Sygn. akt: KIO 2797/12

WYROK
z dnia 10 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 grudnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 grudnia 2012 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A., 71-281 Szczecin, ul. Lucjana Szenwalda 20** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH INWESTOR Sp. z o.o., KB Pomorze Sp. z o.o., 03-729 Warszawa, ul. Targowa 69** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A., 71-281 Szczecin, ul. Lucjana Szenwalda 20** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A., 71-281 Szczecin, ul. Lucjana Szenwalda 20** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 2797/12

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione przez Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych „Eko-Inwest" S.A. ze Szczecina [Odwołujący] w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm.), [dalej: ustawa Pzp] przez Zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A z Warszawy. Przedmiotem tego postępowania jest „Nadzór i zarządzanie nad modernizacją linii E65 Warszawa - Gdynia w zakresie warstwy nadrzędnej LCS oraz ERTMS/ETCS/GSM-R, DSAT oraz zasilania układu trakcyjnego". Zdaniem wykonawcy w niniejszym postępowaniu naruszony został art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, że nie zawierała rażąco niskiej ceny, art. 90 ust. 3 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, że Odwołujący złożył szczegółowe wyjaśnienia, kalkulację i jej prawidłowa ocena nie potwierdzała rażąco niskiej ceny, art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i art. 90 ust. 3 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przejawiające się odrzuceniem oferty Odwołującego, jako zawierającej rażąco niską cenę, oraz wyborem oferty Konsorcjum:

Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH Inwestor Sp. z o.o. - KB Pomorze Sp. z o.o. w sytuacji zaoferowania przez Odwołującego oraz wybrane Konsorcjum zbliżonych cen za wykonanie zamówienia a tym samym - zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH Inwestor Sp. z o.o. - KB Pomorze Sp. z o.o. z powodu rażąco niskiej ceny, art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu tj. oferty Odwołującego, oraz innych przepisów wynikających pośrednio i bezpośrednio z uzasadnienia.
Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: (1)unieważnienia czynności badania i oceny ofert - w tym odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, jako bezwzględnie wadliwej, (2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, (3) dokonanie wyboru oferty Odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert, oraz (4) odrzucenie oferty Wykonawców Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH Inwestor Sp. z o.o. - KB Pomorze Sp. z o.o. z powodu rażąco niskiej ceny. W uzasadnieniu odwołania podał m.in., że (…) W dniu 25 września 2012 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający wskazał, że wyjaśnienie winno wykazać czy zaoferowana cena rzeczywiście uwzględnia wszystkie elementy związane z należytym wykonaniem zamówienia. Ponadto wyjaśnienie

