

WYROK
z dnia 25 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 kwietnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 kwietnia 2014 r. przez wykonawcę **Tractebel Engineering S.A., ul. Dulęby 5, 40-833 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez **Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Biuro Studiów i Projektów Gazownictwa GAZOPROJEKT S.A., ul. Strzegomska 55a, 53-611 Wrocław** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenia oferty wykonawcy **Biuro Studiów i Projektów Gazownictwa GAZOPROJEKT S.A., ul. Strzegomska 55a, 53-611 Wrocław** oraz ponowne badanie i ocenę ofert.

2. kosztami postępowania obciążyć **Biuro Studiów i Projektów Gazownictwa GAZOPROJEKT S.A., ul. Strzegomska 55a, 53-611 Wrocław:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Tractebel Engineering S.A., ul. Dulęby 5, 40-833 Katowice** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od **Biura Studiów i Projektów Gazownictwa GAZOPROJEKT S.A., ul. Strzegomska 55a, 53-611 Wrocław** na rzecz **Tractebel Engineering S.A., ul. Dulęby 5, 40-833 Katowice** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero

1

groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907 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 Warszawie.

Przewodniczący:

2

UZASADNIENIE

Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu ograniczonego, pn. „Gazociąg Tworóg - Tworzeń - opracowanie projektu budowlanego i wykonawczego wraz z nadzorem autorskim”, znak sprawy 2P/2013/10/0161/SRK.

W dniu 02 kwietnia 2014 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą została uznana oferta złożona przez Biuro Studiów i Projektów Gazownictwa GAZOPROJEKT S.A., ul. Strzegomska 55a, z Wrocławia. .

Od takiej czynności zamawiającego wykonawca Tractebel Engineering S.A., ul. Dulęby 5, 40-833 Katowice, zwany dalej „odwołującym” w dniu 11 kwietnia 2014 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu niewłaściwe dokonanie:

- a) czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Biuro Studiów i Projektów Gazownictwa „GAZOPROJEKT” S.A. (dalej „GAZOPROJEKT”) jako najkorzystniejszej oferty,
- b) czynności badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę GAZOPROJEKT,
- c) zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę GAZOPROJEKT,
- d) zaniechania czynności dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu, aby:

- a) unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty;
- b) dokonać ponownego badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę GAZOPROJEKT;
- c) dokonać czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę GAZOPROJEKT z przyczyn wskazanych w niniejszym odwołaniu

Odwołujący zarzucił zamawiającemu w szczególności naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z naruszeniem art. 90 ust. 3 poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę GAZOPROJEKT pomimo że wykonawca GAZOPROJEKT nie złożył wyjaśnień, które mogą być uznane za wyjaśnienia w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy, względnie dokonana ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta wykonawcy GAZOPROJEKT zawierała dość niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

