Sygn. akt: KIO 1775/15

WYROK
z dnia 3 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpatrzeniu na rozprawie dnia 31 sierpnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 sierpnia 2015 r. przez wykonawcę **Impresa Pizzarotti & C. S.p.A, Via A.M. Adorni1, 43121 Parma, Włochy** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00 – 848 Warszawa**
przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o., Strabag Sp. z o.o., Wysoka, ul. Lipowa 5a 52-200 Wrocław** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Impresa Pizzarotti & C. S.p.A, Via A.M. Adorni1, 43121 Parma, Włochy** i:
   a/ zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Impresa Pizzarotti & C. S.p.A, Via A.M. Adorni1, 43121 Parma, Włochy** tytułem wpisu od odwołania;

---

   b/ zasądza od **Impresa Pizzarotti & C. S.p.A, Via A.M. Adorni1, 43121 Parma, Włochy** na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00 – 848 Warszawa kwotę 4 096 zł 50 gr** (słownie: cztery tysiące dziewięćdziesiąt sześć złotych pięćdziesiąt groszy) jako zwrot poniesionych kosztów postępowania, w tym 3.600 zł z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego i 496,50 zł za usługę hotelową.

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

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt: KIO 1775/15

Uzasadnienie

Zamawiający: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53,00-874 Warszawa; prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Projekt i budowa drogi S-6 na odcinku węzeł „Ustronie Morskie" /bez węzła/ - początek obwodnicy Koszalina i Sianowa" realizowana w ramach zadania pn. „Budowa drogi S6 Szczecin-Koszalin wraz z obwodnicą Koszalina i Sianowa (S6/S11)" ujętego w załączniku nr 5 do Programu Budowy Dróg Krajowych na łata 2011-2015 pod pozycją nr 7 (zwanego dalej „Postępowaniem").

Odwołujący: Impresa Pizzarotti & C. S.p.A, Via A. M. Adorni 1, 43121 Parma, Włochy wniósł odwołanie od zaniechań czynności, do których zamawiający był zobowiązany, zarzucając niezgodność z przepisami PZP czynności Zamawiającego oraz zaniechań czynności, do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie PZP. polegających na:
1) naruszeniu art. 90 ust. 1 PZP (ustawy-Prawo zamówień publicznych) poprzez

zaniechanie zwrócenia się do konsorcjum wykonawców wspólnie nieuzasadnione ubiegających się o udzielenie zamówienia będącego przedmiotem Postępowania (dalej zwanego „Zamówieniem") w składzie Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. i Strabag Sp. z o.o. (dalej jako „STRABAG") o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty złożonej przez STRABAG (dalej zwanej „Ofertą STRABAG") mających wpływ na wysokość ceny zawartej w Ofercie STRABAG celem ustalenia, czy Oferta STRABAG zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu Zamówienia w sytuacji, gdy Zamawiający powinien był powziąć w tym zakresie wątpliwości;
2) naruszeniu art. 7 ust. 3 PZP w zw. z art. 91 ust. 1 PZP oraz 90 ust 1 PZP poprzez niezgodny z przepisami PZP wybór Oferty STRABAG na skutek nieprawidłowej i niezgodnej z PZP oceny ofert, w tym zwłaszcza nieprawidłowej oceny kryterium ceny w wyniku zaniechania zwrócenia się do STRABAG o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny zawartej w Ofercie STRABAG celem ustalenia, czy Oferta STRABAG zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu Zamówienia;
oraz, zgodnie z zasadą koncentracji środków zaskarżenia, zarzucając niezgodność z przepisami PZP czynności Zamawiającego oraz zaniechań czynności, do których

