

WYROK

z dnia 13 lutego 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Sylwia Jankowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lutego 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 stycznia 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o. oraz S. B. i J. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Biuro Projektowo-Konsultingowe BPK MOSTY s.c. S. B., J. B.,**

w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie,**

przy udziale wykonawcy **Schuesler-Plan Inżynierzy Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
2. Kosztami postępowania obciąża Schuesler-Plan Inżynierzy Sp. z o.o. i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Schuesler-Plan Inżynierzy Sp. z o.o. na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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 Warszawa-Praga **w Warszawie.**

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 193/17

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z nadzorem autorskim 37 szt. obiektów inżynierskich na szlaku Opoczno Płd.-Olszarnowice w ramach projektu Modernizacja Linii Kolejowej nr 4 - Centralna Magistrala Kolejowa etap II.*

W dniu 30 stycznia 2017 r. Konsorcjum: Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o., S. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą S. B., J. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J. B. wniosło odwołanie wobec odrzucenia oferty tego Konsorcjum, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7, art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że w dniu 18 stycznia 2017 r. otrzymał od Zamawiającego informację o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że Odwołujący wycenił wartość badań geologicznych nie uwzględniając badań dla obiektów: przepust w km 96,343, most w km 99,246, przepust w km 102,995, wiadukt w km 103,088, przepust w km 103,181, most w km 113,449. Zamawiający podał również, że wykonawca założył brak konieczności wykonania pełnego zakresu prac projektowych (rozbiórki i budynku nowego obiektu) dla obiektów w km: 96,343, 99,246, 102,995, 103,088, 103,181, 113,449, co spowodowało wadliwe zaniżenie ceny oferty. Zamawiający uznał, że istnieje rozdzźwięk pomiędzy zakresem prac wskazanym w OPZ a zakresem prac, które wykonawca zamierza wykonać zgodnie ze złożoną ofertą oraz wyjaśnieniami. Dodatkowo Zamawiający wskazał, że Odwołujący kalkulując cenę nie uwzględnił w niej ubezpieczenia OC oraz kosztów zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Kwestionując powyższe stanowisko Odwołujący podniósł, że ustawodawca nie definiuje ceny rażąco niskiej, w związku z czym należy oprzeć się na wykładni językowej tego pojęcia, zgodnie z którą rażąco niska cena oznacza cenę w sposób ponadprzeciętny odbiegającą od cen rynkowych. Samo nieuzyskanie przez wykonawcę zysku z tytułu realizacji danego zamówienia nie przesądza jeszcze o kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej. Kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie zawsze jest tożsama z rzeczywistą wartością rynkową zamówienia. Powyższe Zamawiający winien wziąć pod uwagę oceniając, czy cena zaoferowana przez danego

wykonawcę nosi znamiona

ceny rażąco niskiej. Odwołujący podniósł, że aby stwierdzić, że przedstawiona w ofercie cena jest ceną rażąco niską, Zamawiający winien przeprowadzić dogłębne postępowanie wyjaśniające. Choć bowiem ciężar udowodnienia, że cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy, to jednak obowiązek wykazania prawidłowości oceny wyjaśnień wykonawcy zgodnie z art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp spoczywa na zamawiającym. Ocena tych wyjaśnień stanowi bowiem podstawę do uznania zaoferowania rażąco niskiej ceny za potwierdzone. Odwołujący podkreślił, że działania zamawiającego zmierzające do wyjaśnienia, czy zaproponowana w ofercie cena jest rażąco niska, nie mogą ograniczać się do jednokrotnego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli – pomimo złożenia przez wykonawcę wyjaśnień – Zamawiający nadal ma wątpliwości w przedmiotowym zakresie. Powyższe twierdzenie jest zasadne również z uwagi na cel wprowadzenia przepisu art. 90 ustawy Pzp, którym było wyeliminowanie z postępowania ofert tych wykonawców, którzy zaproponowali realizację przedmiotu zamówienia na warunkach całkowicie nierealnych, niemożliwych do spełnienia. Zamawiający nie powinien zwracać się w sposób ogólnikowy o wyjaśnienia, lecz dokładnie określić stopień ich szczegółowości i dopiero po uzyskaniu odpowiedzi we wszystkich niejasnych kwestiach – podjąć decyzję o uznaniu ceny za rażąco niską i odrzuceniu oferty. Określanie ceny jako rażąco niskiej powinno następować w przypadkach wyjątkowych i to po dogłębnym zbadaniu przez zamawiającego wszystkich okoliczności związanych z dokonaną przez wykonawcę kalkulacją. Dodatkowo Odwołujący podkreślił, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający powinien przygotować i przeprowadzić w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ustawy Pzp). Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia winny być bezstronne i obiektywne oraz zmierzać do wyłonienia oferty istotnie najbardziej korzystnej – w tym także w kontekście działalności zamawiającego jako dysponenta środków publicznych.

