zmniejszenie kosztu odpowiedniego oprogramowania wpłynie na redukcję ceny. Odnosząc się do kosztów materiałów wyjściowych i kartograficznych, kosztów administracyjnych związanych z pozyskaniem decyzji oraz kosztów wykonania niezbędnych pomiarów wyjaśnił, że zostały skalkulowane na podstawie faktycznych kosztów poniesionych przy wykonywanych wcześniej i obecnie analogicznych opracowaniach, ale z braku wskazania tych opracowań Zamawiający nie jest w stanie określić, czy zadania te rzeczywiście są porównywalne z przedmiotem niniejszego zamówienia, kiedy miała miejsce ich realizacja i czy zostały one wykonane należycie, natomiast sam fakt wykonania wcześniejszych „analogicznych” opracowań nie może być podstawą do uzasadnienia ponoszenia niskich kosztów także w przypadku oferty złożonej w niniejszym postępowaniu. Dlatego Zamawiający nie może potraktować wskazanych okoliczności jako obiektywnego czynnika mogącego wpłynąć na redukcję kosztów opracowania.

Własne wyliczenia Odwołującego dotyczące oferowanych cen są jedynie zbliżone do średniej ceny za km całości opracowań środowiskowych, a w dodatku wyższe niż podane w ofercie Odwołującego i nie potwierdzają danych zawartych w wyjaśnieniach. Zamawiający podkreślił też, że o wezwaniu do złożenia wyjaśnień dotyczący przesądziła wysokość ceny całkowitej, a nie tylko ceny poszczególnych pozycji tabeli cenowej zawartej w ofercie.

15 listopada 2010 r. Odwołujący wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie: art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne przyjęcie przez Zamawiającego, iż skierowanie do wykonawcy wezwania do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na cenę tworzy domniemanie „rażąco niskiej ceny” i w konsekwencji przerzuca na wykonawcę obowiązek udowodnienia, że jego cena nie jest rażąco niska, co stanowi jednocześnie naruszenie przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędną ocenę wyjaśnień Odwołującego składanych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i błędne przyjęcie, iż cena zaoferowana przez Odwołującego jest ceną rażąco niską, a także art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez dowolną ocenę wyjaśnień składanych przez wykonawców w trybie art. 90 ust. 1 i wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty konsorcjum KONTRAKT jako najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a następnie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wiąże sankcję w postaci odrzucenia oferty z zaoferowaniem przez wykonawcę rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia stwierdził, że ma jedynie takie podejrzenia. Przepisy ustawy Prawo zamówień

publicznych, w szczególności art. 90 ust. 3, nie przewidują możliwości odrzucenia oferty wykonawcy z uwagi na fakt, iż złożone przez niego wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny nie potwierdziły, że jego cena ofertowa nie jest ceną rażąco niską. Cena rażąco niska to cena niewiarygodna, nierealistyczna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, znacząco odbiegająca od cen przyjętych, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi. Natomiast w niniejszym postępowaniu Odwołujący jest w stanie wykonać w sposób należyty przedmiot zamówienia za zaoferowaną cenę, a nadto nie odbiega ona w sposób istotny od cen rynkowych, ustalonych w oparciu m. in. o ceny wykonania usług przez podwykonawców oraz ceny zaoferowane przez wykonawców w tym oraz w innych postępowaniach o zamówienie publiczne na wykonanie podobnych usług.

Odwołujący nie zgadza się z poglądem, że wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych skutkuje domniemaniem, że w danej sprawie mamy do czynienia z rażąco niską ceną, w wyniku czego ciężar udowodnienia, że cena nie jest rażąco niska, spoczywa na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień. Nie ma tu miejsca domniemanie faktyczne ani prawne. Art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych nie nakłada na wykonawcę obowiązku przedstawienia wraz z wyjaśnieniami określonych dowodów i nie można uznać, że wyjaśnienia, do których nie załączono dowodów, z mocy prawa upoważniają do odrzucenia oferty. Wyjaśnienia te mają służyć dokonaniu przez zamawiającego oceny oferty danego wykonawcy pod kątem zarzutu rażąco niskiej ceny, nie zaś zwolnieniu zamawiającego z obowiązku dokonywania ustaleń w tym zakresie.

