

WYROK
z dnia 13 czerwca 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 czerwca 2012 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2012 roku przez **Nievelt Ingenieur GmbH, 2000 Stockerau Austria, Wiener Strasse 35** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach, 40 – 017 Katowice, ul. Myśliwska 5**

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Nievelt Ingenieur GmbH, 2000 Stockerau Austria, Wiener Strasse 35** i
 - a) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę, tytułem wpisu od odwołania;
 - b) zasądza od **Nievelt Ingenieur GmbH, 2000 Stockerau Austria, Wiener Strasse 35** na rzecz **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach, 40 – 017 Katowice, ul. Myśliwska 5** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony, obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.
3. nakazuje Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu na rzecz **Nievelt Ingenieur GmbH, 2000 Stockerau Austria, Wiener Strasse 35** kwoty **7 500zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), która została nadpłacona ponad wymagany wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. wykonanie specjalistycznych badań nieinwazyjnych płyty dolnej pomostu obiektu MA 532 w Mszanie na odcinku budowanej autostrady A-1 od węzła Świerklany (bez węzła) do granicy państwa z Republiką Czeską w Gorzyczkach od km 548+897 do 567+223 w celu zlokalizowania położenia osłon dla kabli sprężających.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 27 kwietnia 2012 r., poz. 137788 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 29 maja 2012 r. Nievelt Ingenieur GmbH z siedzibą w Austrii (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość odrzucenia swojej oferty i zarzucała Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

(i) art. 90 ust. 2 i ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez przyjęcie przez

Zamawiającego, bez jakiegokolwiek uzasadnienia swojego stanowiska, że wyjaśnienia Odwołującego z dnia 11 maja 2012 r. (dalej: Wyjaśnienia) złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wystosowane na podstawie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych nie wskazują w sposób przekonywujący obiektywnych czynników uzasadniających wysokość zaoferowanej ceny i w rezultacie, nie mogą być ocenione z uwzględnieniem art. 90 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, co doprowadziło do zaniechania przeprowadzenia przez Zamawiającego oceny Wyjaśnień Odwołującego zgodnie z art. 90 ust. 2 i ust. 3 Prawa zamówień publicznych i do błędnego uznania przez Zamawiającego, że Odwołujący nie wykazał, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską;

- (ii) naruszenie art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez jego bezzasadne zastosowanie polegające na przyjęciu przez Zamawiającego, że wyjaśnienia nie zostały udzielone, co stoi w sprzeczności z oczywistymi faktami tj. przekazaniem Wyjaśnień w dniu 11 maja 2012 r.;

-
- (iii) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4) Prawa zamówień publicznych poprzez jego bezzasadnie zastosowanie, polegające na odrzuceniu oferty z uwagi na uznanie, że cena zaoferowana przez Odwołującego jest ceną rażąco niską, mimo że Odwołujący przedstawił szczegółowe uzasadnienie takiej ceny w Wyjaśnieniach Odwołującego, a Zamawiający nie wykazał dlaczego nie uznaje ich za wystarczające oraz mimo że w postępowaniu nie została złożona żadna inna oferta;
- (iv) naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1) Prawa zamówień publicznych poprzez jego bezzasadne zastosowanie, polegające na unieważnieniu Postępowania z powodu nie złożenia oferty nie podlegającej odrzuceniu w sytuacji, gdy oferta złożona przez Odwołującego nie podlega odrzuceniu.

Ponadto Odwołujący na rozprawie kwestionował również prawidłowość oszacowania przez Zamawiającego wartości zamówienia, twierdząc, że Zamawiający wadliwie (częściowo przez zapytania telefoniczne, a nie pisemne) i zbyt wysoko oszacował wartość zamówienia, a w rzeczywistości zamówienie można wykonać znacznie taniej.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

- (i) Zgodnie z opisem przedmiotu Zamówienia zawartym w Tomie III Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”) oraz § 1 ust. 1 i 2 wzoru umowy, który stanowi Tom II SIWZ („Wzór Umowy”):

