

Sygn. akt: KIO 2372/16

WYROK
z dnia 30 grudnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Sylwia Jankowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 grudnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 grudnia 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Multiconsult Polska Sp. z o.o., JPL Project Sp. z o.o., ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Sweco Engineering Sp. z o.o., ul. Wielicka 30, 30-552 Kraków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Multiconsult Polska Sp. z o.o., ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa, JPL Project Sp. z o.o., Al. Niepodległości 58, 02-626 Warszawa, i:**

 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Multiconsult Polska Sp. z o.o., ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa, JPL Project Sp. z o.o., Al. Niepodległości 58, 02-626 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

- 2) zasądza kwotę **4 401 zł 20 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta jeden złotych dwadzieścia groszy) od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Multiconsult Polska Sp. z o.o., ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa, JPL Project Sp. z o.o., Al. Niepodległości 58, 02-626 Warszawa** na rzecz zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, w imieniu której działa: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie Koncepcji Programowej dla budowy Północnej obwodnicy Krakowa w ciągu drogi ekspresowej S52”, Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 września 2016 r. pod nr 2016/S 169-304016.

W dniu 7 grudnia 2016 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez wykonawcę Sweco Engineering Sp. z o.o. i odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Multiconsult Polska Sp. z o.o., JPL Project Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie (dalej: „Konsorcjum Multiconsult”) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, jako zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Konsorcjum Multiconsult wniosło odwołanie wobec powyższych czynności zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp oraz art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, pomimo tego, że:
 - a) Odwołujący udzielił pełnych wyjaśnień na pytania zadane przez Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, które nie dały podstawy do przyjęcia, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz, że za zaoferowaną przez Odwołującego cenę nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów,
 - b) wobec nierzetelnie ustalonej szacunkowej wartości zamówienia na podstawie materiałów eksploatacyjnych, rozbieżność pomiędzy wartością zamówienia powiększoną o należny podatek od towarów i usług, a zaoferowaną przez Odwołującego ceną wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
2. art. 90 ust. 1 Pzp oraz art. 69 ust. 3 Dyrektywy poprzez zaniechanie wyczerpującego wyjaśnienia i przeprowadzenia konsultacji wyjaśnień Odwołującego oraz treści oferty w zakresie wątpliwości Zamawiającego, co do zaoferowanej przez Odwołującego ceny, pomimo że Odwołujący udzielił pełnych odpowiedzi na pytania zadane przez Zamawiającego oraz wskazał dodatkowe informacje, które dawały podstawy do

przyjęcia, że Odwołujący rzetelnie skalkulował zaoferowaną cenę, co uzasadniało - w przypadku dalszych wątpliwości - przeprowadzenie przez Zamawiającego dalszych wyjaśnień i konsultacji z Odwołującym w zakresie możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów za zaoferowaną przez Odwołującego cenę;

3. art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie podania Odwołującemu pełnych powodów odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, pomimo tego, że Zamawiający był zobowiązany do wskazania, z jakich przyczyn uznał, że zaoferowana przez Odwołującego cena nie daje gwarancji wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Sweco, jako najkorzystniejszej;
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
3. wyjaśnienia i przeprowadzenia dodatkowych konsultacji w zakresie wątpliwości Zamawiającego, co do zaoferowanej przez Odwołującego ceny;
4. powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wyjaśnił, że gdyby Zamawiający nie naruszył wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp, oferta Odwołującego podlegałaby uznaniu za najkorzystniejszą.

Odwołujący wyjaśnił, że w postępowaniu zostało złożonych 13 ofert. Ceny ofert kształtowały się od najniższej kwoty 5.765.040,75 zł (oferta odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp) do kwoty 11.209.518,90 zł (cena oferty Odwołującego - 5.978.119,80 zł, a oferty wybranej Sweco Engineering sp. z o.o. - 6.843.749,29 zł).

W dniu 3 listopada 2016 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 oraz 87 ust. 1 Pzp do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oraz wyjaśnień dotyczących treści oferty. Zamawiający powziął podejrzenie rażącego zaniżenia ceny w oparciu o arytmetyczne kryteria, dla których punktami odniesienia są: szacunkowa wartość zamówienia powiększoną o podatek Vat oraz średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert. Cena oferty w porównaniu z wartością zamówienia powiększoną o podatek VAT stanowi 69,02 % oraz jest niższa o 25,69% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Zamawiający stwierdził, iż elementami oferty mającymi znaczący wpływ na wysokość zaoferowanej ceny wymagającymi wyjaśnienia są pozycje nr 4, 5, 10, 11 Tabeli wyceny etapów umowy i opracowań projektowych. Zamawiający zwrócił się do odwołującego o udzielenie wyjaśnień w zakresie dotyczącym pozycji nr 4, 5, tj. Koncepcja programowa (wraz z PFU i WWIORB) - odcinek I, odcinek II, czy i w jakiej wysokości, przy uwzględnieniu zachowania wymaganych przez Zamawiającego terminów realizacji, zostały

ujęte w cenie oferty oraz wskazał kolejno na 18 pozycji OPZ oraz w zakresie dotyczącym pozycji nr 10, 11, tj. Opracowania geologiczne - odcinek I, odcinek II, tj.

- czy określone ceny jednostkowe 1 mb wiercenia, sondowania oraz 1 km profilu ERT wskazane w Tabeli Wyceny Pozycji 10 i Pozycji 11 (Formularz 4.2.1. i Formularz 4.2.2.) oferty obejmuje, zgodnie z pkt. 6 Dokumentu nr 7 wykonanie wszystkich niezbędnych czynności oraz przygotowanie lub pozyskanie materiałów skutecznie pozwalających na prawidłowe wykonanie przedmiotu umowy, wskazując m.in 14 pozycji OPZ.

