

WYROK

z dnia 7 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś Protokolant: **Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 grudnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 listopada 2017 r. przez wykonawcę:

Lafrentz Polska Sp. z o.o., ul. Zbąszyńska 29, 60-359 Poznań

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad**, prowadzącym postępowanie jest **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, ul. Siemiradzkiego 5a, 60-763 Poznań**

przy udziale wykonawców:

AAECOM Polska Sp. z o.o., ul. Puławska 2, 02-566 Warszawa

B.JPL Projekt Sp. z o.o., Al. Niepodległości 58, 02-626 Warszawa

- zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

1.oddala odwołanie;

orzeka:

2.kosztami postępowania obciąża wykonawcę: Lafrentz Polska Sp. z o.o., ul. Zbąszyńska 29, 60-359 Poznań, i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Lafrentz Polska Sp. z o.o., ul. Zbąszyńska 29, 60-359 Poznań tytułem wpisu od odwołania,

2.2.zasądza od wykonawcy: Lafrentz Polska Sp. z o.o., ul. Zbąszyńska 29, 60-359 Poznań, na rzecz zamawiającego: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, prowadzącym postępowanie jest Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, ul. Siemiradzkiego 5a, 60-763 Poznań kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, z późn. zm.) na wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Poznaniu**.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 2467/17

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu

– prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Opracowanie projektowe dla budowy drogi ekspresowej S11 na odcinku Szczecinek-Piła*”, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp”, „ustawa” lub „Pzp”. Numer referencyjny: O.PO.D-3.2413.98.2015.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 października 2015 r. nr 2015/S 208-378033.

Odwołujący – wykonawca: Lafrentz Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu – wniósł odwołanie wskazując, że wobec wszczęcia postępowania w dniu 22 października 2015 r., jak również niezakończenia go przed wejściem w życie ustawy nowelizującej, w sprawie będą miały zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych - tekst jednolity wszedł w życie w dniu 1 lipca 2015 r. i obowiązywał do dnia 17 listopada 2015 r. (Dz.U.2013.907), co jest zgodne z art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020): „*Do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do odwołań i skarg do sądu dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe.*”

Przytoczone w odwołaniu wyroki Krajowej Izby Odwoławczej zostały wydane w oparciu o tożsamy stan prawny.

Odwołujący na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907), wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego:

1)wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy: AECOM Polska Sp. z o.o., zwanej dalej

„AECOM”, pomimo że oferta ta podlega odrzuceniu,

2)zaniechania czynności odrzucenia oferty AECOM, do której Zamawiający obowiązany jest na podstawie przepisów

Pzp, pomimo że oferta zawiera rażąco niską cenę w rozumieniu przepisów Pzp,
3)zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy: JPL Project Sp. z o.o., zwanej dalej

„JPL”, do której Zamawiający obowiązany jest na podstawie przepisów Pzp, pomimo że oferta zawiera rażąco niską cenę w rozumieniu przepisów Pzp,

4)zaniechania odrzucenia oferty JPL, do której Zamawiający obowiązany jest na podstawie przepisów Pzp, pomimo że oferta ta jest niezgodna z SIWZ

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Pzp:

- 1.art. 91 ust. 1 przez dokonanie wyboru oferty AECOM jako oferty najkorzystniejszej, podczas, gdy oferta podlega odrzuceniu,
- 2.art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 przez zaniechanie zwrócenia się do AECOM o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, podczas gdy treść oferty powinna budzić wątpliwości Zamawiającego w zakresie zaoferowania ceny rażąco niskiej oraz możliwości wykonania przedmiotu zamówienia przez AECOM zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów,
- 3.naruszenie art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 przez zaniechanie zwrócenia się do JPL o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, podczas gdy treść oferty powinna budzić wątpliwości Zamawiającego co do zaoferowania ceny rażąco niskiej, a także możliwości wykonania przedmiotu zamówienia przez JPL zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów,
- 4.art. 89 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie odrzucenia oferty JPL, podczas gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ,
- 5.art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 przez wybór oferty złożonej przez AECOM jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo że to oferta złożona przez Odwołującego jest najkorzystniejszą w rozumieniu przepisu art. 2 pkt 5,
- 6.art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 przez naruszenie obowiązku udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp, polegające na dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty AECOM, którego oferta nie powinna zostać zakwalifikowana jako najkorzystniejsza, ponieważ podlega odrzuceniu;
- 7.art. 7 ust. 1 i 3 przez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Interes *prawny* we wniesieniu odwołania. Odwołujący wskazał: posiada interes *prawny w rozstrzygnięciu odwołania*. Z uwagi na naruszenie przepisów prawa, oferta Odwołującego nie została wybrana jako oferta najkorzystniejsza, pomimo faktu że stanowi ofertę najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. W wyniku czynności Zamawiającego, Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia.

Naruszenie przepisów Pzp, miało istotny wpływ na wynik postępowania, a było skutkiem zaniechań i czynności podejmowanych przez Zamawiającego. W przypadku uwzględnienia zarzutów Odwołującego i odrzucenia ofert AECOM oraz JPL, oferta Odwołującego okaże się ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp, o:

A.merytoryczne rozpoznanie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i uwzględnienie w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

B.unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty AECOM jako najkorzystniejszej;

C.ponowienia czynności badania i oceny złożonych ofert;

D.wezwania AECOM i JPL do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;

E.podjęcia czynności polegającej na odrzuceniu oferty AECOM z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny;

F.podjęcia czynności polegającej na odrzuceniu oferty JPL jako zawierającej rażąco niską cenę oraz niezgodnej z treścią SIWZ;

G.dokonania czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Ponadto Odwołujący wniósł, o:

H.przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści odwołania, w tym znajdujących się w aktach postępowania, jak i dokumentów przedstawionych na rozprawie, na okoliczności przedstawione i wskazane w odwołaniu;

I.obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa prawnego.

Uzasadnienie

I.W dniu 13 listopada 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wykonawcy AECOM jako najkorzystniejszej.

Dowód: zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 13.11.2017 r.

- w aktach sprawy

A Odwołujący wskazał: z treści SIWZ, w tym w szczególności z pkt 8.5 SIWZ dotyczącego opisu sposobu obliczenia ceny oferty wynika, że cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące, których Zamawiający nie ujął wprost w Tabeli Elementów Rozliczeniowych i Wykazie Terminów Płatności. Ponadto, każdy wykonawca winien uwzględnić w ofercie wszelkie koszty ponoszone w związku z wykonywaniem zamówienia w postaci m.in. kosztów pośrednich, bezpośrednich, podatków, kosztów organizacji robót, a także powinien uwzględnić wszelkie ryzyka i zysk wykonawcy.

Ceny ryczałtowe określone przez wykonawców, nie będą zmieniane w toku realizacji zamówienia (za wyjątkiem przypadków opisanych w umowie). Wskazał wyrok KIO z 5 października 2016 r., sygn. akt KIO 1777/16: *„Nawet przy cenie ryczałtowej oferta musi spełnić warunki poprawności określone w art. 89 ust. 1 p.z.p., a więc m.in. być zgodna z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie zawierać błędów w obliczeniu ceny czy ceny rażąco niskiej.”*

Dowód: SIWZ - w aktach sprawy

a/ Odnosząc powyższe opisy SIWZ do oferty AECOM, w szczególności Formularza

1.1. - Tabeli Elementów Rozliczeniowych oraz Formularza 1.2. - Tabeli Elementów Płatności, Odwołujący stwierdził, że oferta zawiera cenę rażąco niską, a w konsekwencji powinna podlegać odrzuceniu. Podniósł, że w poz. 5.2.1. Formularza 1.1. AECOM dotyczącego ceny jednostkowej wykonania wierceń, AECOM wskazała, że wykona usługę za cenę jednostkową 10,00 zł dla próbek kategorii A (głębokość wierceń do 25 m oraz głębokość wierceń ponad 25 m). Doświadczenie Odwołującego, a także znajomość stawek rynkowych usług, pozwala na przyjęcie, że wykonanie usługi wiercenia za cenę wskazaną przez AECOM, jest obiektywnie niemożliwe, a cena ta jest ceną rażąco niską. Odwołujący podkreślił, że cena rynkowa wykonania odwiertów oscyluje w granicach niemal dziesięciokrotnej wartości podanej przez AECOM. Ponadto, przyjęcie tak niskiej kwoty w tym zakresie, rodzi ryzyko, że nie będzie ona nawet wystarczająca celem wykonania odwiertów, nie mówiąc o dodatkowych kosztach, jakie przewiduje SIWZ. Wskazał wyrok KIO z 7 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2003/16: *„Brak zysku z realizacji zamówienia stanowi jeden z aspektów rzutujących na ocenę oferty w płaszczyźnie rażąco niskiej ceny.”*

Dowody: SIWZ, oferta AECOM - w aktach sprawy

Z czynności Zamawiającego na etapie badania ofert wynika, że nie powziął on wątpliwości co do możliwości wykonania przez AECOM zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami i w konsekwencji nie zwrócił się do AECOM o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny jednostkowej. Czynności Zamawiającego Odwołujący ocenił jako sprzeczne z treścią SIWZ, a także art. 90 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, co skutkowało kolejnymi naruszeniami.