„przedmiotem zamówienia jest przeprowadzenie skanowania płyty dolnej przęsła C-D obiektu mostowego MA 532 budowanego w ramach kontraktu „Kontynuacja budowy autostrady płatnej A-I, odcinek od węzła Świerklany (bez węzła) do granicy państw z Republiką Czeską w Gorzyczkach od km 548+897 do km 567+223. długości 18,33 km. Celem Zamówienia jest nieinwazyjne wykonanie obrazu trasy rurek osłonowych kabli sprężających podłużnych uciągających przęsło C-D obiektu MA 532, które będzie obejmowało:

- rozpoznanie w betonie usytuowania (pionowego i poziomego) oraz rozstawu rurek osłonowych kabli sprężających podłużnych,
- rozpoznania grubości otuliny,
- opracowania wyników badań w formie pisemnego Raportu w postaci określenia trasy rurek osłonowych kabli sprężających w płaszczyźnie poziomej i pionowej.

Grubość płyty, która zostanie poddana skanowaniu: od 20 cm w środku do 60 cm w strefie przy podporowej.

Skanowanie winno zostać przeprowadzone w sposób umożliwiający dokładną

lokalizację osłon wewnętrznych kabli sprężających.

Wykonawca zamówienia winien we własnym zakresie zapewnić sprzęt umożliwiający zrealizowanie przedmiotu zamówienia

Zamawiający nie określił zatem w SIWZ technologii, liczby pracowników ani rodzajów/typów narzędzi jakie miały być wykorzystane podczas wykonywania Zamówienia.

- (ii) Ponadto, w Formularzu Cenowym (Formularz 2.2 zawarty w Tomie I SIWZ). Zamawiający wskazał, że skanowanie będzie dotyczyło maksymalnie powierzchni **923 m.kw.**, a dla jednostki 1 m.kw. wykonawca miał podać proponowaną cenę jednostkową. Dla celów czysto orientacyjnych Odwołujący wskazuje, że taka powierzchnia to przykładowo powierzchnia kwadratu o boku 30.3 m. kw.
- (iii) Zgodnie z § 2 ust. 1 Wzoru Umowy, przedmiotowe usługi miały być zrealizowane w ciągu **dwóch tygodni** od podpisania Umowy, przy czym okres ten nie obejmował czasu przeznaczonego na odbiór raportu.
- (iv) Odwołujący zaoferował wykonanie usług za cenę jednostkową netto za 1 m.kw. w wysokości 19.18 zł oraz za łączną cenę brutto 21.774,86 zł. Zamawiający planował wydać na wykonanie Zamówienia kwotę 567.645.00 zł.
- (v) W informacji o odrzuceniu oferty, Zamawiający podniósł wobec Odwołującego dwa zarzuty (s. 1). **Po pierwsze**, zdaniem Zamawiającego, w złożonych Wyjaśnieniach „**brak** wskazania w sposób przekonywający obiektywnych czynników• uzasadniających wysokość zaoferowanej ceny oraz że oferowana cena nie ma znamion rażąco niskiej.”. **Po drugie**, Zamawiający uznał, że „**Wykonawca** nie wykazał czy zaoferowana przez niego cena obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia i towarzyszące jego wykonaniu, zapewniając tym samym należyte wykonanie zamówienia.
- (vi) Zgodnie z art. 90 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, obiektywne czynniki, które powinien uwzględnić Zamawiający oceniając wyjaśnienia złożone w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych to w szczególności: oszczędność metod wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy czy oryginalność projektu wykonawcy.
- (vii) Odnosząc się do **pierwszego zarzutu Zamawiającego**, należy podkreślić, że

Odwołujący przedstawił w sposób szczegółowy i przejrzysty podstawy kalkulacji ceny zaproponowanej w Ofercie. W wyjaśnieniach, Odwołujący wskazał bowiem na następujące podstawy kalkulowania ceny z których wynikają obiektywne czynniki wpływające na obniżenie ceny oferty:

- (a) Odwołujący planował przeprowadzenie badań na miejscu łącznie w ciągu **trzech roboczo dni**. Przez **dwa roboczo dni prace miałyby wykonywać inżynier, o stawce dziennej 550 Eur tj. 2.548,12 zł**. Jak wynika z powszechnie znanych danych statystycznych, średnie miesięczne wynagrodzenie inżyniera kształtuje się na poziomie od 4.000 do 6.000 zł.