3

W uzasadnieniu podniesionego zarzutu wskazał, że zaoferowana przez wybranego wykonawcę cena ofertowa jest dość niska, a ponadto odwołujący w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 21 marca 2014 roku do wyjaśnienia i podania okoliczności, w wyniku których zaoferowana w ofercie cena za wykonanie przedmiotu zamówienia jest ceną realną, a tym samym nie jest ceną dość niską, złożył wyjaśnienia, które nie wykazywały podstaw faktycznych do zaoferowania takiej ceny.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca GAZOPROJEKT złożył pismo z dnia 24 marca 2014 r., znak pisma SH/OP2516/14/000024, wyjaśniające podstawy takiej kalkulacji ceny oferty, załączając do niego kalkulację ceny (załącznik nr 1 i 2) zastrzegając jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Złożył one przez Gazoprojekt wyjaśnienia zdaniami odwołującego nie tylko nie wyjaśniały, czy wykonawca ten może rzeczywiście za zaoferowaną kwotę wykonać przedmiot zamówienia, ale potwierdzały wręcz, wobec ogólności złożonych wyjaśnień wystąpienie sytuacji o której mowa w przepisie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Tym samym zamawiający winien był ofertę takiego wykonawcy odrzucić, a nie uznać za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Jako przykład ogólnikowości złożonych wyjaśnień podał między innymi i odwołujący powołał się na sytuację legislacyjną związaną ze zmianą ustawy o inwestycjach w zakresie terminalu regazyfikacyjnego skroplonego gazu ziemnego w Świnoujściu, bez jakiegokolwiek wyjaśnienia w jaki konkretnie sposób i w jakiej konkretnej wysokości sytuacja ta przekłada się na obniżenie kosztów realizacji zamówienia. Powołana przez wykonawcę GAZOPROJEKT sytuacja legislacyjna jest identyczna dla wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, bowiem każda z wykonawców realizowałaby zamówienie w tym samym stanie prawnym, w szczególności każda z wykonawców będzie się musiała dostosować do ewentualnej zmiany przepisów i każda z wykonawców będzie mogła skorzystać z możliwości przewidzianych w ww. ustawie. Ponadto Gazoprojekt powołał się na wieloletnie doświadczenie w branży projektowej, posiadanie systemu ISO, posiadania odpowiednio wykwalifikowanego zespołu ekspertów niezbędnego do wykonania zamówienia itd. Odwołujący odnosząc się do powyższych wyjaśnień stwierdził, że wykonawca ten nie wskazał żadnych okoliczności właściwych tylko jemu jako wykonawcy, takich które mogłyby wpłynąć na obniżenie kosztów wykonania zamówienia. Tym samym stwierdził, że nie tylko zaoferowana cena jest ceną dość niską, ale także zamawiający nie ocenił złożonych wyjaśnień, gdy obiektywnie rzecz biorąc nie wyjaśniają one wątpliwości zamawiającego co do poprawności skalkulowania ceny w ofercie.

Nadto odwołujący zarówno w odwołaniu jak i zło onym na posiedzeniu piśmie procesowym przywołał szereg orzeczeń KIO oraz sądów z których wynika, że wezwany do zło enia wyjaśnień wykonawca winien w składanych wyjaśnieniach wywieść i udowodnić, że wskazane, jemu przynależne konkretne okoliczności przekładają się na obniżenie ceny

4

ofertowej. W zło onym piśmie procesowym wskazał rozbieżności w cenach ofertowych z których wynikało jego zdaniem, że cena ofertowa wykonawcy Gazoprojekt jest raczej niska. Ponadto dodał i podnoszenie dopiero na etapie rozprawy pewnych kwestii które mają uwiarygodniać realność ceny ofertowej należy uznać za spóźnione, gdy winny one były znaleźć się w zło onych zamawiającemu wyjaśnieniach.

Zakwestionował również prawidłowość stanowiska Gazoprojektu który skalkulował cenę ofertową w oparciu o mającej być uchwaloną tzw. specustawą. Podał i wykonawca ten niezasadnie przyjmuje, że wejście w życie specustawy znacząco zmniejszy zakres robót niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia. Ponadto wykonawca GAZOPROJEKT wbrew postanowieniom Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego, stanowiącego załącznik do SIWZ w sposób całkowicie nieuprawniony przyjął, że wykonując umowę zamawiający będzie mógł skorzystać z ułatwień przewidzianych przez specustawę już od momentu rozpoczęcia realizacji zamówienia i nie uwzględnił w kalkulacji ceny kosztów związanych z uzyskaniem zgód właścicieli gruntów po których będzie przebiegał gazociąg. Takie postępowanie wykonawcy GAZOPROJEKT było nieuprawnione nie tylko z tego względu, że nowelizacja specustawy nie jest obowiązującym prawem, a nawet nie została jeszcze uchwalona, lecz również z powodu, że powyższe elementy wchodzą w zakres przedmiotu zamówienia.