---

Zamawiający był zobowiązany na podstawie PZP. stanowiących konsekwencję zaniechania, o którym mowa w pkt. 1) powyżej, polegających na:
3) zaniechaniu odrzucenia Oferty STRABAG pomimo iż Oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu Zamówienia - podnosząc tym samym zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 4 PZP w zw. z art. 90 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie zwrócenia się do STRABAG o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów Oferty STRABAG mających wpływ na wysokość ceny zawartej w ofercie w sytuacji, gdy Zamawiający powinien był powziąć wątpliwości w tym zakresie, skutkujące brakiem odrzucenia Oferty STRABAG, pomimo że ta zawiera cenę rażąco niską.
4) wyborze Oferty STRABAG pomimo, iż Oferta zawiera rażąco niska cenę w stosunku do przedmiotu Zamówienia, stanowiącym konsekwencję zaniechania zwrócenia się do STRABAG o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów Oferty mających wpływ na wysokość ceny zawartej w Ofercie STRABAG w sytuacji, gdy Zamawiający powinien był powziąć wątpliwości w tym zakresie - podnosząc tym samym zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP w zw. z art. 91 ust. 1 PZP oraz art. 90 ust. 1 PZP;
5) zaniechaniu wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty Odwołującego, pomimo, iż oferta ta stanowi najkorzystniejszą z ofert złożonych z uwagi na fakt, iż została ona przygotowana zgodnie z treścią SIWZ, jej złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, a nadto zawiera ona najniższą cenę i najdłuższy okres gwarancji jakości spośród ofert niepodlegających odrzuceniu z uwagi na rażąco niską cenę zarzucając tym samym naruszenie art. 91 ust. 1 PZP w zw. z art. 7 ust. 3 PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP.
Mając na uwadze powyższe wnosi o nakazanie zamawiającemu:
unieważnienia czynności z dn. 7 sierpnia 2015 r. polegającej na ponownym wyborze jako najkorzystniejszej w Postępowaniu Oferty STRABAG;
powtórzenia czynności polegającej na ocenie ofert;
wykonania czynności, o której mowa w art. 90 ust. 1 PZP, tj. wezwania STRABAG do udzielenia w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów Oferty STRABAG mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia, czy Oferta STRABAG zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu Zamówienia;
powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; oraz, wyboru, jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, oferty złożonej przez Odwołującego;
Odwołujący jest wykonawcą ubiegającym się o udzielenie Zamówienia i złożył w Postępowaniu najkorzystniejszą ofertę z uwagi na przygotowanie jej zgodnie z treścią SIWZ oraz zaoferowanie najniższej ceny i najdłuższego okresu gwarancji jakości spośród ofert niepodlegających odrzuceniu z uwagi na niezgodność z treścią SIWZ, rażąco niską cenę lub jako stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji.

Pismo Zamawiającego z 7 sierpnia 2015 r. z zawiadomieniem o wyborze najkorzystniejszej

oferty złożonej przez STRABAG zostało przesłane Odwołującemu, w sposób określony w art. 27 ust 2 PZP, w dniu 7 sierpnia 2015 r. Zgodnie z art. 182 ust 1 pkt, 1 PZP w zw. z art. 110 ustawy z dn. 23 kwietnia 1964 kodeks cywilny (dalej jako „KC"), termin do złożenia odwołania upływa w dniu 17 sierpnia 2015 r.
Wysokość wpisu od niniejszego odwołania wynosi 20.000,00 zł. Wpis w przepisanej wysokości został uiszczony.
Do Postępowania oraz do niniejszego odwołania zastosowanie znajdują przepisy PZP w brzmieniu sprzed 19 października 2014 r., tj. sprzed wejścia w życie ustawy z dn. 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r., poz. 1232), dalej zwanej „Ustawą Zmieniającą", zgodnie z art. 3 Ustawy Zmieniającej.
Uzasadniając zasadność zarzutów i żądań odwołujący wskazał, co następuje.
Zamawiający prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Projekt i budowa drogi S-6 na odcinku węzeł „Ustronie Morskie" /bez węzła/ - początek obwodnicy Koszalina i Sianowa" realizowana w ramach zadania pn. „Budowa drogi S6 Szczecin- Koszalin wraz z obwodnicą Koszalina i Sianowa (S6/S11)" ujętego w załączniku nr 5 do Programu Budowy Dróg Krajowych na lata 2011-2015 pod pozycją nr 7, nr ref. 0/Sz-D-3-284/28/2014. Ogłoszenie o Zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dn. 19.08.2014 pod numerem 2014/S 157-282019.
Do upływającego 8 lipca 2015 r. terminu składania ofert w Postępowaniu złożonych zostało sześć ofert - w tym oferta Odwołującego i STRABAG.
Pismem z 21 lipca 2015 r. (przesłanym Odwołującemu w trybie art. 27 ust. 2 PZP w dniu 21 lipca 2015 r.) Zamawiający, działając na zasadzie art. 92 ust. 1 PZP, zawiadomił o wyborze oferty złożonej przez STRABAG jako oferty najkorzystniejszej.
3 sierpnia 2015 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru Oferty STRABAG jako najkorzystniejszej.
(dowód: zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dn. 3 sierpnia 2015 r., zn. GDDKIA 0/Sz-D-3-bw-284/28/70/2014, w dokumentacji Postępowania)
7 sierpnia 2014 r. Zamawiający poinformował o ponownym wyborze Oferty STRABAG jako oferty najkorzystniejszej w wyniku powtórzenia czynności badania i oceny ofert.
(dowód: zawiadomienie o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty w wyniku powtórzenia czynności badania i oceny ofert z dn. 21 lipca 2015 r., zn. GDDKiA O/Sz-D-3-284/28/79/2014, w dokumentacji Postępowania).
Zgodnie z art. 90 ust. 1 PZP w brzmieniu sprzed dnia wejście w życie Ustawy Zmieniającej, w przypadku gdy cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający zwraca się do wykonawcy oferującego przedmiotową