Przez jeden roboczo dzień prace miały być wykonywane przez technika o stawce dziennej 400 Eur tj. 1.838,58 zł. Stawki techników są przy tym zasadniczo niższe niż stawki inżynierów.

Wynagrodzenie za dwa roboczo dni w przypadku inżyniera oraz za jeden roboczo dzień w wysokości przewyższającej 50% średniego miesięcznego wynagrodzenia inżyniera w żadnym przypadku nie może być uznane za rażąco niskie. Ponadto, okoliczność, że Odwołujący planuje wykonać badania w 3 dni zamiast 14 dni określonych we Wzorze Umowy niewątpliwie jest czynnikiem obiektywnym wpływającym na obniżenie ceny. Z materiałów dodatkowych dołączonych do oferty, jak również z materiałów przekazanych ponownie na wezwanie Zamawiającego w dniu 14 maja br. wynika również, że zaproponowane przez Odwołującego technologie i czas pozwalają na należyte wykonanie Zamówienia.

- (b) Wyjaśnienia Odwołującego zawierają informacje o wynagrodzeniu z tytułu analizy pomiarów w wysokości - 800 EUR tj. 3.706.32 zł. Koszty te Odwołujący wykazał jako odrębną pozycję kosztową od kosztów osobowych samego prowadzenia badania. Biorąc pod uwagę zakres badania określony we Wzorze Umowy, charakter badania (tj. badanie bezinwazyjne), wykorzystanie technologii i urządzeń pomiarowych specjalistycznych opisanych przez Odwołującego, elektroniczną rejestrację danych oraz obszerne doświadczenia zespołu Odwołującego opisane szczegółowo w Ofercie nie można uznać takiej ceny za cenę wygórowaną. Okoliczności wskazane powyżej obiektywnie uzasadniają zaproponowaną cenę za analizę pomiarów.
- (c) Odwołujący przewidział również w zestawieniu kosztów koszty transportu w

wysokości 300 EUR tj. 1.389 zł. Odległość pomiędzy obiektem, którego dotyczy Zamówienie (pomost obiektu mostowego w Mszanie, na trasie autostrady A-I) a siedzibą Wykonawcy (Stockerau) wynosi 331 km. a szacowany czas dojazdu do ok. 3,5 h. Jak wynika z materiałów dołączonych do oferty, sprzęt wykorzystywany przez Wykonawcę ma charakter „podręczny”, a Wykonawca wykorzystuje samochody osobowe (zob. zdjęcia i opisy skanerów ręcznych czy sposobu dokonywania zdjęć kamerą termiczną dołączone do oferty). Nie ma zatem potrzeby specjalistycznego, czy dużego transportu. Samo doświadczenie życiowe wskazuje zatem, że zaproponowane przez Odwołującego koszty transportu są uzasadnione i racjonalne.