winno wskazać czy istnieją konkretne uwarunkowania i obiektywne czynniki, jakie towarzyszyć będą realizacji zamówienia, które wpłynęły na wysokość oferowanej ceny wraz ze wskazaniem opisu tych czynników skali ich wpływu na wysokość zaoferowanej ceny. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w dniu 1.10. 2012 r. Odwołujący złożył przedmiotowe wyjaśnienia wskazując na czynniki umożliwiające mu zredukowanie kosztów, a w konsekwencji zaoferowanie niższej ceny. Odwołujący podniósł, że stosunek ceny jego oferty do szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia jest typowym stosunkiem przy zamówieniach, których przedmiotem są usługi nadzoru nad modernizacją linii kolejowych. Odwołujący wskazał również na fakt, że ceny w pozostałych ofertach w postępowaniu, w tym w ofercie wybranej, kształtowały się na zbliżonym poziomie ceny zawartej w ofercie Odwołującego". Podał także, że w piśmie z dnia 7. 12. 2012 r. (…) Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania. Za najkorzystniejszą została uznana oferta Konsorcjum firm: Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH Inwestor Sp. z o.o. - KB Pomorze Sp. z o.o. z zaoferowaną ceną brutto za wykonanie zamówienia 5.176.578,00 zł. Oferta Odwołującego z zaoferowaną ceną brutto 4.996.260,00 zł została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt, 4 jako oferta zawierająca rażąco niską cenę". Zdaniem wykonawcy oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny, a wyjaśnienia zostały złożone należycie. W tym przypadku stwierdził, że (…) Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego zarzucając mu cyt. „Analiza złożonych wyjaśnień Wykonawcy - Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych „EKO-INWEST", nie pozwala stwierdzić, że są one wystarczające, aby uznać, że cena oferty Wykonawcy nie jest rażąco niska. Obowiązek wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, ciąży na wykonawcy". W ocenie Zamawiającego, niewystarczające było powołanie się w na zakładane oszczędności z tytułu wieloletniego doświadczenia i wykonywania usług doradztwa i nadzoru na różnych projektach inwestycyjnych, oraz odnoszenie się do wyników postępowań przetargowych na nadzór oraz „suchego" porównania ceny własnej oferty z cenami trzech innych wykonawców. Także za niewystarczające było stwierdzenie (niepoparte żadnymi wyliczeniami bądź kalkulacjami), że „uwzględnione (...) stawki wynagrodzenia specjalistów i inspektorów nadzoru zapewnią rzetelne wykonywanie przez te osoby usług niezbędnych do realizacji zadania inwestycyjnego". Zdaniem Odwołującego, (…) przywołane powyżej uzasadnienie decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego sprowadza się wyłącznie do stwierdzenia, że wyjaśnienia Odwołującego - w tym poszczególne jego, przywołane w sposób wyrywkowy w uzasadnieniu, elementy - są niewystarczające. Uzasadnienie to nie może być uznane za wyczerpujące i nie wskazuje, z jakich powodów Zamawiający negatywnie ocenił wyjaśnienia Odwołującego dotyczące elementów zaoferowanej przez niego ceny. Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie może zastosować art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zupełnym oderwaniu od ceny wykonawcy zwłaszcza w sytuacji, gdy wybiera

ofertę minimalnie droższą. Materialną podstawą odrzucenia oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych jest realne wystąpienie zaoferowania ceny rażąco niskiej, a powyższe ponadto zostaje potwierdzone przez obligatoryjne wyjaśnienia wykonawcy w tym przedmiocie, ewentualnie wyjaśnienia takie mają w ogóle nie zostać złożone. Procedura badania i ustalania ceny rażąco niskiej przebiega, więc w ten sposób, iż nawet przy podejrzeniu graniczącym z pewnością czy zgromadzeniu stosownych dowodów, iż zaoferowano cenę o takim charakterze, zamawiający musi na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy dać wykonawcy szansę wykazania okoliczności przeciwnych m.in. przez wykazanie okoliczności przykładowo wskazanych w art. 90 ust 2 ustawy. Wykonawca stwierdził także, że (…) Abstrahując od uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty (…) Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach w sposób wystarczający wskazał na skalkulowanie ceny oferty na poziomie umożliwiającym realizację zamówienia. W tym przypadku podkreślił następujące elementy: (…) Po pierwsze - Odwołujący złożył wyjaśnienia, które trudno uznać za lakoniczne. W praktyce postępowań o udzielenie zamówienia publicznego spotyka się, bowiem wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny ofertowej obejmujące np. 3 zdania. Tymczasem wyjaśnienia Odwołującego zostały zawarte na 4 stronach tekstu. Niezależnie od powyższego nie sposób zgodzić się z tezą, że wyjaśnienia Odwołującego są ogólnikowe i - jak stwierdził Zamawiający - niewystarczające. Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach wskazał szczegółowo na wszystkie elementy mające wpływ na wysokość zaproponowanego przez siebie wynagrodzenia. Ponadto Odwołujący szczegółowo omówił przysługujące mu możliwości wpływające na zmniejszenie zaoferowanej ceny.” W tym kontekście Odwołujący wskazał na: oszczędności z tytułu wieloletniego doświadczenia i wykonywania przez Odwołującego usług doradztwa i nadzoru przy różnych projektach inwestycyjnych, oszczędności w kosztach wynajmu i zakupach sprzętu związane z dysponowaniem powierzchniami biurowymi w miejscu przyszłego wykonywania zamówienia; możliwość wynajęcia na korzystnych warunkach kontenerów biurowych na potrzeby umiejscowienia biura w pobliżu wykonywanych robót budowlanych, związane z korzystaniem z usług tych samych dostawców przy wielu nadzorowanych przez Odwołującego inwestycjach; oszczędności w stosunku do kosztów transportu, komunikami i łączności; kalkulację kosztów sprzętu komputerowego i biurowego, materiałów eksploatacyjnych i biurowych w oparciu o posiadane zasoby oraz atrakcyjne ceny wynegocjowane u stałych dostawców.” Jego zdaniem, (…) Niezwykle istotne dla przedmiotowego postępowania jest, że Zamawiający po analizie złożonych przez Odwołującego wyjaśnień nie stwierdził, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, lecz jedynie, że wyjaśnienia Odwołującego są „niewystarczające". Oznacza to, że wyjaśnienia Odwołującego nie przekonały Zamawiającego o potwierdzeniu się zarzutu rażąco niskiej ceny. Zamawiający stwierdził natomiast, że wyjaśnienia nie przekonały go, że