Ponadto, Zamawiający zadał pytanie, czy określona cena wykonania całości opracowań geologicznych zarówno dla odcinka I jak i odcinka II (Formularz 4.2.1. i Formularz 4.2,2.) uwzględnia, zgodnie z tabelą w punkcie 4.2.1. Dokumentu nr 7, ewentualną odpowiedzialność wykonawcy za szkody wyrządzone w trakcie wykonywania robót geologicznych.

Zamawiający poprosił o wyczerpującą i szczegółową informację na temat sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na wartość ww. pozycji, mając na uwadze m. in. zaangażowanie osobowe i rzeczowe oraz związane z tym niezbędne do poniesienia koszty, a także zakładany poziom zysku. Przedstawione przez wykonawcę wyjaśnienia muszą być merytoryczne, a wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez Zamawiającego oceny zaoferowanej w ofercie kwoty, za którą wykonawca ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia. Zamawiający poprosił o przesłanie wszelakich informacji i dowodów, które w ocenie wykonawcy są istotne, na temat sposobu obliczenia ceny zamówienia, a których Zamawiający nie wymienił powyżej. Zamawiający wskazał także w wezwaniu, iż zgodnie z art. 90 ust. 2, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy.

Odwołujący w dniu 10 listopada 2016 r. złożył wyjaśnienia, których treść zastrzegł, jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Udzielając odpowiedzi na pytanie nr 1 Odwołujący wskazał na elementy oferty, które umożliwiły mu zaoferowanie atrakcyjnej ceny, w tym między innymi na efektywną organizację zasobów ludzkich, na posiadanie gotowych do wykorzystania opracowań do wykonania przedmiotu zamówienia. Wskazał na szczególne okoliczności dotyczące posiadania gotowych do wykorzystania opracowań dot. obwodnicy Trójmiasta. Podniósł, że nie był w żadnym stopniu zobowiązany, aby podawać dokładną skalę oszczędności zakładanych z tego tytułu. Zamawiający w tym zakresie, jeżeli miał wątpliwości i chciał uzyskać informacje o skali oszczędności możliwych do uzyskania dzięki posiadaniu przez Odwołującego takich gotowych opracowań, mógł i powinien był zwrócić się do Odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp o udzielenie dalszych wyjaśnień w tym zakresie. Następnie w tabeli przedstawił sposób wyceny wskazanych w pkt 1 wezwania 18 pozycji OPZ, a także związane z wykonaniem tych pozycji koszty (materiały, wydruki, materiały biurowe,

pozyskanie danych i materiałów oraz koszty administracyjne itp.), wydatki związane z dojazdami (wyjazdy służbowe, noclegi, delegacje), przewidywaną marżę oraz założony zysk lub rezerwę na prace nieprzewidziane.

Odpowiadając na pytanie nr 2 Odwołujący wskazał, że jego oferta obejmuje wskazane w wezwaniu elementy OPZ. Odwołujący wyjaśnił, że dzięki posiadaniu własnych zasobów w postaci gotowych rozwiązań lub półproduktów projektowych, a także zaawansowanego oprogramowania i korzystnego położenia względem miejsca wykonania przedmiotu zamówienia, był w stanie skalkulować swoją ofertę na niskim, ale nie rażąco niskim poziomie.

Pismem z dnia 7 grudnia 2016 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp. Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia udzielone przez Odwołującego są ogólne i niczego nie wyjaśniają oraz nie wskazują, jakiego rzędu oszczędności wykonawca osiągnął wykorzystując swój potencjał i dostępne mu warunki wykonania przedmiotu zamówienia, wykonawca nie wykazał żadnych dostępnych mu obiektywnych okoliczności, które wpłynęłyby na obniżenie ceny oferty, poprzestając na ogólnych oświadczeniach o prawidłowości i realności zaoferowanej ceny, uwzględnieniu w niej wszystkich wymagań, a także załączył do pisma własną kalkulację w postaci bardzo ogólnikowej tabeli „Zestawienie kosztów”, zawierającej jedynie zestawienie ilości jednostek projektowych dla poszczególnych kosztów z punktu 1a - r (dotyczących pozycji 4 i 5 Formularza 4,1.). Przedłożone „Zestawienie kosztów” nie przekonało Zamawiającego o rzetelności wyceny za opracowanie koncepcji programowej dla obydwu odcinków. W szczególności w tabeli wykonawca powołał się na ilości „jednostek projektowych stosowanych przez Multiconsult, jednak nie wyjaśnił zasad ustalenia ilości tych jednostek oraz jakie elementy one zawierają, co uniemożliwia weryfikację prawidłowości dokonanych wyliczeń oraz ustalenia, czy obejmują one wszystkie wymagane koszty. Odnośnie pozycji 10 i 11 Formularza 4.1. wykonawca w dwóch zdaniach potwierdził, że cena oferty obejmuje wszystkie niezbędne czynności pozwalające na prawidłowe wykonanie przedmiotu umowy, bez podania jakichkolwiek specyficznych warunków, które pozwoliły mu zastosować tak przyjętą kalkulację. Zamawiający podkreślił, że pozycje te zostały wycenione na kwotę 3.183.760,00 zł, czyli najniżej spośród wszystkich złożonych ofert. Średnia arytmetyczna za opracowania geologiczne z wszystkich ofert wynosi 3.909.679,00 zł, a cena kolejnego wykonawcy za ten zakres jest o ponad 350 tys. zł droższa.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający zadając w trybie art. 90 ust. 1 Pzp konkretne pytania, na które Odwołujący udzielił pełnych odpowiedzi, a nawet wskazał na inne okoliczności pozwalające mu zaoferować niską, ale nie rażąco niską cenę, nie mógł odrzucić oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, bez przeprowadzenia dalszych wyjaśnień i konsultacji w trybie art. 90 ust. 1 Pzp i art. 69 ust. 3 Dyrektywy.

