Sygn. akt: KIO 2221/17

WYROK

z dnia 7 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 listopada 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 października 2017 r. przez wykonawcę **IMA S.A., ul. Kolista 25, 40-486 Katowice**, w postępowaniu pn. „Opracowanie Koncepcji Programowej dla zadania pn. Budowa drogi ekspresowej S1 od węzła Kosztowy II w Mysłowicach do węzła Suchy Potok w Bielsku-Białej",

prowadzonym przez zamawiającego **Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice**,

przy udziale wykonawcy: **Multiconsult Polska Sp. z o.o., ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.**oddala odwołanie**,

2.kosztami postępowania obciąża wykonawcę **IMA S.A., ul. Kolista 25, 40-486 Katowice**, i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **IMA S.A., ul. Kolista 25, 40-486 Katowice**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2.zasądza od wykonawcy **IMA S.A., ul. Kolista 25, 40-486 Katowice** na rzecz zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice,** 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 (t.j. Dz. U. z 2017 poz. 1579) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 2221/17

UZASADNIENIE

Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Opracowanie Koncepcji Programowej dla zadania pn. Budowa drogi ekspresowej S1 od węzła Kosztowy II w Mysłowicach do węzła Suchy Potok w Bielsku-Białej". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 czerwca 2017 r., nr 2017/S 109-219534. W postępowaniu oferty złożyli m.in. IMA S.A., ul. Kolista 25, 40-486 Katowice (dalej: „IMA" lub „odwołujący") oraz Multiconsult Polska Sp. z o.o., ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa (dalej: „Multiconsult" lub „przystępujący"). W dniu 13 października 2017 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego Multiconsult.

W dniu 23 października 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę IMA, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej „ustawą Pzp", poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Multiconsult jako zawierającej rażąco niską cenę, jak również poprzez dokonanie błędnej oceny złożonych przez ww. wykonawcę wyjaśnień wraz z dowodami w przedmiocie rażąco niskiej ceny,
- art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wskutek wyboru jako najkorzystniejszej oferty Multiconsult, podlegającej odrzuceniu.

Odwołujący podniósł w odwołaniu, że z uwagi na objęcie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Multiconsult tajemnicą przedsiębiorstwa, nie ma możliwości szczegółowego odniesienia się do treści tych wyjaśnień, niemniej jednak w jego ocenie, z dużym prawdopodobieństwem można stwierdzić, że wykonawca Multiconsult nie wywiązał się z obowiązku wykazania, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, udzielając ogólnikowych wyjaśnień, które mogłyby dotyczyć niemal każdego dowolnie wybranego postępowania. W związku z tym odwołujący wniósł o:

1)uwzględnienie odwołania,

2)nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert,

3)nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy Multiconsult,

4)nakazanie zamawiającemu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 27 października 2017 r. wykonawca Multiconsult przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący po stronie zamawiającego podtrzymali swoje stanowiska.

Odwołujący w szczególności wskazał, że najważniejsze elementy cenotwórcze dotyczące niniejszego zamówienia to mapa do celów projektowania, dokumentacja geologiczno-inżynierska oraz koncepcja programowa. W przypadku dokumentacji geologiczno-inżynierskiej najbardziej istotne są z kolei koszty pracy w terenie, w tym koszty odwiertów i sondowań. Wskazał też, że wyjaśnienia udzielane zamawiającemu na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp powinny zawierać konkretne kalkulacje cenowe, ceny jednostkowe, stawki osób, które będą wykonywać zamówienia wraz z umowami o pracę jako dowodami. Podkreślił przy tym, że w ostatnim okresie wzrosła na rynku liczba udzielanych zamówień drogowych, co spowodowało wzrost wynagrodzeń, co powinno mieć też odzwierciedlenie w cenach ofert składanych zamawiającym. Zauważył, że warunki rynkowe są zbliżone dla wszystkich wykonawców, zatem cena oferty przystępującego ok. 2-krotnie niższa niż cena drugiej w kolejności oferty, jest nierealna. W trakcie rozprawy złożył jako dowody w sprawie, oferty firm podwykonawczych wraz z kalkulacją cenową.

Zamawiający w szczególności wskazał, że w wyjaśnieniach udzielonych na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, przystępujący odniósł się zarówno do czynników cenotwórczych, o których mowa w ww. przepisie, jak też do innych czynników wpływających na cenę oferty. Odnosząc się do cen zawartych w ofertach firm podwykonawczych, przedstawionych zarówno przez przystępującego w wyjaśnieniach udzielonych na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jak i przez odwołującego na rozprawie, zamawiający stwierdził, że ceny, jakie oferują podwykonawcy, zależeć mogą od płynności finansowej wykonawcy, formy rozliczeń z podwykonawcą, skali działalności wykonawcy, czy długości jego działania na rynku. Ponadto zamawiający wskazał, że do przedstawionej na posiedzeniu odpowiedzi na odwołanie, dołączył zestawienie najniższych i najwyższych cen poszczególnych elementów zamówienia, zawartych w ofertach złożonych w niniejszym postępowaniu. Zamawiający zauważył, że ceny te są bardzo różne w różnych ofertach, co potwierdza, że cena oferty zależy od wielu okoliczności. Okoliczności te, w ocenie zamawiającego, zostały przez przystępującego wykazane.

