

**WYROK**  
**z dnia 26 stycznia 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Protokolant: Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 stycznia 2015 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 grudnia 2014 r. przez wykonawcę: **TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o., ul. Partyzantów 72 A, 80-254 Gdańsk**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Miasto Świnoujście reprezentowana przez Prezydenta Miasta, ul. Wojska Polskiego 1/5, 72-600 Świnoujście**,

przy udziale wykonawcy **TECHNITAL S.p.A., Via Cassando d'Adda 27/1, 20139 Mediolan, Włochy** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o., ul. Partyzantów 72 A, 80-254 Gdańsk**, i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o., ul. Partyzantów 72 A, 80-254 Gdańsk** tytułem wpisu od odwołania,**

**2.2. zasądza kwotę 4 304 zł 31 gr (słownie: cztery tysiące trzysta cztery złote trzydzieści jeden groszy) od wykonawcy TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o., ul. Partyzantów 72 A, 80 - 254 Gdańsk na rzecz zamawiającego: Gmina Miasto Świnoujście reprezentowana przez Prezydenta Miasta, ul. Wojska Polskiego 1/5 72-600 Świnoujście stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający: Gmina Miasto Świnoujście reprezentowana przez Prezydenta Miasta prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Opracowanie programu funkcjonalno-użytkowego dla zadania: „Usprawnienie połączenia komunikacyjnego pomiędzy wyspami Uznam i Wolin w Świnoujściu”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2014/S 129-231208 w dniu 9 lipca 2014 r.

W dniu 12 grudnia 2014 r. wykonawca ubiegający się o zamówienie: TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku otrzymał od Zamawiającego informację o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez TECHNITAL S.p.A. oraz o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp.

Wykonawca TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego, wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 90 ust. 1 w zw. z art. 186 ust. 2 i w zw. z art. 90 ust 3 Pzp, poprzez ponowne wezwanie Odwołującego do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, pomimo faktu, iż Zamawiający uznał uprzednio za wystarczające wyjaśnienia Odwołującego złożone w dniu 5 września 2014 r., następnie na skutek uwzględnienia przez KIO odwołań Odwołującego w sprawach o sygn. akt: KIO 1952/14 oraz KIO 2038/14 dokonał ponownej oceny oferty Odwołującego, nie wzywając go do ponownego złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, co również potwierdza, że kwestię tę uznał za wyjaśnioną, a następnie na skutek uwzględnienia w całości zarzutów kolejnego odwołania Odwołującego (KIO 2420/14) przystąpił do ponownego badania oferty Odwołującego sprzecznie z dyspozycją zawartą w art. 186 ust. 2 Pzp, i w konsekwencji odrzucił ofertę Odwołującego;
2. art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez uznanie, że Odwołujący nie złożył wyjaśnień bądź też, że wyjaśnienia złożone przez Odwołującego potwierdzają rażąco niską cenę;
3. art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez uznanie, że udzielenie przez Odwołującego wyjaśnień o treści innej niż oczekiwana przez Zamawiającego jest równoznaczne z niezłożeniem wyjaśnień w ogóle i może stanowić podstawę odrzucenia oferty;
4. art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie dokonania oceny oferty Odwołującego i uwzględnienia jej przy dokonywaniu wyboru oferty najkorzystniejszej pomimo, że oferta ta została wadliwie odrzucona, a w konsekwencji wybór oferty, która nie była najkorzystniejszą, biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert, określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;
5. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób

niezapewniający równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności z dnia 12 grudnia 2014 r. polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego;
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 12 grudnia 2014 r.,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny oferty Odwołującego w zakresie kryteriów: „jakość” oraz „wartość techniczna”.

Odwołujący wniósł także o zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kwoty 3.600 zł z tytułu zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu odwoławczym oraz pozostałych kosztów według przedłożonego na rozprawie spisu kosztów.

Odwołujący wyjaśnił, że w kontekście wymogów zawartych w art. 179 ust. 1 Pzp posiada interes w złożeniu odwołania, ponieważ ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, a w przypadku nie odrzucenia oferty Odwołującego oraz przy zastosowaniu kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty, określonych w treści SIWZ, tj. najniższej ceny (50%), jakości (20%) oraz wartości technicznej (30%), oferta Odwołującego miałaby szansę zostać uznana za najkorzystniejszą.

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z art. 186 ust. 2 w zw. z art. 90 ust 3 Pzp.

Zamawiający w dniu 3 września 2014 r. zwrócił się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, dotyczących sposobu wyceny następujących elementów oferty: programu funkcjonalno-użytkowego, projektu robót geologicznych, robót geologicznych na podstawie sporządzonego projektu, dokumentacji hydrogeologicznej oraz geologiczno-inżynierskiej, specyfikacji technicznych zawierających warunki wykonania i odbioru robót, które mają wpływ na wysokość ceny ofertowej.