Odwołujący zauważył, że art. 90 ust. 1 Pzp implementuje do polskiego porządku prawnego art. 69 ust. 1, 2 i 3 Dyrektywy, powinien zatem być interpretowany zgodnie z Dyrektywą, a jeżeli Dyrektywa poddana została interpretacji Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TS) - to zgodnie z tą interpretacją. W wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 29 marca 2012 r. C- 599/10 (Sag Slovensko) stwierdzono że „(...) z powyższych przepisów sformułowanych w sposób imperatywny, wynika w sposób jasny, że zamiarem prawodawcy Unii było ustanowienie względem instytucji zamawiających wymogu, by dokonywały one weryfikacji składowych elementów rażąco niskich ofert, poprzez nałożenie na nie w tym celu obowiązku zażądania od kandydatów przedstawienia uzasadnienia koniecznego do wykazania, że oferty te są poważne (zob. podobnie wyrok z dnia 27 listopada 2001 r. w sprawach połączonych C-285/99 i C-286/99 Lombardini i Mantovani, Rec. s. 1-9233, pkt 46-49). (...) instytucja zamawiająca powinna w sposób jasny sformułować żądanie skierowane do danych kandydatów, celem umożliwienia im uzasadnienia w sposób kompletny i użyteczny poważnego charakteru ich oferty”.

W niniejszej sprawie, Zamawiający zadał Odwołującemu jedynie dwa pytania, które zmierzały właściwie do odpowiedzi TAK lub NIE. Jedynie w pytaniu nr 1 Zamawiający zwrócił się o podanie wysokości kosztów wymienionych pozycji, które Odwołujący podał. Pytanie nr 2 zmierzało jedynie do potwierdzenia, że oferowana cena uwzględnia wymagane przez Zamawiającego pozycje OPZ. Na to pytanie Odwołujący odpowiedział pozytywnie. Zamawiający otrzymał więc takie odpowiedzi, jakie zadał pytania. Odwołujący starał się wskazać Zamawiającemu na inne okoliczności, które umożliwiły mu zaoferowanie korzystnej ceny, ale wyjaśnienia te wykraczały poza zakres pytań Zamawiającego. W szczególności Odwołujący wskazał na szczególne okoliczności pozwalające na obniżenie ceny w postaci posiadania gotowych rozwiązań z analogicznego projektu - obwodnica Trójmiasta.

Odwołujący podniósł, że gdyby Zamawiający uszczegółowił swoje wątpliwości, które wyartykułował dopiero de facto w rozstrzygnięciu przetargu, to Odwołujący mógłby się do nich odnieść. Gdyby Zamawiający wskazał, że oczekuje rozbicia kosztów wykonania danych pozycji na ich elementy składowe oraz podania szczegółów dotyczących kosztów, które wchodzi w dane elementy wykonania pozycji, Odwołujący mógłby udzielić takich wyjaśnień. Zamawiający nie wskazał, że oczekuje podania elementów składowych wyceny pozycji określonych w pytaniu nr 2. Odwołujący podkreślił, że zaoferowana przez Odwołującego cena w poz. 10 i 11 Formularza 4.1 nie była najniższa z zaoferowanych w postępowaniu, a więc dziwi, dlaczego Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienie właśnie tej pozycji oferty, podczas gdy nie uczynił tego w stosunku np. do Sweco, którego ofertę następnie wybrał, jako najkorzystniejszą.

Zgodnie z art. 69 ust. 3 Dyrektywy, Zamawiający ma obowiązek oceniać otrzymane wyjaśnienia w drodze konsultacji, a więc jeżeli miał nadal wątpliwości związane z