Nadto stwierdził, że nawet hipotetyczne objęcie przedmiotowej inwestycji przepisami specustawy i to nawet od momentu rozpoczęcia realizacji zamówienia, to nie wyjaśnia różnicy pomiędzy ceną oferty wykonawcy Gazoprojekt, a cenami pozostałych ofert i szacunkową wartością zamówienia.

Zamawiający w przesłanej odpowiedzi na odwołanie uznał zarzuty odwołania w całości. Jednakże przystępujący wykonawca Gazoprojekt wniósł od tej czynności zamawiającego sprzeciw.

W trakcie rozprawy zamawiający oświadczył, że postanowił uwzględnić zarzuty odwołania w całości nie dlatego, że cena zaoferowana przez przystępującego jest ceną raczej niską, ale dlatego, że w zło onych wyjaśnieniach przystępujący nie podał ile konkretnie zaoszczędzi na wejściu w życie tzw. specustawy, która to okoliczność była istotnym elementem mającym wpływ na kalkulację ceny. Zamawiający w SIWZ zawarł wzmiankę informującą i jest mu bliżej wejście w życie w trakcie realizacji zamówienia, tzw. specustawy. Był to sygnał dla wykonawców, że okoliczność ta może mieć wpływ na cenę realizacji zamówienia. Nadto stwierdził, że według jego wiedzy opartej na doświadczeniu, wejście w specustawy, skracającej znacząco procedury obejmujące ustalenie przebiegu gazociągu zmniejsza również koszty wykonania zamówień o tym samym przedmiocie co to

5

postępowanie o około 50- 60%. Stwierdził, że przystępujący nie wskazując ile zaoszczędzi na wejściu w życie specustawy nie złożył wyjaśnień których oczekiwał zamawiający i tym samym po analizie treści odwołania postanowił uznać zarzuty odwołania.

Przystępujący do postępowania oraz zgłaszający sprzeciw, wykonawca Biuro Studiów i Projektów Gazownictwa GAZOPROJEKT S.A., ul. Strzegomska 55a, 53-611 Wrocław, podniósł, że nie zgadza się ze stanowiskiem zamawiającego i istniała podstawa do uwzględnienia zarzutów odwołania z tego powodu, że nie wykazał on ile zaoszczędzi na wejściu specustawy i czy kwota tej oszczędności urealnia cenę oferty. Podał, że zamawiający nie wnosił w wezwaniu do objęcia wyjaśnieniami tej kwestii. Ponadto niezasadne jest uwzględnienie zarzutu podania co do podstaw odrzucenia jego oferty w sytuacji, kiedy zamawiający oświadczył, że cena jego oferty w ślad za zło onymi wyjaśnieniami szczegółowymi, stanowiących załączniki 1 i 2 nie jest ceną raczej niską. Wskazał, że przedmiotowy przetarg jest częścią dużej inwestycji gazowej przebiegającej od Świnoujścia a po Woj. Podkarpackie. Na realizację inwestycji zostało rozstrzygniętych

szereg przetargów na prace projektowe. Porównywalnym wyznacznikiem kosztów jest cena za wykonanie projektu wraz z nadzorem odpowiadająca 1km gazociągu. Jako przykład podał, i dla odcinka gazociągu Czeszów – Kielczów koszt 1 km projektu wynosił 51 tys., na innym odcinku, przebiegającym przez Lwówek 44 tys. za 1km. Natomiast na realizację tego zamówienia przystępujący założył koszt wykonania wynoszący 59 tys. zł za 1km co wskazuje, i nie jest to cena niska, a należy ją raczej zapisać do cen wysokich.