Odwołujący powołując się na z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, wskazał wyrok KIO z 13 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 624/17: *„Art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. odnosi cenę do wartości przedmiotu zamówienia - ma to być „cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Tym samym, to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny / ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.”*

Stanowisko Izby w powyższym zakresie uznał za zasadne, ponieważ każdy wykonawca składający ofertę powinien wycenić każdą z pozycji w sposób realny, zapewniający wykonanie zamówienia za cenę jednostkową wskazaną w danej pozycji oferty. Stosowania powyższych zasad wymagał także Zamawiający.

Analizując treść oferty AECOM, nie zgodził się, że ma on faktyczną możliwość wykonania odwiertów za cenę jednostkową 10,00 zł za mb odwiertu. Pozycja ta powinna budzić wątpliwości Zamawiającego, jako przedstawiająca cenę rażąco niską. Wskazał wyrok KIO z 23 marca 2017 r., sygn. akt KIO 431/17: *„Przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty, jeżeli oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. W jednym i drugim przypadku odrzucenie oferty następuje wówczas, gdy jej cena lub koszt są rażąco niskie (nieadekwatne, nierealne, za które nie można wykonać zamówienia) w odniesieniu do przedmiotu zamówienia.”* Kolejno, Izba uznała, że *„Rażąco niska cena, to cena oferty odbiegająca swoją wartością in minus od rynkowej wartości przedmiotu zamówienia (...).”* - wyrok z 19 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 22/17, jak również *„Oferowanie cen na nierealnie niskim poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, wyłącznie po to aby wykorzystując matematyczne zależności otrzymać najwyższą punktację narusza dobre obyczaje*

kupieckie.” - wyrok z 14 listopada 2016 r. sygn. akt KIO 2038/17.

Zgodził się ze stanowiskiem KIO w uchwale z 8 listopada 2016 r., sygn. akt KIO/KD 69/16: „*Ustawa Prawo zamówień publicznych nie definiuje pojęcia „rażąco niskiej ceny”. Nie definiują pojęcia rażąco niskiej ceny także przepisy dyrektyw unijnych będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Przepisy Prawa zamówień publicznych nie wskazują nawet, jakimi kryteriami powinien kierować się zamawiający przy dokonywaniu badania wstępnego czy taka sytuacja w konkretnym postępowaniu zachodzi. Wydaje się więc, że wobec braku ustawowego zdefiniowania pojęcia „cena rażąco niska” zamawiający winien przede wszystkim porównać taką „podejrzaną” cenę ofertową do cen innych ofert złożonych w postępowaniu.*”

Odwołujący odniósł się do swojej oferty, w której pozycję 5.2.1.1. wycenił dla wierceń dla próbek kategorii A o głębokości wierceń do 25 m na cenę jednostkową 100,00 zł za mb odwiertu, a dla wierceń o głębokości ponad 25 m - 120,00 zł za mb odwiertu. Wskazał, że po dokonaniu analizy ofert pozostałych wykonawców wywnioskował, że ta pozycja została wyceniona w podobny do Odwołującego sposób. Zatem, taki sposób przygotowania wyceny przez Odwołującego potwierdza argumentację, że realne ceny rynkowe wykonania odwiertów w sposób znaczący odbiegają od ceny zaoferowanej przez AECOM czyniąc ją rażąco niską. Ponadto, cena jednostkowa zaoferowana przez AECOM za wykonanie odwiertu o głębokości ponad 25 m, stanowi jedynie 9% średniej ceny zaproponowanej przez pozostałych wykonawców.

Dowód: oferta Odwołującego - w aktach sprawy

Średnia cena jednostkowa całościowego wykonania odwiertów o głębokości mniejszej niż 25 m wynosiła 581 007,20 zł, a wartość maksymalna 1 219 212,00 zł, podczas gdy AECOM zaoferował wykonanie tej usługi za cenę 67 734,00 zł. Kolejno, średnia cena jednostkowa całościowego wykonania odwiertów o głębokości ponad 25 m wynosiła 135 744,31 zł, a wartość maksymalna 358 620,00 zł, podczas gdy AECOM zaoferował wykonanie tej usługi za cenę 11 954,00 zł. Takie skalkulowanie ceny jednostkowej przez AECOM skutkuje powstaniem obiektywnych wątpliwości co do prawidłowości przygotowanej w tym zakresie oferty, wobec czego na Zamawiającym ciążył obowiązek zastosowania procedury określonej w art. 90 ust. 1 Pzp. Zasadnym wydaje się twierdzenie, że AECOM nie uwzględnił w ofercie wszelkich kosztów ponoszonych w związku z wykonywaniem zamówienia w tym m.in. kosztów pośrednich, bezpośrednich, podatków, kosztów organizacji robót, a także wszelkich ryzyk i zysku AECOM.

Dowód: oferta AECOM - w aktach sprawy

Zasadny pozostaje zarzut Odwołującego dotyczący naruszenia art. art. 90 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym, *jeżeli zaoferowana cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu.* Spełnione zostały przesłanki obligujące Zamawiającego do wezwania AECOM do złożenia wyjaśnień w zakresie zaproponowanej ceny. Z art. 90 ust. 1 Pzp wynika, aby zamawiający zobowiązany był wszcząć procedurę wyjaśnień, cena zaoferowana przez wykonawcę musi się wydawać rażąco niska. Zamawiający analizując treść oferty złożonej przez wykonawcę, każdorazowo winien zweryfikować, czy zarówno cena całkowita, jak i ceny jednostkowe, nie wydają się być cenami rażąco niskimi - wyrok KIO z 27 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1448/17: „*Artykuł 90 ust. 1 p.z.p. pozwala zamawiającemu na zwrócenie się do wykonawcy z prośbą o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów składowych ceny.*”

Podkreślił, że sformułowanie „budzą wątpliwości” wskazuje na wrażenie zamawiającego charakteryzujące się dużym stopniem subiektywności. Ustawa w tym zakresie nie wskazuje żadnych przesłanek uzasadniających konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Zamawiający może powziąć wątpliwości w oparciu o szereg czynników, w tym doświadczenie nabyte przy udzielaniu tego rodzaju usług, znajomość cen obowiązujących na rynku, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu itp. Przy powzięciu jakichkolwiek wątpliwości zamawiający zobowiązany jest następnie wezwać wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień w tym zakresie, co również wynika z literalnej wykładni art. 90 ust. 1 Pzp - „*zamawiający zwraca się*” - wyrok KIO z 25 lipca 2017 r., sygn.

akt KIO 1336/17: „*Wyjaśnienia kierowane do wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 1 p.z.p. nie są li tylko formalnym aspektem procedury udzielania zamówienia publicznego - a zatem powinny one zmierzać do uzyskania realnych wyników tej procedury. Celem procedury opartej na podstawie art. 90 ust. 1 p.z.p. jest uzyskanie potwierdzenia realności ceny, nie zaś „wciągnięcie” wykonawcy w formalną pułapkę skutkującą odrzuceniem jego oferty ze względu na wypełnienie się hipotezy normy prawnej uregulowanej w treści przepisu art. 90 ust. 3 p.z.p.*”

Kluczowy jest wyrok Izby z 14 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1318/17: „*Regulacja zawarta w art. 90 ust. 1 p.z.p. stanowi generalną zasadę wskazującą na podstawę wystąpienia przez zamawiającego do konkretnego wykonawcy z żądaniem udzielenia wyjaśnień co do podejrzenia rażąco niskiej ceny lub kosztu. Zamawiający może wezwać wykonawcę również w każdej innej sytuacji, w której wysokość ceny lub kosztu oferty, a nawet jedynie ich istotne części*

składowe budzą jego wątpliwości, mimo iż cena całkowita lub koszt nie jest niższa niż szczególny ustawowy limit.”

„W konsekwencji wykonawca może podnieść zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 p.z.p. także w sytuacji, gdy cena kwestionowanej oferty nie przekracza ustawowych progów i udowodnić przesłanki, że w okolicznościach danej sprawy cena oferty wydawała się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budziła uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, przez co zaktualizował się po stronie zamawiającego obowiązek uruchomienia procedury wyjaśniającej.” - wyrok KIO z 9 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1024/17.

Zarzut Odwołującego należy uznać za w pełni uzasadniony.