- (d) Zestawienie kosztów przedstawione w Wyjaśnieniu zawiera również informacje o wynajmie urządzeń w wysokości 500 EUR tj. 2.316.45 zł. Jak wskazał Odwołujący urządzenia pomiarowe są na dużą skalę w użyciu, a stopień wykorzystania sprzętu jest wysoki. Jest to m.in. powód dla którego możliwe jest zaoferowanie przez Wykonawcę przystępnych cen. Okoliczność ta stanowi zatem kolejny obiektywny czynnik uzasadniający proponowaną cenę.
- (e) Zgodnie z SIWZ przedmiotem badania jest powierzchnia max. 923 m.kw., a skanowanie dotyczy płyty o grubości od 20 cm do 60 cm. Badany obszar jest zatem stosunkowo niewielki. Zasady doświadczenia życiowego wskazują, że zaproponowany termin przeprowadzenia badań - trzy robocznodni jest dla obszaru badania i liczby zaangażowanego personelu w pełni wystarczający.
- (f) Odwołujący uwzględnił również w zestawieniu kosztów, koszt ryzyka (2%) oraz prowizję na kosztach osobowych (koszty osobowe wykazane w pozycjach kosztowych to 2.450 EUR. w koszcie całkowitym personelu wykazanym w wysokości 3.0 EUR. Prowizja na poziomie 12% (550 EUR) całego oferowanego wynagrodzenia za 3 robocznodni pracy jest ekonomicznie racjonalna.
- (g) Niezależnie od powyższego, jeszcze jedną okolicznością przemawiającą przeciwko uznaniu ceny zaoferowanej przez Odwołującego za cenę rażąco niską są ceny wskazane przez Odwołującego za jednostkowe badania w dokumencie „Streszczenie lista referencji”. Tytułem przykładu, cena dla Odwołującego za badanie georadarem - ustalenie grubości struktur asfaltowych na różnych mostach w okolicach Salzbuga wynosiła 5,000 EUR (s. 2/5), a pomiary georadarem w celu ustalenia lokalizacji zbrojonych rygli podpór w nawierzchni cementowo betonowej – 6,0 EUR (s. 2/5). Zaproponowana przez Odwołującego cena nie odstaje zatem od

cen pobieranych przez Odwołującego od jednostkowych badań i jak wykazano powyżej, jest w tym przypadku obiektywnie uzasadniona przedmiotem Zamówienia i czynnikami obiektywnymi.

- (viii) Za rażąco niską cenę należy uznać „cenę, która jest niewiarygodna dla wykonania przedmiotu zamówienia i jest całkowicie oderwana od realiów rynkowych. Możemy mówić o wystąpieniu takiej sytuacji, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie zamówienia przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne.”

(zob. np. wyrok KIO z 29 lutego 2012, KIO 342/12). Natomiast w wyroku z 28 kwietnia 2008 r. Sąd Okręgowy w Katowicach (sygn. akt XIX Ga 128/08. Lex nr 621199) wskazał, że „przepisy p.z.p. nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, mimo że pojęcie to zostało użyte przez ustawodawcę nie tylko w art. 89 ust. 1 pkt. 4 p.z.p., ale i w art. 90 p.z.p. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i można przyjąć, że cena rażąco niska, to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych lub podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”.

Jak wykazał Odwołujący w swoich Wyjaśnieniach, proponowana przez niego cena pozwala mu na osiągnięcie 12% prowizji już tylko na kosztach robocizny w ciągu kilku dni roboczych. Odwołujący jest też specjalistą, wykonującym tego rodzaju badania, co potwierdza lista referencji dołączona do oferty. W niniejszej sprawie nie zachodzi zatem sytuacja, w której wykonanie zamówienia byłoby nieopłacalne dla Odwołującego. Ponadto, w Postępowaniu nie złożono innych ofert, a informacje o cenach innych jednostkowych badań wykonanych przez Odwołującego nie odstają od ceny zaproponowanej w niniejszym Postępowaniu. Cena zaoferowana przez Odwołującego nie jest zatem ceną rażąco niską.

- (viii) W Wyjaśnieniach, Odwołujący wskazał wyraźnie, że kalkulacja obejmuje „Koszt całkowity” w wysokości 4.692 Eur. przy cenie z oferty - 4.700 Eur (21.774,86 zł). Odwołujący wskazał również, że „cenę oferowaną przez Nievelt Ingenieur GmbH należy traktować jako poważną cenę a zakres oferowanych usług jest właściwy i profesjonalny”. Ponadto, Odwołujący zaakceptował SIWZ, w tym zakres Zamówienia (zob. pkt. 2 i 10 Formularza 2.1 - oferta). Odwołujący potwierdził zatem wyraźnie, że zaoferowana przez niego cena obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia i towarzyszące jego wykonaniu, zapewniając tym samym należyte wykonanie Zamówienia.