Samo wezwanie skierowane do Odwołującego było wezwaniem wadliwym. Zamawiający ma obowiązek skierować wezwanie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli powźmie wątpliwości co do ceny ofertowej, nie oznacza to jednak, iż decyzja o skierowaniu wezwania nie podlega ocenie pod kątem jej zgodności z prawem, zwłaszcza, gdyby miałyby być ona podstawą do przyjęcia domniemania rażąco niskiej ceny. Porównanie cen ofert i odnoszenie się do wartości szacunkowej zamówienia nie może stanowić wyłącznego argumentu dla stwierdzenia, że

cena ofertowa jest rażąco niska. Branża usług projektowych charakteryzuje się dużą konkurencyjnością, więc każde postępowanie charakteryzuje się dużym zróżnicowaniem cenowym złożonych ofert i znacznymi odchyleniami zaproponowanych cen w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o VAT. Przy tak dużej konkurencji wykonawcy, aby uzyskać dane zamówienie, gotowi są obniżyć zaoferowane ceny, zazwyczaj poprzez redukcję marży i kosztów stałych obsługi umowy, więc zakładanie przez Zamawiającego z góry nierzetelnego oszacowania ceny ofertowej przez Odwołującego i przerzucanie na niego obowiązków dowodowych w tym zakresie jest nieuzasadnione.

Poza tym Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę z ceną stanowiącą 29,66% szacunkowej wartości zamówienia plus VAT, podczas gdy odrzucił jako zawierającą rażąco niską cenę ofertę z 29,33% szacunkowej wartości zamówienia plus VAT, co wskazuje na arbitralny sposób oceny przez Zamawiającego wyjaśnień składanych przez wykonawców i kwestii, jaka cena pozwala na należyte wykonanie umowy.

Odwołujący miał możliwość złożenia odwołania od czynności wezwania go do złożenia wyjaśnień, jednakże nie oznacza to, że obecnie zarzuty te są spóźnione, nie wiedział bowiem, iż Zamawiający wiąże tak daleko idące skutki prawne z samym faktem skierowania wezwania, nie wiedział również, że niesatysfakcjonujący dla Zamawiającego stopień szczegółowości jego wyjaśnień automatycznie, bez zbadania i wykazania przez Zamawiającego rażąco niskiej ceny, spowoduje odrzucenie jego oferty.

Porównując treść wyjaśnień wszystkich wykonawców wezwanych do wyjaśnienia ceny nie sposób nie zauważyć, iż wszyscy ci wykonawcy wskazywali w rzeczywistości te same czynniki kształtujące poziom ich ceny: koszt geologii i geodezji, opracowań środowiskowych, a także koszt pracy zespołów projektowych w pozostałych branżach, koszty administracyjno – – logistyczne oraz spodziewany zysk, doświadczenia, dotychczas zrealizowane, podobne usługi i aktualną sytuację na rynku usług projektowych, jako okoliczności umożliwiające im skalkulowanie cen na zaoferowanym, rynkowym poziomie, więc negowanie przez Zamawiającego ww. czynników oraz określanie ich jako niewystarczających, świadczy

o nierównym traktowaniu wykonawców oraz łamaniu zasady uczciwej konkurencji przez Zamawiającego.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego, jakoby zaangażowanie zespołu prawnego i środowiskowego miało zwiększyć koszty realizacji zamówienia, gdyż zatrudnienie zespołu prawnego i środowiskowego we własnym zakresie zamiast zlecenia tych usług na zewnątrz przyczynia się do redukcji kosztów narzutów podwykonawców, jak również jego koszt rozkłada się na kilka projektów. Wsparcie francuskich ekspertów powoduje, że nie ma potrzeby zatrudniania dodatkowych ekspertów w przypadku konieczności opracowania lub konsultacji złożonych technicznie lub nietypowych części dokumentacji projektowej.

Różnica w wyjaśnieniach konsorcjum KONTRAKT polegała na bardziej szczegółowym rozbiciu ceny ofertowej oraz przedłożeniu ofert firm podwykonawczych.