Odwołujący, podkreślił ponownie, że w Formularzu 1.1. poz. 5.2.1.1. AECOM zaoferował cenę rażąco niską, co powinno budzić wątpliwości Zamawiającego. Tym niemniej Zamawiający zaniechał dokonania czynności, do których obliguje go ustawa Pzp, co skutkowało wyborem oferty AECOM jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zaznaczył, że Sąd Okręgowy w Warszawie orzekł w wyroku z dnia 14 marca 2017 r., sygn. akt XXIII Ga 967/16: *„W tym miejscu należy wyjaśnić, iż to nie skarżący (na etapie przed KIO - odwołujący) mają wykazywać, to oferta konkurenta jest rażąco niska, lecz odwrotnie to oferent musi wykazać, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Ciężar dowodu spoczywa na barkach tego, który oferuje i rozpoczyna od momentu żądania wyjaśnień przez Zamawiającego i nie ulega on modyfikacji na etapie postępowania zarówno odwoławczego jak i skargowego. (...)”*

b) Zaprezentowana argumentacja dotycząca kwestii związanych z oceną Zamawiającego, czy cena oferty jest ceną rażąco niską, w tym czy rażąco niską jest konkretna cena jednostkowa, pozostaje aktualna i ma analogiczne zastosowanie

w przypadku ceny ofertowej zaproponowanej przez wykonawcę JPL. Odwołujący podniósł, że poszczególne ceny jednostkowe ujęte w ofercie JPL obiektywnie budzą wątpliwości w zakresie ich realności i rzetelności przyjętej kalkulacji.

Odwołujący wskazał, że uzasadnione wątpliwości budzi wycena oferty JPL ujęta w Formularzu 1.1. - Tabela Elementów Rozliczeniowych poz. 2 Studium Techniczno- Ekonomiczno-Środowiskowe (dalej „STEŚ”), a także inne, wskazane niżej ceny jednostkowe. Dokonując analizy poszczególnych cen jednostkowych ujętych w formularzu stwierdził, że rażąco niskie ceny stanowią elementy: 1. Studium korytarzowe - część ogólna (poz. 1.1 TER formularz 1.1) - 22% średniej wszystkich ofert, 2. Studium korytarzowe (suma poz. 1.1-

1.5 TER formularz 1.1) - 38% średniej wszystkich ofert, 3. STEŚ część ogólna (poz. 2.1 TER formularz 1.1) - 6% średniej wszystkich ofert, 4. STEŚ-Cześć techniczna - drogowa (poz.

2.5 TER formularz 1.1) - 37% średniej wszystkich ofert, 5. STEŚ-pozostałe elementy (poz.

2.11 TER formularz 1.1) - 21% średniej wszystkich ofert, 6. KP część ogólna (poz. 4.2 TER formularz 1.1) - 13% średniej wszystkich ofert.

Przedstawił porównanie (liczby porządkowe odpowiadające przedstawionemu punktowaniu):

L.p. Średnia wszystkich ofert – Cena zaoferowana przez JPL: 1. 224 777,78 zł - 50 000,00 zł, 2. 448 624,67 zł - 170 000,00 zł, 3. 377 718,22 zł - 21 200,00 zł, 4. 540 555,56 zł - 200 000,00 zł, 5. 71 111,11 zł - 15 000,00 zł, 6. 314 444,44 zł - 40 000,00 zł

Porównując ceny jednostkowe zaoferowane przez JPL zauważył, że w sposób znaczący odbiegają one od cen jednostkowych zaoferowanych przez pozostałych wykonawców. Uznał, że nie można dokonać skutecznego założenia, że JPL posiada środki (m.in. określone zaangażowanie personelu) umożliwiające mu wykonanie zamówienia w cenie tak niskiej w stosunku do cen pozostałych oferentów. Szczególnej uwagi wymaga pozycja dotycząca pozycji 2.1 STEŚ - część ogólna za cenę ryczałtową 21 200 zł oraz pozycje 1.1-1.5 STUDIUM KORYTARZOWE za łączną cenę ryczałtową 170 000 zł, ponieważ wykonanie prac projektowych w tym zakresie za cenę jednostkową zaoferowaną przez JPL jest nierealne przy wzięciu pod uwagę cen rynkowych. Uzasadnia to cena jednostkowa zaproponowana przez Odwołującego, który wycenił te pozycje odpowiednio na 500 000 zł (ponad dwadzieścia trzykrotnie wyżej) i 615 000 zł (ponad trzy i półkrotnie wyżej). Zaznaczył, że cena jednostkowa wykonania STEŚ - część ogólna zaoferowana przez wykonawcę SAFAGE wynosiła aż 820 000,00 zł, przedstawiała więc wartość ponad trzydzieści osiem razy wyższą niż cena JPL, a cena wykonania STUDIUM KORYTARZOWEGO (poz. 1.1-1.5) przez wykonawcę MP- MOSTY wynosiła aż 990 000,00 zł, a więc przedstawia wartość ponad pięć i pół razy wyższą niż cena JPL.

Dowody: oferty SAFAGE i MP-Mosty - w aktach sprawy

Odwołujący podtrzymał, że takie skalkulowanie cen jednostkowych przez JPL skutkuje powstaniem obiektywnych wątpliwości co do prawidłowości przygotowanej w tym zakresie oferty, wobec czego na Zamawiającym ciążył obowiązek zastosowania procedury określonej w art. 90 ust. 1 Pzp. Jednocześnie zasadnym wydaje się twierdzenie, że JPL nie uwzględnił w ofercie wszelkich kosztów ponoszonych w związku z wykonywaniem zamówienia w tym m.in. kosztów pośrednich, bezpośrednich, podatków, kosztów organizacji robót, a także wszelkich ryzyk i zysku

JPL, czego wymagał Zamawiający.

Odwołujący zaznaczył również, że JPL oświadczył, że część przedmiotu zamówienia wykona przy pomocy podwykonawców. Zasadnym jest więc wskazanie, że poszczególne pozycje ryczałtowe wskazane w Formularzu 1.1. do oferty powinny uwzględniać wszelkie możliwe ryzyka związane z powierzeniem wykonywania tych prac podwykonawcom. Odwołujący podkreślił, że JPL powinien w szczególności ująć w danej pozycji jednostkowej koszt wykonania prac przez podwykonawcę, zysk należny JPL (co wynika bezpośrednio z treści SIWZ), ryzyko rozwiązania umowy podwykonawczej, koszt związany z pozyskaniem kolejnego podwykonawcy i dodatkowe koszty z tym związane i inne koszty pośrednie i bezpośrednie wykonania prac przez podwykonawcę. Analizując treść oferty JPL pod kątem powyższych okoliczności można przyjąć, że JPL założeń takich nie poczynił, a więc zasadnym jest przypuszczenie, że JPL zamierza pokrywać część kosztów związanych z realizacją zamówienia w ramach subsydiowania skrośnego. Odwołujący podnosi, że takie działania JPL stanowią mogą czyn nieuczciwej konkurencji, ponieważ żaden wykonawca nie jest uprawniony do pokrywania kosztów zamówienia z przychodów pozyskiwanych z innych umów.

Zaoferowane przez JPL ceny należy wobec powyższego uznać za rażąco niskie, nieadekwatne, nierealne, za które nie można wykonać zamówienia we wskazanych zakresach. Jednocześnie, ceny oferowane przez JPL odbiegają swoją wartością in minus od rynkowej wartości przedmiotu zamówienia, a także są nierealnie niskim poziomem, który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych.

Wobec powyższego Odwołujący podniósł, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez niewzewanie JPL do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, podczas gdy cena ofertowa JPL budzi znaczne wątpliwości co do jej rzetelnego skalkulowania. Równocześnie, w przypadku uwzględnienia odwołania Odwołującego i nakazania Zamawiającemu wezwania JPL do złożenia stosownych wyjaśnień, należy mieć na uwadze, że wyjaśnienia składane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp winny charakteryzować się dużym stopniem szczegółowości i być oparte na realnych, weryfikowalnych wartościach i okolicznościach. Celem zastosowania procedury określonej w art. 90 ust. 1 Pzp nie jest bowiem złożenie przez wykonawcę jakichkolwiek wyjaśnień, lecz

takich, które w sposób niebudzący wątpliwości pozwalają na obiektywną ocenę, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską.

B/ Niezależnie od rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez AECOM oraz JPL, oferta JPL jest niezgodna z treścią SIWZ, a w konsekwencji powinna ulec odrzuceniu.

Tytułem wstępu, Odwołujący przedstawił stanowisko co do pojęć: treść SIWZ, treść oferty: *zarówno treść SIWZ, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego*

- co do zasady - porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji, wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ - jest z nią zgodna. Jednocześnie nie tylko treść wynikająca explicite ze złożonej oferty, ale również nieskonkretyzowanie jej treści przez wykonawcę w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ, gdyż niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi za naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SIWZ. - wyrok KIO z 1 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1463/17.

Stwierdził, że oferta JPL nie spełnia wymogów SIWZ, a w konsekwencji powinna zostać odrzucona. W Formularzu 1.2. (Tabela Terminów i Płatności) JPL określił datę wykonania Koncepcji Programowej wraz z opracowaniami geologiczno-inżynierskimi na 50 miesięcy liczoną od podpisania umowy. Analogiczny termin wykonania prac (50 miesięcy) został przez JPL wskazany również w kontekście wykonania Dokumentacji geologiczno-inżynierskiej wraz z projektem robót geologicznych. Na wykonanie przedmiotu zamówienia w łącznym terminie 50 miesięcy składa się realizacja prac na etapie I, II i III.

