

WYROK

z dnia 4 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 kwietnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 marca 2012 r. przez Systra S.A. w Paryżu, Francja, działającą w Polsce jako Systra Spółka Akcyjna Oddział w Polsce, z siedzibą oddziału w Warszawie, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie,

przy udziale ARDANUY INGENIERIA S.A. w Madrycie, Hiszpania, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

przy udziale CE Projekt Group Sp. z o.o. Sp. k. w Krakowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie dokonanie powtórnej oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na opracowanie dokumentacji projektowej na elektryfikację linii kolejowej nr 71 Ocice - Rzeszów w ramach zadania „Modernizacja linii kolejowej Rzeszów - Warszawa przez Kolbuszową”, w tym nakazuje:
 - a. wezwanie CE Projekt Group Sp. z o.o. Sp. k. w Krakowie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu opisanych w pkt 8.4.1 i 8.4.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia,****

b. wezwanie ARDANUY INGENIERIA S.A. w Madrycie, Hiszpania, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 8.4.3 lit. b specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

2. Kosztami postępowania obciąża PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Systra S.A. w Paryżu, Francja tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie na rzecz Systra S.A. w Paryżu, Francja kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający, PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na opracowanie dokumentacji projektowej na elektryfikację linii kolejowej nr 71 Ocice - Rzeszów w ramach zadania „Modernizacja linii kolejowej Rzeszów - Warszawa przez Kolbuszową.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 05.01.2012 r. w Dz.U. UE pod numerem 2012/S 2-003035.

W dniu 16 marca 2012 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wynikach oceny ofert, w tym o wyborze oferty CE Project Group Sp. z o.o. Sp. K. w Krakowie (zwanej dalej jako „CE”) jako najkorzystniejszej, jako następną ofertę w rankingu sklasyfikowano ofertę Ardanuy Ingenieria S.A. w Madrycie, Hiszpania (dalej jako „Ardanuy”).

W dniu 26 marca 2012 r. Systra S.A. w Paryżu, Francja (dalej jako „Systra”) wniosła odwołanie od ww. czynności zamawiającego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy poprzez niezachowanie zasady równego traktowania wykonawców, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawców: CE oraz ARDANUY z powodu rażąco niskich cen ofert ww. wykonawców, który to fakt wynika ze złożonych przez nich wyjaśnień na wezwanie zamawiającego na podstawie art. 90 ustawy;

2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1-3 ustawy poprzez błędną ocenę wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na ceny ofert złożonych przez wykonawców: CE oraz ARDANUY i zaniechanie odrzucenia tych ofert;
3. naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy.
4. naruszenie art. 26 ust 3 przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów, a w konsekwencji art 22 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z uwagi na zaniechanie wykluczenia wykonawcy CE ze względu na brak wykazania spełniania warunków wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub
5. naruszenie art. 26 ust 3 przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów a w konsekwencji art. 22 ust. 1 pkt 2 i 4 oraz 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. z uwagi na zaniechanie wykluczenia wykonawcy ARDANUY ze względu na brak wykazania spełniania warunków wiedzy i doświadczenia oraz znajdowania się w odpowiedniej sytuacji finansowej.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej;
- nakazanie dokonania ponownej oceny ofert i wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny wykonawców: CE oraz ARDANUY i dokonanie zaniechanej (zaniechanych) czynności zamawiającego polegającej (polegających) na (wykluczeniu i) odrzuceniu ofert ww. wykonawców;
- wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania wskazano:

Zarówno wykonawca wybrany, jak i kolejny wykonawca - ARDANUY INGENIERIA S.A., który uzyskał drugą w kolejności ilość punktów w ramach jedyne kryterium „cena” (73,22 pkt) zostali wezwani do wyjaśnienia elementów składowych oferty mający wpływ na wysokość ceny. Zamawiający dokonał wezwania zgodnie z informacją podaną w pkt 19 SIWZ po zmianie wprowadzonej pismem z dnia 3

stycznia 2012r., gdzie zastrzegł, że jeżeli cena oferty będzie niższa od 65% wartości kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia uzna, że oferta taka może zawierać rażąco niską cenę. Wezwani wykonawcy złożyli wyjaśnienia z dnia 15 marca br., zaś zamawiający uznał je za wystarczające do oceny, iż zaproponowane ceny, pomimo niskiej wartości nie są rażąco niskie.