Stwierdził również, że jeśli odwołujący chciał znać sposób kalkulacji ceny oferty przystępującego to winien był wystąpić do zamawiającego o ujawnienie treści załączników.

lepiej mu kwestionować cenę oferty Odwołujący tego nie uczynił

chyba celowo, gdy

ni kwestionować prawidłowość przystępującego podając

ogólnikowe zastrzeżenia

realizacja tego jest wiadomym było, i

wskazanych konkretnych wyliczeń. Stwierdził, zamówienia będzie odbywała się w sytuacji obowiązywania specustawy. Dlatego też dokonana przez niego kalkulacja jest prawidłowa, gdy rolą wykonawcy jest nie tylko prawidłowe skalkulowanie ceny, ale również przewidywanie i właściwe przyjęcie realiów w których będzie ona wykonywana.

Stwierdził, że za kwotę, którą zaoferował, biorąc pod uwagę stan prawny w którym będzie wykonywane przedmiotowe zamówienie, jest w stanie wykonać to zamówienie. Natomiast odnosząc się do wysokości ceny ofert innych wykonawców, które będą realizowane pod rządami specustawy, stwierdził, że zaoferowane ceny zawierają nieuzasadnione ponad 100% zyski, co narusza zasady racjonalnego wydatkowania środków publicznych.

6

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

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, że odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdy uwzględnienie odwołania umożliwiłoby mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, gdy jego oferta byłaby najkorzystniejszą w postępowaniu biorąc pod uwagę cenę oferty.

Również przystępujący zgłaszając przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego wykazał interes, gdy jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a po uwzględnieniu zarzutów odwołania wniósł sprzeciw broniąc zasadności pierwotnej czynności zamawiającego dot. wyboru najkorzystniejszej oferty.

Izba ustaliła poniżej stan faktyczny, będący podstawą orzekania.

Zamówienie prowadzone jest w ramach przetargu nieograniczonego, dwuetapowego.

Jak wynika z protokołu postępowania zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 9.545.000,00 zł. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, określając ją na 11.740.350,00 zł brutto, co stanowi szacunkową wartość zamówienia powiększoną o podatek VAT w wysokości 23%.

W postępowaniu złożonych zostało 5 ofert z następującymi cenami:

Lp. Wykonawca Cena oferty

1 wykonawca GAZOPROJEKT /wybrany/ 4.091.472,00 zł

2 Odwołujący 9.470.866,18 zł

3 ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. 11.679.317,40 zł

4 Biuro Projektów „NAFTA-GAZ” Sp. z o.o. 11.717.537,19 zł

5 Konsorcjum firm: MGGP PROJEKT Sp. z o.o., 12.115.500,00 zł

Zamawiający w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę Gazoprojekt do złożenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących przyczyn zaoferowania ceny ofertowej w takiej ww. wysokości i wykazania, że cena ta nie jest rażąco niska. Wykonawca udzieloną odpowiedź podzielił na dwie części - jedną, opisową jawną oraz drugą, stanowiącą wyliczenia rodzajowe kosztów, którą zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Cena ofertowa została zgodnie z rozdziałem XIV pkt 6 SIWZ ustalona jako cena ryczałtowa, a więc niezmienna w trakcie trwania umowy.

Zamawiający w pkt 2 B Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ) wskazał akty prawne w oparciu o które ma być realizowane wykonanie dokumentacji projektowej. Nadto w pkt 1 A a) OPZ podał, że „W przypadku nowelizacji ustawy o inwestycjach w zakresie terminalu regazyfikacyjnego skroplonego gazu ziemnego w Świnoujściu z dnia 24 kwietnia 2009 r. (Dz.U. 84, poz. 700 z późniejszymi zmianami), zwanej dalej zamiennie „Specustawą”, powodującej objęcie Inwestycji jej zapisami, Wykonawca jest zobowiązany do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z postanowieniami opisanej ustawy, w tym zaktualizowania dotychczas wykonanych prac, o ile postanowienia Specustawy nie będą stanowiły inaczej. W przypadku nie objęcia nowelizacją Specustawy Inwestycji w zakresie powyższego gazociągu do dnia odbioru przedmiotu zamówienia, należy go zaprojektować zgodnie z Ustawą Prawo Budowlane oraz przepisami odrębnymi, (przyp. wskazanymi w ww. pkt B 2 OPZ).