udzielonymi wyjaśnieniami i w celu zrozumienia sposobu wyceny przedmiotu zamówienia potrzebuje dodatkowych informacji, powinien zwrócić się do Odwołującego o udzielenie takich wyjaśnień (TSUE w wyroku z dnia 27 listopada 2001 r. w sprawach połączonych C-285/99 i C-285/99 Lombardini). Co wynika z orzecznictwa TSUE i co powinno być brane pod uwagę dokonując właściwej wykładni art. 90 ust. 1 Pzp, formułując pytania zamawiający jest zobowiązany precyzyjnie sformułować swoje oczekiwania i wyczerpująco wskazać okoliczności, które powodują, że dane elementy ceny budzą jego wątpliwości w zakresie ich rażąco niskiego charakteru. Zamawiający w niniejszej sprawie sformułował pytania w taki sposób, że nie wynikały z nich wątpliwości wskazane następnie w rozstrzygnięciu przetargu, a Odwołujący, udzielając odpowiedzi w dobrej wierze, nie był w stanie odgadnąć prawdziwych wątpliwości Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że cena zaoferowana przez niego jest niższa od szacunkowej wartości zamówienia o 30,98 %, a więc przekracza próg, o którym mowa w art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp jedynie o 0,98%. Ponadto, cena ta jest niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert jedynie o 25,69%, tj. nie przekracza progu wskazanego w art. 90 ust. 1a pkt 2 Pzp. Nie można tracić z pola widzenia zasadniczej kwestii, że w ramach badania tzw. rażąco niskiej ceny, ustala się czy badana cena jest realistyczna i pozwala należycie wykonać zamówienie. W niniejszej sprawie, cena zaoferowana przez Odwołującego nie odbiega od wartości rynkowych i pozwala należycie wykonać zamówienie. Nie jest to cena dumpingowa. Odwołujący podkreślił, że wartość szacunkowa zamówienia (pkt. 2.5 Protokołu postępowania) została ustalona na podstawie „średniej ceny materiałów eksploatacyjnych uzyskanych z trzech firm na podstawie zapytań oraz sondaży telefonicznych”. Okoliczność ta dotycząca sposobu ustalenia wartości zamówienia nie na podstawie ofert szacunkowych wykonania koncepcji programowej, ale kosztów materiałów eksploatacyjnych, czyni ją nierzeczywistą i nierzetelną. Wskazał na art. 32 ust. 1 ustawy Pzp i w zw. z art. 35 ust. 1 i 2 Pzp w zakresie ustalenia szacunkowej wartości zamówienia. Porównywanie oferty Odwołującego do nierzecznie wyliczonej wartości szacunkowej zamówienia jest nieadekwatne. Porównanie to winno odbywać się w stosunku do cen rynkowych - np. średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert. W takiej sytuacji, Zamawiający w ogóle nie miał obowiązku zwracać się do Odwołującego z pytaniami, gdyż rozbieżność pomiędzy wartością zamówienia powiększoną o należny podatek od towarów i usług, a zaoferowaną przez Odwołującego ceną wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie zadośćuczynił obowiązkowi wynikającemu z art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, ponieważ nie wskazał z jakich przyczyn uważa, że zaoferowana przez Odwołującego cena nie umożliwia wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych

przepisów. Zamawiający nie wskazał, z jakich powodów uważa, że cena jest rażąco niska. Powodem tym z pewnością nie może być udzielenie przez Odwołującego odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, tj. na wprost zadane pytania przez Zamawiającego.

Wykonawca Sweco Engineering Sp. z o.o., którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający wyjaśnił, że nie zgadza się z zarzutem w pkt 1 odwołania, w szczególności z twierdzeniem, że Odwołujący udzielił pełnych wyjaśnień na pytania zadane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, które nie dały podstawy do przyjęcia, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz że za zaoferowaną cenę nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący tendencyjnie przywołał w odwołaniu treść wybranych elementów wezwania, pomijając jednak te części wezwania, które uszczegóławiają i określają pełny zakres wymaganych informacji oraz wyjaśniają oczekiwania Zamawiającego wobec doniosłości przedkładanych przez wykonawcę informacji. W sformułowanych pytaniach Zamawiający szczegółowo określił główne elementy, które z punktu widzenia Zamawiającego mogły mieć istotne znaczenie przy obliczeniu ceny oferty.

Zamawiający wyjaśnił, że dokonał oceny złożonych wyjaśnień jako całości, nie ograniczając się do części związanej z odpowiedzią na zadane pytania szczegółowe. Tak ocenione wyjaśnienia nie przekonały, w szczególności wobec faktu, że wykonawca nie potrafi przekonująco i merytorycznie wytłumaczyć własnej wyceny, doszukując się niebagatelnych oszczędności w okolicznościach, które muszą zaistnieć, aby był on zdolny wykonać zamówienie. Zamawiający wyjaśnił, że odwołujący znalazł się w grupie 13 wykonawców o porównywalnej pozycji na rynku, porównywalnym potencjale techniczno-organizacyjnym oraz doświadczeniu. Ponadto, większość z tych wykonawców wykonuje lub wykonywało w ostatnim czasie na rzecz Zamawiającego liczne dokumentacje dla porównywalnych zadań inwestycyjnych, więc Odwołujący nie posiada w tym zakresie żadnej przewagi konkurencyjnej. Zdaniem Zamawiającego, nie jest też możliwe przeniesienie gotowych rozwiązań z dokumentacji projektowej dla obwodnicy Trójmiasta. Zapowiedź wykorzystania „gotowych rozwiązań” budzi zasadnicze wątpliwości Zamawiającego i wręcz podważa profesjonalizm i kompetencje wykonawcy.

Odnośnie sposobu oszacowania wartości zamówienia, Zamawiający wyjaśnił, że zapis końcowy punktu 2.5 Protokołu postępowania nie dotyczy przedmiotowego

postępowania (lecz postępowania na Dostawę materiałów eksploatacyjnych dla GDDKiA Oddział w Krakowie) i jedynie przez oczywistą omyłkę nie został usunięty. Nie jest zatem prawdą, że wartość zamówienia została oszacowana na podstawie „średniej ceny materiałów eksploatacyjnych uzyskanych od trzech firm na podstawie zapytań oraz sondazy telefonicznych”. Zamawiający podkreślił, że Odwołujący nie kwestionował czynności wezwania do wyjaśnień jako nieuzasadnionego, nie wniósł w tym zakresie odwołania. Ponadto, cena oferty Odwołującego odbiega nie tylko od wartości zamówienia, ale również o 25,69% od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert, co mogło stanowić samodzielną podstawę do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego.