W postępowaniu złożono 9 ofert, z czego trzy (oferty nr 3, 7 oraz 8) zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 tj. ze względu na rażąco niską cenę. Wartość nieodrzuconych ofert kształtowała się na poziomie od 1,45 mln zł. do 3,5 mln zł. przy czym najtańsza złożona przez wykonawcę CE Project Group Sp. z o.o. Spółka Komandytowa miała wartość 1 466 160 zł., a złożona przez wykonawcę ARDANUY INGENIERIA S.A. miała wartość ok. 1 628 000 zł. Zamawiający podał na otwarciu ofert, iż zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę ok. 3,25 mln zł.

Przy czym zamawiający odrzucił ofertę złożoną przez Biuro Inżynierskich Projektów Kolejowych Sp z o.o. z Krakowa z ceną 1 795 800 zł jako ofertę z rażąco niską ceną. Cena tej oferty przewyższa ceny złożone przez obu wskazanych wykonawców. Oznacza to, że jedynie wykazanie przez nich w wyjaśnieniach, iż cena zaproponowana rzeczywiście jest ceną realną i pokrywającą koszty wykonania zamówienia dawałoby podstawę do uznania czynności zamawiającego polegającej na ocenie tych dwóch ofert za prawidłową. Jednakże wyjaśnienia złożone przez obu wykonawców nie dają takiej podstawy Zamawiającemu.

Decyzja Zamawiającego o zaniechaniu odrzucenia ofert wykonawców CE Project Group Sp. z o.o. Spółka Komandytowa oraz ARDANUY INGENIERIA S.A., jest całkowicie niezasadna, gdyż oferty obu wykonawców są rażąco niskie i nie gwarantują prawidłowej realizacji zamówienia. Wskazują na to złożone przez wykonawców wyjaśnienia, które w przypadku CE Project Group Sp. z o.o. Spółka Komandytowa są niespójne i wskazują, iż cena podana w formularzu ofertowym jest zaniżona, zaś w przypadku wykonawcy ARDANUY INGENIERIA S.A. wyjaśnienia nie dotyczą elementów oferty, a jedynie wskazują na ogólną metodologię wyliczania cen ofert przez tego wykonawcę bez odnoszenia się do okoliczności związanych z wykonaniem omawianego zamówienia.

Odwołujący zauważył, iż wszczęcie przez Zamawiającego procedury wynikającej z art. 90 Pzp stanowi o przyjęciu domniemania prawnego, iż cena zaproponowana

przez wykonawcę jest ceną rażąco niską. Wykonawca może takie domniemanie obalić przez wykazanie, iż obiektywnie możliwe jest wykonanie przez niego zamówienia za wskazaną cenę. Katalog obiektywnych czynników, które wpływają na kalkulację ceny podaje art. 90 ust 2 ustawy, do których ustawodawca zalicza: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, wpływ pomocy publicznej.

W wyjaśnieniach obu firm nie znalazły się argumenty wskazujące na jakiegokolwiek faktyczne okoliczności wskazujące na poprawność kalkulacji i przyjętych cen.

Oceniając wyjaśnienia złożone przez CE Project Group Sp. z o.o. Spółka Komandytowa, należy zauważyć, że wykonawca podał jedynie rozbitcie cen na inne elementy niż wynikające z formularza cenowego.

Przedstawienie kwot na poszczególne zadania mieszczące się w opisie przedmiotu zamówienia bez wskazania, na jakiej podstawie przyjęto dane kwoty za właściwe i wystarczające dla pokrycia kosztów wykonania prac składających się na dane etapy, nie wyjaśnia wyceny żadnej z pozycji.

Wykonawca nie przedstawił uzasadnienia dlaczego przyjął taką wycenę, nie podał też żadnych informacji świadczących o jego przewadze konkurencyjnej oprócz ogólnikowego stwierdzenia, iż będzie korzystał z doświadczonych projektantów, przy czym jego oferta powyższego nie potwierdza, gdyż powołuje się on jedynie na 1 projektanta, który nie jest jego pracownikiem a działa jedynie na podstawie zobowiązania do udostępnienia własnej osoby.