Poza sporem jest fakt, jak to na rozprawie oświadczył przystępujący, że dokonał on kalkulacji ceny ofertowej tak jakby realizacja przedmiotu zamówienia była wykonywana w ramach imienia obowiązującego specustawy. Natomiast zdaniem odwołującego, zamawiający w SIWZ wymagał od wykonawców, aby złożyli ofertę opartą na przepisach obowiązujących w chwili jej sporządzania.

Niewątpliwym jest, że wejście w życie tzw. specustawy zmniejszyło zakres obowiązków wykonawcy związanych z projektowaniem gazociągu, gdy zgodnie z założeniami upraszczała ona procedury administracyjne, powodując przyspieszenie realizacji inwestycji o około 70 %. Następuje to dzięki natychmiastowej wykonalności decyzji administracyjnych, skróceniu terminów ich zaskarżenia oraz okresów pozyskiwania gruntów, brakowi konieczności wprowadzania gazociągów do planów zagospodarowania przestrzennego, itp. Wszystko to powoduje, że koszt wykonania zamówień podobnych do tego postępowania zmniejsza się od 50 - 60%, co również było bezsporne pomiędzy stronami i przystępującym.

Biorąc pod uwagę powyższe, w większości niesporne pomiędzy stronami fakty i ustalenia i odnosząc je do cen zaoferowanych przez wykonawców wskazać należy, że cena oferty Gazopromu, nie była o ponad połowę, w stosunku do cen ofert innych wykonawców wydaje się mieścić w rozmiarach kosztów wykonania zamówienia przy obowiązującym

specustawy i pod jej nazwą. Tym samym można okazać się za kilka miesięcy, gdy zapowiedź wprowadzenia specustawy w proponowanym kształcie stanie się faktem, że cena ofertowa oferty przystępującego była prawidłowa i tym samym najkorzystniejsza dla zamawiającego.

Jednakże Izba nie może dokonywać oceny podniesionych zarzutów przez przemat nieobowiązujących przepisów ustawy, nawet takich których wejście w życie jest bardzo prawdopodobne.

Izba dokonując oceny wysokości zaoferowanej ceny przez wykonawcę Gazoprojekt stwierdza, że za zaoferowaną cenę nie jest możliwe wykonanie zamówienia, stosując przepisy, które wskazał zamawiający w pkt 2 B Opisu Przedmiotu Zamówienia, w oparciu o które według założenia ma być realizowane wykonanie dokumentacji projektowej. Kwestia ta wobec oświadczenia przystępującego, że dokonał ustalenia ceny ofertowej tak jakby specustawa obowiązywała nie wymagała prowadzenia postępowania dowodowego w tej sprawie.

Zaoferowanie przez przystępującego ceny ofertowej było efektem świadomego działania wykonawcy, ale to działanie Izba ocenia jako błędne, gdy nie można zakładać

możliwości wykonania zamówienia opierając kalkulację na przepisach jeszcze nie uchwalonych, a tym samym nie obowiązujących. Izba nie ma wątpliwości, że nie wejście w życie przepisów specustawy skutkowałoby niewykonaniem za wskazaną w ofercie cenę przedmiotowego zamówienia, gdy przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne.

Odniesienia Izby wymaga również stanowisko w tej sprawie zamawiającego, który na rozprawie stwierdził, że według niego cena za wykonanie tego zamówienia, zaoferowana przez Gazoprojekt nie jest racjonalnie niska. Jednocześnie w odpowiedzi na odwołanie uwzględnił zarzuty odwołania i zgodził się tym samym na odrzucenie oferty tego wykonawcy z powodu – jak podał – że w złożonych mu wyjaśnieniach wykonawca Gazoprojekt nie przedstawił wycień kwoty, obniżki kosztów spowodowanych oparciem kalkulacji o projektowane przepisy specustawy. Takie podejście zdaniem Izby nie ma odniesienia do przepisów ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera racjonalnie niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający odrzuca również ofertę, jeżeli wykonawca nie złoży wyjaśnień w wyznaczonym terminie albo jeżeli dokonana ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera racjonalnie niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp). Procedura określona w art. 90 ustawy Pzp ma charakter wyjaśniający, a nie dowodowy. – wyrok SO w Poznaniu z 12.06.2008 sygn. X Ga 127/08