-
- (ix) W informacji Zamawiającej o odrzuceniu oferty Odwołującego z powodu zaproponowania rażąco niskiej ceny, Zamawiający w ogóle nie wskazał dlaczego uznał, iż okoliczności przywołane przez Wykonawcę nie stanowią obiektywnych czynników, o których mowa w art. 90 ust. 2 PRAWA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH, dlaczego odpowiedzi Odwołującego „nie można ocenić” oraz dlaczego uznał przedstawioną przez Odwołującego kalkulację za nierzetelną i niedostateczną. Jak wskazała KIO w wyroku z 29 marca 2012 (sygn. akt 517/12) „zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy PRAWA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH przy ocenie wyjaśnień zamawiający zobligowany jest brać pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunkom wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy (...). W sytuacji gdy zamawiający nie uznaje złożonych wyjaśnień za wystarczające, to zgodnie z klasyczną regułą rozkładu ciężaru dowodów (art. 6 kc w z w. z art. 14 ustawy P.z.p.) winien wykazać, że ocena wyjaśnień złożonych przez odwołującego została dokonana w sposób prawidłowy, zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy P.z.p.”. W rezultacie, brak wskazania przez Zamawiającego dlaczego nie dał wiary Wyjaśnieniom Odwołującego oraz jego działania będące tego konsekwencją naruszają art. 90 ust. 2 i 3 Prawa zamówień publicznych.

W konsekwencji Odwołujący wnosil o:

- (i) unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu Postępowania;
- (ii) unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Zamawiającego;
- (iii) dokonania ponownej oceny oferty Zamawiającego;
- (iv) obciążenie kosztami postępowania Zamawiającego i nakazanie wpłaty przez Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwoty 18.600 zł, stanowiącej uzasadnione koszty odwołujących się z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocników.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1

Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałaby dokonana powtórna ocena ofert, Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia, jako że złożył jedyną ofertę w postępowaniu.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 516 880,00 zł (bez zamówień uzupełniających: 461 500,00 zł). Szacowanie nastąpiło po analizie rynku (protokół postępowania, kopia tego dokumentu i innych przywołanych w niniejszym uzasadnieniu).
2. W postępowaniu została złożona tylko jedna oferta (przez Odwołującego) na kwotę 21 774,86 zł.
3. Zamawiający w dniu 10 maja br. skierował do Odwołującego pytanie w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.
4. W wyznaczonym terminie otrzymał odpowiedź, zawierającą trzy strony: na pierwszej stronie podano, że cena jest ekonomicznie uzasadniona, co „widać” ze szczegółowych wyliczeń oraz iż „cenę oferowaną przez Nievelt Ingenieur GmbH należy traktować jako poważną cenę a zakres oferowanych usług jest właściwy i profesjonalny.”. Druga strona wyjaśnień zawierała kalkulację w języku polskim i angielskim, trzecia – kalkulację w języku niemieckim. Z kalkulacji w języku polskim i angielskim wynikało, że Odwołujący przewiduje dla pozycji opisanej jako „Ground Penetration Radar” cenę za dwa dni pracy inżyniera – 550 euro, technika – 400 euro, koszt wynajmu urządzeń - 500 euro, analiza pomiarów to koszt 800 euro. Dla pozycji „Thermal Camera Logging” Odwołujący wskazał, że koszt pracy jednego dnia inżyniera wynosi 550 euro, transportu – 300 euro. Następnie Odwołujący podsumował powyżej wymienione pozycje dodając „ryzyko 2%” i otrzymał kwotę 4 692,00 euro, a następnie kwotę 4 700 euro (wynikającą, jak się wydaje, z zaokrąglenia poprzedniej kwoty, jednak tej informacji nie podano w wyjaśnieniach), a w złotych – 21 774,86 zł (nie podając, jaki kurs euro Odwołujący wykorzystał dla obliczeń). Innych wyjaśnień Odwołujący nie złożył.
5. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, wskazując, iż w złożonych wyjaśnieniach brak wskazania w sposób przekonujący obiektywnych czynników uzasadniających wysokość zaoferowanej ceny oraz że zaoferowana cena nie ma znamion ceny rażąco niskiej.