Odwołujący podkreślił, iż w przypadku wszczęcia procedury przewidzianej w art. 90 ustawy wykonawca powinien przedłożyć wyjaśnienia, które w sposób obiektywny dają możliwość rozwiania wątpliwości zamawiającego co do racjonalności wyceny. W Wyroku Sadu Okręgowego w Warszawie (sygn. akt V ca 2214/06) sąd zauważył „Podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia, jeżeli chce ustrzec się przed odrzuceniem złożonej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 P.z.p. obowiązany jest do złożenia wyjaśnień na żądanie zamawiającego. Z kolei zamawiający obowiązany jest do odrzucenia oferty, jeżeli potencjalny wykonawca nie złoży wyjaśnień w określonym terminie oraz gdy ocena wyjaśnień i innych dowodów potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wynika stąd, że przedstawione przez oferenta wyjaśnienia podlegają ocenie, której

przykładowe kryteria przedstawia art. 90 ust. 2 P.z.p.. W niniejszej sprawie Zamawiający nabrał wątpliwości co do poziomu cen zaproponowanych przez oferenta co do trzech zadań i w tym zakresie wezwał go do złożenia wyjaśnień. Wyjaśnienia zostały złożone, ale w ocenie Sądu Okręgowego ich treść nie może być uznana za wystarczającą dla przyjęcia, że cena proponowana przez (...) nie jest rażąco niska ..."

Utrwalona linia orzecznicza nakazuje więc wnikliwą i dokładną ocenę wyjaśnień oraz ich prawdziwości i racjonalności (tak m.in. wyrok KIO 730/10, KIO 2258/11). Wyjaśnienia przedłożone przez CE Projekt Group Sp z o.o. Spółka komandytowa w żaden sposób nie mogą być ocenione jako wystarczające. W istocie treść przedłożonego dokumentu niczego nie wyjaśnia - gdyż wskazuje jedynie na kwoty za poszczególne elementy, ujęte inaczej niż w formularzu cenowym. Wykonawca nie przedstawił jednakże żadnych okoliczności mających wpływ na taką a nie inną wycenę oraz nie odniósł się do ewentualnych sprzyjających warunków wykonania tego zamówienia.

W tej sytuacji należy uznać, iż wykonawca nie udowodnił, że przedstawiona przez niego cena jest ceną realną, odpowiadającą rynkowi, lub też że niższa cena wynika z obiektywnych okoliczności - sprzyjających temu wykonawcy szczególnie korzystnych warunków wykonania zamówienia.

W związku z powyższym oferta podlega odrzuceniu ze względu na to, iż zaproponowana cena w sposób znaczący odbiega od szacunków zamawiającego - stanowi mniej niż 50% kwoty jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, odbiega również od średniej złożonych cen o ponad 500 tysięcy złotych (cena średnia w postępowaniu wynosi 2 003 379 zł). Jednocześnie wykonawca CE Projekt Group Sp z o.o. Spółka komandytowa nie przedstawił wiarygodnych wyjaśnień dotyczących kalkulacji tej ceny.

Oceniając wyjaśnienia ARDANUY INGENIERIA S.A. należy podkreślić, iż wykonawca nie odniósł się do elementów oferty mających wpływ na cenę. Również w tym wypadku cena oferty znacząco odbiega od wartości wyliczonej przez zamawiającego oraz o ponad 350 000 zł od średniej ceny uzyskanej w postępowaniu. Jest też niższa od oferty, którą zamawiający uznał za złożoną z rażąco niską ceną Biura Inżynierskich Projektów Kolejowych Sp z o.o. z Krakowa.

Wyjaśnienia wskazują na koszty osobowe z wskazaniem stawek dla poszczególnych osób oraz na koszty zewnętrzne tj. „topografia” oraz „koszty okołoprojektowe” takie jak tłumaczenia czy audyt. Natomiast w kosztach nie ujęto takich elementów wymaganych w siwz jak badania gruntowo-wodne wymagane w pkt 4 ppkt 5 OPZ, koszty administracyjne pozyskania decyzji i pozwoleń, itd.

Powyższe koszty nie zostały ujęte w cenie oferty, co powoduje, że zaproponowana cena wskazuje na brak możliwości wykonania pełnego zakresu zamówienia za wskazaną cenę.

Ponadto wykonawca przedstawił zestawienie godzin pracy osób, którymi będzie posługiwał się przy wykonywaniu zamówienia. Wyjaśnienia zawierają również wskazanie metody, jaką wykonawca zwykle kieruje się przy wyliczaniu cen ofert. Nie wskazano jednak jak ta wybrana przez wykonawcę metoda została zastosowana do wyliczenia ceny tej konkretnej oferty. Wykonawca zwykle przyjmuje podział kosztów na bezpośrednie oraz wydatki ogólne, a następnie wydatki ogólne dzieli przez liczbę godzin pracy zespołu operacyjnego i dodaje otrzymaną kwotę do kosztów bezpośrednich generowanych przez ten personel.