Podstawy do odrzucenia oferty zostały wymienione w art. 89 ust. 1 i stanowią one zamknięty katalog. Zwrócić należy uwagę na fakt, że zamawiający, który ma uwagi co do prawidłowości kalkulacji ceny oferty, ze względu na jej wysokość ma obowiązek wystąpić do tego wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który, po pierwsze, nie złożył wyjaśnień, lub po drugie, jeżeli złożył one wyjaśnienia w ocenie zamawiającego potwierdza, że oferta zawiera racjonalnie niską cenę. Tak więc podstawą odrzucenia oferty może być tylko racjonalnie niska cena. Natomiast przesłanka niezłożenia wyjaśnień, czy też złożenia niewystarczających wyjaśnień prowadzi do odrzucenia oferty nie z powodu /fizycznego/ ich braku czy też niewłaściwej treści, ale z powodu, że w odpowiedzi na wezwanie wykonawca nie przekonał zamawiającego zarówno poprzez same wyjaśnienia jak i załączone dowody, że cena jego oferty nie jest racjonalnie niska. Tym zasadność takiego stanowiska zamawiającego wydaje się być prawnie wątpliwa.

Izba odnosząc się do treści złożonych wyjaśnień stwierdza, że faktycznie zawierają one zbyt duży ogólny, mogących być właściwymi dla każdego wykonawcy. Również przedstawionemu zestawieniu kosztów trudno nadać przymiot szczegółowości. Zdaniem Izby przedstawiają one raczej rodzajowy spis kosztów, niż podanie szczegółowych wycień obrazujących wycenę niezbędnych robót.

Jednakże zauważyć należy, że zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą, zarówno sądów jak i KIO, zamawiający może oczekiwać od wykonawcy szczegółowych wyjaśnień w zakresie racjonalnie niskiej ceny, których szczegółowość zależy od szczegółowości pytań zamawiającego. W tym zakresie należy wskazać na wyrok ETS z dnia 29 marca 2012 r. wyrok (sygn. akt. C-599/10) gdzie Trybunał stwierdził, że zamawiający powinien w sposób jasny sformułować pytanie skierowane do wykonawców, celem umożliwienia im uzasadnienia w sposób kompletny i użyteczny poważy charakteru ich oferty, oraz na

e „Pytanie do wykonawcy wyrok SO w Olsztynie V Ga

122-10, gdzie sąd stwierdził,

powinno, więc wskazywać elementy oferty, które podczas badania oferty wzbudziły wątpliwości i co do których zamawiający oczekuje wyjaśnień”. Przenosząc to na grunt przedmiotowego postępowania stwierdzić należy, że zamawiający wnosil o podanie szczegółowych wycień, nie określając w adeń sposób na czym ta szczegółowość miałaby polegać. Tym samym złożone wyjaśnienia nie brak jest podstaw do stwierdzenia i odpowiadają pytańom zamawiającego w tym zakresie.