Lakoniczne wyjaśnienia Zamawiający uznał za analogiczne do wyjaśnień w ogóle nie udzielonych.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba zważyła, co następuje:

Po pierwsze, Izba stwierdziła, że zarzuty Odwołującego podniesione na rozprawie, odnośnie wadliwego oszacowania przedmiotu zamówienia, nie były objęte odwołaniem. Zgodnie z art. 192 ust. 7 Prawa zamówień publicznych, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Wydaje się – po zapoznaniu się z treścią odwołania i stanowiskiem Odwołującego prezentowanym na rozprawie - że różnica pomiędzy szacowaną przez Zamawiającego wartością zamówienia a proponowaną przez Odwołującego ceną oferty wynikała z innej przyjętej metody wykonania zamówienia (przy czym Izba nie rozstrzygała – nie było to objęte zarzutami odwołania – czy metoda zaoferowana przez Odwołującego spełniałaby oczekiwania Zamawiającego). Niezależnie od powyższego, Odwołujący w odwołaniu i na rozprawie nie powoływał się nawet na postanowienia własnej oferty (choć Izba ustaliła, że na dużym poziomie ogólności „procedura ustalania zbrojenia” została opisana na stronie 12 i 13 oferty,

jednak bez wskazania konkretnych urządzeń, jakie będą użyte), brak szczegółowego opisu również w wyjaśnieniach w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Metody (i urządzeń) przewidzianej przez Odwołującego Zamawiający mógł się domyślać dopiero (jednak nie w pełnym zakresie) z dokumentów przetłumaczonych na język polski (w ofercie – po niemiecku) złożonych już po terminie do składania wyjaśnień (podano tamże kamerę, jakiej Odwołujący zamierza użyć). Opis metody wykonania zamówienia Odwołujący zawarł dopiero w odwołaniu, a opis ten – złożony w odpowiednim terminie – mógł mieć znaczenie dla oceny kompletności złożonych wyjaśnień

Po drugie, w ocenie Izby Zamawiający prawidłowo przyjął, że Odwołujący w wyjaśnieniach złożonych w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych nie zawarł wystarczających informacji, które mogły prowadzić do odpowiedzi przeczącej na pytanie, czy oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę.

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 (art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych). Tych elementów Zamawiający nie mógł jednak wywieść z wyjaśnień, złożonych przez Odwołującego w dniu 11 maja br.

Odwołujący podnosił, że Zamawiający oceniając, czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny powinien wziąć pod uwagę całość informacji, wynikających z jego oferty, ze złożonych

wyjaśnień, i z dodatkowych informacji złożonych w dniu 18 maja br. Jednak Odwołujący nie ma racji – zgodnie z przepisami Zamawiający oceniając wyjaśnienia bierze pod uwagę, jak już wyżej stwierdzono, czynniki opisane w art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. To wykonawca powinien przejąć inicjatywę w zaprezentowaniu tych czynników Zamawiającemu, nie może oczekiwać, że – skoro Zamawiający kieruje do niego wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych - to równie dobrze może odpowiedź wywodzić z treści oferty. Oczywiście, można zaakceptować sytuację, że wyjaśnienia będą nawiązywać do treści oferty, jednak w niniejszej sprawie nie miało to miejsca. W przedłożonych wyjaśnieniach – rzeczywiście lakonicznych – Odwołujący przedstawił jedynie koszt pracy poszczególnych osób zaangażowanych w realizację zamówienia, koszt wynajmu urządzeń i transportu. Z kalkulacji można ewentualnie wywieść jedynie okoliczność, że Odwołujący zamierza krócej realizować zamówienie, niż oczekiwał Zamawiający (3 dni – 14 dni). Jednak ze złożonych wyjaśnień nie wynikają 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.