Odwołujący pismem z dnia 5 września 2014 r. złożył wyjaśnienia. Obok części opisowej przedstawił kalkulację kosztów projektowych (szczegółową) oraz zakres i wycenę prac geologicznych opracowaną przez inny podmiot.

Wyjaśnienia te Zamawiający uznał za złożone, satysfakcjonujące i wystarczające do dokonania oceny oferty w zakresie, czy zawiera ona rażąco niską cenę. Zamawiający nie wezwał Odwołującego do uzupełnienia wyjaśnień czy też wyjaśnienia elementów, do których powziąłby wątpliwości. W uzasadnieniu odrzucenia oferty z dnia 12.09.2014 r. wskazał, że „Wykonawca w dniu 08.09.2014 r. złożył wyjaśnienia w powyższym zakresie” zaś argumentem dla zastosowania art. 90 ust 3 Pzp i odrzucenia oferty Odwołującego było potwierdzenie przez wykonawcę rażąco niskiej ceny oferty.

Tak samo przebieg tych wyjaśnień oceniła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 24.10.2014 r. w sprawie KIO 1952/14 i 2038/14 - k. 68 in fine, k. 69, przy czym Izba

stwierdziła, że Zamawiający wadliwie odrzucił ofertę, powołując się na to, że oferta ta zawierała rażąco niską cenę. Izba nie nakazała Zamawiającemu ponownego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień odnoszących się do rażąco niskiej ceny. W ww. wyroku Izba stwierdziła, że: „Wykonawcy - trzej odwołujący się (w tym Transprojekt Gdański - przypis własny) - złożyli wyjaśnienia, więc zgodnie z przepisem art. 90 ust 3 Pzp, nie można uznać, że nie złożyli wyjaśnień skutkujących odrzuceniem ofert”.

Odwołujący wskazał, że oceniając wyjaśnienia Odwołującego, Zamawiający tylko co do jednego ze składników oferty - wynagrodzenia wiodącego projektanta - stwierdził, że wynagrodzenie to „jest rażąco zaniżone do rzeczywistego wynagrodzenia inżyniera w krajach tzw. starej unii, które w Niemczech wynosi ponad 4000 euro/mc”. Co do pozostałych składników oferty Zamawiający nie miał wątpliwości, co znalazło wyraz w uzasadnieniu decyzji Zamawiającego z dnia 12.09.2014 r. o odrzuceniu oferty. Uznać zatem należy, że Zamawiający w toku badania ofert wyczerpał tryb wynikający z art. 90 ust 1 Pzp.

Odwołujący podniósł, iż nie kwestionuje uprawnienia Zamawiającego do wielokrotnego wzywania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w zakresie ustalenia, czy jego oferta zawiera rażąco niską cenę, lecz odbywać się to może w trakcie jednokrotnego badania. W przypadku jednak, gdy Zamawiający zakończy procedurę badania oferty pod kątem rażąco niskiej ceny, nie mając wątpliwości co do udzielonych odpowiedzi, nie może ponownie wszczynać tej procedury na podstawie art. 90 ust 1 Pzp. W dniu 6 listopada 2014 r. Zamawiający nie miał żadnych uwag do ceny zaoferowanej przez Odwołującego - dokonał ponownego badania i oceny oferty Odwołującego, klasyfikując ją na drugim miejscu. Wobec tych czynności Odwołujący również wniósł odwołanie, podnosząc zarzuty nieprawidłowej i niezgodnej z treścią SIWZ oceny oferty Odwołującego w ramach kryterium „jakość” oraz „wartość techniczna” (odwołanie z dnia 17.11.2014 r.), które Zamawiający pismem z dnia 25 listopada 2014 r. uwzględnił w całości, wobec czego, stosownie do dyspozycji zawartej w przepisie art. 186 ust. 2 Pzp, winien wykonać, powtórzyć bądź unieważnić czynności w postępowaniu, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zarzuty odwołania w żaden sposób nie odnosiły się do kwestii rażąco niskiej ceny, gdyż kwestia ta została już wyjaśniona i zakończona. Czynności podjęte przez Zamawiającego nie odnosiły się jednak do oceny dokumentów branych pod uwagę w kryterium „jakość” i „wartość techniczna” (Harmonogram i Opis środków organizacyjno-technicznych) - wezwanie z dnia 3.12.2014 r..

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie był uprawniony do ponownego rozpoczęcia badania kwestii rażąco niskiej ceny, czym naruszył dyspozycję art. 186 ust. 3 i art. 90 ust. 1 Pzp. Odrzucenie oferty dokonane na skutek takiego nieuprawnionego badania narusza art. 90 ust 3 Pzp. Takie postępowanie przeczy zasadzie szybkości i sprawności postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, powodowałoby też nierówne traktowanie

wykonawców.