Przy czym w wydatkach ogólnych mieszczą się jedynie: koszty personelu nieoperacyjnego oraz koszty ogólne zarządu firmy, nie zaś koszty związane z projektem bezpośrednio np. koszty podwykonawców.

Wykonawca wywodzi, że w ten sposób wyliczona cena oferty zapewnia, że personel operacyjny zarabia nie tylko na własne wynagrodzenia, ale również na wydatki ogólne, a projekt jest z punktu widzenia przedsiębiorstwa rentowny. Nawet szczegółowa tabela zawierająca ilości godzin pracy osób realizujących konkretne elementy zamówienia, nie potwierdza, że wskazana powyżej metoda (wybrana przez wykonawcę) zapewnia, że w niniejszym zamówieniu zyski generowane przez personel operacyjny choćby zrównają się ze kosztami poniesionymi na realizację zamówienia opisanego w SIWZ.

Wskazane wyjaśnienia ARDANUY INGENIERIA S.A. nie umożliwiają zamawiającemu weryfikacji czy składowe koszty za wymagane w SIWZ elementy oferty są ujęte w cenie i rzetelnie oszacowane, a w związku z tym zapewniają możliwość wykonania zamówienia. Należy zauważyć, że zgodnie z orzecznictwem KIO „zaistnienie przesłanki zastosowania powołanego przepisu (por. art. 90 ust. 1 Pzp oznacza, że w odniesieniu do oferty, której to dotyczy, powstaje domniemanie, iż

oferta zawiera rażąco niską cenę, a obalenie tego domniemania jest czynnością leżącą po stronie wykonawcy, którego obciąża w tym zakresie przedstawienie wyjaśnień popartych dowodami (por. art. 90 ust. 3 Pzp)." (wyrok z dnia 21 grudnia 2011r. sygn. akt: KIO 2624/11). Przyjęcie przez Wykonawcę ogólnej metody szacowania wartości oferty jest oczywiście dopuszczalne jednak, gdy wykonawca nie przekłada tej metody na wyliczenie ceny konkretnej oferty, której dotyczą wyjaśnienia należy uznać te wyjaśnienia za niewystarczające (wykonawca podał tylko przykład dla starszego inżyniera, który jest jedną z wielu osób mających realizować zamówienie).

Zamawiający oceniając wyjaśnienia wykonawcy kieruje się przede wszystkim przepisem art. 90 ust. 3 ustawy. Warto więc zwrócić uwagę na wyrok KIO wskazujący, że „w dyspozycji art. 90 ust. 3 Pzp znajduje się również sytuacja, kiedy wykonawca złożył wyjaśnienia, ale wyjaśnienia te są zbyt ogólnikowe, by ocenić, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Nie chodzi bowiem o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich wyjaśnień, które w sposób niebudzący wątpliwości pozwalają na ocenę oferty pod względem zaoferowania rażąco niskiej ceny. Przedstawione wyjaśnienia winny być nie tylko konkretne i przekonujące, ale również poparte stosownymi dowodami." (wyrok z dnia 3 listopada 2011r. sygn. akt KIO 2251/11). W takiej sytuacji działanie zamawiającego polegające na uznaniu wyjaśnień ARDANUY INGENIERIA S.A. za wiarygodne należy uznać za sprzeczne ww. przepisami, orzecznictwem oraz zasadami logiki, które niewątpliwie muszą znaleźć zastosowanie przy ocenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania wykluczenia i odrzucenia oferty złożonej przez CE Project Group Sp. z o.o. Spółka Komandytowa wskazano, iż wykonawca ten nie potwierdził spełniania warunku wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

W celu wykazania odpowiedniego doświadczenia Zamawiający wymagał, aby wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), wykazał się wykonaniem co najmniej jednej usługi, polegającej na opracowaniu dokumentacji projektowej (obejmującej co najmniej opracowanie projektu budowlanego oraz projektu wykonawczego) w zakresie budowy lub przebudowy sieci trakcyjnej na

długości minimum 30 kilometrów, z podaniem wartości, przedmiotu, daty wykonania i odbiorcy (część I siwz, pkt 8.4.1.)