Zdaniem Odwołującego w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy Pzp. Zamawiający – pomimo dalszych wątpliwości co do sposobu skalkulowania przedstawionej w ofercie Konsorcjum ceny – nie wezwał Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień, lecz arbitralnie i bezpodstawnie przyjął, że cena oferty jest rażąco niska.

Odwołujący podniósł, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego Odwołujący wskazał w złożonych przez siebie wyjaśnieniach pełny zakres prac geologicznych obejmujących wszystkie obiekty określone w OPZ, w tym: przepust w km 96,343, most w km 99,246, przepust w km 102,995, wiadukt w km 103,088, przepust w km 103,181, most w km 113,449. Odwołujący podkreślił, że w treści OPZ Zamawiający nie zobowiązał wykonawcy do przedstawienia zakresów przewidzianych robót (a tym samym zakresu prac projektowych)

odrębnie dla poszczególnych obiektów. Z uwagi na powyższe w złożonych wyjaśnieniach Odwołujący przedstawił kompleksowe zapotrzebowanie na długości punktów dokumentacyjnych (otworów i sond statycznych) dla całego projektu (w zakresie branży mostowej i torowej), bez wskazywania jednakże wiążącej ilości badań (odwiertów) dla poszczególnych obiektów. Z uwagi na fakt, że indywidualne ilości punktów dokumentacyjnych poszczególnych obiektów podlegają zatwierdzeniu przez Zamawiającego, Odwołujący przyjął uzasadnione założenie, że wspomniane dokładne ilości odnoszące się do poszczególnych obiektów zostaną oszacowane dopiero na etapie prac przedprojektowych. Przewidziana przez Odwołującego łączna ilość planowanych badań geologicznych, przedstawiona w złożonych wyjaśnieniach, pozwoli na realizację badań zgodnie z obowiązującą normą, tj. Wytycznymi badania podłoża gruntowego dla potrzeb budowy i modernizacji infrastruktury kolejowej – Igo-1, a tym samym spełnia warunki Zamawiającego przedstawione w OPZ. Wydzielona przez Odwołującego pula 300 mb badań geologicznych dla potrzeb oceny nośności podłoża kolejowego nie przewiduje odstępstw od wymagań, o których mowa w punkcie 10.11 Tomu I Standardów Technicznych. Odwołujący przyjął bowiem ilość punktów dokumentacyjnych w liczbie 3 dla każdego przekroju w poprzek drogi kolejowej przy konieczności wymiany nawierzchni kolejowej powyżej 100 m. – które to założenie pozostaje w zgodzie ze Standardami Technicznymi – Szczegółowymi warunkami technicznymi dla modernizacji lub budowy linii kolejowych do prędkości max 200 km/h (dla taboru konwencjonalnego) / 250 km/h (dla taboru z wychylnym pudłem) – Tom I. Powyższe założenie zostało spełnione zarówno w przypadku obiektów inżynierskich typu wiadukt jak i most. Natomiast w przypadku pozostałych obiektów inżynierskich (takich jak przepust), z uwagi na pokrywające się zakresy badań geotechnicznych na potrzeby obiektów inżynierskich oraz zakresu wymiany powierzchni torowej, przyjęto jako wystarczające badania na potrzeby obiektów inżynierskich. Zdaniem Odwołującego, powyższe wywody, w połączeniu z wyjaśnieniami przedstawionymi przez Odwołującego oraz załącznikami do nich wskazującymi na fakt, że Odwołujący kalkulując cenę ofertową objął jej zakresem wszelkie prace geologiczne wymagane zgodnie z treścią OPZ – w tym także badania dla obiektów: przepust w km 96,343, most w km 99,246, przepustów km 102,995, wiadukt w km 103,088, przepust w km 103,181, most w km 113,449.