Zarzut nr 2 odwołania także w ocenie Zamawiającego jest chybiony. Odwołujący, jako doświadczony i aktywny uczestnik rynku zamówień publicznych niewątpliwie miał świadomość, jak istotne znaczenie mają składane wyjaśnienia, a mimo to złożył wyjaśnienia lakoniczne, podał ogólne, niekonkretne bądź nieistotne informacje, niepoparte dowodami, nieodnoszące się do uwarunkowań rynkowych tego postępowania. W tych okolicznościach Zamawiający nie widział możliwości kontynuowania postępowania wyjaśniającego. Zamawiający nie zgodził się także z interpretacją Odwołującego, jakoby przepisy Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE dawały możliwość wykonawcom składania częściowych, niepełnych wyjaśnień i oczekiwania na dalszą inicjatywę zamawiającego. Zamawiający ma prawo prowadzić dalsze konsultacje tylko w sytuacji, gdy wykonawca złoży rzetelne i merytoryczne wyjaśnienia, po których powstają dodatkowe pytania lub wątpliwości. W tej sprawie wykonawca nie przedstawił jednak wystarczającego materiału, który pozwalałby Zamawiającemu na poważne traktowanie oferty Odwołującego oraz dalsze jej rozpatrywanie. Kontynuowanie wyjaśnień prowadziłoby do powtórzenia żądań wyrażonych w wezwaniu z dnia 3 listopada 2016 r.

Odnosząc się do zarzutu zawartego w pkt 3 odwołania, Zamawiający wskazał, że w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, podał podstawę prawną oraz rzeczowo uargumentował swoją decyzję, odnosząc się szczegółowo do złożonych przez wykonawcę wyjaśnień.

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.

Z uwagi na datę opublikowania ogłoszenia, zgodnie z art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2016, poz. 1020) do niniejszego postępowania odwoławczego oraz postępowania stosuje się przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym po wejściu w życie tejże ustawy, tj. po 28 lipca 2016 r.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący złożył ofertę, która została odrzucona, lecz w przypadku uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Izba uznała za skuteczne przystąpienie wykonawcy Sweco Engineering sp. z o.o. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Oferty w postępowaniu złożyło 13 wykonawców. Dwie oferty z najniższą ceną: oferta Konsorcjum MP-Mosty Sp. z o.o. oraz MPRB Sp. z o.o. z ceną 5.765.040,75 zł brutto oraz oferta Odwołującego z ceną 5.978.119,80 zł brutto zostały poddane przez Zamawiającego procedurze wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp. Oferta wybrana jako najkorzystniejsza – złożona przez Sweco Engineering sp. z o.o. zawiera cenę 6.843.749,29 zł brutto. Kolejne oferty zawierają ceny od 6.863.639,85 zł do 11.209.518,90 zł, z których trzy oferty zawierały cenę powyżej 10 mln. zł.

Jak wynika z treści wezwania z dnia 3 listopada 2016 r. skierowanego do Odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 oraz 87 ust. 1 Pzp, Zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny oraz wyjaśnień dotyczących treści oferty. Zamawiający wyjaśnił w wezwaniu, że powziął podejrzenie rażącego zaniżenia ceny w oparciu o kryteria arytmetyczne. Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 8.660.600,00 PLN, w stosunku do której cena oferty Odwołującego stanowi 69,02%. Cena tej oferty jest także niższa o 25,69% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Zamawiający stwierdził, iż elementami oferty mającymi znaczący wpływ na wysokość zaoferowanej ceny wymagającymi wyjaśnienia są pozycje nr 4, 5, 10, 11 Tabeli wyceny etapów umowy i opracowań projektowych. Zamawiający zwrócił się w wezwaniu z pytaniami dotyczącymi tych pozycji, tj. „czy i w jakiej wysokości, przy uwzględnieniu zachowania wymaganych przez Zamawiającego terminów realizacji, zostały ujęte w cenie oferty”, wskazując 18 pozycji (lit. a. - r.) Opisu Przedmiotu Zamówienia oraz „czy określone ceny jednostkowe 1 mb wiercenia, sondowania oraz 1 km profilu ERT wskazane w Tabeli Wyceny Pozycji 10 i Pozycji 11 (Formularz 4.2.1. i Formularz

4.2.2.) oferty obejmują, zgodnie z pkt. 6 Dokumentu nr 7 wykonanie wszystkich niezbędnych czynności oraz przygotowanie lub pozyskanie materiałów skutecznie pozwalających na prawidłowe wykonanie przedmiotu umowy”, wskazując 14 pozycji (lit. a. - n.) OPZ. Zamawiający zwrócił się także o wyjaśnienie „Czy określona cena wykonania całości opracowań geologicznych zarówno dla odcinka I jak i odcinka II (Formularz 4.2.1. i Formularz 4.2.2.) uwzględni, zgodnie z tabelą w punkcie 4.2.1. Dokumentu nr 7, ewentualną odpowiedzialność wykonawcy za szkody wyrządzone w trakcie wykonywania robót geologicznych?” Jednocześnie Zamawiający poprosił o „wyczerpującą i szczegółową informację na temat sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na wartość w/w pozycji, mając na uwadze m. in. zaangażowanie osobowe i rzeczowe oraz związane z tym niezbędne do poniesienia koszty, a także zakładany poziom zysku.” Wyjaśnił, że „Ocena wyjaśnień dokonywana przez Zamawiającego ma na celu ustalenie czy cena skalkulowana była rzetelnie i czy obejmuje pełen zakres przedmiotu zamówienia oraz czy w związku z tym Wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie. Przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia muszą być merytoryczne, a wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez Zamawiającego oceny zaoferowanej w ofercie kwoty, za którą Wykonawca ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia. Dlatego prosimy o przesłanie wszelakich informacji i dowodów, które uznacie Państwo za istotne, na temat sposobu obliczenia przez Państwa ceny zamówienia, a których Zamawiający nie wymienił powyżej. Przy ocenie wyjaśnień Zamawiający będzie brał pod uwagę czynniki obiektywne, w szczególności czynniki wskazane w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.” Zamawiający przypomniał również, iż zgodnie z art. 90 ust. 2, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy.