CE Project Group Sp. z o.o. Spółka Komandytowa załączył wykaz, w którym umieszczono 5 prac, przy czym tylko w opisie jednej z nich wykonawca wskazał, iż wykonał projekt dla sieci o wymaganej długości tj. min 30 kilometrów (pozycja nr 4). Należy w tym miejscu jednak wskazać, że referencja dotyczy jedynie remontu nawierzchni torów (a nie sieci trakcyjnej) oraz wskazuje na 2 tory po 15 km, a nie sieć trakcyjną o długości 30 km. Ponadto 3 spośród 5 umieszczonych pozycji wskazują na wykonanie prac na dłużej niż 3 lata przed terminem składania ofert. Tak jest również w przypadku pozycji nr 4, która po ewentualnym rozstrzygnięciu wyżej wskazanych wątpliwości mogłaby odpowiadać długością wymaganiom zamawiającego.

CE Project Group Sp. z o.o. Spółka Komandytowa nie potwierdziła również warunku dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, ponieważ wskazała na stanowisko projektanta w branży kolejowe sieci trakcyjne Panią Ewę Albertowicz, która według wykazu nie brała udziału w ani jednym projekcie obejmującym opracowanie dokumentacji projektowej którego przedmiotem były m.in. 2 stacje kolejowe. Wykaz wskazuje kilka pozycji, które obejmują dokumentację dla 1 stacji kolejowej, ale żadna z tych pozycji wykazu nie potwierdza spełniania ww. warunku.

Oznacza to, że wykonawca CE Project Group Sp. z o.o. Spółka Komandytowa nie wykazała spełniania warunku wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia i powinien zostać wezwany do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust 3 ustawy Pzp. W przypadku niepotwierdzenia spełnienia warunku wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania wykluczenia i odrzucenia oferty złożonej przez ARDANUY INGENIERIA S.A, odwołujący wskazał, iż wykonawca ten nie potwierdził spełniania warunku znajdowania się w odpowiedniej sytuacji finansowej.

Załączona do oferty informacja z banku została wystawiona dnia 21.10.2011 r. a więc jest starsza niż 3 miesiące wstecz od dnia składania ofert (14.02.2012r.) Oznacza to, że informacja ta nie może potwierdzać spełniania ww. warunku ponieważ nie spełnia wymogu pkt 9.1.5. lit. b) SIWZ oraz jest niezgodna z § 1 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

Wykonawca ten nie potwierdził również warunku wiedzy i doświadczenia, ponieważ wskazane przez niego w wykazie pozycje nie potwierdzają, że projekty wykonane przez wykonawcę obejmowały zarówno projekty budowlane, jak i wykonawcze. Tego faktu nie potwierdzają także załączone do wykazu referencje. Ponadto w przypadku pozycji nr 2 w wykazie z referencji wynika, że w zakresie sieci trakcyjnych przedmiot obejmował zaprojektowanie „renowacji” sieci, nie zaś ich przebudowy, co nie spełnia warunku zamawiającego.

Oznacza to, że wykonawca nie potwierdził spełniania warunków opisanych w art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz 4 Pzp. i powinien zostać wezwany do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust 3 Pzp.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron, Izba ustaliła, co następuje.

Szacunkowa wartość zamówienia - jak wynika z dokumentacji postępowania – została ustalona przez zamawiającego przez przyjęcie 5% wskaźnika kosztów prac projektowych względem planowanej wartości projektowanych robót budowlanych. Roboty budowlane oszacowano na 65 000 000 zł więc po wyliczeniu 5% ich wartości otrzymano kwotę 3 250 000 zł.

Otwarcie ofert w postępowaniu przypadło na dzień 14.02.2012 r.

Złożono 9 ofert o następującym przekroju cenowym:

1. Oferta nr 1 – ok. 1,6 mln. zł (Ardanuy)
2. Oferta nr 2 – ok. 2,7 mln. zł
3. Oferta nr 3 – ok. 1,3 mln. zł
4. Oferta nr 4 – ok. 2,1 mln. zł (odwołujący)
5. Oferta nr 5 – ok. 2,4 mln. zł
6. Oferta nr 6 – ok. 3,6 mln. zł

7. Oferta nr 7 – ok. 1,8 mln. zł (Biuro Inżynierskich Usług Projektowych Sp. z o.o.)
8. Oferta nr 8 – ok. 1 mln. zł
9. Oferta nr 9 – ok. 1,5 mln. zł (CE)

Pismami z dnia 6 marca 2012 r. zamawiający zwrócił się do 7 spośród 9 wykonawców o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanych cen.