Odnosząc się do twierdzeń Zamawiającego, jakoby wykonawca założył brak konieczności wykonania pełnego

zakresu prac projektowych (rozbiórki i budowy nowego obiektu) dla obiektów w km: 96,343, 99,246, 102,995, 103,088, 103,181, 113,449 Odwołujący podniósł, że zgodnie z wymogami opisanymi w OPZ wykonawca jest zobowiązany do wykonania dla wszystkich obiektów ujętych w specyfikacji pełnych Prac Przedprojektowych tj. prac obejmujących: inwentaryzację, badania materiałowe i analizę

nośności, oraz – po przeprowadzeniu rzeczonych prac – do przygotowania i przedstawienia Zamawiającemu do zatwierdzenia Projektu Konceptyjnego (wstępnego). Z powyższego Odwołujący wywiódł, że intencją Zamawiającego nie była rozbiórka wszystkich obiektów i budowa nowych konstrukcji, w przeciwnym bowiem razie wykonanie wspomnianych wyżej prac projektowych w opisanym zakresie byłoby całkowicie bezzasadne. Odwołujący podniósł, że wykonawca nie ma możliwości przyjęcia zakresu ingerencji dla poszczególnych obiektów bez jego zatwierdzenia, w ramach Projektu Konceptyjnego (wstępnego), przez Zamawiającego. Tym samym za usprawiedliwione należy uznać założenie przyjęte przez Odwołującego, że Zamawiający w odniesieniu do wszystkich obiektów wskazanych w OPZ zakłada tak możliwość przebudowy tychże obiektów, jak i ich ewentualną rozbiórkę i budowę nowych konstrukcji. W konsekwencji wstępne przyjęcie dla ww. obiektów wariantu ich przebudowy (modernizacji polegającej na wzmocnieniu istniejących konstrukcji lub na przebudowie podpór i wymianie przęsła na nowe) nie może zostać na etapie sporządzania i oceny oferty uznane przez Zamawiającego za niezgodne z wymaganiami określonymi w OPZ. Odwołujący podkreślił, że obliczenia zostały sporządzone w sposób poprawny, tak co do wartości technicznej i ekonomicznej, jak i teoretycznej możliwości wariantu przebudowy obiektów. Przewidywany koszt prac projektowych ujęty w załączniku nr 5 do wyjaśnień, tak w przypadku modernizacji wspomnianych obiektów, jak i ich rozbiórki i budowy nowych konstrukcji będzie praktycznie tożsamy. Możliwa jest także sytuacja, w której – z uwagi na konieczność poniesienia dodatkowych nakładów prac projektowych – koszty prac projektowych związanych z modernizacją spornych obiektów byłyby wyższe niż koszty związane z pracami projektowymi zakładającymi rozbiórkę rzeczonych obiektów i budowę nowych konstrukcji. W konsekwencji należy przyjąć, że nawet w przypadku gdyby na etapie Projektu Konceptyjnego (wstępnego) Zamawiający zatwierdził dla wspomnianych obiektów wariant rozbiórki i budowy jako nowe konstrukcje, założony przez Odwołującego koszt prac projektowych nie ulegnie zwiększeniu.