cenę o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.
W przeciwieństwie do brzmienia PZP obowiązującego od dnia wejścia w życie Ustawy Zmieniającego, zgodnie z którym za rażąco niską może być uznana w szczególności cena niższa o 30% od szacunkowej wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, brzmienie przepisów PZP sprzed dnia wejścia w życie Ustawy Zmieniającej nie zawierało wskaźników liczbowych lub punktów odniesienia, do których należałoby porównywać cenę oferowaną przez wykonawców w celu ustalenia, czy nie stanowi ona ceny rażąco niskiej. Nie zmienia to faktu, iż punktami odniesienia niewątpliwie są zarówno szacunkowa wartość zamówienia, jak i średnia cen wszystkich złożonych ofert, a także kwota jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.
W nin. postępowaniu oferty złożyło sześciu wykonawców. Cena zaoferowana przez STRABAG, z uwzględnieniem podatku VAT, wyniosła 436.844.659,80 PLN brutto.
Równocześnie Zamawiający określił szacunkową wartość Zamówienia na uwzględniającą podatek od towarów i usług kwotę 634.099.860.12 PLN brutto.
Zaktualizowana rynkowa wartość Zamówienia, tj. kwota, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie Zamówienia, to, po uwzględnieniu podatku od towarów i usług VAT 519.961.885.30 PLN brutto.
(dowód: protokół Postępowania, znajdujący się w dokumentacji Postępowania; informacja z otwarcia ofert z dn. 8 lipca 2015 r„ w dokumentacji Postępowania)
Mając na uwadze powyższe, odwołujący wskazuje, co następuje:
a) cena zawarta w ofercie złożonej przez STRABAG, po uwzględnieniu podatku od towarów i usług wynosząca 436.844.659,80 PLN brutto stanowi:

- 68,89% szacunkowej wartości Zamówienia,
- 84,01% zaktualizowanej wartości rynkowej Zamówienia, tj. kwoty jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie Zamówienia;
b) cena zawarta w ofercie złożonej przez Odwołującego, po uwzględnieniu podatku od towarów i usług wynosząca 1.617.298.710,00 zł [słownie: miliard sześćset siedemnaście milionów dwieście dziewięćdziesiąt osiem tysięcy siedemset dziesięć złotych) stanowi:
- 73,88% szacunkowej wartości Zamówienia,
- 90,10% zaktualizowanej wartości rynkowej Zamówienia, tj. kwoty jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie Zamówienia.
Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, wartość szacunkowa Zamówienia stanowi pewną prognozę wartości Zamówienia, określaną przez Zamawiającego z określonym wyprzedzeniem i w oparciu o obiektywne wartości rynkowe, i to do tej kwoty

Zamawiający winien odnieść się w pierwszej kolejności w celu ustalenia czy Oferta STRABAG zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu Zamówienia.
Rzecz się ma podobnie z kwotą, jaką Zamawiający podał jako przeznaczoną na sfinansowanie Zamówienia - przy czym w przeciwieństwie do szacunkowej wartości Zamówienia, stanowiącej prognozowaną faktyczną wartość robót wykonanych w ramach Zamówienia, kwota przeznaczona na sfinansowanie Zamówienia uwzględniać powinna zarówno aktualną sytuację rynkową, zarówno w zakresie materiałów i surowców, jak i usług związanych z realizacją zamówienia, a także przynajmniej prognozowane możliwe do uzyskania przez wykonawców rabaty, upusty i bonifikaty (tzw. zaktualizowana rynkowa wartość zamówienia). Przy tym kwota, jaką Zamawiający planował przeznaczyć na sfinansowanie Zamówienia wynosi 82% szacunkowej wartości Zamówienia. Oznacza to, że Zamawiający zakładał, iż w normalnej sytuacji wykonawcy powinni znajdować się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej, zarówno w skali mikro- (rozumianej jako wszelkie szczególne uwarunkowania dotyczące konkretnego wykonawcy, jak np. szczególny know-how techniczny umożliwiający wykonanie robót mniejszym nakładem pracy lub uniknięcie poszczególnych kosztów związanych z realizacją zadania, ilość równocześnie realizowanych zadań i związana z tym możliwość dokonywania zakupów centralnych, etc.), jak i w skali makro- (rozumianej jako szeroko rozumiana sytuacja na rynku inwestycji budowlanych, ze szczególnym uwzględnieniem inwestycji drogowych, oraz wszelkie czynniki na tę sytuację wpływające), aby móc obniżyć cenę robót prawie o 1/3 ich wartości i tym samym zaoferować cenę o 18% niższą od ich szacunkowej wartości.
Mając na względzie całokształt powyższych okoliczności cena zaproponowana przez STRABAG, zakładająca obniżenie ceny za wykonanie Zamówienia względem szacunkowej wartości Zamówienia o dodatkowe 13,11% ponad już zakładane przez Zamawiającego 18%, wzbudzić powinna była u Zamawiającego co najmniej uzasadnione wątpliwości co do ich rzetelności i faktycznej możliwości realizacji kontraktu zgodnie z wymaganiami SIWZ, stanowiące o ile nie samodzielne przesłanki do odrzucenia Oferty STRABAG jako zawierającą rażąco niską cenę względem przedmiotu Zamówienia, to przynajmniej skutkujące koniecznością wezwania STRABAG do złożenia szczegółowych wyjaśnień w zakresie elementów składających się na tak niską cenę oraz sposobu skalkulowania (uzyskania) tych elementów.
Wezwanie wykonawcy o udzielenie wyjaśnień na zasadzie art. 90 ust. 1 PZP nie jest tyle uprawnieniem, co obowiązkiem Zamawiającego w sytuacji wystąpienia przesłanek uzasadniających powzięcie wątpliwości co do tego, czy cena zawarta w ofercie danego wykonawcy jest ceną rażąco niską. Wskazuje na to jednoznacznie sformułowanie art. 90 ust. 1 PZP, zgodnie z którym Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską

cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.
Na obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów mających wpływ na cenę oferty w celu ustalenia, czy oferta zawiera cenę rażąco niską, w sytuacji kilkudziesięcioprocentowej rozbieżności pomiędzy ceną zaoferowaną przez wykonawcę a szacunkową wartością zamówienia jest również jednolite w orzecznictwo Krajowej Izby

Odwoławczej, w tym m.in.
- Wyrok KIO 1205/14, zgodnie z którym: Z treści przepisu art. 90 ust. 1 pzp wynika, że zamawiający się zwraca, a nie, że może się zwrócić o wyjaśnienie, a nadto wskazującego na fakt, iż: Różnica kilkudziesięciu procent pomiędzy ceną oferty uznanej za najkorzystniejszą a szacunkową wartością zamówienia jest samoistną przesłanką do zastosowania przez zamawiającego procedury wyjaśnień z art. 90 ust. 1 ustawy pzp w stosunku do oferty rzekomo najkorzystniejszej;
- Wyrok KIO 1567/14, zgodnie z którym: Cenę rażąco niską można rozpatrywać wyłącznie w odniesieniu do całości przedmiotu zamówienia;
- Wyrok KIO 2886/13, zgodnie z którym: w celu ustalenia, czy cena oferty uzasadnia wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pzp realizację zamówienia (wartość zamówienia zwiększona o kwotę podatku VAT, z cenami pozostałych ofert oraz cenami rynkowymi za wykonanie zamówienia.
- Wyrok UZP/ZO/O- 297/07, zgodnie z którym: Rozpatrywanie czy cena oferty jest ceną rażąco niską winno być dokonywane w odniesieniu do całości ceny zaproponowanej.

W wyniku błędnego badania i oceny ofert, konsekwencją którego było zaniechanie wezwania STRABAG do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów Oferty w celu ustalenia, czy Oferta STRABAG zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu Zamówienia, Zamawiający zaniechał weryfikacji ceny i tym samym nie ustalił, czy jest ona ceną rażąco niską. Konsekwencją tego był następczo wadliwy wybór jako najkorzystniejszej w Postępowaniu Oferty STRABAG, co stanowi naruszenie art. art. wskazanych w petitum. Żądanie dokonania prawidłowego zbadania ceny zaoferowanej przez innego wykonawcę w sytuacji, gdy istnieją obiektywne czynniki uzasadniające podejrzenie, że cena zaoferowana jest ceną rażąco niską, jest prawem każdego wykonawcy uczestniczącego w Postępowaniu.
Powyższe jednoznacznie potwierdza linia orzecznicza KIO, w tym m.in.: Wyrok KIO 1205/14, zgodnie z którym: Każdy z wykonawców ma prawo żądać zarówno odtajnienia zastrzeżonych w ofercie informacji, jak i sprawdzenia ceny w zakresie podejrzenia jej rażąco niskiego charakteru, jest Co prawo każdego wykonawcy uczestniczącego w danym postępowaniu. Z treści przepisu art. 90 ust. 1 p.z.p. wynika, że zamawiający się zwraca, a