Odwołujący podnosił przed Izbą, że zaoferował wyjątkowo oszczędną metodę zamówienia – ale wyjaśnił to dopiero w odwołaniu. De facto dopiero odwołanie stanowiło odpowiedź na wezwanie, wystosowane przez Zamawiającego do Odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Odwołujący argumentował, że Zamawiający mógł opisać przez niego okoliczności wywieść również z dokumentów złożonych w dniu 18 maja br. (były to tłumaczenia dokumentów załączonych do oferty jedynie w języku niemieckim), jednak te dokumenty (pomijając okoliczność, że według Zamawiającego wynikało z nich, że sprzęt proponowany do wykonania zamówienia nie nadaje się do wykorzystania przy realizacji zamówienia) zostały złożone już po terminie, wyznaczonym do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych (Odwołujący wnosil o przesunięcie wyznaczonego wcześniej terminu, ale jedynie – co wynika wprost z prośby Odwołującego z dnia 14 maja 2012 r. – w odniesieniu do tłumaczeń dokumentów w języku obcym).

Po zapoznaniu się z wyjaśnieniami zaprezentowanymi w odwołaniu nie można wykluczyć, że Odwołujący zmierzał zaoferować wyjątkowo oszczędną metodę wykonania zamówienia, taką, której Zamawiający nie przewidział, szacując wartość zamówienia (Zamawiający twierdził, że wykonane przedmioty zamówienia jest skomplikowanym przedsięwzięciem do wykonania w terminie 14 dni, wymagającym sporego zespołu i specjalistycznego sprzętu, tymczasem według Odwołującego wystarczające są trzy osoby, samochód osobowy, i przenośny sprzęt, przy czym możliwa jest realizacja w terminie trzydniowym). Zamawiający w SIWZ nie określił sposobu wykonania zamówienia, poza

zakreśleniem ram czasowych jego wykonania, zatem gdyby Odwołujący składając wyjaśnienia opisał oferowaną przez siebie metodę (przy założeniu, że rzeczywiście pozwalałaby osiągnąć wynik oczekiwany przez Zamawiającego), można byłoby prognozować, że skutecznie złożył wyjaśnienia odnośnie ceny. Jednak sama kalkulacja ze strony drugiej wyjaśnień nie stanowi w ocenie Izby w niniejszym stanie faktycznym informacji, mogącej podlegać pozytywnej ocenie, ponieważ nie wynikają z niej obiektywne czynniki, o których mowa w art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Z kalkulacji wynikają jedynie ceny (w euro) za poszczególne nakłady rzeczowo-osobowe, ale nie sposób wywieść z nich, jaka jest oszczędność metody wykonania zamówienia oferowanej przez Odwołującego (ani jaka w ogóle jest ta metoda), jakie są wybrane rozwiązania techniczne (nie przedstawiono w wyjaśnieniach żadnych rozwiązań technicznych, urządzeń planowanych do wykorzystania), wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów (brak jakiegokolwiek wskazania na te czynniki).

Należy zauważyć, że w okolicznościach niniejszej sprawy Izba nie badała, czy Odwołujący złożył ofertę z rażąco niską ceną, ale czy wyjaśnienia złożone w trybie art. 90 ust. 1 ust. 1 Prawa zamówień publicznych były wystarczające do oceny, że zaoferowanie rażąco niskiej ceny nie miało miejsca. Ostatecznie Izba oceniając wyjaśnienia doszła do wniosku, że negatywna ocena przez Zamawiającego złożonych wyjaśnień (uznanie ich za niepełne, niewystarczające, lakoniczne – tj. takie, które nie pozwalały na ustalenia odnośnie elementów wymienionych w art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych) była w pełni uzasadniona.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4) oraz art. 90 ust. 2 i ust. 3 Prawa Zamówień Publicznych i w konsekwencji nie doszło do naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1) Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji.

Ponieważ Odwołujący tytułem wpisu od odwołania uiścił kwotę w wysokości 15 000 zł, Izba nakazała zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), która została nadpłacona ponad wymagany wpis (odpowiednio dla zamówienia, którego przedmiotem jest usługa, której wartość oszacowano poniżej tzw. kwot unijnych).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:

.....