Nawet jeśli przyjąć, że Zamawiający ma prawo do wielokrotnego wzywania do wyjaśnienia kwestii rażąco niskiej ceny, to dziwi fakt, że Zamawiający nie zrobił tego przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 6.11.2014 r. Co więcej, Zamawiający wskazał wówczas, że „Komisja przetargowa przeanalizowała i zbadała ponownie treść oferty Transprojekt Gdański i uznała, że również w przypadku uzyskania w ramach kolejnego wezwania do wyjaśnienia treści oferty, informacji o sposobie wyceny wszystkich elementów oferty mających wpływ na cenę, nie będzie w stanie dowieść w sposób nie ulegający podważeniu w ewentualnym postępowaniu odwoławczym, że przedmiotowa oferta podlega odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną (...)”.

#### Zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp.

Jako podstawę odrzucenia oferty Zamawiający wskazał art. 90 ust. 3 Pzp. Wskazany przepis stanowi o odrzuceniu oferty wyłącznie w dwóch przypadkach:

- 1) wykonawca nie złożył wyjaśnień,
- 2) ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W przypadku złożenia wyjaśnień nie mogą być stosowane konsekwencje niezłożenia wyjaśnień (tak wyrok KIO z dnia 24.10.2014 r. w sprawach o sygn. akt: KIO 1943/14, KIO 1952/14, KIO 1966/14, KIO 2038/14). Potwierdzenie zaś rażąco niskiej ceny, to rzadkie przypadki, gdyż wykonawcy zazwyczaj nie potwierdzają rażąco niskiej ceny, w większości zaprzeczają istnieniu takich okoliczności. Znane potwierdzenia rażąco niskiej ceny, to np. wskazanie ceny oferty jako wynik błędu, skutkującego niemożnością wykonania zamówienia za oferowaną cenę (tak wyrok KIO z dnia 24.10.2014 r. w sprawach o sygn. akt: KIO 1943/14, KIO 1952/14, KIO 1966/14, KIO 2038/14).

W przedmiotowym postępowaniu nie ma miejsca sytuacja, w której wykonawca nie złożyłby wyjaśnień ani sytuacja, w której złożone wyjaśnienia potwierdzałyby rażąco niską cenę. Nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty w oparciu o art. 90 ust. 3 Pzp udzielenie przez Odwołującego wyjaśnień o treści innej niż oczekiwana przez Zamawiającego i zrównanie złożenia takich wyjaśnień z przypadkiem ich niezłożenia w ogóle.

Wezwaniem z dnia 3 września 2014 r. Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów, które były częścią „Wykazu wycenionych elementów rozliczeniowych”, stanowiącego Załącznik nr 1 do Umowy. Wykaz ten stanowił istotny załącznik do oferty, wskazujący ceny części składowych oferty.

Wezwaniem z dnia 3 grudnia 2014 r. Zamawiający wezwał wykonawcę do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający wskazał, że udzielając wyjaśnień wykonawca powinien przedstawić szczegółową kalkulację

zapropowanej ceny, zawierającą nakłady i koszty: robocizny (w tym poszczególnych członków zespołu projektowego - personelu), sprzętu i innych, bardzo szczegółowo opisanych na 4 stronach elementów. Odwołujący podkreślił, że w SIWZ Zamawiający nie żądał sporządzenia na etapie składania ofert szczegółowej kalkulacji, kosztorysu czy innego dokumentu podobnego. Z porównania treści obu ww. wezwań wynika, że drugie wezwanie w swej części szczegółowej nie pokrywa się w olbrzymiej części z „Wykazem wycenionych elementów rozliczeniowych”, który stanowić miał podstawę kalkulacji oferty.

Odwołujący wskazał, że cena za wykonanie przedmiotu zamówienia jest ceną ryczałtową. W świetle orzecznictwa KIO Zamawiający nie mógł pytać o wybrane przez siebie aspekty, zupełnie oderwane od ceny ryczałtowej, jak i od „Wykazu wycenionych elementów rozliczeniowych”, a w szczególności w takim stopniu szczegółowości, jak to uczynił. Zamawiający nie mógł też żądać, by wykonawca skalkulował cenę w taki sposób, w jaki narzucił to Zamawiający w piśmie z dnia 3 grudnia 2014 r.

W ocenie Odwołującego, pytania zawarte w drugim wezwaniu nie służyły poznaniu, czy Zamawiający ma do czynienia z rażąco niską ceną ale były tak skonstruowane, by Odwołujący nie był w stanie na nie odpowiedzieć. Poprzez zadanie tak szczegółowych pytań Zamawiający de facto odstąpił od sposobu kalkulacji narzuconego w SIWZ przez „Wykaz wycenionych elementów rozliczeniowych” i uniemożliwił Odwołującemu złożenie wyjaśnień o treści wymaganej przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że jest jednym z największych w Polsce biur projektowych w branży infrastruktury transportowej, funkcjonuje na rynku od 62 lat. Wykonawca w wyniku wieloletnich doświadczeń wypracował sposób kalkulowania cen za swoje usługi, a specyfika wykonywania zamówień w zakresie projektowania nie daje możliwości usystematyzowania kalkulacji cen w sposób żądany przez Zamawiającego. Nie istnieją też żadne normy, mierzalne wytyczne, kosztorysy opisujące i pozwalające na ścisłe wyliczenie kosztów w takim rozbięciu, jak żądał Zamawiający w piśmie z dnia 3 grudnia 2014 r.