---

rażąco niska cena nie zaistniała”. Świadczy o tym- zdaniem Odwołującego – (…)fragment uzasadnienia decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego cyt. „oferta Wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych „EKO- INWEST" podlega odrzuceniu na mocy przepisu wskazanego na wstępie, lecz nie w związku z konstatacją, że zawiera rażąco niską cenę, ale (poprzez złożenie niewystarczających wyjaśnień) na podstawie nieudowodnienia zamawiającemu, że takiej ceny nie zawiera". Powołując się na orzecznictwo KIO stwierdził, że zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny może nastąpić wyłącznie w przypadku, gdy wykonawca nie złoży wyjaśnień, co do okoliczności dotyczących zaoferowanej ceny, lub gdy złożone przez niego wyjaśnienia potwierdzą. że cena jest rażąco niska. Zamawiający powinien mieć pewność, że cena jest rażąco niska. Oznacza to, że w przypadku, gdy Zamawiający ma wątpliwości, co do tego, czy cena zaoferowana przez wykonawcę jest ceną rażąco niska, to art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie daje Zamawiającemu prawa do odrzucenia oferty. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający po dokonaniu analizy wyjaśnień Odwołującego nie miał pewności, że zaoferowana przez niego cena jest ceną rażąco niską i tym samym brak było podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy. Co do zarzutu braku dowodów przy wyjaśnieniach Odwołujący stwierdził, że (…) Przedstawianie dowodów, o których mowa w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych ma na celu dowiedzenie lub uprawdopodobnienie twierdzeń wykonawcy - ich brak nie ma charakteru formalnego i nie stanowi np. formalnej przesłanki do odrzucenia wyjaśnień lub uznania, że cena jest rażąco niska, lecz jedynie ich

przedłożenie lub brak może wpłynąć na ocenę zamawiającego w przedmiocie wystąpienia rażąco niskiej ceny. W przedmiotowym postępowaniu wobec szczegółowych wyjaśnień Odwołującego przedstawianie dodatkowych dowodów nie wydawało się być zabiegiem koniecznym". Odwołujący podniósł także, że argumentem za odrzuceniem jego oferty nie może być różnica pomiędzy ceną zawartą w jego ofercie, a szacunkową wartością zamówienia i powołał się na wyniki postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w których przedmiotem zamówienia była usługa nadzoru nad modernizacją linii kolejowych. W postępowaniach tych różnica w cenie między ofertą najkorzystniejszą a szacunkową wartością zamówienia kształtowała się na poziomie zbliżonym do różnicy występującej w przypadku oferty Odwołującego. Także w tym przypadku powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej podnosząc, że (…) Przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych nie daje podstawy do odrzucenia oferty tańszej niż szacunek przyjęty przez zamawiającego, ale tylko takiej, która jest tak tania (rażąco), że nie sposób jest obiektywnie przyjąć, iż możliwe jest wykonanie całości przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę. Pojęcie „rażąco" jest pojęciem ocennym i każdorazowo musi być odnoszone do realiów konkretnego postępowania i aktualnej sytuacji na danym rynku."