Odwołujący wskazał, iż koszt wynagrodzenia personelu jest rzeczywistym kosztem, jaki wykonawca ponosi aktualnie zatrudniając projektantów na innych kontraktach projektowych obecnie realizowanych przez spółki Egis w Polsce. Zamawiający twierdzi, że wszyscy wykonawcy muszą dysponować personelem i nie akceptuje tego czynnika jako głównego czynnika kształtującego cenę i wyjątkowych okoliczności sprzyjających wykonawcy, niemniej jednak zwycięski wykonawca na taki czynnik się właśnie powołuje, co zdaje się przekonywać Zamawiającego. Przygotowując wycenę ofertową Odwołujący brał już pod uwagę fakt, że z końcem listopada 2010 r. planowane jest przejęcie przez Egis Poland spółki CGM Projekt, co zwiększy liczbę personelu i pozwoli zmniejszyć koszty zatrudnienia personelu z uwagi na to, że spółka CGM Projekt zatrudnia swój personel projektowy po niższych kosztach.

Zaproponowana przez Odwołującego cena jest zbliżona do cen zaoferowanych przez innych wykonawców biorących udział w postępowaniu i zaledwie o 180.000 zł niższa od ceny oferty uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą. Odwołujący oświadczył też, że zaoferowana cena zapewnia należyte wykonanie całości zamówienia.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której podkreślił, iż podstawą odrzucenia oferty nie był art. 89 ust. 1 pkt 4, lecz art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wskazał też, że z jego dotychczasowego doświadczenia wynika, iż zbyt niska cena oferty może być przyczyną niedotrzymywania terminów umownych, wad przekazanej dokumentacji, a nawet rozwiązana umowy z winy wykonawcy, co prowadzi do opóźnień w realizacji inwestycji, potencjalnego braku pokrycia finansowego w przyszłorocznym budżecie, a nawet konieczność rezygnacji z planowanej inwestycji, dlatego uznał za konieczne zbadanie najniższych oferowanych cen. Zamawiający doszedł do wniosku, że w stosunku m.in. do ceny oferty złożonej przez Odwołującego istnieje uzasadnione podejrzenie realizacji zamówienia poniżej kosztów lub w cenie odbiegającej znacząco od rynkowej. Zaoferowana przez Odwołującego cena brutto stanowi bowiem jedynie około 28 % wartości oszacowanej przez Zamawiającego oraz jest o około 1.700.000 zł niższa od średniej wartości zaproponowanej przez wszystkich wykonawców w przedmiotowym postępowaniu i wynoszącej ok. 3.244.055 zł. Szacunkowa wartość zamówienia, która została ustalona przez Zamawiającego z należytą starannością, wynosiła 4.538.516,78 zł netto, 5.536.990,47 zł brutto. Przy ocenie, czy w stosunku do ceny zaoferowanej przez Odwołującego istnieje podejrzenie, że cena ta jest rażąco niska, Zamawiający nie kierował się wyłącznie obliczeniami arytmetycznymi, lecz także korzystał z własnego doświadczenia w realizacji umów dotyczących dokumentacji projektowych oraz oddziału GDDKiA we Wrocławiu, który w latach 2009 – 2010 przeprowadzał podobne postępowania. Wezwanie do złożenia wyjaśnień skierowane do Odwołującego oparte zostało na rzetelnej analizie cen ofertowych złożonych w przedmiotowym postępowaniu, porównaniu cen rynkowych i szacunkowej wyceny oraz po dokonaniu innych czynności przygotowawczych, a działania Zamawiającego nie były nadużyciem i mieściły się w granicach przysługującego mu prawa. Zwrócenie się przez Zamawiającego do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień jest uprawnione w sytuacji, gdy cena oferty złożonej w toku postępowania o udzielenie zamówienia może być uznana za rażąco niską. W niniejszym przypadku taka sytuacja miała miejsce, dlatego też zwrócenie się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, było jak najbardziej zasadne i celowe.

Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień przede wszystkim w zakresie wymienionych elementów – było to wskazanie, na jakie elementy w szczególności powinni położyć nacisk w składanych wyjaśnieniach, przy czym Odwołujący mógł złożyć bardziej obszerną i wyczerpującą odpowiedź, zawierającą kalkulacje cenowe oraz dowody, powołując się także na inne elementy kształtujące cenę całkowitą oferty, jego zdaniem mające wpływ na wysokość skalkulowanej ceny całkowitej oferty i dowody, że cena ta jest realna i wiarygodna.

Niezrozumiałe dla Zamawiającego jest stanowisko Odwołującego, że odpowiadając na wezwanie nie wiedział, iż Zamawiający wiąże tak daleko idące skutki prawne z samym faktem skierowania wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i że niesatysfakcjonujący dla Zamawiającego stopień szczegółowości jego wyjaśnień niejako automatycznie, bez zbadania i wykazania przez Zamawiającego rażąco niskiej ceny, spowoduje odrzucenie jego oferty. Ustawowym obowiązkiem wykonawcy jest złożenie wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że cena zaproponowana w ofercie nie jest rażąco niska, udzielenie przez wykonawcę odpowiedzi, której nie można ocenić, z uwzględnieniem art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, prowadzi do przyjęcia, że wyjaśnienia w rozumieniu ustawowym w ogóle nie zostały udzielone. Zamawiający podtrzymał stanowisko wyrażone w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, że odpowiedź udzielona przez Odwołującego zawiera jedynie informacje zdawkowe, o wysokim stopniu uogólnienia i nie może być przyjęta za zasadną i wystarczającą. Odnosząc się dodatkowo do zarzutu naruszenia art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dowolną ocenę złożonych wyjaśnień, podkreślił, że odpowiedzi przekazane przez wykonawców zostały ocenione w oparciu o wartość merytoryczną i stopień szczegółowości. Odwołujący nie kwestionuje zasadności przyjęcia wyjaśnień złożonych przez konsorcjum KONTRAKT, lecz na ich podstawie wysnuwa wniosek, że także wyjaśnienia przedłożone przez niego winny zostać uznane za wystarczające, a działanie Zamawiającego polegające na odmiennej ocenie dostarczonych wyjaśnień, zdaniem Odwołującego, stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Zdaniem Zamawiającego wyjaśnienia złożone przez konsorcjum KONTRAKT, w odróżnieniu od wyjaśnień Odwołującego, zawierały szczegółowe wyjaśnienia i kalkulacje kosztów zespołu projektowego w rozbiciu na poszczególne elementy

zamówienia, wskazano: branże, ilości osób zaangażowanych w realizację projektu, ich funkcje oraz koszt ich zatrudnienia, stawki miesięczne wynagrodzenia, rzeczywiste zaangażowanie – ilość miesięcy, a ponadto do wyjaśnień tych dołączono konkretne oferty cenowe. Różnica pomiędzy wyjaśnieniami uwzględnionymi przez Zamawiającego a odpowiedzią złożoną przez Odwołującego nie polega jedynie na dodatkowym załączeniu ofert podwykonawców, lecz przede wszystkim na stopniu szczegółowości i walorach merytorycznych. W przypadku odpowiedzi Odwołującego, Zamawiający nie poznał natomiast żadnych konkretnych danych, kalkulacji kosztów ponoszonych bądź możliwych do zredukowania. Wbrew twierdzeniu Odwołującego, w treści złożonych wyjaśnień nie znalazły się informacje na temat tego, że wydatek ten został rozłożony na kilka projektów, dlatego też odpowiedź mogła stać się jedynie podstawą do przypuszczenia, że zaangażowanie dodatkowych osób do realizacji zamówienia może raczej zwiększyć koszty, a nie je minimalizować. Dodatkowo Odwołujący uzasadniając niską wycenę realizacji przedmiotu zamówienia powołał się na „bezpłatne wsparcie francuskich ekspertów technicznych”, nie poinformował jednak Zamawiającego, o jakich ekspertów chodzi oraz w jaki sposób i jakim zakresie spodziewana pomoc ekspertów przyczynia się do redukcji kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia. Wyjaśnienia zawarte w odwołaniu sugerują jednocześnie, że, zgodnie z formularzem oferty, pomoc ekspertów polegać będzie na wsparciu technicznym i kontroli jakości. Zapis zawarty w tym formularzu dotyczy udziału podwykonawców w realizacji zamówienia i w żaden sposób nie wskazuje, że pomoc, na jaką się powołuje Odwołujący, będzie bezpłatna. Zamawiający podtrzymuje stanowisko, że nie mógł uznać za wystarczające wyjaśnień Odwołującego dotyczących kosztów zapewnienia zaplecza i sprzętu wraz z niezbędnym oprogramowaniem oraz kosztów edycji i reprodukcji. Nie ulega wątpliwości, że wskazane wyżej elementy mogą wpłynąć na cenę, jednakże wykonawca nie podał żadnych szczegółów odnośnie tego, w jakim stopniu zredukowały one koszty Odwołującego. Argumenty przytoczone przez jednego z wykonawców dla uzasadnienia niskiej kalkulacji ceny ofertowej, nie mogą zostać automatycznie włączone także do wyjaśnień złożonych przez innego wykonawcę. Pewne okoliczności, które wykorzystać mogą wykonawcy w celu zredukowania ponoszonych kosztów często mogą zapewne być identyczne, niemniej jednak