Wyjaśnienia udzielone przez Odwołującego w dniu 8 i 10 grudnia 2014 r. nawiązywały do pierwotnych wyjaśnień złożonych w dniu 5 września 2014 r. W piśmie z dnia 5 września 2014 r. Odwołujący wskazał, w jaki sposób określił wartość prac niezbędnych i wystarczających do wykonania zamówienia, podał okoliczności i czynniki, które przyczyniły się do ustalenia przez niego ceny oferty.

Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 09.06.2014 r. wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 1049/14 i wskazał, że nie jest istotne, jaka wartość została przypisana konkretnym pozycjom (czy to wymienionym w „Wykazie wycenionych elementów rozliczeniowych” czy to pozycjom wymienionym w wezwaniu z dnia 3 grudnia 2014 r.) bowiem Zamawiający powinien oceniać czy cała oferta, a nie jej poszczególne składniki, zawierają rażąco niską cenę.

Odwołujący podniósł ponadto, że wskazane przez niego ceny niektórych pozycji wymienionych w „Wykazie wycenionych elementów rozliczeniowych” były wyższe od cen zaofferowanych przez innych wykonawców np. poz. 2 - koncepcja programowo przestrzenna, poz. 4 - roboty geologiczne na podstawie sporządzonego projektu, poz. 6 - specyfikacje techniczne zawierające warunki wykonania i odbioru robót budowlanych.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp.

Jak wykazano w odwołaniu, oferta Odwołującego została wadliwie odrzucona, a zatem Zamawiający wybrał ofertę, która nie była ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu a priori dyskwalifikuje ofertę Odwołującego i podejmuje czynności zmierzające do nieuzyskania przez Odwołującego zamówienia. Wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 3 grudnia 2014 r. i ocena odpowiedzi Odwołującego oraz odrzucenie oferty Odwołującego narusza art. 7 ust 1 i 3 Pzp, bowiem treść wezwania nie miała na celu rzeczywistego badania, czy cena zaproponowana przez Odwołującego jest rażąco niska, lecz - wyeliminowanie Odwołującego z postępowania. Odwołujący jest w stanie za wskazaną cenę wykonać całość prac objętych SIWZ i uzyskać zysk. Nie sposób zatem twierdzić, że zaofferowana cena jest rażąco niska. Dodatkowo, oferty z cenami w granicach do 2 mln zł złożyło 5 wykonawców, w tym wykonawca, którego oferta uznana została za najkorzystniejszą. Nie jest możliwe, aby aż pięciu wykonawców w jednym postępowaniu złożyło oferty zawierające rażąco niskie ceny, za które nie da się zrealizować zamówienia.

Wykonawca TECHNITAL S.p.A. z siedzibą w Mediolanie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał, że posiada legitymację do wniesienia odwołania, w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.



Wykonawca TECHNITAL S.p.A. skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Przystąpienie ww. wykonawcy spełnia przesłanki, o których mowa w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołanie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny w niniejszej sprawie.

Przedmiotem zamówienia jest „Opracowanie programu funkcjonalno-użytkowego dla zadania: Usprawnienie połączenia komunikacyjnego pomiędzy wyspami Uznam i Wolin w Świnoujściu”. Zamawiający opisał w pkt 3 SIWZ przedmiot zamówienia jako wykonanie programu funkcjonalno-użytkowego oraz wykonanie: koncepcji programowo przestrzennej, projektu robót geologicznych, robót geologicznych na podstawie sporządzonego projektu, dokumentacji hydrogeologicznej oraz geologiczno-inżynierskiej, specyfikacji technicznych zawierających warunki wykonania i odbioru robót budowlanych. Szczegółowy zakres zamówienia został określony m.in. w formularzu „Wykaz wycenionych elementów rozliczeniowych”, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ, który wykonawcy byli zobowiązani złożyć w ofercie zgodnie z pkt 9.4 lit. h SIWZ.

W pkt 16 SIWZ Zamawiający opisał sposób obliczenia ceny oferty, wskazując jednoznacznie, że wymagane jest przedstawienie w ofercie (w formularzu „Oferta”) wynagrodzenia ryczałtowego za realizację przedmiotu zamówienia - ceny ryczałtowej – dla określenia której podstawą musi być zakres usług, zgodny z „Wykazem wycenionych elementów rozliczeniowych” i „Opisem przedmiotu zamówienia”.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 4 464 831,07 zł, co stanowi równowartość 1 056 789,76 euro. W postępowaniu wpłynęło do Zamawiającego 10 ofert. Wykonawcy złożyli oferty z cenami: w granicach ok. 2 mln zł - 5 ofert, jedna oferta w granicach ok. 3 mln zł; dwie oferty w granicach ok. 4 mln zł; jedna ok. 5,5 mln zł; jedna ok. 10 mln zł. Średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wyniosła 3 699 807 zł. Stosunek ceny oferty wykonawcy TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o. do kwoty przeznaczonej przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia wynosi 31,69%. Stosunek ceny ww. oferty do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert wynosi 47,11%.