W dniu 15 marca 2012 r. CE złożyła wyjaśnienia w tym przedmiocie wskazując, iż przyjęta przez nią cena ofertowa obejmuje wszystkie elementy przedmiotu zamówienia opisane w pkt 4 Opisu Przedmiotu zamówienia i podała rozbieżności ceny w odniesieniu do poszczególnych elementów zamówienia (ceny częściowe) oraz wycenę elementów dodatkowych (wnioski, decyzje, mapy do celów projektowych). Wykonawca powołał się przy tym na sytuację i organizację firmy, a także jej doświadczenie w projektowaniu innych odcinków linii 71 w poprzednich latach, pozwalające mu przyjąć cenę na danym poziomie.

W odnośnych do powyższego wyjaśnieniach Ardanuy przedstawiono metodologię wyliczenia ceny ofertowej uwzględniającą zasadnicze elementy przedmiotu zamówienia i główne elementy kosztotwórcze.

W informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej zamawiający zawiadomił m.in. o odrzuceniu oferty nr 7 - Biura Inżynierskich Usług Projektowych Sp. z o.o. – wskazując, iż złożone na wezwanie zamawiającego wyjaśnienia pozwoliły stwierdzić, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z pkt 8.4.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) w ramach warunków udziału w postępowaniu zamawiający wymagał, aby wykonawca, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), wykazał się wykonaniem co najmniej jednej usługi, polegającej na opracowaniu dokumentacji projektowej

(obejmującej co najmniej opracowanie projektu budowlanego oraz projektu wykonawczego) w zakresie budowy lub przebudowy sieci trakcyjnej na długości minimum 30 kilometrów.

Zgodnie z pkt. 8.4.2 siwz w ramach warunków udziału w postępowaniu zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał się dysponowaniem projektantem w branży kolejowe sieci trakcyjne, posiadającym następujące kwalifikacje (doświadczenie): udział w okresie ostatnich 3 lat w realizacji co najmniej 1 projektu dotyczącego opracowania dokumentacji projektowej w zakresie budowy lub modernizacji zelektryfikowanej linii kolejowej obejmującej co najmniej szlak i 2 stacje kolejowe.

CE w wykazie prac, czynności i zamówień, załączonym do oferty (str. 20-23 oferty), w tabeli wskazała 5 usług, z których usługi w poz. 4 i 5 zostały zakończone w roku 2008, natomiast żadna z różnych usług wskazanych w poz. 1-3, pojedynczo nie dotyczyły dokumentacji projektowej sieci o długości przekraczającej 30 km (dopiero po zsumowaniu długości sieci z wszystkich trzech pozycji długość taka byłaby osiągnięta).

CE w wykazie osób, którymi będzie dysponował wykonawca, załączonym do oferty (str. 9-14 oferty), wskazał p. Ewę Albertowicz, opisując jej bogate doświadczenie zawodowe. W żadnej z pozycji tabeli nie podano informacji wskazujących, iż którakolwiek z podanych dokumentacji obejmowała co najmniej szlak i dwie stacje kolejowe.

Ardanuy w wykazie prac, czynności i zamówień, załączonym do oferty (oznaczonym „Strona 10 z 15), w tabeli, wskazała 2 usługi: w poz. 1 – opracowanie projektów budowlanych elektryfikacji linii Kolei Dużych Prędkości Medina del Campo – Slamanca, w poz. 2 – projekt rekonstrukcji struktur linii kolejowej, elektrycznej sieci trakcyjnej oraz urządzeń telekomunikacyjnych w głównej linii kolejowej REBIS w Bośni i Hercegowinie.

W tłumaczeniu referencji załączonej do wykazu dotyczącej poz. nr 2 (na str. 3 tłumaczenia, w pkt 3 i 4) wskazało, iż kontrakt wymagał m.in. dostarczenia dokumentacji projektowej dla zidentyfikowanych działań zachowawczych i dostarczenie dokumentacji projektowej dla zaprojektowanych działań. Całościowy zakres tych działań obejmował: ... m.in. (zgodnie z pkt III (str. 6 tłumaczenia

referencji) sieć trakcyjną, w tym zaprojektowanie renowacji napowietrznej sieci trakcyjnej (1x25 kV) na odcinku Doboż - Samac, 111,4 km.

Zgodnie z pkt 8.4.3 lit b siwz zamawiający wymagał wykazaniem się, iż wykonawca posiada środki finansowe lub zdolność kredytową – w wysokości nie mniejszej niż 500 000 PLN. Zgodnie z pkt 9.1.5 lit b na potwierdzenie powyższego wymagano przedstawienia informacji banku lub SKOK wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że wszyscy odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Podając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy podstawę prawną rozstrzygnięcia należy wskazać, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Natomiast zgodnie z kolejnymi jednostkami redakcyjnymi art. 90 ustawy:

1. Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.
2. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
3. 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.