Przystępujący w szczególności wskazał, że jego wyjaśnienia odpowiadają wymogom opisanym przez odwołującego, w tym zostały w nich przewidziane ilości i głębokość odwiertów i sondowań. Podkreślił, że dysponuje technologią pozwalającą mu obniżyć koszty, również kadrowe. Porównał także ceny ofert złożonych w niniejszym postępowaniu zwracając uwagę, że w kilku pozycjach ceny przystępującego nie były najniższe.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając n a rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie zamawiającego. Jednocześnie Izba stwierdziła prawidłowość przystąpienia wykonawcy Multiconsult po stronie zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz") zamawiający przewidział trzy kryteria oceny ofert. W dwóch spośród nich wszyscy wykonawcy zaoferowali to samo (okres gwarancji i liczba zatrudnionych osób bezrobotnych lub niepełnosprawnych), stąd też jedynym kryterium, w którym oferty różniły się między sobą, była cena. W postępowaniu złożonych zostało 9 ofert. Zgodnie z pismem zamawiającego z dnia 13 października 2017 r., informującym m.in. o wyborze najkorzystniejszej oferty, oferty przystępującego i odwołującego uplasowały się odpowiednio na pierwszej i drugiej pozycji. W ofertach tych wskazano następujące ceny:

-oferta wykonawcy Multiconsult – 5.659.230,00 zł,

-oferta wykonawcy IVIA – 8.806.800,00 zł (po poprawieniu omyłek rachunkowych).

Wartość szacunkowa zamówienia, zgodnie z protokołem postępowania, została ustalona na 9.403.538,21 zł netto, tj. 11.566.352,00 zł brutto. Zgodnie z innymi dokumentami, m.in. z protokołem prac komisji przetargowej z dnia 30 sierpnia 2017 r., wartość ta została ustalona na 9.375.755,00 zł brutto. Z kolei średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wynosiła 10.821.684,87 zł brutto. Oznacza to, że cena oferty przystępującego była o ok. 51% niższa od wartości szacunkowej zamówienia brutto podanej w protokole postępowania, o ok. 40% niższa od wartości szacunkowej zamówienia brutto podanej m.in. w protokole prac komisji przetargowej oraz o ok. 48% niższa od średniej arytmetycznej złożonych ofert.

Pismem z dnia 18 sierpnia 2017 r. zamawiający wezwał wykonawcę Multiconsult do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących ceny jego oferty, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę oraz czy uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w siwz. Zamawiający wskazał, że jego wątpliwości budzą ceny zawarte w formularzu cenowym w odniesieniu do mapy do celów projektowania oraz koncepcji programowej. Ponadto zamawiający poprosił o:

- przedstawienie założeń, na podstawie których ustalona została wartość poszczególnych opracowań projektowych i czynności wyszczególnionych w formularzu cenowym (formularz 2.2.), ze szczególnym uwzględnieniem ww. pozycji,
- wyjaśnienie, czy cena oferty uwzględnia całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w tomach II-III siwz oraz wszystkie ryzyka wynikające z wykonania przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem terminu wykonania, w szczególności dla pozycji, o których mowa wyżej.

Zamawiający wezwał ponadto do złożenia informacji także w innych kwestiach, które wykonawca uważa za istotne, mając na uwadze m.in. zaangażowanie osobowe, rzeczowe, sprzętowe, finansowe i związane z tym niezbędne do poniesienia koszty.

Pismem z dnia 25 sierpnia 2017 r. przystępujący złożył wyjaśnienia, przy czym załączniki do tego pisma zostały przez przystępującego zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, 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 albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);
2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zgodnie z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, zaś zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ponadto zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W świetle wyżej cytowanych przepisów, w pierwszej kolejności należy stwierdzić, co nie jest też sporne pomiędzy stronami, że zamawiający zasadnie wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty. Cena ta bowiem była o ponad 30% niższa zarówno od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług (bez względu na jej różną wysokość podaną w różnych dokumentach), jak i od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert. Sytuacja taka została przez Ustawodawcę uznana za zawsze budzącą wątpliwości i wymagającą obligatoryjnie uzyskania od wykonawcy wyjaśnień.