nie, że może się zwrócić o wyjaśnienie. Obowiązek po jednej stronie rodzi prawo po drugiej stronie. Tym prawem jest prawo wykonawcy do żądania wezwania do złożenia wyjaśnień. Co więcej, nie jest obowiązkiem wykonawcy żądającego prawidłowego zbadania ceny (tj. Odwołującego) wykazanie, że cena zaoferowana przez innego wykonawcę jest rażąco niską. To również potwierdza orzecznictwo Izby, w tym m.in. Wyrok KIO 1569/13, zgodnie z którym Odwołujący podnosząc zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy pzp nie ma obowiązku udowodnienia, że cena oferty przystępującego jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ma wykazać jedynie zaistnienie możliwości (podejrzenia) zaoferowania ceny rażąco niskiej, które to podejrzenie (możliwość zaoferowania ceny rażąco niskiej) obliguje zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.
Odnośnie zarzutu nieuzasadnionego zaniechania zwrócenia się do wybranego wykonawcy o udzielenie wyjaśnień celem ustalenia, czy jego oferta zawiera rażąco niską cenę stwierdził, że niewezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp nie jest czynnością od której przysługuje odwołanie. Odwołanie w tym zakresie uznał za wykraczające ponad zakres art. 180 ust. 1 ustawy pzp. Kwestionuje także stanowisko odwołującego, że przepis art. 90 ust. 1 ustawy pzp, w brzmieniu obowiązującym do dnia 19 października 2014 r., formułuje dla zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Wywodzi z literalnego brzmienia przepisu, że zamawiający występuje do wykonawcy o wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny, wyłącznie w przypadku, gdy ma uzasadnione i oparte na obiektywnych przesłankach przypuszczenie że cena jest rażąco niska. Wskazując na brak obowiązku żądania wyjaśnień zamawiający stwierdził, że brak jest podstaw dla uwzględnienia wszystkich tych zarzutów odwołania, których podstawę faktyczną odwołujący upatruje w „nieuzasadnionym zaniechaniu niezwrócenia" się do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp. Zdaniem zamawiającego odwołujący nie udowodnił znamion ceny rażąco niskiej. W szczególności nie jest takim dowodem wskazanie na istnienie różnic pomiędzy ceną oferty wybranej i kwotą, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie

zamówienia; różnica ta nie oznacza, że zamawiający winien był mieć wątpliwości co do możliwości zrealizowania zamówienia zgodnie z wymaganiami, za zaoferowaną przez Strabag cenę.
W przypadku niepodzielenia powyższego stanowiska zamawiający podnosi, że nie uprawnione jest twierdzenie, iż konsekwencją niedokonania wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp, było nieodrzucenie oferty i wadliwy jej wybór. Pomiędzy tymi zdarzeniami brak jest bezpośredniego związku przyczynowego. Zauważa, że nie w każdym przypadku ceny niższej od pozostałych powstają wątpliwości i obowiązek badania, czy oferta zawiera rażąco

---

niską cenę. Podkreślił znaczenie pojęcia „rażąco" niskiej ceny. Stwierdza, że cena firmy Strabag nie budziła jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. Z porównania zaoferowanych cen w odniesieniu do szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług wynika, że żadna z ofert nie odbiega o więcej niż 16% od tej wartości, a cena Strabag jest realną. Zauważył, że cena ta w stosunku do średniej arytmetycznej wszystkich ofert jest niższa jedynie o 9%.

Zarzut zaniechania odrzucenia ofert konsorcjum Strabag jako zawierającej rażąco niską cenę zamawiający uznał za spóźniony tj. z przekroczeniem ustawowego 10. Dniowego terminu. Zdaniem zamawiającego wszystkie okoliczności faktyczne dotyczące tego zarzutu były znane odwołującemu już dnia 21 lipca 2015 r. tj. w dniu przesłania informacji o pierwszym wyborze oferty wykonawcy Strabag jako najkorzystniejszej. Wskazuje na to także fakt wniesienia przez odwołującego odwołania dnia 31 lipca 2015 r., w którym w pkt 2 sformułowano zarzut niezgodności z przepisami działań zamawiającego polegających na uznaniu, że oferta Strabag nie zawiera rażąco niskiej ceny. Odwołujący odwołanie to cofnął bezpośrednio przed otwarciem posiedzenia w sprawie KIO 1634/15 dnia 18 sierpnia 2015 r. Okoliczność, że zamawiający po wniesieniu pierwszego odwołania unieważnił czynność wyboru oferty, po czym ponownie wybrał tę ofertę, nie obligowała odwołującego do rezygnacji z popierania wniesionego przez siebie pierwszego odwołania.
Zarówno zakres czynności zmawiającego po unieważnieniu czynności tj. dokonanie poprawki oczywistej omyłki rachunkowej jak i ponowny wybór znane były odwołującemu w momencie cofnięcia odwołania w dniu 18 sierpnia 2015 r. Nadal trwał spór wynikający z zarzutów pierwszego odwołania skoro zamawiający nie zgadzał się z zarzutem zaniechania zwrócenia się o wyjaśnienia i nieodrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. W ocenie zamawiającego co do tych okoliczności termin na wniesienie odwołania upłynął, jedynie wobec nowych czynności dokonanych po pierwszym wyborze odwołanie byłoby złożone w terminie wynikającym z art. 182 ust. 1 pkt 1ustawy pzp