Następnie, tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołań, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie. Mianowicie zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne. Ponadto powyższe skorelowane jest z ekonomiką postępowania przed Izbą wynikającą z dyspozycji art. 189 ust. 1 Pzp określającego piętnastodniowy termin na rozpoznanie odwołania.

Materialną podstawą odrzucenia oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp jest realne wystąpienie zaoferowania ceny rażąco niskiej, a powyższe ponadto zostaje potwierdzone przez obligatoryjne wyjaśnienia wykonawcy w tym przedmiocie, ewentualnie wyjaśnienia takie mają w ogólnie nie zostać złożone (art. 90 ust. 3). Procedura badania i ustalania ceny rażąco niskiej przebiega więc w ten sposób, iż nawet przy podejrzeniu granicznym z pewnością, powstaniu należyte uzasadnione domniemanie faktycznego, czy nawet zgromadzeniu stosownych dowodów, iż zaoferowana cena spełnia cechy ceny o takim charakterze, zamawiający musi na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy dać wykonawcy szansę wykazania okoliczności niejako ekskulpujących, np. przez wykazanie okoliczności przykładowo wskazanych w art. 90 ust. 2 Pzp.

Tym samym z ustalenia i potwierdzenia (udowodnienia) – w znaczeniu ustalenia prawdy materialnej – wystąpienia ceny rażąco niskiej, jako podstawy odrzucenia oferty, zwalnia zamawiającego jedynie niezłożenie przez wykonawcę wyjaśnień, o których mowa w art. 90 Pzp lub okoliczność, iż z samych wyjaśnień wynika, iż cena taka wystąpiła. Tutdzież uznać można, iż zamawiający będzie zwolniony z pełnego udowodnienia wykonawcy, iż oferowana przezeń cena jest rażąco niska w przypadku gdy wystąpi domniemanie faktyczne wystąpienia ceny tego typu, a wykonawca obalić takiego domniemanie nie zdoła.

Przed omówieniem rozkładu ciężaru dowodu przy ustaleniu i wykazaniu ceny rażąco niskiej konieczne jest jednak zdefiniowanie samego pojęcia ceny tego typu. Przede wszystkim wskazać tu należy na brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp odnoszącego 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 i 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... etc. Definicja tego typu została wypracowana w orzecznictwie i nie występują w tym zakresie kontrowersje.

Odnosząc się natomiast do wspomnianego wyżej rozkładu ciężaru dowodu w przedmiocie wykazania, iż tak zdefiniowana cena rażąco niska wystąpiła, tj. sposobu ustalenia i wykazania faktu jej wystąpienia, wskazać należy, iż w tym zakresie ogólne zasady rozkładu ciężaru dowodu wynikające z wyżej wskazanych przepisów ustawy i Kodeksu cywilnego nie doznają wyłączenia. Danych okoliczności dowodzić więc powinna strona, która je podnosi i na nie się powołuje a także strona, która wystąpienia danych faktów podnosi, a nie im przeczy (*Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*). Generalnie więc fakt wystąpienia ceny rażąco niskiej dla możliwości zastosowania dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp wykazać winien ten podmiot, który fakt wystąpienia ceny rażąco niskiej stwierdza i nań się powołuje. Przy czym jak najbardziej możliwe i powinno w takim przypadku jest przynajmniej zgrubne ustalenie realnej wartości rynkowej przedmiotu zamówienia, który zarówno zamawiający, jak i wykonawcy dokładnie znają, a zasadność takiego ustalenia cen/wartości zamówienia na danym poziomie winna być możliwa do udowodnienia. Sama deklaracja czy powołanie się na oszacowanie wartości zamówienia z należytą starannością dowodem takim nie jest. Należyta staranność jest pojęciem zasadniczo odrębnym od dobrej wiary i jej istnienia wcale nie należy domniemywać.

Na potwierdzenie powyższego powołać można wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07), gdzie Sąd stwierdził, iż w przypadku gdy brak jest „rażącego zaniżenia ceny” (rozumianego przez Izbę jako opisywane niżej powstanie domniemania), to w sporze z wykonawcą w przedmiocie wykazania charakteru obowiązują

ogólne zasadny dowodowe wynikające z art. 6 k.c.. Jak wprost stwierdził Sąd Okręgowy w Katowicach – teza, iż z art. 90 ust. 3 ustawy wynika obowiązek udowodnienia przez wykonawcę, że cena nie jest rażąco niska, jest niezasadne.