Podniósł także, że „Kwestionowaną cenę należy, w celu stwierdzenia zaistnienia przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych, porównać do szacunkowe] wartości zamówienia oraz pozostałych cen zaoferowanych w danym postępowaniu". Ponadto podniósł, że (…) cena wskazana w ofercie Odwołującego nie odbiegała w sposób znaczący od ceny pozostałych ofert w przedmiotowym postępowaniu". W stosunku do Wykonawcy, który uzyskał zamówienie różnica w cenie brutto wynosiła jedynie ca" 180 tys. zł, co oznacza, że oferta Odwołującego była tańsza od oferty Wykonawcy, który uzyskał zamówienie jedynie o 3,5%. W stosunku do 5 kolejnych Wykonawców uszeregowanych według ceny różnica w cenie również nie była znacząca. Powołując się ponownie na orzecznictwo KIO stwierdził, że (…) „Zamawiający określając warunki realizacji przedmiotu zamówienia nie narzucał określonych sposobów realizacji zamówienia. Podał, jakie usługi będą wykonywane, zaś sposób realizacji tych usług pozostawiony został do określenia przez wykonawcę. Oznacza to, że wartość tych usług zależała od przyjętego modelu realizacji tych usług. Zamawiający nie wymagał ani zastosowania przez wykonawców określonego konkretnie sprzętu - urządzeń, ani oprogramowania. Wybór ten pozostawiając wykonawcom. Charakter zamówienia wymaga dobrej organizacji pracy przy wykorzystaniu odpowiednim zasobów infrastruktury i zasobów ludzkich. Zamawiający nie narzucił sposobu kalkulacji ceny. Nie narzucił także warunków pracy i płac, nie określił żadnej Ilości osób, które mają realizować zamówienie. Zatem może mieć miejsce rozłożenie kosztów pracy przy zapewnieniu obsługi innych podmiotów. Dowolność rozwiązań przekłada się na swobodną kalkulację ceny. Oznacza to dużą swobodę w doborze elementów kosztotwórczych. Tym samym należy uznać, że każdy wykonawca sam dobierał elementy narzędzia, za pomocą których realizował będzie zamówienie. W niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z usługą, nie zaś z towarem, o dokładnie sprecyzowanych parametrach, którego cenę można dokładnie określić. Sposób organizacji wpływa na wysokość ceny, jest indywidualny dla każdego wykonawcy, stąd też różnorodność cen. Przystępujący realizował już umowę o podobnym charakterze dla Zamawiającego, stąd przewaga w znajomości organizacji pracy i świadomość możliwości minimalizacji kosztów realizacji zamówienia." Wskazał również, że (…) „Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, zamawiający oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Wykonawca jest w związku z tym zobowiązany udowodnić, iż wystąpiły wyjątkowe, obiektywne okoliczności nie dostępne w sposób standardowy innym wykonawcom oraz że okoliczności te mają wpływ na cenę w taki sposób, iż ich wystąpienie pozwoliło wykonawcy zaoferować o wiele niższą niż szacowana przez Zamawiającego wartość zamówienia i oferowana przez innych