Zamawiający w dniu 3 września 2014 r. zwrócił się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, dotyczących sposobu wyceny następujących elementów oferty: programu funkcjonalno-użytkowego, projektu robót geologicznych, robót geologicznych na podstawie sporządzonego projektu, dokumentacji hydrogeologicznej oraz

geologiczno-inżynierskiej, specyfikacji technicznych zawierających warunki wykonania i odbioru robót, które mają wpływ na wysokość ceny ofertowej.

Odwołujący pismem z dnia 5 września 2014 r. złożył wyjaśnienia. Obok części opisowej przedstawił kalkulację kosztów projektowych (szczegółową) oraz zakres i wycenę prac geologicznych opracowaną przez podmiot, który złożył Odwołującemu ofertę na wykonanie tych prac.

W dniu 12 września 2014 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp, uznając, że złożone wyjaśnienia potwierdziły rażąco niską cenę złożonej oferty.

W dniu 22 września 2014 r. Odwołujący wniósł odwołanie wobec powyższej czynności. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie. W wyroku z dnia 24 października 2014 r. w sprawie KIO 1952/14 i 2038/14 Izba stwierdziła m.in., że Odwołujący (jeden z trzech wykonawców, którzy wnieśli odwołania) złożył wyjaśnienia „więc zgodnie z przepisem art. 90 ust. 3 Pzp, nie można uznać, że nie złożyli wyjaśnień skutkującym odrzuceniem ofert. W ocenie Izby, nie znajduje uzasadnienia w treści przepisu pogląd, że złożenie wyjaśnień niepełnych, odmiennych od oczekiwanych, jeżeli w wezwaniu nie wskazano precyzyjnie oczekiwania, skutkuje odrzuceniem oferty. W takiej sytuacji zamawiający jest zobowiązany dokonać dalszych wyjaśnień stosownie do orzecznictwa i wykładni przepisu, zgodnie ze wskazaniem przedstawionym wyżej.” Izba nakazała Zamawiającemu m.in. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę URS Polska Sp. z o.o., unieważnienie odrzucenia oferty TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o. oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert nieodrzuconych, z uwzględnieniem oferty Odwołującego. Z uzasadnienia wyroku Izby wynika, że Izba nie ograniczyła Zamawiającego co do zakresu lub rodzaju czynności które mogą być wykonane w ramach powtórnego badania i oceny ofert, w tym oferty Odwołującego.

W dniu 6 listopada 2014 r. Zamawiający dokonał ponownego badania i oceny ofert, w tym oferty Odwołującego, klasyfikując ją na drugiej pozycji. Zamawiający dokonał jednocześnie wyboru oferty wykonawcy TECHNITAL S.p.A. jako najkorzystniejszej.

Wobec powyższych czynności w dniu 17 listopada 2014 r. zostały wniesione dwa odwołania – jedno odwołanie wniósł Odwołujący, podnosząc zarzuty dotyczące nieprawidłowej i niezgodnej z treścią SIWZ oceny oferty Odwołującego w ramach kryterium „jakość” oraz „wartość techniczna”, a drugie odwołanie wniósł wykonawca URS Polska Sp. z o.o., który podniósł zarzuty dotyczące zaniechania czynności odrzucenia ofert TECHNITAL S.p.A. i TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, jako zawierających rażąco niskie ceny oraz zaniechania ponownego wezwania ww. wykonawców do złożenia dodatkowych wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp. Odwołujący nie zgłosił przystąpienia po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego wywołanego

odwołaniem wniesionym przez URS Polska Sp. z o.o.

Zamawiający pismem z dnia 25 listopada 2014 r. uwzględnił oba ww. odwołania w całości. Postępowanie odwoławcze zostało umorzone.

W ramach czynności wykonywanych na skutek uwzględnienia ww. odwołań Zamawiający wezwał w dniu 3 grudnia 2014 r. obu wykonawców (TECHNITAL S.p.A. i TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o.) do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zamawiający zobowiązał wykonawców do przedstawienia szczegółowej kalkulacji zaoferowanej ceny, zawierającej nakłady i koszty: robocizny (w tym poszczególnych członków zespołu projektowego - personelu), sprzętu i innych elementów dla każdego z wymienionych w wezwaniu elementów, objętych Opisem Przedmiotu Zamówienia, zawartym w SIWZ. Pismem z dnia 5 grudnia 2014 r., na wniosek jednego z wykonawców, Zamawiający przedłużył termin złożenia wyjaśnień do dnia 9 grudnia 2014 r.