Odwołujący w dniu 10 listopada 2016 r. złożył wyjaśnienia, których treść została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. W odniesieniu do pytania nr 1 Odwołujący podał wysokości kosztów wymienionych w tabeli pozycji, posługując się tzw. jednostkami projektowymi, nie wyjaśniając składowych składników kosztów ujętych w tych jednostkach. Odwołujący wskazał też koszty materiałów i dojazdów oraz wysokość marży, nie wyjaśniając sposobu ich kalkulacji. W odniesieniu do pytania nr 2 Odwołujący ograniczył się jedynie do złożenia oświadczenia, iż zaoferowana cena uwzględni wymagane przez Zamawiającego pozycje OPZ. Ponadto, Odwołujący w ramach wyjaśnień wskazał w sposób hasłowy czynniki, które umożliwiły mu zaoferowanie atrakcyjnej ceny, w tym m.in. efektywną organizację zasobów ludzkich, posiadanie gotowych opracowań do wykorzystania przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia, tj. opracowań wykonanych na rzecz GDDKiA w ramach przygotowywania dokumentacji analogicznej, jak w tym postępowaniu, dla obwodnicy Trójmiasta. Odwołujący założył skalę oszczędności z tytułu wskazanych w wyjaśnieniach szczególnych w ocenie Odwołującego okoliczności umożliwiających

obniżenie ceny oferty na kwotę łączną 300 – 400 tys. zł, dzięki posiadaniu własnych zasobów w postaci gotowych rozwiązań lub półproduktów projektowych, a także zaawansowanego oprogramowania i korzystnego położenia względem miejsca wykonania przedmiotu zamówienia.

W ustalonych jak wyżej okolicznościach tej sprawy nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp oraz art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę treść wezwania do złożenia do wyjaśnień, jak i treść złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, Izba nie podzieliła stanowiska, iż Odwołujący udzielił pełnych wyjaśnień na pytania zadane przez Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Co więcej, zdaniem Izby, wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie dały Zamawiającemu podstawę do przyjęcia oceny, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a tym samym, że za zaoferowaną cenę nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Jak wynika z treści wezwania, Zamawiający wymagał wyczerpującej i szczegółowej informacji na temat sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na wartość pozycji 4, 5, 10 i 11 „Tabeli wyceny etapów umowy i opracowań projektowych” (dalej: Formularza 4.1.) mając na uwadze m. in. zaangażowanie osobowe i rzeczowe oraz związane z tym niezbędne do poniesienia koszty, a także zakładany poziom zysku. Nie ma uzasadnienia aby treść wezwania ograniczyć jedynie literalnie do treści sformułowanych w wezwaniu pytań.

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca złożył jedynie ogólne oświadczenie o prawidłowości i realności zaoferowanej ceny i uwzględnieniu w niej wszystkich wymagań. Załączona do wyjaśnień tabela „Zestawienie kosztów”, zawierająca zestawienie ilości i wartości tzw. jednostek projektowych dla poszczególnych kosztów pozycji 4 i 5 Formularza 4.1. nie zawiera informacji o sposobie kalkulacji tych kosztów, wobec braku wskazania przez wykonawcę konkretnych składników kosztów w poszczególnych pozycjach. Jednostka projektowa jest pojęciem umownym, wycenianym na wewnątrz potrzeby wykonawcy, i jako taka, nie przedstawia dla Zamawiającego informacji co do rzetelności wyceny opracowania koncepcji programowej stanowiącego przedmiot zamówienia. Wykonawca nie wyjaśnił ani zasad ustalenia ilości przyjętych jednostek w poszczególnych pozycjach, ani jakie elementy one zawierają.

Odpowiedź wykonawcy odnośnie pozycji 10 i 11 Formularza 4.1. nie stanowi wyjaśnień, w szczególności nie może być potraktowana jako wyczerpujące i szczegółowe informacje na temat sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na wartość tych

pozycji, których wymagał Zamawiający. Odwołujący złożył jedynie oświadczenia potwierdzające, że oferowana przez Odwołującego cena uwzględnia wymagane przez Zamawiającego pozycje OPZ.

Składając powyższe wyjaśnienia Odwołujący odniósł się zatem w sposób pobieżny do wybranych elementów wezwania, nie uwzględniając pełnego zakresu wymaganych informacji oraz obowiązku wykazania Zamawiającemu (udowodnienia) rzetelności kalkulacji zaoferowanej ceny, co jednoznacznie wynika z treści wezwania i obowiązujących przepisów.

Złożone przez Odwołującego wyjaśnienia zostały ocenione przez Zamawiającego w sposób adekwatny, jako całość. Zamawiający stwierdził, że wykonawca nie był w stanie przekonywująco i merytorycznie wytłumaczyć wyceny oferty. Wskazane przez Odwołującego okoliczności jako wyjątkowe – dostępne tylko temu wykonawcy oraz umożliwiające przez to osiągnięcie znacznych oszczędności, są dostępne także pozostałym wykonawcom, którzy złożyli oferty w postępowaniu. Jednocześnie potwierdził to w postępowaniu Przystępujący, wskazując że posiada zarówno znaczne doświadczenie, jak i bazę techniczną, specjalistyczne oprogramowanie oraz zasoby w zakresie doświadczonej i wykwalifikowanej kadry. Zamawiający wyjaśnił także, że oferty zostały złożone przez wykonawców o porównywalnej pozycji na rynku, porównywalnym potencjale techniczno-organizacyjnym oraz doświadczeniu, z których większość wykonuje lub wykonywało w ostatnim czasie na rzecz Zamawiającego liczne dokumentacje dla porównywalnych zadań inwestycyjnych. Izba podzieliła w tych okolicznościach ocenę, że Odwołujący nie wykazał w złożonych wyjaśnieniach, że posiada w tym zakresie przewagę konkurencyjną. Słuszne są także wątpliwości, co do możliwości wykorzystania „gotowych rozwiązań” z innych opracowań wykonywanych na zbliżony przedmiot zamówienia, uwzględniając inne uwarunkowania geologiczne każdej z przedmiotowych inwestycji, a także przekazanie Zamawiającemu praw autorskich do takich dokumentacji.