---

wykonawców cena." W tym przypadku wykonawca podał, że (…) Przepis art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy,

który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami (sformułowanie wskazuje uznaniowość wykonawcy w zakresie dostarczenia dowodów) potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zatem, zamawiający odrzucając ofertę na podstawie wskazanego przepisu, zobowiązany jest wykazać, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami, potwierdzają rażąco niską cenę oferty. Z powyższego wynika, że ciężar dowodzenia w tym przypadku spoczywa na zamawiającym, ponieważ odrzucenie oferty jest wynikiem dokonanej przez niego oceny wyjaśnień." Podkreślił, że firma Koltech Inwestor sp. z o.o. - jest podmiotem, co do faworyzowania którego Zamawiający powinien uniknąć wszelkich podejrzeń - odrzucenie oferty o wartości 96% oferty wybranej - jakoby „zawierała rażąco niską cenę" - jest jego zdaniem rażącym przykładem nierównego traktowania wykonawców. Co do zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Koltech Inwestor sp. z o.o. - KB Pomorze sp. z o.o. stwierdził, że oferta Odwołującego - z zaoferowaną ceną brutto 4.996.260,00 zł - była bardzo zbliżona do oferty wybranej, o cenie 5.176.578,00 zł brutto. Stwierdził także, że (…) W niniejszej sytuacji - Zamawiający różnie potraktował wykonawcę wybranego oraz odwołującego, pomimo podobieństwa faktycznego w zakresie cen ofert".

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH INWESTOR Sp. z o.o. oraz KB Pomorze Sp. z o.o., z Warszawy, wnosząc o oddalenie odwołania.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Tak jak ustaliła Izba w odwołaniu został podniesiony zarzut naruszenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (…) poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, że nie zawierała rażąco niskiej ceny, oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp (…) poprzez odrzucenie jego oferty, pomimo, że Odwołujący złożył szczegółowe wyjaśnienia, kalkulację i jej prawidłowa ocena nie potwierdzała rażąco niskiej ceny, a także art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp (…) poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przejawiające się odrzuceniem oferty

Odwołującego, jako zawierającej rażąco niską cenę, oraz wyborem oferty Konsorcjum: Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH Inwestor Sp. z o.o. - KB Pomorze Sp. z o.o. w sytuacji zaoferowania przez Odwołującego oraz wybrane Konsorcjum zbliżonych cen za wykonanie zamówienia. Zdaniem wykonawcy, Zamawiający także bezpodstawnie zaniechał odrzucenia oferty wskazanego Konsorcjum - również z powodu rażąco niskiej ceny. W konkluzji wskazując na naruszenie art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu tj. oferty Odwołującego, powołał się także ogólnikowo na inne przepisy wynikające pośrednio i bezpośrednio z uzasadnienia.

Izba przede wszystkim stwierdziła, że wnoszący odwołanie wykonawca posiada interes w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp we wniesieniu odwołania, albowiem jego uwzględnienie i uznanie bezpodstawności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego mogłoby prowadzić do wyboru oferty tego wykonawcy jak najkorzystniejszej.

Rozpoznając następnie zarzuty z odwołania, Izba uwzględniała przede wszystkim dyrektywę wynikającą z art. 192 ust.7 ustawy Pzp w związku z art. 180 ust.3 ustawy Pzp. W myśl pierwszego z przepisów Izba orzeka wyłącznie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, a w myśl drugiego - odwołanie powinno wskazywać m.in. zaniechanie czynności, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy oraz okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie danego zarzutu.

Rozpatrując w pierwszej kolejności zarzut naruszenia art. 90 ust.3 ustawy Pzp, Izba podzieliła pogląd Odwołującego oparty na orzecznictwie KIO, że cenę oferty, w celu