W odniesieniu do zarzutu, jakoby Odwołujący kalkulując cenę nie uwzględnił w jej zakresie ubezpieczenia OC oraz kosztów zabezpieczenia należytego wykonania umowy Odwołujący podniósł, że zarzut ten nie odpowiada prawdzie, a ponadto nie uwzględnia wyjaśnień przedstawionych przez Odwołującego. Odwołujący wskazał, że Zamawiający w treści SIWZ (TOM I - Instrukcja dla Wykonawców, pkt 20) nie zamieścił wymogu, zgodnie z którym wykonawca byłby zobowiązany do przedłożenia zabezpieczenia należytego wykonania kontraktu wyłącznie w formie gwarancji. W kontekście powyższego zdziwienie budzi żądanie Zamawiającego, aby koszt uzyskania gwarancji należytego wykonania kontraktu stanowił część składową ceny ofertowej. W przypadku bowiem wniesienia przez zabezpieczenia w formie gotówkowej, rzeczonoego kosztu można by niewątpliwie uniknąć.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że w wyjaśnieniach podał, iż koszt uzyskania gwarancji należytego wykonania kontraktu został ujęty w łącznej cenie ofertowej, a to w ramach tzw. kosztów ogólnobudowlanych, o których mowa w pkt 2 tabeli stanowiącej załącznik nr 1 do rzeczonych wyjaśnień. Koszt ten został ustalony przez Odwołującego na kwotę 5.200 zł., a to w oparciu o posiadane przez niego doświadczenie. Tyle bowiem wyniósł koszt uzyskania gwarancji należytego wykonania kontraktu składanej przez Odwołującego w ubiegłym roku w postępowaniu podobnym do przedmiotowego, obejmującej kwotę 150.000 zł. (a więc odpowiadającą mniej więcej swą wartością 10% wartości ceny ofertowej).

Odnosząc się do kwestii ubezpieczenia OC Odwołujący podniósł, że Zamawiający w SIWZ nie przewidział obowiązku przedstawiania przez wykonawców polis ubezpieczeniowych, które potwierdzałyby uzyskanie ochrony ubezpieczeniowej odrębnie na potrzeby przedmiotowego postępowania. Jedynym wymogiem było legitymowanie się przez wykonawcę dokumentem potwierdzającym ubezpieczenie OC w zakresie prowadzonej przez wykonawcę działalności gospodarczej. Ubezpieczenie takowe Odwołujący posiada i był (a także nadal jest) gotowy przedstawić stosowną polisę na wezwanie Zamawiającego. Zamawiający nie zwracał się do Odwołującego z wezwaniem do złożenia wyjaśnień dotyczących uwzględnienia w cenie ofertowej kosztów uzyskania gwarancji oraz ubezpieczenia OC prowadzonej przez członków Konsorcjum działalności. Tym samym całkowicie absurdalnym jest czynienie Odwołującemu zarzutu, że nie przedstawił szczegółowych wyjaśnień w kwestiach, które – jak się wydawało – nie budziły wątpliwości Zamawiającego. Jeżeli natomiast Zamawiający uważał, że niezbędnym dla ustalenia czy zaproponowana przez Konsorcjum cena ma charakter ceny rażąco niskiej, jest uzyskanie wyjaśnień dotyczących kosztów związanych z zabezpieczeniem należytego wykonania kontraktu, winien wezwać Odwołującego do przedstawienia wyjaśnień w tym zakresie.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Schuesler-Plan Inżynierzy Sp. z o.o., wnosząc o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba ustaliła, że postępowanie zostało wszczęte w dniu 1 października 2016 r., zatem do przedmiotowego postępowania stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

Mimo uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba rozpoznała merytorycznie sprawę ze względu na zgłoszenie sprzeciwu wobec tego uwzględnienia przez wykonawcę Schuesler-Plan Inżynierzy Sp. z o.o., który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Z uwagi na fakt, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia dotyczące ceny oferty oraz złożone na rozprawie dowody zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, uzasadnienie niniejszego wyroku zostało sporządzone w sposób nieujawniający pochodzących z tych dokumentów informacji.