Zgodnie z pkt 7.1 Opisu przedmiotu zamówienia (dalej OPZ) na deklarowany czas etapu 3 składają się: 1. KP - max 12 miesięcy od uzyskania ostatecznej DŚU, 2. procedury odbioru KP - 1 miesiąc, 3. ZOPI dla KP - 2 miesiące, 4. KOPI dla KP - 2 miesiące.

Dowód: OPZ - w aktach sprawy

W Formularzu 1.2, przy uwzględnieniu OPZ, należało wskazać jako „datę wykonania

1 liczoną od podpisania umowy /m-ce/" rozumianą jako datę wykonania poszczególnych opracowań projektowych wraz z ich odbiorem przez Zamawiającego, datę wykonania

opracowań przed ZOPI. Zadeklarowany przez JPL w wierszach 4.1 - 5.3 Formularza 1.2. termin 50 miesięcy, nie jest zgodny z wymaganiami SIWZ, gdyż nie uwzględnia czasu na ZOPI i KOPI. Odwołujący wskazał w swojej ofercie w 4.1 - 5.3 Formularza 1.2. termin 46 miesięcy (50 miesięcy - 2 miesiące ZOPI dla KP - 2 miesiące KOPI dla KP). Analogicznie termin ten został wyliczony przez AECOM, w pkt 4.1 - 5.3 Formularza 1.2. wyraźnie wskazała termin 46 miesięcy.

Dowody: oferty JPL, Odwołującego, AECOM - w aktach sprawy

Odwołujący stwierdził, że oferta JPL nie spełnia wymagań SIWZ, a więc powinna podlegać odrzuceniu zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. „Treść SIWZ, o której stanowi art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., to opis potrzeb i wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Powołany przepis nie ogranicza podstaw odrzucenia oferty tylko do przypadku jej niezgodności z opisem przedmiotu zamówienia co do zakresu, ilości i jakości w oderwaniu od warunków realizacji i innych aspektów wykonania umowy, które zamawiający uznaje za istotne.” - wyrok KIO z 7 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1548/17.

Wady oferty w zakresie terminu wykonania zamówienia powodują niezgodności oferty z SIWZ, ta niezgodność odnosi się do OPZ. Termin wykonania zamówienia (w tym terminy wykonania poszczególnych prac), miał istotne znaczenie, skoro został podniesiony do rangi kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty. Szerokie rozumienie pojęcia treść SIWZ jest uzasadnione wobec rosnącej rangi i szerokiego zastosowania kryterium oceny ofert innych niż cena. W doktrynie i orzecznictwie ugruntowany jest już pogląd, że w zakresie zastosowania przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp mieści się również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym (vide przykładowo wyrok z 26 października 2016 r. KIO 1990/16). Nie może więc być wątpliwości co do tego, że wady oferty w odniesieniu do treści wpływających na ocenę oferty w przyjętych kryteriach powodują niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Zatem, „obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ aktualizuje się w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada wymogom zamawiającego, ale tylko w aspekcie przedmiotu zamówienia. Określenie zakresu przedmiotu zamówienia w sposób odmienny od oczekiwań zamawiającego, skalkulowanie ceny z pominięciem wytycznych zamawiającego, może być, jak wskazuje się w orzecznictwie, podstawą stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.)” - wyrok KIO z 24 maja 2017 r. sygn. akt KIO 954/17.

Z daleko idącej ostrożności Odwołujący wskazał, że nie można zastosować art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zgodnie z poglądami doktryny i KIO, zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Wskazał, cytując obszerny fragment uzasadnienia w zakresie poprawienia omyłki - wyrok KIO z 13 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1088/17, dodatkowo wyrok z 22 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1571/17, KIO 1615/17.

Odwołujący podkreślił, że przesłanki uprawniające Zamawiającego do ewentualnej poprawy omyłki pisarskiej. (?)

C/ W związku z nieprawidłowościami po stronie Zamawiającego, zasadny wydaje się również zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp przez wybór oferty złożonej przez AECOM jako najkorzystniejszej, pomimo że to oferta złożona przez Odwołującego jest najkorzystniejszą w rozumieniu przepisu art. 2 pkt 5 Pzp. Odwołujący wypełnił wszelkie wymogi SIWZ w zakresie wymaganym przez Zamawiającego, a oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą jako niezawierająca ceny rażąco niskiej, jak w przypadku ofert AECOM oraz JPL. Ponadto, Odwołujący - w przeciwieństwie do JPL - nie złożył oferty sprzecznej z SIWZ. Zatem, wybór oferty wykonawcy, którego oferta jest najkorzystniejsza jest warunkiem *sine qua non* realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Szczególnie wybór oferty winien być dokonywany stricte według zasad przewidzianych w SIWZ - na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji (art. 91 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2d Pzp) – wyrok KIO 2342/16. Również zgodnie z wyrokiem KIO z 29 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 693/14, KIO 694/14 „Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert”.

Odwołujący podkreślił słuszność zarzutów powodującą, że odwołanie zasługuje w pełni na uwzględnienie. Oferta Odwołującego spełnia wszystkie wymogi wskazane w SIWZ, a także w przypadku bezzasadnego nieodrzucenia ofert AECOM i JPL, stanowiłaby ofertę najkorzystniejszą.

Biorąc pod uwagę wymienione okoliczności uznał, że interes prawny Odwołującego doznał uszczerbku, w związku z czym wniósł jak na wstępie.

Wykonawca AECOM Polska Sp. z o.o., uczestnik postępowania odwoławczego, zwany dalej „AECOM”, w

„Piśmie procesowym przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego”, z dnia 7 grudnia 2017 r., złożonym na rozprawie, wniósł o:

1. oddalenie w całości odwołania Lafrentz Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu z dnia 23 listopada 2017 r. oraz
2. przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści pisma procesowego oraz w załączonych wyjaśnieniach dotyczących ceny oferty AECOM Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwaną dalej: „AECOM”, wraz z załączonymi do ww. wyjaśnień dowodami,

potwierdzającymi, że cena oferty AECOM nie wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz, nie powinna budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

I. W pierwszej kolejności AECOM zauważył, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte w dniu 22 października 2015 r. wysłaniem ogłoszenia o zamówieniu do publikacji w Dzienniku Urzędowy Unii Europejskiej (które zostało opublikowane w dniu 27 października 2015 r. pod numerem 2015/S 208-378033).

Mając na uwadze:

1. przepis przejściowy art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), w myśl którego: *„Do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do odwołań i skarg dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe”*, jak również
2. przepis przejściowy art. 220 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą Pzp”, w świetle którego *„Do postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem wejścia w życie ustawy oraz postępowań odwoławczych i kontroli, które ich dotyczą, stosuje się przepisy dotychczasowe”*, zarówno w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, jak również w postępowaniu odwoławczym mają zastosowanie przepisy obowiązujące w okresie od dnia 1 lipca 2015 r. do 17 listopada 2015 r. określone w tekście jednolitym - Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.

Podkreślił, że przepis dotyczący kwestii rażąco niskiej ceny, tj. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, różnił się zdecydowanie w zakresie mającym kluczowe znaczenie dla rozpoznania niniejszej sprawy od obecnego brzmienia tego przepisu.

Stosownie do brzmienia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp na dzień wszczęcia postępowania:

„jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, (...), zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie (...)”.

Natomiast w świetle obecnego brzmienia przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp: *„jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu”*.

Z zestawienia jednoznacznie wynika, że przyczyną wszczęcia procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny na gruncie przepisów mających zastosowanie sprawie, mogło być wyłącznie zachodzenie wątpliwości, że cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Natomiast przesłanką wszczęcia procedury z art. 90 ust. 1 nie stanowiło, inaczej niż obecnie, że istotne części składowe zaoferowanej ceny ofertowej wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym, AECOM zdecydowanie kwestionuje stanowisko Odwołującego wyrażone na s. 2 odwołania, że: *„jednocześnie Odwołujący wskazuje, iż przytoczone w niniejszym odwołaniu wyroki Krajowej Izby Odwoławczej zostały wydane w oparciu o tożsamy stan prawny”*. Przywołane w odwołaniu wyroki z 2017 r. czy nawet z 2016 r. zostały bowiem wydane na podstawie odmiennego stanu prawnego, w którym – w świetle literalnego brzmienia przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp – konieczność wszczynania procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty nie zachodziła, gdy tylko istotne części składowe zaoferowanej ceny wydawały się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia.