wykonawcy mogą je wykorzystywać w odmienny sposób. Sam fakt przywołania ogólnego argumentu zdobytego doświadczenia nie jest uzasadnieniem dla redukcji ceny ofertowej. Powołanie się jedynie na ceny rynkowe, tak jak w przypadku Odwołującego, nie utwierdza Zamawiającego w przekonaniu, że ten właśnie wykonawca jest zdolny wykonać zamówienia za zaoferowaną kwotę. Większą moc dowodową posiadały wyjaśnienia konsorcjum KONTRAKT, który powołał się na wcześniej zrealizowane przez siebie konkretne projekty, Zamawiający mógł zatem uznać, że sporządzona przez niego kalkulacja opiera się na jego rzeczywistym doświadczeniu.

Uzasadnieniem dla zaoferowania przez Odwołującego niskiej ceny ofertowej, nie jest także załączone do odwołania zestawienie wyników przetargów prowadzonych przez GDDKiA. W przedstawionym porównaniu Odwołujący wykazał długość poszczególnych odcinków wraz z budżetem zamawiającego i ceną wybranej oferty, jednakże, zdaniem Zamawiającego, odwoływanie się do cen oferowanych w rozstrzygniętych postępowaniach przez innych wykonawców jest niewystarczające dla stwierdzenia, czy zaoferowana cena pozwala na wykonanie przez Odwołującego zamówienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania. Na podstawie zawartych w zestawieniu informacji, Zamawiający nie jest w stanie stwierdzić, czy w trakcie sprawdzania poszczególnych ofert, inwestorzy przeprowadzający dane postępowanie przetargowe skorzystali z możliwości ustalenia, czy przedłożone oferty nie zawierały rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nawet jeśli wykonawcy zostali wezwani do złożenia stosownych wyjaśnień, czy przedłożone dokumenty wraz dostarczonymi dowodami potwierdziły w sposób wystarczający, że oferty te nie zawierały rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Każdy wykonawca może uzasadniać zaoferowaną przez siebie kwotę indywidualnymi, obiektywnymi czynnikami, które mogą wpłynąć na redukcję ponoszonych kosztów.

Odwołujący zarzuca także Zamawiającemu nieuprawnione ponowne wezwanie konsorcjum KONTRAKT do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, ale twierdzenie to nie jest prawdziwe. Każdy z wykonawców został jednokrotnie wezwany do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, natomiast pismo z 20 października 2010 r., które Odwołujący mylnie traktuje jako dodatkowe wyjaśnienie w kwestii rażąco niskiej