Ustawodawca ponadto wskazał jednoznacznie, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę z ceną budzącą wątpliwości. W przepisie mowa jest o

„wykazaniu", czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. Tym samym wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, niepoparte stosownymi dowodami. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie

okoliczności właściwe wzywanemu do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać. W zależności od przedmiotu zamówienia, wykonawca powinien wykazać przykładowo: ceny poszczególnych materiałów, ceny ofertowe dostawców, przyjętą technologię i organizację robót, koszty wynagrodzeń, koszty podwykonawców, koszty stałe (paliwa, energia), koszty zarządzania, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty ubezpieczenia, rezerwę, zysk. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem przedstawienie tych składników i wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że wykonawca mógł zaoferować tak niską cenę. Dodatkowo, Ustawodawca wymaga, aby wskazane w wyjaśnieniach informacje, były poparte dowodami, którymi mogą być przykładowo oferty uzyskane od dostawców, w tym zawierające uzgodnione upusty, umowy wstępne z podwykonawcami, czy zawarte w samych wyjaśnieniach obliczenia wskazujące na prawidłowość kalkulacji cenowej i zysk.

Brak udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień lub udzielenie wyjaśnień, w których wykonawca nie udowodnił, że cena oferty nie jest rażąco niska, obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty. Tym samym od rzetelności wyjaśnień wykonawcy zależy jego dalszy udział w postępowaniu.

W niniejszej sprawie wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę Multiconsult w załączniku nr 1 do pisma z dnia 25 sierpnia 2017 r., jak też pozostałe załączniki (od 1a do 1d) stanowiące dowody na poparcie ww. wyjaśnień, zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jednocześnie na podstawie analizy tych wyjaśnień i dołączonych do nich dowodów, Izba ustaliła, że cena oferty wykonawcy Multiconsult została skalkulowana rzetelnie i nie nosi znamion ceny rażąco niskiej.

Po pierwsze, przystępujący wskazał na dokonaną przez siebie analizę obszaru, dla którego należy wykonać mapę do celów projektowych i jako dowód prawidłowości dokonanych ustaleń, dołączył stosowne rysunki.

Po drugie, przystępujący przedstawił kalkulację ceny w części dotyczącej opracowania mapy do celów projektowych, w której wskazał też kwotę stanowiącą rezerwę na prace nieprzewidziane i zysk. Jako dowód na poparcie prawidłowości ww. obliczeń dołączył ofertę cenową przedstawioną przez firmę braną przez przystępującego pod uwagę jako podwykonawca w zakresie opracowania geodezyjnego.

Po trzecie, przystępujący wskazał rozwiązanie technologiczne, z którego będzie korzystał w trakcie realizacji zamówienia, jak też wskazał, jakiego rodzaju ułatwienia wynikają z jego zastosowania oraz w jaki sposób przekłada się ono na oszczędność wykonywania prac. Jako dowód prawidłowości własnej wyceny tej części zamówienia, dołączył ofertę cenową innej firmy występującej na rynku.

Po czwarte, przystępujący przedstawił kalkulację ceny w części dotyczącej prac geologicznych, w której wskazał też, z czego wynikają oszczędności oraz wykazał kwotę na rezerwę. Jako dowód na poparcie prawidłowości ww. obliczeń dołączył ofertę cenową przedstawioną przez firmę braną przez przystępującego pod uwagę jako podwykonawca.

Po piąte, przystępujący przedstawił kalkulację kosztów wynagrodzeń, w której wskazał też kwotę stanowiącą rezerwę na prace nieprzewidziane i zysk.

Po szóste, przystępujący przedstawił okoliczności o charakterze finansowym oraz wskazał, w jaki sposób wpływają one na oszczędności wykonywania prac.

Po siódme, przystępujący wskazał, co składa się na oszczędność metody wykonania przez niego zamówienia oraz jaka jest wartość oszczędności z tego wynikających.

W świetle złożonych przez wykonawcę Multiconsult wyjaśnień, należy stwierdzić, że są one szczegółowe, poparte dowodami i przede wszystkim zawierają konkretne kalkulacje cenowe w zakresie różnych części usługi będącej przedmiotem zamówienia. Wyjaśnienia te zawierają też wycenę odwiertów i sondowań wraz z podaniem ich ilości i głębokości oraz szczegółową wycenę kosztów wynagrodzeń wraz z przewidywaną liczbą roboczogodzin i kwotami wynagrodzeń dla poszczególnych grup pracowników, którzy będą realizować zamówienie. Wyjaśnienia zostały poparte dowodami w postaci m.in. ofert złożonych przystępującemu przez firmy podwykonawcze, przy czym, w ocenie Izby, nie ma podstaw, aby kwestionować ich wiarygodność. W szczególności wysokość cen proponowanych przez podwykonawców nie może dowodzić nierealnej ceny w ofercie przystępującego, a jedynie świadczyć o korzystniejszym dla przystępującego środowisku biznesowym, do którego ma dostęp.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że nie ma podstaw do uznania, że oferta

przystępującego zawiera rażąco niską cenę i że podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. W konsekwencji nie potwierdził się także zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7 i art. 191 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 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 ze zm.).

Przewodniczący……..