II. Powyższe zastrzeżenie prawne ma szczególne znaczenie w okolicznościach sprawy, gdyż Odwołujący kwestionuje wyłącznie 2 pozycje z oferty AECOM, tj. określonych w Formularzu 1.1 „TABELI ELEMENTÓW ROZLICZENIOWYCH” w pkt 5 „Dokumentacja geologiczno-inżynierska wraz z projektem robót geologicznych”:

1. pkt 5.2.1.1.1 – *„wiercenia dla próbek kategorii A, głębokość wiercenia do 25 m”* – 10 złotych netto za metr bieżący, co przy podanej przez Zamawiającego ilość wierceń: 6 773,4 m b wycenione zostało przez AECOM na wartość 67 734,00 złotych netto, oraz

2.pkt 5.2.1.1.1 – „wiercenia dla próbek kategorii A, głębokość wiercenia ponad 25 m” – 10 złotych netto za metr bieżący, co przy podanej przez Zamawiającego ilości wierceń: 1 195,4 mb wycenione zostało przez AECOM na wartość 11 954,00 złotych netto.

Tym samym, zarzuty Odwołującego, oparte na twierdzeniu, że 2 pozycje kosztorysowe z oferty AECOM są zaniżone, nie mają żadnego umocowania w przepisie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, mającym zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

III. Zdaniem AECOM, Odwołujący nie formułuje skutecznie zarzutu pod adresem całkowitej ceny oferty AECOM za realizację przedmiotowego zamówienia publicznego na:

„wykonanie opracowań projektowych dla drogi ekspresowej S11 na odcinku Szczecinek-Piła”

wynoszącej razem: 8 263 067,43 złotych brutto. Podkreślił, że nie jest skutecznym:

1.sformulowaniem zarzutu przez Odwołującego poprzez stwierdzenie (jedyne stwierdzenie w treści odwołania odnoszące się do całkowitej ceny ofertowej AECOM), że:

„Jednocześnie zasadnym wydaje się twierdzenie, że AECOM nie uwzględnił w ofercie wszelkich kosztów ponoszonych w związku z wykonaniem zamówienia w tym m.in.

kosztów pośrednich, bezpośrednich podatków, kosztów organizacji robót, w także wszelkich ryzyk i zysku AECOM”

– por. s. 8 akapit 2 od dołu odwołania, jak również

2.przywołanie wyroku sądowego, z którego wynika, że: „to nie skarżący (na etapie przed KIO odwołujący) ma wykazywać, że oferta konkurenta jest rażąco niska, lecz odwrotnie to oferent musi wykazać, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny”.

Po pierwsze, Odwołujący nie przywołuje żadnych okoliczności faktycznych, które mogłyby wskazywać, że cena całkowita oferty AECOM mogłaby budzić jakiejkolwiek wątpliwości w zakresie jej realności, w szczególności pokrycia wszystkich niezbędnych kosztów, jak również zapewniania zysku AECOM.

Po drugie, należy przywołać dwa wyrok Krajowej Izby Odwoławczej wydane na podstawie art. 190 ust. 1a ustawy Pzp, w brzmieniu mającym zastosowanie w niniejszej sprawie (które nie uległo zmianie od daty dodania przepisu art. 190 ust. 1a do ustawy Pzp, ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232), zmieniającą w powyższym zakresie ustawę Pzp od dnia 19 października 2014 r.), z których wynika jednoznacznie, że:

1. „wprowadzenie przepisu art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeśli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego, nie zwalnia strony odwołującej z obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą swoich zarzutów. W sytuacji, gdy to odwołujący twierdzi o zaistnieniu wątpliwości, co do ceny oferty konkurenta, gdy twierdzi, że cena konkurenta jest rażąco niska (nawet bez zbadania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp) i domaga się wykonania czynności, które wywodzi z powyższych twierdzeń – to odwołujący jest stroną obowiązującą do udowodnienia swoich racji, zgodnie z klasycznym rozkładem ciężaru dowodowego” (por. wyrok KIO z 13 kwietnia 2016 r. (sygn. akt KIO 447/16) oraz

2. „regulacja art. 190 ust. 1a ustawy Pzp wprowadza szczególny rozkład ciężaru dowodu w toku postępowania odwoławczego w odniesieniu do rażąco niskiej ceny oferty, musi być odczytany w powiązaniu z poprzedzającym art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, a także z uwzględnieniem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp. W konsekwencji, o ile dowody na mocy art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący może przedstawić aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 190 ust. 7 ustawy Pzp. Należy bowiem rozgraniczyć okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenie o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie.” (por. wyrok KIO z 29 grudnia 2015 r. (sygn. akt KIO 2720/15).

Powyższe wyroki Krajowej Izby Odwoławczej znajdują potwierdzenie również w najnowszym orzecznictwie KIO, m.in.:

1. „jakkolwiek w postępowaniu odwoławczym ciężar wykazania prawidłowości ceny, stosownie do art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę, to taki rozkład ciężaru dowodu nie zwalnia odwołującego z aktywności w postępowaniu odwoławczym. Przepisu art. 190 ust. 1a ustawy Pzp nie można rozumieć w ten sposób, że wykonawca kwestionujący inną ofertę może poprzestać na głoślowym zanegowaniu prawidłowości ceny tej oferty, bez choćby uprawdopodobnienia własnych twierdzeń czy poparcia ich szczególnymi danymi i obliczeniami.” (por. wyrok KIO z 14 marca 2017 r. (sygn. akt KIO 373/17)

2. „przepisu art. 190 ust. 1a ustawy Pzp nie można rozumieć w ten sposób, że wykonawca kwestionujący inną ofertę może poprzestać na głoślowym zanegowaniu prawidłowości ceny tej oferty, bez choćby uprawdopodobnienia własnych twierdzeń czy ich poparcia merytorycznymi obliczeniami. Dodatkowo podkreślenia wymaga, że również w przypadku

„odwróconego” ciężaru dowodu Izba rozpoznaje sprawę w granicach okoliczności faktycznych podniesionych przez Odwołującego, nie dokonuje natomiast generalnej oceny złożonych wyjaśnień w oderwaniu od zakresu faktycznego zarzutów odwołania. (por. wyrok KIO z 11 lipca 2017 r. (sygn. akt 1309/17).

W świetle powyższych wyroków Krajowej Izby Odwoławczej nie może budzić wątpliwości, że Odwołujący:

1. poprzestał wyłącznie na gołosłownym zanegowaniu ceny całkowitej oferty AECOM,
2. nawet nie próbował uprawdopodobnić twierdzeń w zakresie wątpliwości dotyczących ceny całkowitej oferty AECOM jakimikolwiek danymi lub obliczeniami,
3. nie wskazał, że niskie koszty realizacji zamówienia w zakresie 2 pozycji kosztorysowych dot. robót geologicznych polegających na wierceniu dla próbek kategorii A w zakresie głębokości wierceń do 25 m oraz ponad 25 m będą miały jakiegokolwiek negatywne przełożenie na cenę całkowitą oferty AECOM, w szczególności na zaniżenie wartości ceny całkowitej oferty AECOM, w taki sposób, że może ona wydawać się ceną rażąco niską lub budzić wątpliwości Zamawiającego,
4. przede wszystkim nie przedstawił żadnych okoliczności faktycznych, a tym samym nie sformułował skutecznie zarzutów pod adresem ceny całkowitej oferty AECOM.

Z powyższych względów, należy uznać, że 2 zarzut odwołania: *„naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się przez AECOM o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, podczas gdy treść oferty powinna budzić wątpliwości Zamawiającego w zakresie zaoferowania rażąco niskiej ceny oraz możliwości wykonania przedmiotu zamówienia przez AECOM zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów”,* nie został oparty o żadne okoliczności faktyczne, z których wynikałoby, że całkowita cena oferty AECOM może wydawać się rażąco niska lub

budzić wątpliwości Zamawiającego, a tym samym nie został postawiony skutecznie, co powinno skutkować jego oddaleniem.

Odwołujący, co najwyżej postawił zarzut i przedstawił okoliczności faktyczne, że cena 2 pozycji kosztorysowych budzi wątpliwości Odwołującego. Odwołujący nie podjął jednak nawet próby wykazywania, że powyższe pozycje stanowią istotne części składowe oferty, czy też mogą przekładać się na wątpliwości w zakresie możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny w cenie całkowitej oferty AECOM.

Z uwagi na powyżej zacytowane brzmienie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp mającego zastosowanie w niniejszej sprawie oraz orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, które było wydawane na gruncie przepisu w brzmieniu obowiązującym do dnia 27 lipca 2016 r., należy uznać, że powyżej zacytowany zarzut z odwołania nie został postawiony skutecznie.