Niezależnie od powyższego w ocenie zamawiającego cena zaoferowana przez wybranego wykonawcę nie ma charakteru rażąco niskiej. Zamawiający precyzuje, że wartość szacunkowa zamówienia powiększona o podatek VAT wynosi 519.961.885,30 zł. Podana w odwołaniu kwota 634.099.860,12 jest kwotą tenno wartości, w której uwzględniono 50% wartości zamówień uzupełniających. Odwołujący błędnie podaje również cenę swojej oferty.
Zamawiający uznaje za pozbawione podstaw faktycznych i prawny odnoszenie ceny ofert do kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 86 ust. 3). Kwestia możliwości finansowych zamawiającego nie podlega ocenie uczestników postępowania.

Zamawiający stwierdza, że podane przez odwołującego wartości SA błędne, bowiem dokonuje się porównania ze sobą kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie będąco wartością brutto (519 961 885,30 zł) z szacunkową wartością tego zamówienia (uwzględniającą wartość zamówień uzupełniających) będącą wartością netto 634.099.860,12 zł oraz ceną wybranego wykonawcy.
Zamawiający nie podziela również stanowiska odwołującego, że o rażąco niskiej cenie zaoferowanej przez wykonawcę świadczy istnienie różnicy pomiędzy tą ceną a wartością zamówienia. Stwierdza, że wartość szacunkowa jest pewną projekcją zamawiającego opartą o założenia i szacunki, która – nawet ustalana w sposób staranny – nie zawsze musi znaleźć odpowiedź w treści cen składanych w warunkach konkurencji. Zatem wartość szacunkowa nie może odpowiadać najniższej spodziewanej cenie, a stanowi raczej wyraz uśrednionych

oczekiwań co do odpowiedzi wykonawców.
Wskazał, że:
1/ wartość szacunkowa zamówienia podstawowego netto wynosi 422 700 240,08 zł (brutto 519 961 885,30 zł);
2/ wartość szacunkowa zamówień uzupełniających wynosi nett 311 366 620,04 zł;
3/ podana przy otwarciu ofert kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia równa była wartości szacunkowej brutto tj. 519 961 885,30 zł;
4/ szacunkowa wartość zamówienia podstawowego brutto tj. 519 961 885,30 zł odniesiona do ceny wybranej oferty różni się od tej ceny o 16%, zaś w odniesieniu do oferty odwołującego o 10%;
5/ Biorąc za punkt odniesienia średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert tj. kwotę 478 870 916,21 zł do ceny wybranej oferty widać, że różni się ona o 9%;
6/ Różnica cen oferty wybranej i oferty odwołującego stanowi ok. 7% (389 029 639,80 zł – Strabag, 417 417 591,64 zł – odwołujący;
7/ Kwoty stanowiące koszty ogólne wykonawcy oraz wartość dokumentów wykonawcy wynikają z wprowadzonego limitu, zgodnie z którym kwoty oferowane nie mogą być wyższe niż te limity. Zarówno odwołujący, jak i wybrany wykonawca wykorzystali te limity w całości. Odwołujący podnosi także, że w sprawie mają zastosowanie przepisy obowiązujące przed dniem 19 października 2014 r., a zatem to odwołujący winien jest udowodnić, że cena wybranej oferty nosi znamiona rażąco niskiej.

W toku rozprawy strony i uczestnik podtrzymali stanowiska.
Odwołujący poparł odwołanie z zawartą w nim argumentacją. W związku z otrzymaną odpowiedzią na odwołanie stwierdził, że w samym odwołaniu zawartych jest szereg odpowiedzi na zarzuty zamawiającego. Podkreślił, że z treści art. 90 ust 1 ustawy Pzp