ceny, w rzeczywistości jest odpowiedzią na wezwanie skierowane do konsorcjum KONTRAKT w celu wyjaśnienia treści złożonej oferty, jego podstawą był art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a powodem rozbieżność zawarta w dołączonej do wyjaśnień ofercie badań geologicznych przedstawionej przez podwykonawcę pomiędzy zapisem liczbowym i słownym kwoty, zatem celem wezwania nie było uzupełnienie dostarczonych wcześniej wyjaśnień ani umożliwienie przywołania dodatkowych argumentów na swoją korzyść. Zamawiający podkreślił też, że po stronie wezwanego wykonawcy ciąży nie tylko konieczność dostarczenia zamawiającemu jakiegokolwiek odpowiedzi w sensie formalnym, lecz powinien on przedstawić swoje wyjaśnienia w sposób przekonujący i szczegółowy, muszą one zawierać umotywowane i rzeczowe argumenty lub kalkulacje, a także dowody na poparcie twierdzeń, zaistnienie obiektywnych czynników wpływających na obniżenie ceny ofertowej powinno zostać udowodnione. Wykonawca poprzestając jedynie na złożeniu lakonicznych wyjaśnień i odstępując od udowodnienia powoływanych przyczyn czynił to na własne ryzyko. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący oraz inni wezwani wykonawcy, oprócz konsorcjum KONTRAKT, nie wypełnili spoczywającego na nich obowiązku. Dlatego też, na podstawie badania ceny ofertowej, a przede wszystkim w oparciu o ocenę złożonych wyjaśnień, Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu kilku ofert, w tym oferty Odwołującego. W wyjaśnieniu nie było żadnego elementu, który mógłby zostać poddany ocenie, a wykonawca musi pamiętać, że od poparcia własnych oświadczeń wiarygodnymi dowodami może zależeć ocena wyjaśnień i płynące z niej konsekwencje. W praktyce i w orzecznictwie duże znaczenie ma pogląd, zgodnie z którym skutek odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zachodzi nie tylko wtedy, gdy wykonawca w ogóle nie złoży wyjaśnień, ale także wówczas, gdy złoży w wyznaczonym terminie wyjaśnienia, ale są one niedostateczne, ogólnikowe do tego stopnia, że nie umożliwiają one zamawiającemu oceny, w szczególności, gdy ograniczają się do gołosłownych zapewnień, że cena skalkulowana jest prawidłowo. Wyjaśnienia mają zatem mieć charakter materialny, a nie formalny w postaci złożenia jakichkolwiek wyjaśnień.

Dodatkowo, zdaniem Zamawiającego, Odwołujący w odwołaniu dokonał wycień kosztów związanych z zatrudnieniem do realizacji zamówienia odpowiedniego

personelu w oparciu o błędne założenia – zaplanowano zatrudnienie tylko jednego projektanta drogowego, a czas jego pracy przy zaledwie 50 % zaangażowaniu określono na 10 miesięcy, podczas gdy Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagał dwóch projektantów branży drogowej, a okres realizacji zamówienia wynosi 14 miesięcy. Podobnie w wyliczeniach dla branży mostowej zaplanowano także jednego projektanta, gdy Zamawiający wymagał dwóch projektantów branży mostowej. Bardziej szczegółowe wyjaśnienia i dowody na poparcie zaoferowanej ceny w postaci wycen skalkulowanych przez Odwołującego na podstawie szacowanego nakładu pracy pracowników i kosztów jednostkowych ich pracy, Odwołujący przedstawił dopiero w odwołaniu. Zamawiający stoi na stanowisku, które znajduje poparcie w licznych tezach orzecznictwa, iż przedstawianie dodatkowych wyjaśnień i dowodów na obecnym etapie postępowania jest niedopuszczalne, ponieważ ich uwzględnienie prowadziłyby do nieuzasadnionego przedłużenia Odwołującemu terminu udzielonego do przedstawienia wyjaśnień. Odmienna decyzja doprowadziłaby do naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który obliguje do udzielenia wyjaśnień w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie. Konwalidacja wyjaśnień przez Odwołującego na obecnym etapie postępowania stałaby także w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji.

Przystąpienie po stronie Zamawiającego złożyło konsorcjum KONTRAKT wnosząc o oddalenie odwołania w całości i popierając stanowisko Zamawiającego.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, a także na podstawie oświadczeń złożonych podczas rozprawy oraz w przedłożonych pismach Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba uznała również, iż Odwołujący ma interes prawny we wniesieniu odwołania.