Odwołujący złożył wyjaśnienia w dniu 8 grudnia 2014 r. W ww. piśmie Odwołujący podtrzymał wyjaśnienia z dnia 5 września 2014 r. i powołał się na treść uprzednio złożonych wyjaśnień, w tym na złożoną wraz z wyjaśnieniami z dnia 5 września 2014 r. tabelę „Szczegółowa kalkulacja kosztów projektowych” oraz ofertę PGI P. J. Sp.j., sprostowaną pismem z dnia 16 września 2014 r. Odwołujący nie przedstawił w złożonych wyjaśnieniach szczegółowych informacji według wymagań Zamawiającego określonych w wezwaniu. Z uwagi na powyższe, w dniu 9 grudnia 2014 r. Zamawiający zwrócił się ponownie do Odwołującego o złożenie uzupełniających wyjaśnień w zakresie elementów wyszczególnionych w wezwaniu z dnia 3 grudnia 2014 r., zakreślając dodatkowy termin - 10 grudnia 2014 r.

W dniu 10 grudnia 2014 r. Odwołujący złożył do Zamawiającego pismo, w którym wskazał, że wyjaśnienia kosztów prac niezbędnych i wystarczających do wykonania zamówienia zostały złożone w pismach z dnia 5 września i 8 grudnia 2014 r. oraz w „Szczegółowej kalkulacji kosztów projektowych”. W uzupełnieniu dotychczas przedstawionych informacji Odwołujący przedstawił dwie oferty cenowe podwykonawców: dla systemu automatyki pożarowej, monitoringu tunelu, wyposażenia technicznego tunelu oraz na prace geodezyjne. Odwołujący zakwestionował przy tym uprawnienie Zamawiającego do żądania szczegółowej kalkulacji kosztów, o której mowa w wezwaniu z dnia 3 grudnia 2014 r.

Odwołujący nie wniósł odwołania wobec czynności Zamawiającego – wezwania z dnia 3 grudnia 2014 r. do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny oferty, zgodnie z wyszczególnieniem elementów przedmiotu zamówienia, podanym przez Zamawiającego.

W dniu 12 grudnia 2014 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty TECHNITAL S.p.A.

jako najkorzystniejszej oraz odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp, uznając, że na wezwanie z dnia 3 grudnia 2014r. wykonawca udzielając wyjaśnień w pismach z dnia 8 i 10 grudnia 2014r. nie udzielił wyjaśnień dot. wszystkich elementów objętych wezwaniem Zamawiającego. Wskazał jednocześnie elementy, dla których Odwołujący nie przedstawił wymaganej szczegółowej kalkulacji zaoferowanej ceny zawierającej nakłady i koszty: robocizny (w tym poszczególnych członków zespołu projektowego – personelu), sprzętu i innych dla każdego z elementów wymienionych w wezwaniu.

W ustalonym stanie faktycznym Izba zważyła, jak poniżej.

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z art. 186 ust. 2 w zw. z art. 90 ust 3 Pzp, poprzez ponowne wezwanie Odwołującego do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, pomimo faktu, iż Zamawiający uznał za wystarczające wyjaśnienia Odwołującego złożone w dniu 5 września 2014 r., następnie na skutek uwzględnienia przez KIO odwołań Odwołującego w sprawach o sygn. akt: KIO 1952/14 oraz KIO 2038/14 dokonał ponownej oceny oferty złożonej przez Odwołującego, nie wzywając go do ponownego złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, co również potwierdza, że kwestię tę uznał za wyjaśnioną, a następnie na skutek uwzględnienia w całości zarzutów kolejnego odwołania Odwołującego (KIO 2420/14) przystąpił do ponownego badania oferty Odwołującego sprzecznie z dyspozycją zawartą w art. 186 ust. 2 Pzp i w konsekwencji odrzucił ofertę Odwołującego.

Jak wynika z treści powyższego zarzutu, popartego uzasadnieniem przedstawionym w odwołaniu, zarzut dotyczy czynności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, która to czynność została dokonana przez Zamawiającego w dniu 3 grudnia 2014 r. (po raz kolejny w tym postępowaniu - w odniesieniu do oferty Odwołującego), w ramach powtórzenia czynności badania i oceny ofert na skutek uwzględnienia w całości odwołania wniesionego w dniu 17 listopada 2014 r. przez wykonawcę URS Polska Sp. z o.o. Zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Skoro czynność, której dotyczy zarzut została dokonana w dniu 3 grudnia 2014 r., to stosownie do brzmienia art. 182 ust. 1 Pzp, mającego zastosowanie w niniejszej sprawie z uwagi na wartość przedmiotowego zamówienia, termin do wniesienia odwołania wobec tej czynności wynosi 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego, tj. od dnia 3 grudnia 2014 r. Termin ten upłynął w dniu 13 grudnia 2014 r. Odwołujący wniósł odwołanie dopiero

w dniu 22 grudnia 2014 r., a zatem w zakresie badanego zarzutu – po upływie ustawowego terminu na wniesienie odwołania od czynności wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 3 grudnia 2014 r. Z uwagi na powyższe, zarzut dotyczący ww. czynności wezwania Izba uznała za spóźniony. Mając na uwadze zastosowanie odpowiednio art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp - w tym zakresie odwołanie nie podlegało rozpoznaniu. Tym samym należy uznać, że Odwołujący nie wniósł w ustawowym terminie odwołania od czynności wezwania, w tym nie zakwestionował skutecznie treści wezwania z dnia 3 grudnia 2014 r.