Wskazać również należy i stanowisko zamawiającego jakoby zamawiający miał tylko możliwość jednokrotnego wezwania do wyjaśnień ceny ofertowej nie znajduje uzasadnienia zarówno w przepisach art. 90 ust. 1-3 jak i orzecznictwie. Wskazać należy, że możliwość kilkakrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp,

marca 2013 r.), w którym zwraca się uwagę, na dyspozycję art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, który to przepis nie limituje ilości wezwań zamawiającego do udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Tym samym zamawiający, skoro ma dalsze wątpliwości co do zło onych wyjaśnień może żądać od wykonawcy kolejnych wyjaśnień co do okoliczności uzasadniających zaoferowaną przez wykonawcę cenę, w szczególności w przypadku gdy treść pierwszego wezwania do złożenia wyjaśnień nie określała zakresu oczekiwanych informacji lub te, gdy wątpliwości pojawiły się na tle złożonych wyjaśnień. Jednakże prowadzona procedura wyjaśnień nie może usprawiedliwiać uchylania się przez wykonawcę od złożenia rzetelnych wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Brak rzetelności w składanych wyjaśnieniach nie może uzasadniać kolejnych wezwań kierowanych do wykonawcy.

Ponadto Izba za zasadne uznaje odniesienie do sytuacji powstałej w postępowaniu spowodowanej działaniami zamawiającego, które zdaniem Izby stwarzają podstawy do unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Zamawiający wszczynając to postępowanie z góry założył, że może być ono prowadzone w dwóch różnych ramach prawnych mających wpływ na zakres przedmiotu zamówienia. Wynika to jak wyżej wskazano z postanowień pkt B 2 oraz A 1 a) OPZ zakładając, że wykonawcy przygotowują ofertę wg przepisów wskazanych w pkt B.2, a jeśli wejdzie w życie tzw. specustawa, to zamówienie winno być realizowane wg przepisów w niej wskazanych. Nie powielając opisanych powyżej ułatwień przy realizacji zamówienia, jakie niesie ze sobą specustawa, bezspornym jest, że jeden z wykonawców nie mógł prawidłowo skalkulować /w sposób kombinowany przepisy dotychczasowe i specustawa/ ceny ofertowej, gdy dotychczas nie jest wiadomo kiedy i w jakim kształcie specustawa wejdzie w życie, a więc wykonawcy nie posiadali wiedzy od jakiego etapu realizacji zamówienia nastąpi zmiana przepisów prawa. Wszystko to spowodowało sytuację, że czterej wykonawcy skalkulowali cenę ofertową wg przepisów prawa budowlanego - bez specustawy, a jeden Gazoprojekt wg przewidywanych przepisów specustawy. Sposób kalkulacji ceny ma widoczne przełożenie na ceny ofertowe gdzie cena oferty Gazoprojektu wynosi 4 091 472,00 zł przy średniej cenie pozostałych ofert 11 245 805,00 zł a więc są one wyższe średnio o ponad 7 milionów złotych. To sam zamawiający doprowadził do sytuacji, że ceny ofertowe albo były przeszacowane - jeśli wejdzie w życie specustawa lub niedoszacowane w przypadku oferty przystępującego, zakładającego realizację całości zamówienia wg specustawy. Tym samym zamawiający winien rozważyć czy realizowanie tego zamówienia w ww. stanie faktycznym nie będzie stanowiło naruszenia przepisu art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009r. o finansach publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013r. poz. 885 z późn. zm.), zgodnie z którym wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy, oszczędny z

zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu zarysowanych celów.

Biorąc pod uwagę informację przystępującego, że specustawa została przyjęta przez Sejm i obecnie zostanie skierowana do Senatu i podpisu do Prezydenta, wydaje się logicznym przyjęcie założenia, że przedmiotowe zamówienie może być realizowane w ramach specustawy. Tym samym jednoznaczne opisanie przedmiotu zamówienia winno umożliwić wykonawcom złożenie porównywalnych ofert.

Wobec powyższego zamawiający winien rozważyć - Izba nie może orzekać co do kwestii nie objętej zarzutami /art. 192 ust 7 ustawy Pzp/ czy w aktualnym stanie faktycznym, tak przygotowane postępowanie nie jest obciążone wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów, miało miejsce w niniejszym postępowaniu.

Izba postanowiła jak w sentencji, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust. 2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt. 1a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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