Odwołujący nie wykazał również, że wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego nierzetelnie. Jak wyjaśnił Zamawiający, co w ocenie Izby nie budzi wątpliwości w tej sprawie, że stwierdzenie zawarte w pkt 2/5 Protokołu postępowania, że wartość zamówienia została ustalona na podstawie „średniej ceny materiałów eksploatacyjnych uzyskanych z trzech firm na podstawie zapytań oraz sondaży telefonicznych” jest wynikiem oczywistej omyłki polegającej na pozostawieniu tego zapisu z formularza wykorzystanego w innym postępowaniu dotyczącym dostawy materiałów eksploatacyjnych dla GDDKiA Oddział w Krakowie. Dlatego też nie można podzielić opinii Odwołującego, że rozbieżność pomiędzy wartością zamówienia powiększoną o należny podatek od towarów i usług a zaoferowaną przez Odwołującego ceną wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagały wyjaśnienia. W tym przypadku nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, zgodnie z którym w przypadku gdy cena całkowita

oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający ma obowiązek zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Podkreślić również należy fakt, że Odwołujący nie kwestionował czynności wezwania do wyjaśnień jako nieuzasadnionego, nie wniósł w tym zakresie odwołania.

W ustalonym stanie faktycznym nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp oraz art. 69 ust. 3 Dyrektywy, poprzez zaniechanie wyczerpującego wyjaśnienia i przeprowadzenia konsultacji wyjaśnień Odwołującego oraz treści oferty w zakresie wątpliwości Zamawiającego, co do zaoferowanej przez Odwołującego ceny.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 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 ma obowiązek zwrócić się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu (...). Przepis ten implementuje do polskiego porządku prawnego art. 69 ust. 1, 2 i 3 Dyrektywy, który wskazuje, że „instytucja zamawiająca ocenia dostarczone informacje w drodze konsultacji z oferentem. Może ona odrzucić ofertę wyłącznie w przypadku, gdy dostarczone dowody nie uzasadniają w zadowalającym stopniu niskiego poziomu proponowanej ceny lub proponowanych kosztów, biorąc pod uwagę elementy, o których mowa w ust 2”, powinien być zatem interpretowany zgodnie z Dyrektywą. a jeżeli Dyrektywa poddana została interpretacji Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TS) - to zgodnie z tą interpretacją (Sąd Najwyższy w uchwale z 19 listopada 2010 r., III CZP 79/10, OSNC 2011).

Zauważyć przy tym należy, że dla zastosowania procedury wyjaśnień nie ma znaczenia, o ile cena oferty przekracza próg 30% różnicy w stosunku do wartości zamówienia. Wskaźnik arytmetyczny w tej sprawie stanowił wyłącznie przesłankę do badania ceny oferty, a nie do uznania, że cena ta jest rażąco niska. Uznanie ceny za rażąco niską nastąpiło dopiero po przeanalizowaniu wyjaśnień złożonych przez Odwołującego.

Dodatkowo, fakt, że zaoferowana przez Odwołującego cena jest niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert jedynie o 25,69% i nie przekracza progu 30% nie tamuje możliwości podjęcia przez Zamawiającego procedury wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp. Przepis art. 90 ust.1 Pzp nie wyklucza możliwości zastosowania procedury wyjaśnień, w innych przypadkach, niż wymienione w ust. 1a pkt 1 i 2. Zamawiający jest uprawniony do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień co do ceny lub kosztu, który

został skalkulowany na poziomie budzącym jego wątpliwości. Przypomnieć należy w tym miejscu, że Odwołujący nie kwestionował samego faktu wezwania lub jego treści, w ramach przysługujących mu w tym zakresie środków ochrony prawnej.

W badanej sprawie, w oparciu o treść wezwania i treść udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień nie można przyjąć, że Odwołujący udzielił wyjaśnień, które dowodziły, że Odwołujący rzetelnie skalkulował cenę oferty, tj., że złożona oferta jest poważna. W tej sytuacji udzielone przez Odwołującego wyjaśnienia nie dawały podstaw do kontynuowania przez Zamawiającego dalszych wyjaśnień/konsultacji z Odwołującym w zakresie możliwości prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę.

W pierwszej kolejności Izba wzięła pod uwagę, że Odwołujący jest doświadczonym uczestnikiem rynku zamówień publicznych, profesjonalistą w tym zakresie, a zatem powinien mieć pełną świadomość istotnego znaczenia składanych wyjaśnień. Mimo to złożone przez Odwołującego wyjaśnienia należy ocenić jako lakoniczne, zawierające ogólne, niekonkretne oraz nieistotne informacje, nieodnoszące się do uwarunkowań rynkowych tego postępowania. W ramach składanych wyjaśnień Odwołujący nie przedstawił również żadnych dowodów na potwierdzenie rzetelności kalkulacji zaoferowanej ceny.