stwierdzenia zaistnienia przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp należy porównać zarówno do szacunkowej wartości zamówienia jak również do pozostałych cen wynikających z ofert pozostałych wykonawców. W tym przypadku Izba zwraca uwagę, że zgodnie z art. 32 ust.1 ustawy Pzp zasadą jest ustalanie wartości szacunkowej z należytą starannością i tym samym dokonując takiego ustalenia każdy z zamawiających powinien – szacując wartość dokonać tej czynności zgodnie ze wskazaną zasadą, podając jednocześnie w udostępnianej wykonawcom dokumentacji [vide! Art. 29 ust.1 ustawy Pzp] wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym przypadku dotyczące kalkulacji ceny oferty. Izba podzieliła także pogląd Odwołującego, że w przypadku szczegółowych - niebudzących wątpliwości - wyjaśnień przedstawianie dodatkowych dowodów przez wykonawcę nie jest konieczne na gruncie ustawy – Prawo zamówień publicznych. Jednocześnie Izba zwraca uwagę, że to wykonawca – zgodnie z przepisem art. 90 ust.3 ustawy Pzp - jest zobowiązany wykazać – udowodnić - wystąpienie wyjątkowych,

obiektywnych okoliczności nie dostępnych w sposób standardowy innym wykonawcom, które to okoliczności mają wpływ na cenę w taki sposób, iż ich wystąpienie pozwoliło wykonawcy zaoferować cenę niższą niż szacowana przez zamawiającego wartość zamówienia jak i ceny oferowane przez innych wykonawców. Tym samym – mając na względzie wskazane wytyczne - wobec wartości szacunkowej zamówienia na kwotę [netto] ponad 20 mln zł uzasadnione było skierowanie wezwania co najmniej do tych wykonawców, których cena kształtowała się na poziomie poniżej 30 % tej wartości. Izba zwraca także uwagę na treść wezwania skierowanego - w piśmie z dnia 25.09.2012 r. na podstawie art. 90 ust.1 ustawy Pzp - do Odwołującego [podobnie jak i innych 6 wykonawców]. W tym piśmie Zamawiający wymagał wskazania konkretnych uwarunkowań i obiektywnych czynników jakie towarzyszyć będą realizacji zamówienia, a które to czynniki wpłynęły na wysokość oferowanej ceny. Wykonawca zobowiązany był także do opisu tych czynników i wskazania skali ich wpływu na wysokość zaoferowanej ceny. Mając zatem postanowienia Instrukcji dla oferentów, w tym pkt 13 stanowiącego o sposobie obliczania ceny oferty oraz załącznik do formularza ofertowego, składający się z części głównej oraz części dodatkowych, a także wzór projektu umowy, w tym § 8 tego projektu, jak również część III siwz – opis przedmiotu zamówienia, w tym pkt 1.3 oraz pkt 3 tej części, Izba stwierdza, że – w okolicznościach niniejszej sprawy – w składanych wyjaśnieniach niewystarczające było powołanie się w na zakładane oszczędności z tytułu wieloletniego doświadczenia i wykonywania usług doradztwa i nadzoru na różnych projektach inwestycyjnych, oraz odnoszenie się do wyników postępowań przetargowych na nadzór czy też formalnego porównania ceny własnej oferty z cenami trzech innych wykonawców. Również zdaniem Izby – tak jak podniósł Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty - niewystarczające było stwierdzenie (niepoparte żadnymi wyliczeniami bądź kalkulacjami), że „uwzględnione (...) stawki wynagrodzenia specjalistów i inspektorów nadzoru zapewnią rzetelne wykonywanie przez te osoby usług niezbędnych do realizacji zadania inwestycyjnego". Dokonując analizy wyjaśnień wykonawcy, Izba stwierdza, że co najmniej - wobec punktu 3.1.2) oraz § 8 ust.4 projektu umowy - powinna być wskazana - wymagana w wezwaniu - skala czynników mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, poprzez ich odniesienie do kwot wskazanych w ofercie, chociażby najprostszymi metodami kalkulacyjnymi. Podkreślenia wymaga, że także w tym przypadku nie jest wystarczające powołanie się na ceny usług z innych postępowań przetargowych w związku z doświadczeniem wykonawcy w zakresie realizowanych dotychczas przedsięwzięć. Wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinny odnosić się przede wszystkim do zaoferowanego przedmiotu zamówienia, nie zaś opierać się wyłącznie na zdobytym doświadczeniu – które co do zasady odnosi się do podmiotowych warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym w niniejszej sprawie Izba stwierdziła, że złożone wyjaśnienia są ogólnikowe, niepoparte - wobec twierdzeń zawartych

w wyjaśnieniach - żadnymi skonkretyzowanymi danymi i *de facto* brak jest informacji o okolicznościach faktycznych w tej sprawie, które miały wpływ na wysokość ceny zaproponowanej przez tego wykonawcę.