Izba ustaliła, że zgodnie z punktem I Opisu przedmiotu zamówienia (Tom III SIWZ) realizacja zadania obejmuje następujące elementy:

- 1) wykonanie dokumentacji projektowej niezbędnej do prawidłowego i bezpiecznego wykonania wszystkich wymaganych robót i uzyskania dla niej wszystkich wymaganych opinii, uzgodnień, dopuszczeń, warunków, decyzji i pozwoleń/zgłoszeń niezbędnych dla rozpoczęcia robót oraz ewentualnych odstępstw od obowiązujących przepisów i instrukcji;
- 2) opracowanie materiałów niezbędnych dla wyboru wykonawcy robót;
- 3) sprawowanie nadzoru autorskiego podczas wykonywania wszystkich robót budowlanych zgodnie z zakresem zamówienia na podstawie opracowanej przez wykonawcę i zatwierdzonej przez Zamawiającego dokumentacji i wszystkich niezbędnych robót przygotowawczych potrzebnych do wykonania powierzonego zamówienia oraz wykonania wszelkich czynności wymaganych przepisami ustawy Prawo budowlane.

Z punktu 4.4 OPZ wynika, że wykonawca sporządzi projekt wstępny zawierający w szczególności opis wraz z graficznym przedstawieniem na mapie planowanego zakresu robót oraz proponowanej technologii robót wraz z ich fazowaniem. Zatwierdzony projekt wstępny będzie podstawą do sporządzenia pozostałych elementów dokumentacji projektowej. Zgodnie z punktem 4.5.2 OPZ wykonawca ma wykonać badania umożliwiające prawidłowe rozpoznanie warunków gruntowych podłoża i podtorza w celu prawidłowego

zaprojektowania i wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z obowiązującymi regulacjami Zamawiającego, w tym w szczególności z Wytycznymi badań podłoża gruntowego dla potrzeb budowy i modernizacji infrastruktury kolejowej Igo-1 i uwzględnieniem sytuacji ruchowej.

W punkcie 13 Instrukcji dla wykonawców (Tom I SIWZ) Zamawiający postanowił, że podana w ofercie cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie wymagania SIWZ oraz obejmować wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu zamówienia oraz podatek VAT. Zgodnie z § 5 ust. 1 w zw. z § 5 ust. 3 Warunków umowy (Tom II SIWZ) za wykonanie przedmiotu zamówienia przewidziane zostało wynagrodzenie w kwocie stałej, niepodlegające zmianom, tj. wynagrodzenie ryczałtowe.

Zamawiający oszacował przedmiot zamówienia na kwotę 3.962.772,00 zł. Podana przed otwarciem ofert kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, to 3.249.473,04 zł brutto.

W postępowaniu zostały złożone oferty z następującymi cenami:

- 1) 4.661.700,00 zł,
- 2) 1.457.021,10 zł (oferta Odwołującego),
- 3) 2.417.194,10 zł (oferta Przystępującego), 4) 1.374.684,90 zł,
- 5) 2.952.000,00 zł,
- 6) 3.486.681,00 zł.

Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający wskazał, że jego wątpliwości budzi kwestia, czy możliwe jest zrealizowanie przedmiotowego zamówienia za oferowaną cenę, przy uwzględnieniu postanowień SIWZ, w związku z czym wzywa do złożenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących wszystkich elementów, które miały wpływ na wysokość ceny, tak aby w sposób obiektywny potwierdzały możliwość jego wykonania. Zamawiający podał, że *wyjaśnienie winno wykazać czy zaoferowana cena rzeczywiście uwzględnia wszystkie elementy związane z należytyym wykonaniem zamówienia i 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 i skali ich wpływu (zarówno merytorycznego jak i finansowego) na wysokość zaoferowanej ceny. Zamawiający oczekuje zaprezentowania sposobu skalkulowania ceny oferty w postaci kalkulacji szczegółowej na pełną wartość ofertową z jej wszelkimi składowymi kalkulacyjnymi jak np. ilości oraz stawki za jednostkę pracy personelu projektującego, koszty badań, koszty map, koszty uzgodnień, oferty podwykonawców, wszelkie zastosowane narzędzia z podstawami ich naliczenia oraz inne tym podobne (...).*

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący złożył wyjaśnienia (zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa), zawierające oprócz części opisowej:

- 1) Arkusz wyceny kontraktów do przetargu, przedstawiający strukturę ceny, w tym poszczególne koszty, rezerwy oraz marżę,
- 2) Oferty podwykonawców,
- 3) Zestawienie obiektów inżynierskich, obejmujące analizę kosztów realizacji projektu w zakresie branży mostowej i geologii.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia Zamawiający podał, że wykonawca złożył w wyznaczonym terminie wyjaśnienia, które jednoznacznie wskazują, że stosunkowo niska cena za realizację przedmiotu zamówienia wynika z faktu przyjęcia założeń ograniczających zakres prac przewidzianych do wykonania w ramach OPZ, w tym m.in.:

- 1) Ograniczenie zakresu badań geologicznych – Zamawiający podał, że w analizie kosztów wykonawca wskazał niepełny zakres badań geologicznych. Zamawiający powołał się na pkt 4.5.2 OPZ, zgodnie z którym wykonawca ma wykonać badania umożliwiające prawidłowe rozeznanie warunków gruntowych podłoża i podtorza w celu prawidłowego zaprojektowania i wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z obowiązującymi Regulacjami Zamawiającego, w tym szczególności z Wytocznymi badań podłoża gruntowego dla potrzeb budowy i modernizacji infrastruktury kolejowej Igo-1 i uwzględnieniem sytuacji ruchowej. W zestawieniu brak takich badań dla niektórych obiektów: przepust w km 96,343, most w km 99,246, przepust w km 102,995, wiadukt w km 103,088, przepust w km 103,181, most w km 113,449. Ponadto zgodnie z przedstawionym podziałem zadań pomiędzy uczestników Konsorcjum, partner Konsorcjum odpowiada za badania geotechniczne branży mostowej i torowej, wobec czego nie sposób przyjąć, aby z treści pozostałych załączników wynikało pokrycie kosztów badań dla ww. obiektów. Wykonawca wycenił wartość badań nie uwzględniając wymaganych badań w odniesieniu do podanych wyżej obiektów. Zamawiający wymaga realizacji pełnego zakresu badań, co w sposób jednoznaczny zostało opisane w OPZ.
- 2) Przyjęcie założenia braku konieczności wykonania pełnego zakresu prac projektowych (dla rozbiórki i budowy nowego obiektu) dla obiektów w km: 96,343, 99,246, 102,995, 103,088, 103,181, 113,449.

Zamawiający podniósł, że wykonawca obowiązany był wycenić wszystkie prace określone w OPZ, a treść złożonych wyjaśnień prowadzi do wniosku, że zakres wykonanych prac nie jest tożsamy z przedmiotem określonym w SIWZ. Wobec powyższego istnieje rozdzźwięk pomiędzy zakresem prac do wykonania, który wynika z OPZ a zakresem prac, który wykonawca faktycznie zamierza zrealizować. Ponadto Zamawiający wskazał, że z treści wyjaśnień nie wynika uwzględnienie kosztów zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz objęcia ubezpieczeniem OC w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia. W wyjaśnieniach nie wskazano, jaka byłaby forma zabezpieczenia oraz jaki koszt byłby z tym związany. Analogicznie nie wskazano kosztów uzyskania i ewentualnego ponowienia polisy OC spełniającej wymagania określone przez Zamawiającego.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, w świetle przedstawionego przez Zamawiającego uzasadnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego nie sposób bowiem uznać, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę.

Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Obowiązek odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę określa

również przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Na wstępie podkreślić należy, że rozstrzygając sprawę w kontekście przywołanych wyżej przepisów Izba bada nie tyle samą cenę oferty, co czynność Zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy. Przedmiotem odwołania może być bowiem czynność lub zaniechanie zamawiającego (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp). Nie jest natomiast zadaniem Izby ogólne weryfikowanie zaoferowanej ceny, z uwzględnieniem wszystkich aspektów i okoliczności (jest to zadanie Zamawiającego), a wyłącznie ustalenie, czy czynność Zamawiającego, w świetle przedstawionego przez niego uzasadnienia, była prawidłowa.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Nałożony tym przepisem na wykonawcę ciężar dowodu nie zwalnia jednak Zamawiającego z obowiązku przedstawienia wyczerpującego uzasadnienia dokonanej oceny wyjaśnień. Wskazać należy na treść art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy, zgodnie z którym zamawiający niezwłocznie informuje wszystkich o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. To na podstawie informacji przekazanej zgodnie z przywołanym wyżej przepisem wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie – jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Przedstawiane przez Zamawiającego uzasadnienie czynności odrzucenia ma więc doniosłe znaczenie, a obciążenie wykonawcy obowiązkiem wykazania prawidłowości ceny nie zwalnia z konieczności uzasadnienia, z jakich powodów i na jakich podstawach Zamawiający uznaje wyjaśnienia za niewystarczające.