Przepisy Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE nie dają wykonawcom możliwości składania częściowych, niepełnych wyjaśnień i oczekiwania na dalszą inicjatywę zamawiającego. Zamawiający mają prawo prowadzić dalsze konsultacje wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawca złoży rzetelne i merytoryczne wyjaśnienia, w odniesieniu do których powstają dodatkowe pytania lub wątpliwości. Kolejne wezwanie do złożenia wyjaśnień nie może następować w sytuacji, gdy wykonawca składa wyjaśnienia ogólne i pobieżne, nie odnosząc się w pełni merytorycznie do treści wezwania.

W stanie faktycznym tej sprawy Odwołujący nie przedstawił Zamawiającemu materiału, który pozwalałby na poważne traktowanie oferty Odwołującego oraz dalsze jej rozpatrywanie. Dalsze kontynuowanie wyjaśnień musiałoby prowadzić do ponowienia przez Zamawiającego żądań wyrażonych w wezwaniu z dnia 3 listopada 2016 r.

W badanej sprawie Zamawiający powziął wątpliwości wobec ceny oferty Odwołującego, mając na uwadze zarówno wartość zamówienia, jak i średnią arytmetyczną cen złożonych ofert. Zamawiający wskazał konkretne elementy oferty wymagające wyjaśnienia. Sformułowane pytania zostały opatrzone komentarzem, z którego jednoznacznie wynika, że Zamawiający wymagał szczegółowych wyjaśnień i kalkulacji dotyczących tych pozycji. Zamawiający zwrócił się także o przedstawienie dowodów oraz wskazał, że wykonawca może według własnego uznania przedstawić okoliczności, które są przydatne do wyjaśnienia ceny oferty. Treść wezwania jednoznacznie zaprzecza ocenie,

iż pytania zawarte w wezwaniu zmierzały właściwie do odpowiedzi TAK lub NIE, co podnosił Odwołujący. Odwołujący wybiórczo odczytuje treść wezwania, podczas gdy z pełnej treści wynika jasno, że wyjaśnienia miały być szczegółowe i wyczerpujące. Zamawiający nie ograniczył przy tym wykonawcy w żaden sposób ani co do zakresu wyjaśnień, ani sposobu ich przedstawienia, ani też zakresu dowodów, które wykonawca uzna za uzasadnione, aby przedstawić wraz z wyjaśnieniami.

Wykonawca miał obowiązek zatem odnieść się do tych elementów w taki sposób, aby wszelkie wątpliwości zostały usunięte. Podkreślenia wymaga, że zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp to na wykonawcy spoczywa obowiązek udowodnienia, że cena oferty nie jest rażąco niska. Tymczasem Odwołujący złożył jedynie ogólne wyjaśnienia, nie przedstawiając rodzajów kosztów oraz ich wysokości, przyjętych do kalkulacji ceny oferty. Nie przedstawił też wiarygodnych i rzeczowych szczególnych okoliczności dostępnych temu wykonawcy, w odróżnieniu od pozostałych wykonawców działających na rynku, które umożliwiają mu skalkulowanie ceny oferty na poziomie niższym niż średnia cena rynkowa (średnia arytmetyczna złożonych ofert). Odwołujący wskazał ponadto na okoliczności (posiadanie gotowych rozwiązań z analogicznego projektu - obwodnica Trójmiasta), które nie uzasadniają powoływania się na nie, jako możliwe do wykorzystania przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nie miał podstaw do żądania dalszych wyjaśnień w świetle art. 69 ust. 3 Dyrektywy, gdyż złożone wyjaśnienia nie zawierają informacji potwierdzających posiadanie przez wykonawcę jakichś szczególnych możliwości uzasadniających niższe niż przeciętnie na rynku koszty wykonania przedmiotu zamówienia. W tym zakresie kontynuowanie wyjaśnień nie było uzasadnione, ponieważ podane przez Odwołującego informacje nie budziły wątpliwości Zamawiającego co do braku ich wpływu na realną możliwość obniżenia ceny oferty. Ze względu na lakoniczność, ogólnikowość i niekompletność złożonych wyjaśnień kontynuowanie tej procedury wymagałoby de facto powtórzenia w znacznej części treści pierwszego wezwania, co stanowiłoby naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w kontekście art. 90 ust. 2 Pzp, który zobowiązuje wykonawcę do udowodnienia, że cena jego oferty nie jest ceną rażąco niską. Żaden przepis ustawy Pzp nie zobowiązuje Zamawiającego do kontynuowania procedury wyjaśnień w przypadku, gdy sam wykonawca nie dokłada należytej staranności do udzielanych Zamawiającemu wyjaśnień.

W przedmiotowym postępowaniu nie został również naruszony przez Zamawiającego przepis art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie podania Odwołującemu pełnych powodów odrzucenia jego oferty.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, zamawiający ma obowiązek przedstawić w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty uzasadnienie prawne i faktyczne podjętej decyzji.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp pismem z dnia 7 grudnia 2016 r. W uzasadnieniu powyższej decyzji Zamawiający podał szczegółowe uzasadnienie prawne i faktyczne. Odnosił się do złożonych wyjaśnień w pełnym zakresie, uwzględniając fakt, że wyjaśnienia zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Przetawił własną ocenę złożonych przez wykonawcę wyjaśnień w kontekście treści wezwania. Podał w sposób jasny i zrozumiały przyczyny, na podstawie których uznał, że zaoferowana przez Odwołującego cena nie daje gwarancji wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Zamawiający przedstawił rzeczowe uzasadnienie, oparte o treść złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, dokonanej oceny że cena zaoferowana przez Odwołującego jest rażąco niska.

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

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

.....