Izba stwierdziła także, że stan faktyczny przedstawiony przez Strony i Przystępującego nie jest sporny pomiędzy Stronami i pokrywa się ze stanem wynikającym z dokumentacji postępowania, zatem nie ma potrzeby jego ponownego przytaczania.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania, w tym w szczególności z wezwaniami wykonawców do wyjaśnień oraz z ich odpowiedziami, a także z przedstawionymi stanowiskami Stron i Przystępującego Izba stwierdziła, że zarzut wadliwego odrzucenia oferty Odwołującego oraz nierównego traktowania w tym względzie wykonawców nie potwierdził się.

Podstawą prawną odrzucenia oferty Odwołującego wskazaną w informacji z 5 listopada 2010 r. był art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a faktyczną – treść i ocena udzielonych wyjaśnień, zatem Izba odniosła się do dokonanej przez Zamawiającego czynności, a nie badała ani nie ustalała, czy zaproponowana przez Odwołującego cena jest ceną rażąco niską. Zgodnie bowiem z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zatem brak wymaganych wyjaśnień lub ich dokonana przez zamawiającego ocena jest niezależną od ustalenia wystąpienia ceny rażąco niskiej (art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych) przesłanką odrzucenia oferty. Izba nie badała również, czy załączony do odwołania wykaz wynagrodzeń personelu jest wiarygodny i zgodny ze specyfikacją istotnych warunków

zamówienia, gdyż, z powyżej wskazanych powodów, wykracza to poza zakres odrzucenia oferty i tym samym odwołania.

Izba uznała działania Zamawiającego za zasadne i przychyliła się do jego argumentacji. Zwraca uwagę, iż art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych odnosi się nie do udowodnienia przez zamawiającego zaistnienia rażąco niskiej ceny, lecz do jego oceny udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień (i oczywiście oferty, przez pryzmat której te wyjaśnienia są oceniane) w tym zakresie. Jest to logiczne i pragmatyczne podejście ustawodawcy do kwestii dowodowej w tym zakresie, gdyż przeprowadzenie przez zamawiającego dowodu w odniesieniu do tego, jakie koszty i zyski ma lub powinno mieć przedsiębiorstwo, co do działania, struktury zatrudnienia, kosztów, organizacji, możliwości uzyskania atrakcyjnych warunków cenowych od poddostawców, podwykonawców i tym podobnych informacji, których nie posiada, jest co najmniej niezmiernie utrudnione.

Tym samym należy przyznać rację Zamawiającemu, że przedstawione przez wykonawców wyjaśnienia muszą być „materialne” – merytoryczne, a wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez zamawiającego „oceny” zaoferowanej ceny, zatem przesłanie jakiegokolwiek pisma o nazwie „wyjaśnienia” nie jest wystarczające. Konieczność wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest pewnym wymogiem formalnym wynikającym z orzecznictwa ETS, przewidzianym z założenia na korzyść wykonawcy, w celu uniknięcia automatycznego odrzucania ofert z cenami poniżej określonego pułapu, mającym dać wykonawcy możliwość wykazania rzetelności wyliczenia ceny.

Wskazywane przez Strony „domniemania” w zakresie rażąco niskiej ceny, o których mowa też w orzecznictwie, nie są kodeksowymi domniemaniami faktycznymi i prawnymi, lecz określenie to oznacza przypuszczenie, czy wręcz przekonanie zamawiającego, że cena jest rażąco niska; właśnie ową, na tym etapie jeszcze wstępną, ocenę, o której mówi art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (na razie oferty, gdyż brak jeszcze wyjaśnień) i złożone wyjaśnienia albo zamawiającego w niej utwierdzą albo przekonają, że nie miał racji (lub ewentualnie, iż nie jest w stanie dowieść, że kalkulacje