Na potwierdzenie powyższego należy przywołać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 kwietnia 2013 r. (sygn. akt KIO 791/13), w świetle którego: *„przepisy ustawy Pzp odnoszące się do badania ceny oferty oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp odwołują się do ceny, a nie jej elementów. Kwestionowanie poszczególnych cen jednostkowych, czy cen za niektóre elementy przedmiotu zamówienia, może odnieść skutek, o ile zostanie wykazane, że podważane ceny częściowe determinują cenę całej oferty.”*

Tożsame stanowisko zostało zaprezentowane w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 czerwca 2013 r. (KIO 1338/13), stosownie do którego: *„Przepisy art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp stanowią literalnie, że przedmiotem rażąco niskiej ceny może być oferta, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Chodzi bowiem o odniesienie ceny do całego przedmiotu zamówienia nie zaś do niektórych pozycji, np. do ceny jednostkowej brutto za 1 Mg odpadów komunalnych zmieszanych. Nie ma możliwości wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji oceny wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp tylko w kontekście ceny jednostkowej.”*

IV. Należy podkreślić, że na gruncie obowiązującego w 2015 r. przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ugruntowane było orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, z którego wynikało, że *„o rażąco niskiej cenie nie decydują poszczególne ceny jednostkowe, lecz cena jako wartość całkowita”*, np. wyrok KIO z 16 stycznia 2015 r. (sygn. akt KIO 2634/14).

Przekonujących argumentów za przyjęciem powyższej interpretacji dostarczało sama brzmienie przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, zgodnie z którą obowiązek zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienie w zakresie elementów oferty materializuje się w sytuacji, gdy

„cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Podobnie zresztą ustawodawca wypowiada się wskazując przestanki odrzucenia oferty z ceną rażąco niską, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Wskazanie przez ustawodawcę na przedmiot zamówienia jako punkt odniesienia można odczytywać bowiem jako wymóg skonfrontowania go z ceną końcową, jedynie ta

bowiem pozostaje w porównywalnej relacji z przedmiotem zamówienia. Izba podkreślała w wielu orzeczeniach, że przez przedmiot zamówienia rozumieć należy pełen zakres robót i właśnie ta wartość, powiększona o podatek VAT, winna stać się przedmiotem analizy w kontekście wystąpienia rażąco niskiej ceny (np. wyrok z dnia 10 stycznia 2013 r. sygn. KIO 2841/12; wyrok z dnia 18 stycznia 2013 r., sygn. KIO 7/13 czy wyrok z dnia 21 stycznia 2013 r., sygn. KIO 2835/12).

Na potwierdzenie powyższego należy przywołać następujące wyroki Krajowej Izby Odwoławczej:

1. „*Prowadzenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w odniesieniu jedynie do dwóch cen jednostkowych spośród wielu, składających się na ostateczną cenę oferty prowadzi do fałszywych wniosków, rażąco niska cena jednostkowa nie stanowi bowiem o rażąco niskiej cenie oferty, a ponadto wypaczałoby to instytucję "rażąco niskiej ceny oferty", która przedmiotem oceny czyni cenę oferty, a nie ceny jej elementów składowych.*" (por. wyrok KIO z 15 stycznia 2014 r. (sygn. akt KIO 3021/13).
2. „*Zróznicowane ceny jednostkowe nie stanowią uzasadnienia, by na ich podstawie uznać, że łączna cena oferty nosi znamiona ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi o cenie, nie zaś o jej poszczególnych częściach, elementach, czy pozycjach składowych. Gdyby nawet uznać, że jakaś cena jednostkowa jest zaniżona, to fakt ten nie czyni ceny oferty rażąco niską.*" (por. wyrok KIO z 5 maja 2014 r. (sygn. akt 686/14).
3. „(1) *Przy badaniu rażąco niskiej ceny należy brać, co do zasady, pod uwagę całość ceny, a nie opierać się jedynie na niektórych jednostkowych kosztach. Tym samym, choć zaniżenie określonych elementów kosztorysowych, jako argument za twierdzeniem o rażąco niskiej cenie, nie powinien być a limine odrzucany, to jednak niesporne jest, że podstawą jest ocena ceny ofertowej, jako całości.*
(2) *Przesądzenie o zaoferowaniu rażąco niskiej ceny oferty, bądź przesądzenie o zaistnieniu podstaw do wszczęcia procedury wyjaśniającej z art. 90 ust. 1 p.z.p., nie może osadzać się jedynie na niższej wycenie kilku czy kilkunastu pozycji kosztorysowych, spośród setek tego rodzaju pozycji zawartych w kosztorysie ofertowym. Wnioskowanie o całej cenie oferty oparte na wąskim zakresie wyselekcjonowanych pozycji, w dodatku przy uwzględnieniu możliwości dojścia do różnych wniosków w zależności od przyjętego zakresu i metodyki porównywania cen, uznano za działanie nieuprawnione i nie przedstawiające w sposób obiektywny rzeczywistego obrazu i cech ceny oferty.*" (por. wyrok KIO z 15 maja 2015 r. (sygn. akt KIO 876/15).
4. „*Badania rażąco niskiej ceny oferty dokonuje się w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nie do wyodrębnionej jego części, czy pozycji składowych, a tym bardziej nie w odniesieniu do poszczególnych pozycji formularza cenowego.*" (por. wyrok KIO z 23 kwietnia 2013 r. (sygn. akt KIO 848/13).

Zdaniem AECOM powyżej zacytowane wyroki w pełni wpisują się w okoliczności sprawy będącej przedmiotem niniejszego postępowania odwoławczego. Ze wszystkich bowiem przywołanych powyżej orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej wynika jasno, że sytuacją prowadzącą do fałszywych wniosków byłoby formułowanie wątpliwości odnośnie ceny oferty jedynie na podstawie 2 pozycji kosztorysowych (jak to czyni Odwołujący w stosunku do oferty AECOM).

V. AECOM podkreślił, że wymaganiem, które postawił Zamawiający w zakresie wypełnienia „TABELI ELEMENTÓW ROZLICZENIOWYCH” Formularz 1.1 w zakresie pozycji 1 – 5 było ich wycenienie w ramach widełek procentowych określonych w ostatniej kolumnie tego formularza, zatytułowanej: „*Limit min – max*”.

Nie może budzić wątpliwości, że AECOM w swojej ofercie zastosował się do postawionego przez Zamawiającego wymagania, aby wycena pozycji 5: „*Dokumentacja geologiczno-inżynierska wraz z projektem robót geologicznych*”, której elementem są pozycje – 5.2.1.1.1 i 5.2.1.1.1 dot. „*wierceń dla próbek kategorii A – głębokość wierceń do 25 m i głębokość wierceń ponad 25 m*” mieściła się w przedziale od 30 – 60% ceny ofertowej netto.

Wartość pozycji 5 w ofercie AECOM wynosi 3 211 587,50 złotych i stanowi 49,89% ceny ofertowej netto, a więc wynosi prawie 50% wartości ceny ofertowej netto.

Jeżeli rzeczywiście doszłoby, do mogącego budzić wątpliwości zaniżenia ceny oferty AECOM w zakresie 2 pozycji kosztorysowych kwestionowanych przez Odwołującego, to również wartość wyceny prac w całej pozycji 5 powinna być istotnie zaniżona w stosunku do ceny całkowitej oferty netto, a więc lokować się w okolicach 30% ceny ofertowej netto, a nie jak w przypadku oferty AECOM w okolicach 50% ceny ofertowej netto.

VI. Również podkreślił, że ceny kwestionowanych przez Odwołującego pozycji zostały uwzględnione przez AECOM na podstawie oferty otrzymanej od podwykonawcy.

O wiarygodności tej ofert świadczą, w szczególności następujące okoliczności:

1. oferta ta obejmuje nie tylko pozycje zakwestionowane przez Odwołującego, ale również kompleksowe wykonanie prac dotyczących ogólnie robót geologicznych, dokumentacji geologiczno-inżynierskiej, geotechnicznych,

hydrologicznych itd.

2. oferta podwykonawcza odnosi się ściśle do przedmiotowego zamówienia w zakresie wykonania badań geologiczno / geotechnicznych wraz z opracowaniem kompletu dokumentacji dla drogi ekspresowej S11 na odcinku Piła – Szczecinek
3. przedmiotowa oferta jest ważna do końca bieżącego roku, co umożliwia skuteczne zawarcie przez AECOM z przedmiotowym podwykonawcą umowy podwykonawczej
4. oferta ta została złożona przez doświadczoną i rzetelną firmę, która wywiązuje się z zaciągniętych zobowiązań, o czym świadczą: wykaz dużych projektów liniowych zrealizowanych przez tego podwykonawcę oraz liczne referencje potwierdzające należyte wykonywanie przez tego podwykonawcę zleconych prac.

Dowodem w powyższym zakresie jest: umowa podwykonawcza oraz wykaz zrealizowanych projektów, stanowiące załączniki do wyjaśnień AECOM w zakresie ceny złożonej oferty, stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa AECOM, zastrzeżoną i wykazaną w załączonych do niniejszego pisma wyjaśnieniach dot. ceny złożonej oferty.