Odnosząc się do wyjaśnień złożonych przez Odwołującego Izba stwierdziła, że okoliczności przedstawione przez Zamawiającego w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty nie uprawniają do tezy, że Odwołujący zaoferował rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Na wstępie zauważyć należy, że wbrew twierdzeniom Przystępującego wezwanie do wyjaśnień nie było bardzo szczegółowe. Wezwanie to, obok żądania zaprezentowania szczegółów kalkulacji ceny nie zawierało *de facto* innych szczegółowych wytycznych niż wynikające z przepisów ustawy. W odpowiedzi na to wezwanie Zamawiający złożył wyjaśnienia przedstawiające m.in. szczegółową kalkulację ceny.

Głównym argumentem przedstawionym przez Zamawiającego mającym uzasadniać odrzucenie oferty jest nieuwzględnienie badań geologicznych dla sześciu obiektów (przepust w km 96,343, most w km 99,246, przepust w km 102,995, wiadukt w km 103,088, przepust w km 103,181, most w km 113,449) oraz przyjęcie w odniesieniu do tych obiektów założenia braku konieczności wykonania prac projektowych dla rozbiórki i budowy. Odnosząc się do powyższego w pierwszej kolejności zauważyć należy, że szczegółowy zakres prac dla każdego obiektu z osobna na etapie składania ofert nie – w ocenie Izby – jest znany, a wybrany wykonawca będzie musiał przygotować projekt wstępny podlegający zatwierdzeniu przez Zamawiającego, w związku z tym skalkulowanie ceny oferty wymagało przyjęcia przez wykonawcę określonych założeń, nie zaś stanowczego określenia tak zakresu badań geologicznych, jak i rodzaju robót do wykonania (przebudowa/rozbiórka i ponowna budowa) dla każdego obiektu z osobna. Należy również zwrócić uwagę na ryczałtowy charakter wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia, który powoduje, że wycena poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia nie będzie stanowić podstawy przyszłych rozliczeń z Zamawiającym. Tymczasem Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego nie wskazał żadnych postanowień SIWZ, z których miałyby wynikać obowiązki po pierwsze przypisania zakresu badań geologicznych i rodzaju robót do wykonania poszczególnych obiektów, co więcej – nie wskazał by na etapie kalkulowania ceny oferty było to możliwe inaczej niż przez przyjęcie określonych założeń. Zamawiający nie wskazał również, czy i dlaczego uznał, że wykonanie rozbiórki i ponownej budowy sześciu spornych obiektów będzie konieczne (a przyjęcie założenia przebudowy było niedopuszczalne) – z postanowień SIWZ taka konieczność w ocenie Izby nie wynika. Z kolei kwestia konieczności dokonania rozbiórki i ponownej budowy wpływa na zakres badań geologicznych niezbędnych do wykonania dla tych obiektów. Należy również zauważyć, że Zamawiający nie wyjaśnił, dlaczego nie jest jego zdaniem wystarczające wkalkulowanie w cenę oferty określonej ogólnej puli badań geologicznych, zwłaszcza że wynagrodzenie nie ma charakteru kosztorysowego, a ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia ostateczny zakres badań zostanie ustalony dopiero w trakcie realizacji umowy na podstawie prac przedprojektowych. Zamawiający nie ustosunkował się również do kwestii, czy ogólna pula przewidzianych badań będzie wystarczająca dla ich najbardziej prawdopodobnego (uśrednionego) zakresu, jaki będzie konieczny do zrealizowania. Stwierdził jedynie, że wymaga pełnego zakresu badań, co zostało w sposób jednoznaczny zostało opisane w OPZ. Tymczasem z OPZ wynika obowiązek wykonania badań niezbędnych do prawidłowego zaprojektowania i wykonania przedmiotu zamówienia. Z uzasadnienia odrzucenia nie sposób wyczytać, czy i na podstawie jakich postanowień SIWZ Zamawiający twierdzi, że

zakres tych badań na etapie składania ofert jest znany.