Rozpatrując następnie zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp, Izba zwraca

uwagę, że wnoszący odwołanie wykonawca nie kwestionował procedury wyjaśniającej prowadzonej na podstawie art. 90 ust.1 ustawy Pzp, także co do zakresu żądanych wyjaśnień. Podkreślenia również wymaga, że w okolicznościach niniejszej sprawy Izba nie badała, czy Odwołujący zaoferował rażąco niską cenę, ale czy jego wyjaśnienia z dnia 1 października 2012 r. mogły być uznane za wystarczające, dla oceny czy cena oferty wykonawcy nie jest rażąco niska. W tym przypadku bowiem, Izba miała na uwadze przede wszystkim orzecznictwo KIO poparte orzecznictwem sądów okręgowych, zgodnie z którym dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania w związku z wszczętą procedurą wyjaśniającą nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (vide! wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 5. 01 2007 r., V Ca 2214/06). Tym samym konsekwencją złożenia przez wykonawcę wyjaśnień niewystarczających - wobec art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp - będzie odrzucenie jego oferty na podstawie domniemania, wynikającego z braku wykazania, że cena w ofercie tego wykonawcy jest rażąco niska. Izba w tym przypadku podzieliła prezentowany w orzecznictwie pogląd, że zakres informacji w wyjaśnieniach, ogólnikowy i pozbawiony konkretnych danych nie może prowadzić do oceny, że podana w ofercie cena nie jest rażąco niska. Tak jak wyżej podano, ustawa Pzp w art. 90 ust.3 tej ustawy, ciężar dowodowy, co do rzetelności kalkulacji ceny podanej w ofercie, przenosi w związku z art. 190 ust.1 ustawy Pzp na wykonawcę, albowiem to wykonawca jest zobowiązany wykazać, pod rygorem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp, że cena podana w ofercie nie jest rażąco niska.

Wobec powyższych ustaleń zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 3 Pzp i art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i art. 90 ust. 3 Pzp, a także art. 91 ust.1 ustawy są niezasadne i podlegają oddaleniu.

Również zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH Inwestor Sp. z o.o. - KB Pomorze Sp. z o.o. z powodu rażąco niskiej ceny podlega oddaleniu. W tym przypadku Izba miała na względzie dyrektywę wynikającą z art. 192 ust.7 ustawy Pzp w związku z art. 180 ust.3 ustawy Pzp. Tak jak wyżej wskazano, w myśl pierwszego z przepisów Izba orzeka wyłącznie w granicach zarzutów podniesionych w

odwołaniu, a w myśl drugiego - odwołanie powinno wskazywać m.in. zaniechanie czynności, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy oraz okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie danego zarzutu. Ta takie okoliczności, w tym przypadku prawne, nie zostały – zdaniem Izby - podane w odwołaniu. Co prawda w toku rozprawy Odwołujący wnosił o ujawnienie wyjaśnień Przystępującego, chociażby w części, jednakże zarzut bezpodstawnego opatrzenia tych wyjaśnień klauzulą tajności nie był w odwołaniu podniesiony i tym samym - na tym etapie postępowania - nie podlega rozpatrzeniu przez Izbę zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego wykonawcy. Na marginesie Izba zauważa, że w wyjaśnieniach Konsorcjum przedstawiło oprócz części opisowej także dane liczbowe, co do przyjętych podstaw wyceny ryzyk i marży.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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: …… ……..