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez uznanie, że Odwołujący nie złożył wyjaśnień bądź też, że wyjaśnienia złożone przez Odwołującego potwierdzają rażąco niską cenę lub poprzez uznanie, że udzielenie przez Odwołującego wyjaśnień o treści innej niż oczekiwana przez Zamawiającego jest równoznaczne z niezłożeniem wyjaśnień w ogóle i może stanowić podstawę odrzucenia oferty.

Jako podstawę odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał art. 90 ust. 3 Pzp. Zgodnie z powołanym przepisem, Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wskazany przepis stanowi o odrzuceniu oferty wyłącznie w dwóch przypadkach, tj. gdy wykonawca nie złożył wyjaśnień lub gdy ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp należy każdorazowo oceniać w kontekście treści wezwania. W praktyce często się zdarza, że zamawiający wzywa wykonawcę, stosując formułę zawartą w treści przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, pozostawiając w ten sposób wykonawcy swobodę co do zakresu składanych wyjaśnień. W takim przypadku zamawiający nie może wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy z powodu zakresu złożonych wyjaśnień, tj. np. z powodu braku uszczegółowienia pewnych konkretnych kwestii, co do których zamawiający nie postawił szczegółowych pytań bądź wymagań w treści wezwania skierowanego do tego wykonawcy.

Inaczej należy oceniać wyjaśnienia w przypadku, gdy zamawiający postawił konkretne wymagania w treści wezwania do złożenia wyjaśnień, dotyczące aspektów sposobu wyceny oferty lub jej konkretnych elementów. Z takim właśnie przypadkiem mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu. Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia muszą wówczas stanowić odpowiedź na konkretnie postawione przez zamawiającego pytania. Należy mieć na uwadze również to, że celem wyjaśnień jest zawsze rozwianie wątpliwości zamawiającego powstałych wobec ceny zaoferowanej przez danego wykonawcę, w kontekście ceny rażąco niskiej, zatem to zamawiający jest uprawniony do sformułowania

w wezwaniu zakresu i treści żądanych wyjaśnień. Zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp, to zamawiający jest uprawniony do sformułowania treści wezwania, a wykonawca jest zobowiązany stosownie wyjaśnienia przedstawić. Jeśli czynność wezwania narusza przepisy ustawy Pzp, wykonawca ma prawo tę czynność zakwestionować, wnosząc odwołanie do Prezesa KIO.

W niniejszej sprawie Zamawiający skierował w dniu 3 grudnia 2014 r. do Odwołującego wezwanie, w którym jasno przedstawił wymagania co do zakresu informacji, które należy przedstawić. Wyszczególnił konkretne zagadnienia do wyjaśnienia przez wykonawcę. Odwołujący nie zaskarżył tego wezwania, korzystając z dostępnych mu środków ochrony prawnej, a tym samym zgodził się na udzielenie stosownych wyjaśnień w wymaganym zakresie.

Wyjaśnienia z dnia 8 grudnia 2014 r. złożone przez Odwołującego odnosiły się jednak do treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę w dniu 5 września 2014 r. i nie przedstawiały informacji, których Zamawiający wymagał w wezwaniu z dnia 3 grudnia 2014 r. Wyjaśnienia z dnia 10 grudnia 2014 r., złożone w uzupełnieniu, w odpowiedzi na dodatkowe wezwanie z dnia 9 grudnia 2014 r., również nie zawierają informacji, o które pytał Zamawiający w wezwaniu z dnia 3 grudnia 2014 r.

Odnosząc powyższe do treści art. 90 ust. 3 Pzp należy stwierdzić, że brak wyjaśnienia przez wykonawcę konkretnych kwestii, o wyjaśnienie których zwrócił się zamawiający stanowi - brak udzielenia wyjaśnień w danym zakresie.

Zauważyć należy, że wezwanie z dnia 3 września 2014 r. miało charakter ogólny, dotyczący sposobu wyceny elementów oferty wskazanych w „Wykazie wycenionych elementów rozliczeniowych”, które mają wpływ na wysokość ceny ofertowej. W odpowiedzi na to wezwanie wykonawcy mogli przedstawić według swojego uznania stosowne informacje. Natomiast wezwanie z dnia 3 grudnia 2014 r. obejmowało wymóg przedstawienia szczegółowej kalkulacji zaproponowanej ceny, zawierającej nakłady i koszty: robocizny (w tym poszczególnych członków zespołu projektowego - personelu), sprzętu i innych, bardzo szczegółowo opisanych na 4 stronach elementów, dlatego na to wezwanie wykonawcy byli zobowiązani przedstawić konkretne informacje, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Fakt, że w SIWZ Zamawiający nie żądał sporządzenia na etapie składania ofert szczegółowej kalkulacji, kosztorysu czy innego dokumentu podobnego, nie uniemożliwia co do zasady żądania przez Zamawiającego szczegółowej kalkulacji poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia. Również fakt, że cena za wykonanie przedmiotu zamówienia jest ceną ryczałtową nie tamuje uprawnienia Zamawiającego do żądania szczegółowych wyjaśnień odnośnie sposobu kalkulacji tej ceny przez wykonawcę, w sytuacji gdy uzasadnione są wątpliwości co do rzetelności ceny oferty.