wynika obowiązek zamawiającego zwrócenia się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień przy zaistnieniu określonych przesłanek, w tym wynikających zarówno z przepisu jak i orzecznictwa. Stwierdził, iż każdy wykonawca ma prawo domagać się przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego wynikającego z wyżej wskazanego przepisu (wyrok KIO 1205/14). Podtrzymał twierdzenie o znaczeniu w takiej procedurze kwoty ogłaszanej przez zamawiającego, którą zamierza on przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Kwota ta, w odróżnieniu od wartości przedmiotu zamówienia, jest wielkością uwzględniającą aktualne warunki rynkowe. Odnośnie zarzutu zamawiającego, iż zarzut rażąco niskiej ceny oferty jest spóźniony z uwagi na wcześniejsze cofnięcie odwołania wniesionego w tej samej sprawie od pierwotnego wyboru stwierdził, że zamawiający unieważnił pierwotny wybór stwierdzając, iż pozostaje ta czynność w związku z odwołaniem z 31.07.2015 r. Odwołujący cofnął odwołalnie w uzasadnionym przekonaniu, że zamawiający przeprowadzi ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem argumentacji odwołania. Czynność unieważnienia wyżej opisana powinna być uznana za równoważną z uwzględnieniem zarzutów zgodnie z art. 186 ust 2 ustawy Pzp. Podkreślił, że brak jest przesłanek do odrzucenia odwołania. Zauważył, że podstawowym zarzutem jest brak przeprowadzenia procedury wyjaśnienia ceny i przypomniał, jak w części końcowej odwołania, iż nie obciąża go ciężar dowodu, iż cena konkurenta jest rażąco niska. Stwierdził, iż po unieważnieniu pierwszego wyboru miał podstawę uznać, iż uwzględniono jego zarzuty, a po drugim wyborze (07.08.2015 r.) uzasadnione były podstawy do podtrzymania dotychczasowego stanowiska i wiedzy. Rzeczywiste czynności i przesłanki drugiego wyboru poznał po otrzymaniu od zamawiającego informacji, które ujawnia po dokonaniu wyboru; w tej sprawie na wniosek złożony 11.08.2015 r. udostępniono dokumenty dnia 12.08.2015 r.
Zamawiający Podtrzymał stanowisko zawarte w pisemnej odpowiedzi. Jako potwierdzenie tezy o przekroczeniu terminu do wniesienia odwołania przypomniał daty czynności i zdarzeń w postępowaniu odwoławczym wywołanym odwołaniem z 31.07.2015 r., umorzonym wobec cofnięcia z dnia 18.08.2015 r. Podtrzymał stanowisko co do zarzutów wykraczających poza zakres przepisu art. 90 ust 1 i 180 ust 1 ustawy Pzp. Podkreślił znaczenie określenia „rażący” przy ocenie wysokości ceny. Stwierdził, że w analogicznych postępowaniach różnice miedzy ceną oferty wybranej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia są wyższe niż w postępowaniu niniejszym. Ocenił, że nie było przesłanek do wszczęcia postępowania wyjaśniającego zaoferowanej ceny. Stwierdził, że odwołujący nie przedstawił dowodów co do zaoferowania ceny rażąco niskiej. Poprzestał jedynie na porównaniu ceny

zaoferowanej przez przystępującego do wartości przedmiotu zamówienia i kwoty ogłoszonej, jako zamierzona do sfinansowania zamówienia. Zauważył przy tym, że te wielkości z

uwzględnieniem VAT są tożsame. Wyjaśnił, że sformułowanie na str. 4 odpowiedzi na odwołanie, zdanie ostatnie, ma oznaczać, że cena zaproponowana przez przystępującego jest niższa o 9% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert. Zamawiający przypomniał, że przedmiot zamówienia jest planowany w formie zaprojektuj i wybuduj. Wskazał na przedmiot pierwszego odwołania i obecnie rozpatrywanego z czego wywodzi brak podstaw do odrzucenia odwołania; podtrzymał tezę, iż zarzut dot. rażąco niskiej ceny jest spóźniony.
Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania jako spóźnionego ze wskazaniem, że zarzut rażąco niskiej ceny był podniesiony w pierwszym odwołaniu z 31.07.2015 r., a obecnie został ponowiony. W razie nieuwzględnienia wniósł o oddalenie odwołania popierając stanowisko i argumentację zamawiającego w szczególności co do braku przesłanek żądania od niego wyjaśnień w trybie art. 90 ust 1 ustawy Pzp jak i brak podstaw do uznania, iż zaoferował cenę rażąco niską. Zauważył, iż cena ta mieści się w granicach, jest ceną rynkową, uwzględnia wszystkie okoliczności określone w SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, wzięciu pod uwagę stanowisk stron i uczestnika przedstawionych na piśmie i do protokołu, uwzględniając także dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść oferty przystępującego oraz dokumentację w sprawie odwoławczej sygn. akt KIO 1634/15 zważyła, co następuje.
Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania, w szczególności na podstawie zgłoszonej przez przystępującego tj. jako wniesionego z przekroczeniem ustawowego terminu. Niesporna jest okoliczność, że w wyniku dokonania przez zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejsze odwołujący wniósł do Prezesa KIO dnia 31 lipca 2015 r. odwołanie, w którym zakwestionował czynność wyboru w szczególności zarzucając, że oferta wybrana zawiera rażąco niską cenę. Kwestionowana czynność wyboru oferty została przez zamawiającego unieważniona dnia 3 sierpnia 2015 r. W piśmie informującym o unieważnieniu zamawiający stwierdził, że podjął taką decyzję w związku z wniesionym odwołaniem i ponowi czynności badania i oceny ofert. Ponowny wybór oferty został dokonany dnia 7 sierpnia 2015 r. Od tej czynności zostało wniesione dnia 17 sierpnia odwołanie rozpatrywane w niniejszym postępowaniu odwoławczym. Ustawowy termin 10. dniowy został zatem dochowany. Jest przy tym faktem niespornym, iż w Krajowej Izbie Odwoławczej zawisło postępowanie wywołane odwołaniem wniesionym dnia 31 lipca 2015 r. i zostało ono umorzone dnia 18 sierpnia 2015 r. wskutek cofnięcia go przez odwołującego.