wykonawcy są błędne). Zatem wezwanie do wyjaśnień stanowi sygnał dla wykonawcy, że zamawiający rozważa odrzucenie jego oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, a wykonawca poprzez wyjaśnienia powinien zamawiającego przekonać, że jego założenie jest błędne. Tym samym, zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 6 kodeksu cywilnego, wezwanie takie przenosi ciężar dowodu prawidłowości ceny na wykonawcę. Jest to logiczne i wykonawca powinien wiedzieć, że zamawiającemu zależy na konkretnych danych, na których może oprzeć swoją ocenę, takie informacje jak np. wysokość zaoferowanych mu w danym postępowaniu cen już posiada, nie musi w tym celu zwracać się do wykonawcy. Natomiast po uzyskaniu od wykonawcy konkretnych danych, musiałby z nimi polemizować i je obalić, czyli ciężar dowodu zostałby przeniesiony na zamawiającego. Przedstawienie wskazanych w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych „dowodów” nie jest wymogiem formalnym, bez którego wyjaśnienia są nieważne, lecz wzmacniają one argumentację strony, dlatego przedstawienie ich jest korzystne dla wykonawcy.

Odwołujący złożył we wskazanym terminie obszerne pismo wyjaśniające, lecz, tu należy przyznać rację Zamawiającemu, jego wartość merytoryczna jest niewielka, można je uznać co najwyżej za wstęp do wyjaśnień. Takie pismo, o identycznej treści, zmieniając adresata i nazwę postępowania, Odwołujący mógłby przesłać w każdym postępowaniu, co świadczy o faktycznej nieprzydatności wyjaśnień do dokonania oceny poziomu zaoferowanej ceny, gdyż we wszystkich postępowaniach nie oferuje on tej samej ceny i zakresu wykonania (przedmiotu zamówienia).

Podobne ogólnikowe stwierdzenia, chociaż krótsze, zawarli w swoich pismach także pozostali odrzuceni wykonawcy.

Istotnie, jak wskazał Odwołujący, wszyscy wykonawcy brali lub powinni brać te same czynniki kształtujące poziom ich ceny, zatem istotą zagadnienia przy wyjaśnianiu wysokości zaoferowanych cen jest, dlaczego przy podobnych założeniach uzyskali dość znacznie różniące się ceny, tym samym samo wskazanie tych czynników jest niewystarczające.

Rzeczywiście wyjaśnienia konsorcjum KONTRAKT, chociaż objętościowo krótsze od wyjaśnień Odwołującego, różniły się od innych tym, że

wykonawca ten jako jedyny podał informacje wskazujące na kalkulację cen, dlatego Izba nie stwierdziła nierównego traktowania wykonawców. Drugie pismo, skierowane do konsorcjum KONTRAKT, faktycznie nie było wezwaniem do wyjaśnienia ceny rażąco niskiej, tylko prośbą o wskazanie, czy poprawna jest cena podana słownie, czy cyfrowo.

Izba przyznaje też rację Zamawiającemu w kwestii, że informacje dotyczące wynagrodzenia personelu, powinny być mu przekazane w wyjaśnieniach, a nie dopiero na etapie odwołania, gdyż, poza argumentami o nieuprawnionym przekroczeniu terminu na złożenie wyjaśnień, Izba ocenia poprawność działań Zamawiającego w oparciu o stan jego wiedzy w chwili dokonywania czynności.

Poza tym, uznając to za część argumentacji Odwołującego, a nie zarzut, który byłby spóźniony, Izba stwierdziła, że nie ma podstaw do uznania wezwania do złożenia wyjaśnień za nieuzasadnione ani stwierdzenia wad w samej treści wezwania czy informacji o wyniku. Jeśli wykonawca uważał, że wyznaczony 7-dniowy termin na wyjaśnienia (jakkolwiek wydaje się rozsądny, biorąc pod uwagę, że kalkulacja ceny oferty powinna być dokonana przed jej złożeniem) jest zbyt krótki na ich rzetelne przygotowanie, powinien był zwrócić się do Zamawiającego z prośbą o jego przedłużenie. Natomiast użycie, może niefortunne stwierdzenia, „istnieje podejrzenie realizacji zamówienia poniżej kosztów lub w cenie odbiegającej znacząco od rynkowej” Izba uznaje za ocenę Zamawiającego, o której mowa w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2 i § 3 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). Izba nie uwzględniła kosztów wynagrodzenia pełnomocnika ze względu na brak rachunków, o których mowa w § 3 pkt 3 ww. rozporządzenia.

Przewodniczący

.....