Wobec powyższego, brak udzielenia przez Odwołującego wyjaśnień w pełnym zakresie wymaganym przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 3 grudnia 2014 r., co nie było kwestionowane przez Odwołującego w odwołaniu, stanowi podstawę do odrzucenia oferty w oparciu o przepis art. 90 ust. 3 Pzp. Złożone przez Odwołującego wyjaśnienia z dnia 8 i 10 grudnia 2014 r. nie przedstawiały informacji co do wszystkich elementów przedmiotu zamówienia, o wyjaśnienie których zwrócił się Zamawiający. W tym zakresie należy uznać, że wyjaśnienia nie zostały złożone.

Jednocześnie nie można przychylić się do twierdzenia Odwołującego, że pytania zawarte w wezwaniu z 3 grudnia 2014 r. nie służyły poznaniu, czy cena oferty jest rażąco niska ale były tak skonstruowane, by Odwołujący nie był w stanie na nie odpowiedzieć. Jak Izba stwierdziła na podstawie dokumentacji postępowania - inny wykonawca TECHNITAL S.p.A. w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp o identycznej treści, jak wezwanie skierowane do Odwołującego, złożył pełne wyjaśnienia, w wyznaczonym przez Zamawiającego takim samym terminie. W tych okolicznościach nie ma też podstaw by uznać, że złożenie wyjaśnień na tak szczegółowe wezwanie nie było możliwe.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie dokonania oceny oferty Odwołującego i uwzględnienia tej oferty przy dokonywaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, pomimo, że oferta ta została wadliwie odrzucona, a w konsekwencji wybór oferty, która nie była najkorzystniejszą ofertą, biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert, określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Zgodnie z przepisem art. 91 ust. 1 Pzp, Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert, określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wybór oferty najkorzystniejszej jest dokonywany spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

W niniejszej sprawie, wobec zaistnienia przesłanki do odrzucenia oferty Odwołującego, nie mogła ona ostatecznie podlegać ocenie w ramach kryteriów przewidzianych w postępowaniu i nie była brana pod uwagę w ramach wyboru oferty najkorzystniejszej. Powyższe czynności Zamawiającego nie naruszają art. 91 ust. 1 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez przeprowadzenie przez Zamawiającego postępowania w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców i niezachowanie zasady uczciwej konkurencji oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp

Zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz

równe traktowanie wykonawców. Zgodnie z ust. 3 - zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący nie wykazał w toku postępowania, że podjęte przez Zamawiającego czynności, zakwestionowane w niniejszym odwołaniu, były wyrazem dyskryminacji oferty Odwołującego lub nierównego traktowania wykonawców. Wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp zostały skierowane zarówno do Odwołującego, jak i Przystępującego. Miały one identyczną treść. Po udzieleniu wyjaśnień przez Odwołującego, pismem z dnia 8 grudnia 2014 r. Zamawiający zwrócił się ponownie do Odwołującego, umożliwiając mu uzupełnienie przedstawionych informacji.

Izba nie podzieliła też stanowiska Odwołującego, że wezwanie z dnia 3 grudnia 2014 r. nie miało na celu rzeczywistego badania, czy cena zaproponowana przez Odwołującego jest rażąco niska, lecz - wyeliminowanie Odwołującego z postępowania. Zamawiający poddał identycznej procedurze wyjaśnień dwie oferty zawierające najniższe ceny, w tym ofertę Odwołującego. Wobec obu wykonawców zostały zastosowane takie same procedury na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp.

Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, jest zobowiązany złożyć wyjaśnienia zgodnie z treścią wezwania, jeśli wezwanie to nie zostało skutecznie zakwestionowane w drodze odwołania. Złożone wyjaśnienia podlegają ocenie Zamawiającego. Sam fakt, że wysokość cen innych ofert jest zbliżona do ceny badanej oferty nie ma na tym etapie decydującego znaczenia, a raczej badane jest to, czy dany wykonawca jest w stanie wykazać, że cena jego oferty została skalkulowana rzetelnie, odpowiednio do realnych warunków działania, dostępnych właśnie temu wykonawcy. Brak możliwości wykazania rzetelności ceny oferty przez wykonawcę skutkuje negatywnie dla tego wykonawcy, nawet wówczas, gdy ceny innych ofert znajdują się na podobnym poziomie.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.



O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: .....