Na marginesie zauważyć należy, że w uzasadnieniu czynności odrzucenia Zamawiający wskazał, że *stosunkowo niska cena za realizację przedmiotu zamówienia wynika z faktu przyjęcia przez Konsorcjum założeń ograniczających zakres prac przewidzianych do wykonania w ramach OPZ, w tym m.in. (...)*. Odnosząc się do powyższego podkreślić należy, że podstawą odrzucenia oferty nie jest stosunkowo niska cena, ale cena rażąco niska, tj. taka, za którą nie jest możliwe należyte wykonanie zamówienia, a Zamawiający zobowiązany jest wskazać wszystkie, a nie jedynie przykładowe okoliczności uzasadniające dokonaną ocenę.

Odnosząc się do stanowiska i dowodów złożonych przez Przystępującego po pierwsze wskazać należy, że złożona opinia rzeczoznawcy kosztorysowego jest opinią prywatną, która może być potraktowana jedynie jako stanowisko strony. Ponadto tezy wynikające z tej opinii bazują częściowo na danych z wypełnionego załącznika nr 1A do IDW, gdy tymczasem z załączonej do wyjaśnień analizy kosztów wynikają inne założenia kalkulacyjne. Podstawą decyzji o odrzuceniu oferty były te właśnie wyjaśnienia i w ich świetle Izba ocenia prawidłowość czynności Zamawiającego. Z kolei Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego nie wskazał jako podstawy faktycznej odrzucenia rozbieżności przedstawionej kalkulacji z danymi wynikającymi z załącznika nr 1A do IDW, co powoduje, że kwestia ta nie może być przedmiotem oceny Izby. Nie mogą mieć również rozstrzygającego znaczenia przedłożone przez Przystępującego oferty jakie pozyskał na wykonanie badań geologicznych, Odwołujący załączył bowiem do wyjaśnień inne oferty, którym nie sposób przypisać mniejszej mocy dowodowej niż ofertom przedstawionym przez Przystępującego.

Odnosząc się natomiast do dowodów przedłożonych na rozprawie przez Odwołującego należy stwierdzić, że przedstawienie dowodów na okoliczność prawidłowości ceny musi nastąpić na etapie wyjaśnień składanych Zamawiającemu, zatem dowody złożone dopiero w postępowaniu odwoławczym nie mogły stanowić podstawy rozstrzygnięcia.

W odniesieniu do przedstawionego w uzasadnieniu odrzucenia oferty zarzutu, że z treści wyjaśnień nie wynika uwzględnienie kosztów zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz objęcia ubezpieczeniem OC w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia zauważyć należy, że ze stanowiska zajętego przez Zamawiającego na rozprawie wynika, że jest uznaje stanowisko Odwołującego w tym zakresie za przekonujące, Przystępujący natomiast nie podjął próby wykazania znaczenia tych kwestii dla ceny oferty. Ani z uzasadnienia odrzucenia oferty, ani ze stanowiska Przystępującego (który wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania) nie wynika, w jaki sposób powinny być skalkulowane koszty wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zwłaszcza w przypadku jego wniesienia w gotówce, ani że kwoty ujęte w pozycjach kalkulacyjnych wskazanych w wyjaśnieniach nie pozwolą pokrycie ewentualnych kosztów zabezpieczenia i ubezpieczenia OC.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że w świetle przedstawionego przez Zamawiającego uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego czynność ta nie była zasadna, zatem Zamawiający naruszył przepisy art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w stopniu mogącym mieć istotny wpływ na wynik postępowania, dlatego odwołanie – stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt 2 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 z późn. zm.).

Przewodniczący.....