VII. Z ostrożności procesowej oraz z uwzględnieniem przepisu art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.), z którego wynika, że ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego, AECOM w załączeniu do pisma przedłożył kompletne i szczegółowe wyjaśnienia dotyczące ceny całkowitej złożonej oferty, jak również poszczególnych jej komponentów, wraz z stosownymi dowodami, w celu wykazania, że:

1. nie ma najmniejszych podstaw do formułowania jakichkolwiek wątpliwości, że cena oferty AECOM jest rażąco niską ceną,
2. cena oferty złożonej przez AECOM pokrywa wszystkie koszty i zapewnia osiągnięcie zysku, a więc nie stanowi ceny rażąco niskiej, co będąc dowodem dalej idącym, jednocześnie potwierdza, że nieuzasadnione są wątpliwości formułowane pod adresem jej ceny całkowitej (w oparciu o wątpliwości dotyczące 2 pozycji z oferty AECOM), a tym samym, że cena oferty AECOM nie może wydawać się rażąco niska oraz budzić jakichkolwiek wątpliwości Zamawiającego,
3. nawet w przypadku uznania przez Izbę, na podstawie postępowania dowodowego przeprowadzonego podczas rozprawy odwoławczej, że koszty realizacji prac w zakresie zakwestionowanych 2 pozycji kosztorysowych okażą się wyższe niż zakładane przez AECOM, np. koszty te AECOM będzie musiał ponieść według stawek wskazywanych przez Odwołującego w oparciu o wskaźniki cenowe z innych ofert, to w ramach przewidzianego w kalkulacji cenowej oferty AECOM poziomu zarówno zysku, jak również rezerw na różnego rodzaju ryzyka, w szczególności ryzyko wzrostu kosztów prac podwykonawczych, z pewnością powyższe środki będą wystarczające do zrekompensowania ewentualnych wyższych kosztów w zakresie prac dot. wierceń dla próbek kategorii A — głębokość wierceń do 25 i ponad 25 m.

Dowód w powyższym zakresie - wyjaśnienia ceny oferty AECOM wraz z załączonymi dowodami, stanowiąc tajemnicę przedsiębiorstwa AECOM, zastrzeżoną i wykazaną w załączonych do niniejszego pisma wyjaśnieniach dot. ceny złożonej oferty.

W związku z powyższym, wniosł, jak na wstępie.

Załącznik: Wyjaśnienia AECOM wraz z dowodami, potwierdzającymi, że cena oferty AECOM nie jest rażąco niska – zastrzeżone i wykazane, jako tajemnica przedsiębiorstwa AECOM.

Zamawiający oraz wykonawca JPL Project Sp. z o.o., uczestnik postępowania odwoławczego, przystępujący po stronie zamawiającego w części odwołania dotyczącego jego oferty, zwany dalej „JPL” – złożyli wyjaśnienia ustnie do protokołu rozprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Wobec nie wystąpienia przesłanek do odrzucenia odwołania, Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie (art. 189 ust. 4 ustawy Pzp).

Izba uznała, że odwołujący spełnia przesłanki warunkujące prawo wniesienia odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy. W rankingu ofert, oferta odwołującego plasuje się na trzeciej pozycji po ofertach AECOM i JPL, co powoduje, że wykazanie podstaw do odrzucenia dwóch ofert wskazanych wykonawców, oferta odwołującego mogłaby być brana pod uwagę, jako najkorzystniejsza. Zaś w sytuacji niepodważenia wyboru oferty AECOM, nawet wykazanie podstaw do odrzucenia oferty JPL, jako nie mające wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, prowadziłoby do oddalenia odwołania (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp).

Wobec skutecznego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wykonawcy – AECOM Polska Sp. z o.o. w zakresie całego odwołania oraz JPL Project Sp. z o.o. w zakresie odwołania dotyczącego jego oferty – stali się uczestnikami postępowania odwoławczego (art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp).

Na podstawie akt sprawy oraz postępowania dowodowego, przeprowadzonego na rozprawie, Izba uznała, że

odwołanie podlega oddaleniu.

Izba zaliczyła do dowodów: -akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2014 r. poz. 964, z późn. zm.), stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem; -załączone do pisma procesowego AECOM wyjaśnienia dotyczące ceny oferty z dowodami w postaci ofert ze szczegółową kalkulacją ceny oferty podwykonawcy, tabelami elementów rozliczeniowych oraz obszernym wykazem (kilkadziesiąt pozycji) zrealizowanych projektów liniowych przez podwykonawcę, stanowiące załączniki do wyjaśnień AECOM w zakresie kwestionowanej ceny oferty, z uzasadnionym zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa; także - złożone przez AECOM zestawienie cen ofert 9. wykonawców uczestniczących w postępowaniu, wskazujące: ceny ofert, ceny projektu robót geologicznych tab. TER punkt 5.1, odchylenie od średniej arytmetycznej w %.

Dowód ten, *ad vocem* do stanowiska odwołującego o jednostkowej cenie oferty AECOM, miał stanowić o dziesięcioprocentowej (10%) wartości ceny projektu robót geologicznych tab. TER punkt 5.1 w ofercie odwołującego, do całkowitej ceny jego oferty; z konkluzją, że wg zasad porównawczych przyjętych w odwołaniu, cena częściowa oferty odwołującego również powinna być uznana, a co najmniej badana, jako rażąco niska.

Postępowanie o udzielenie zamówienia zostało opublikowane ogłoszeniem o zamówieniu w dniu 27 października 2015 r. i zgodnie z przepisami ustawy, stanowiskami stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, odwołanie rozpoznawane jest wg przepisów obowiązujących w dacie wszczęcia postępowania.

Zatem, niezależnie od faktu respektowania zasad intertemporalnych, pojawiające się w odwołaniu odniesienia do aktualnego brzmienia przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, np. pkt 2, pkt 3 (zarzuty, str. 3 odwołania), wskazujące w treści „*wyliczenia ceny lub kosztu*”, co odpowiada aktualnemu brzmieniu przepisu – nie są brane pod uwagę. Ma to również odniesienie do części uzasadnienia przedstawiającego cytaty z orzeczeń, wydanych na podstawie aktualnego brzmienia przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, np. uzasadnienie wyroku z 23 marca 2017 r., sygn. akt KIO 431/17 (str. 7 odwołania).

Izba podzieliła stanowisko AECOM, że mogą być brane pod uwagę orzeczenia wydane w sprawie postępowań wszczętych pod rządami tych samych przepisów ustawy Pzp.

Jednocześnie Izba podzieliła stanowisko odwołującego, przywołujące cytaty z wyroku z 13 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 624/17 dotyczącego przepisu art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp, że przepis odnosi cenę do wartości przedmiotu zamówienia - ma to być „*cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia*” oraz przedstawione w uchwale z 8 listopada 2016 r., sygn. akt KIO/KD 69/16, że ustawa Pzp nie definiuje pojęcia „*rażąco niskiej ceny*”. Nie definiują pojęcia rażąco niskiej ceny także przepisy dyrektyw unijnych będące u podstaw regulacji ustawy Pzp. Nie wskazują nawet, jakimi kryteriami powinien kierować się zamawiający przy dokonywaniu badania wstępnego czy taka sytuacja w konkretnym postępowaniu zachodzi.

Również inne cytowane orzeczenia, w których wskazano badanie ceny oferty wykonawcy na podstawie ustawowych zasad wyrażonych w art. 90 ust. 1 ustawy

w brzmieniu odpowiadającym w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia,

– odniesienie ceny oferty do przedmiotu zamówienia.

Trafnie wskazał uczestnik postępowania odwoławczego AECOM podstawy prawne i wydane orzecznictwo, w zakresie stosowania przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz zasady oceny ceny oferty w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, w przypadku kwestionowania cen jednostkowych.

Izba podzieliła stanowisko co do adekwatności zarzutu w rozpoznawanym odwołaniu do rozstrzygnięcia Izby w wyroku z 15 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 3021/13: „*Prowadzenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w odniesieniu jedynie do dwóch cen jednostkowych spośród wielu, składających się na ostateczną cenę oferty prowadzi do fałszywych wniosków, rażąco niska cena jednostkowa nie stanowi bowiem o rażąco niskiej cenie oferty, a ponadto wypaczałoby to instytucję "rażąco niskiej ceny oferty", która przedmiotem oceny czyni cenę oferty, a nie ceny jej elementów składowych.*”

Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia postępowania, stosowany w zakresie wskazanym w treści zarzutów odwołania, stanowił, że zamawiający podejmuje czynności wyjaśniające „*jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonym przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów (...)*”.

Ceny jednostkowe czy wartości części zamówienia nie zobowiązywały zamawiającego do czynności, w świetle wskazanego przepisu, zwłaszcza, że ceny mimo różnic z innymi cenami w postępowaniu, nie wskazywały na taką

konieczność, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia (prace projektowe) i formę wynagradzania - obmiar i ryczałt.

Należy mieć na względzie, że odwołujący wnoszący odwołanie obciążony jest obowiązkiem udowodnienia zarzutów, zgodnie z zasadą ciężaru dowodu (art. 190 ust. 1 ustawy Pzp).

Zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp - *Ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego*, co nie zwalnia odwołującego podnoszącego zarzut rażąco niskiej ceny od udowodnienia zarzutu odwołania jako inicjatora sporu, na podstawie art. 190 ust. 1 Pzp: *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.*

Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

Odwołujący nie przedstawił dowodów, poza zamieszczonym w odwołaniu porównaniem kwestionowanych cen jednostkowych z cenami ofert innych wykonawców, szczególnie swojej oferty, uznając je za ceny rynkowe oraz procentowym porównaniem wartości częściowych pozycji z analogicznymi pozycjami w innych ofertach.

Przedmiotem zarzutów w ofertach: AECOM są 2 ceny jednostkowe, JPL wartości 6. pozycji w Formularzu 1.1. Zamawiający oświadczył na rozprawie, że nie zwracał się do żadnego z obu wykonawców - uczestników postępowania odwoławczego, gdyż ceny ofert nie budziły żadnych jego wątpliwości. Zgodnie z opisem zamieszczonym w SIWZ wskazał w poszczególnych pozycjach cen jednostkowych oraz wartości pozycji, progi procentowe min

- max, w jakich powinny mieścić się ceny jednostkowe i wartości pozycji za poszczególne elementy wykonania zamówienia. W obu przypadkach wskazane przez wykonawców ceny jednostkowe i wartości, podważane w odwołaniu, mieściły się w przedziale od min do max i oferty w tym zakresie nie podlegały żadnemu kwestionowaniu.

Odwołujący pominął tę kwestię w odwołaniu, nie przedstawił odmiennego stanowiska wobec wyjaśnień zamawiającego, nie odniósł się też do porównawczego zestawienia cen części zamówienia złożonego przez AECOM, z którego wynika, że w świetle oceny wg kryterium porównawczego przyjętego przez odwołującego, oferta odwołującego powinna być również zakwalifikowana do ofert z podejrzeniem rażąco niskiej ceny.

W postępowaniu złożono 9 ofert, z cenami od 8 263 067,43 zł do 17 988 077,19 zł (brutto).

Ceny ofert wykonawców uczestniczących w sporze, wraz z punktacją na podstawie kryteriów oceny ofert (cena 80 pkt, termin wykonania zamówienia 20 pkt), przedstawiają się następująco:

AECOM 8 263 067,43 zł - 100,00 pkt łącznie

JPL 9 344 933,00 zł - 90,63 pkt łącznie

odwołujący 10 861 326,20 zł - 80,77 pkt łącznie

Wykonawcy wskazali w formularzach ofert termin realizacji zamówienia jednakowo 50 miesięcy, stąd przyznano każdemu wykonawcy w kryterium termin wykonania po 20 pkt.

Kwestionowane w odwołaniu ceny jednostkowe (obmiar) i wartości (ryczałt) zostały zamieszczone w Formularzach 1.1.

Formularze 1.2. Tabela Elementów Płatności – przedstawiają przede wszystkim terminy i warunki płatności.

Formularz 1.1. Formularz Cenowy: Tabela Elementów Rozliczeniowych, to wykazane m.in. Wyszczególnienie opracowań, jednostek (nazwa i ilość), ceny jednostkowej (zł), wartość pozycji (netto) (zł), limit min - max.

I.

AECOM wskazał w Formularzu 1.1. Tabela Elementów Rozliczeniowych, w poz.

5.2.1.1.1. i w poz. 5.2.1.1.2., zgodnie z podaną przez zamawiającego ilością jednostek w metrach bieżących, ceny jednostkowe dla próbek kategorii A: głębokość wierceń do 25 m i głębokość wierceń ponad 25 m - 10 zł oraz wartość pozycji netto (zł). W ostatniej kolumnie Formularza limit min - max wskazano dolny i górny procentowy próg wartości w stosunku do ceny ofertowej netto, którą to wartość w tych progach należało zachować przy konstruowaniu ceny oferty.

Oznaczało to, zgodnie z wyjaśnieniem zamawiającego złożonym na rozprawie, że wartości poszczególnych części zamówienia musiały być zawarte w podanych granicach procentowych ceny ofertowej netto.

Dla poz. 5 Formularza *Dokumentacja geologiczno-inżynierska wraz z projektem robót geologicznych*, limit wynosi 30-60% ceny ofertowej netto. Wartość częściowa pozycji 5 w ofercie AECOM, to kwota 3 211 587,50 zł stanowiąca łącznie w tej pozycji 49,89% ceny ofertowej netto. Cena jednostkowa za głębokość wierceń do 25 m i głębokość wierceń ponad 25 m, mimo że jest niska w stosunku do przedstawionych cen jednostkowych innych ofert, mieści się w przedziale dopuszczonym przez zamawiającego.

Dowody przedstawione przez AECOM wskazujące wiarygodne ustalenie ceny w tym zakresie na podstawie wyceny podwykonawcy (oferty) oraz doświadczenie podwykonawcy potwierdzone dokumentami, wskazuje na

niezasadność zarzutu i żądania odwołującego do nakazania zamawiającemu powzięcia wątpliwości co realności ceny oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, wezwanie do udzielenia wyjaśnień, a w konsekwencji odrzucenie oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W świetle materiału dowodowego, brak jest podstaw do uznania, że cena oferty AECOM z powodu cen jednostkowych w dwóch pozycjach, ustalonych w sposób dopuszczony przez zamawiającego i nie budząca jego wątpliwości co do realności, jest rażąco niska lub nosi takie znamiona.

Izba podziela stanowisko wskazane m.in. w wyroku z 15 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 3021/13 o bezzasadności prowadzenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny w odniesieniu jedynie do dwóch cen jednostkowych spośród wielu przedstawionych w ofercie.

Niezasadność zarzutu odwołującego, skutkuje tym, że wybór oferty najkorzystniejszej nie został podważony w postępowaniu odwoławczym.

II. Ocena zarzutów wobec oferty JPL, niezależnie od jej wyniku, nie stanowi podstawy do uwzględnienia odwołania.

W przedmiocie ceny oferty – w zakresie kwestionowanym w odwołaniu – przyjętym wynagrodzeniem jest ryczałt, nie występują ceny jednostkowe.

Formularz 1.1. Formularz Cenowy: Tabela Elementów Rozliczeniowych.

W poz. 1. Studium Korytarzowe (SK), wartość pozycji netto wyniosła 170 000 zł, stanowiąc 2,24% ceny ofertowej netto, przy ustalonym limicie 2-7%.

W poz. 2 Studium Techniczno-Ekonomiczno-Środowiskowe (STES) odwołujący wskazał 3 pozycje na 11, wartość netto całej pozycji 2 wynosi 1 139 775,00, stanowiąc 15% ceny ofertowej netto, przy limicie 15-35%.

W poz. 4.2. KP Część ogólna, odwołujący wskazał tę pozycję o wartości 40 000 zł, na 8 pozycji występujących w tej części oznaczonej - 4 Koncepcja Programowa (KP), wartość częściowa w kwestionowanej części wynosi 705 000 zł, stanowiąc w 4 części 20,12% ceny ofertowej netto, przy ustalonym limicie 20-40%.

Ustalenie składowych wartości tworzących cenę oferty (wartość z 23% VAT), w sposób wymagany przez zamawiającego i wykazane przez zamawiającego na podstawie Formularza i wyjaśnień złożonych na rozprawie, potwierdzenie wartości w granicach ustalonych limitów, nie pozwala przyjąć, że zamawiający nie dopełnił obowiązku weryfikacji ceny oferty.

Niezgodność treści oferty JPL z treścią SIWZ – zarzut niezasadny. Izba przychyliła się do ukształtowanego już stanowiska, co do treści oferty i treści SIWZ w przypadku konieczności zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W tym przypadku ustalono na rozprawie, potwierdza to dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia, że trzech wykonawcy uczestniczący w sporze zaoferowali w formularzach ofertowych jednakowe terminy wykonania zamówienia – w terminie nie dłuższym niż 50 miesięcy (...) – dla oceny w kryterium oceny ofert. W Formularzu 1.2. daty wykonania poszczególnych opracowań JPL wskazał w poz. 4 i 5 też 50 miesięcy, w sytuacji, gdy inni wykonawcy – odwołujący, AECOM wskazali 46 miesięcy. Opis sposobu liczenia terminów został przedstawiony w stopce Formularza 1.2, a jego znaczenie informacyjne wyjaśnione na rozprawie. Dotyczy zgodności terminu z harmonogramem prac projektowych opracowanym przez wykonawcę zgodnie z § 5 umowy (w terminie 14 dni po zawarciu umowy).

W postępowaniu dowodowym nie wykazano niezgodności treści oferty JPL z treścią SIWZ w rozumieniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Na podstawie przedstawionych ustaleń Izba nie uznała zasadności zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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.). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła wpis uiszczony przez odwołującego w kwocie 15 000 zł oraz zasądziła na rzecz zamawiającego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego, w wysokości określonej na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, w kwocie 3 600 zł z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący.....