Należy zauważyć, że odwołanie to dotyczyło czynności, która, jak wyżej wskazano, została przez zamawiającego unieważniona. Zatem z punktu widzenia odwołującego popieranie tego odwołania byłoby nieracjonalne i bezprzedmiotowe skoro odnosiło się ono do czynności nieistniejącej wskutek unieważnienia. W tym świetle teza zamawiającego o rezygnacji przez odwołującego z popierania wniesionego przez niego pierwszego odwołania jest niepoprawna. Nowa czynność wyboru oferty jest nowym zdarzeniem uprawniającym do wniesienia na nią odwołania w terminie oczywiście liczonym od tej czynności. Z uprawnienia tego odwołujący skorzystał. Z tych samych powodów stwierdzenie zamawiającego, że wszystkie okoliczności faktyczne dotyczące zarzutu były znane odwołującemu już dnia 21 lipca 2015 r. tj. w dniu przesłania informacji o pierwszym wyborze oferty wykonawcy Strabag jako najkorzystniejszej nie zasługuje na uwzględnienie. Wskazana data dotyczy jedynie czynności unieważnionej. Analogicznie i oczywiście znajomość przez wykonawców cen w dacie otwarcia ofert nie oznacza początku biegu terminu na wniesienie odwołań z zarzutami cen dotyczącymi.

Odnośnie zarzutu nieuzasadnionego zaniechania zwrócenia się do wybranego wykonawcy o udzielenie wyjaśnień celem ustalenia, czy jego oferta zawiera rażąco niską cenę skład orzekający stwierdza, wbrew twierdzeniom zamawiającego, że zaniechanie wezwanie w

trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp jest czynnością od której przysługuje odwołanie, w szczególności w powiązaniu z zarzutem zaniechania odrzucenia oferty, która zawiera cenę rażąco niską. Treść ww przepisu wskazuje jednoznacznie, że zamawiający ma obowiązek przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w razie zajścia okoliczności nazywanych domniemaniem rażąco niskiej ceny w relacji do przedmiotu zamówienia, a zgodnie z orzecznictwem także do innych wielkości, np. cen konkurentów, cen rynkowych, cen realnych.
W sprawie rozpatrywanej istotne jest ustalenie, czy zachodziły podstawy do uznania potrzeby przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego z art. 90 ust. 1 ustawy pzp (w brzmieniu sprzed dnia 19 października 2014 r.), a w konsekwencji otrzymanych wyjaśnień, lub ich braku, stwierdzenia, iż cena jest, czy nie jest rażąco niska. Zdaniem składu orzekającego zarówno porównanie wysokości ceny zaoferowanej przez przystępującego z ubruttowioną wartością zamówienia (bez zamówień uzupełniających), jak i ze średnią cen pozostałych wykonawców, a także z ceną zaoferowaną przez odwołującego, nie daje podstaw do uznania, iż zachodzą wątpliwości co do realności kwestionowanej ceny. Tym samym Izba uznaje, że zamawiający nie miał obowiązku i podstaw do żądania od wykonawcy oferującego najniższą cenę, złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp. W szczególności zauważyć można, że cena firmy Strabag, jak wynika z porównania

zaoferowanych cen w odniesieniu do szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług, w stosunku do średniej arytmetycznej wszystkich ofert jest niższa o 9%. Również szacunkowa wartość zamówienia podstawowego brutto tj. 519 961 885,30 zł odniesiona do ceny wybranej oferty różni się od tej ceny o 16%, zaś w odniesieniu do oferty odwołującego o 10%. Powyższe porównania, w ocenie składu orzekającego, uzasadniają stwierdzenie, że cena wybranego wykonawcy nie nosi znamion ceny rażąco niskiej.
W świetle dokonanych ustaleń i ocen, orzeczono jak w sentencji uznając, że zamawiający nie naruszył przepisów ustawy wskazanych w rozpatrywanym odwołaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz w oparciu o przepisy 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).

Przewodniczący:

……