Ciężar ostatecznego dowodu w przedmiocie charakteru ceny w świetle powołanych regulacji art. 90 ustawy może ulec jednak odwróceniu, a przynajmniej bardziej skomplikowanemu rozłożeniu. Dojść do tego może w przypadku powstania faktycznego domniemania wystąpienia w danych okolicznościach ceny rażąco niskiej (jakichkolwiek domniemań prawnych w tym zakresie w ustawie nie przewidziano). Nawet więc bez ostatecznego udowodnienia poziomu cen rynkowych i wykazania w ten sposób realnych cen ofertowych, będzie możliwe przyjęcie wystąpienia ceny rażąco niskiej w przypadku wystąpienia szeregu okoliczności pośrednio na nią wskazujących (podstaw domniemania), gdy jednocześnie wykonawca nie wykaże okoliczności przeciwnych lub przyznając fakt zniżenia jego ceny w stosunku do realnej wartości przedmiotu zamówienia i cen rynkowych w tym zakresie – nie wykaże okoliczności, które pozwoliły mu swoją cenę obniżyć (np. okoliczności wskazanych w art. 90 ust. 2 Pzp). Przy czym również fakty stanowiące podstawę samego domniemania powinny wystąpić/zostać udowodnione, a przede wszystkim winny wystąpić w odpowiednim nagromadzeniu i wadze, aby wystąpienie domniemania uzasadnić. W szczególności podstawą takiego domniemania nie jest samo wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp niewsparte dodatkowymi, indywidualnie ocenianymi dla danego postępowania, występującymi w odpowiednim kontekście i nagromadzeniu, okolicznościami, np. takimi jak: porównanie cen ofertowych złożonych w postępowaniu, otrzymaniem niewiarygodnych i lakonicznych wyjaśnień w tym zakresie, różnicami pomiędzy ceną oferowaną, a występującymi na rynku cenami za wykonanie zamówień takich samych czy podobnych, i przede wszystkim różnicami pomiędzy szacunkami wykonawcy, a nawet fragmentarycznymi informacjami o realnych rynkowych kosztach wykonania danych elementów zamówienia... *etc.*

Odnosnie oceny wyjaśnień wskazanej w art. 90 ust. 3 Pzp zaznaczyć należy, iż jak wynika z literalnego brzmienia przepisu, dla odrzucenia oferty wymagane jest, aby z informacji zawartych w wyjaśnieniach wynikało potwierdzenie zaoferowania ceny rażąco niskiej – przepis nie referuje natomiast do braku wykazania przez wykonawcę, iż cena rażąco niska nie jest. Wyjaśnienia ogólnikowe lub lakoniczne nie będą więc wcale same w sobie bezpośrednim dowodem potwierdzającym, iż zaoferowana cena jest ceną rażąco niska, jednakże mogą stać się jedną z podstaw domniemania w tym przedmiocie, uprawniającego do odrzucenia oferty z

tej przyczyny. W szczególności zaznaczyć należy, iż samo zwrócenie się zamawiającego o złożenie tego typu wyjaśnień żadnego domniemania nie tworzy – stanowi tylko wyraz podjętych przez zamawiającego z jakichś względów wątpliwości (podejrzeń) i próbę ich wyjaśnienia na tej drodze. Przy przeciwnej konstatacji należałoby np. przyjąć, iż w przypadku zwrócenia się przez zamawiającego do najdroższego wykonawcy, którego cena, bez żadnego postępowania wyjaśniającego, wydaje się horrendalnie zawyżona, również powstawałoby – *contra factum* – domniemanie faktyczne, że jego cena jest rażąco niska.

Ponadto, jak już wskazano idealnym i zupełnym wykazaniem powstania ceny rażąco niskiej jest wykazanie cen danego zakresu zamówienia obowiązujących na rynku. Zresztą wykazanie, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska, również może polegać na tym samym. Mianowicie, wykazanie, iż cena danej oferty jest ceną rynkową, powoduje, że nie ma dalszej potrzeby dowodzenia jakichkolwiek okoliczności wskazanych w art. 90 ust. 2 Pzp, uzasadniających jej obniżenie w stosunku do kosztów wykonania zamówienia i cen rynkowych w tym zakresie. Zastrzec przy tym należy, iż rynek i dyktowany przezeń poziom cen, w większości przypadków uznać można za ostateczną miarę realnej wartości wszelkich dóbr materialnych i dających się wycenić usług. Dowodzenie wystąpienia ceny rażąco niskiej w pierwszej kolejności winno więc polegać na wykazaniu zakresu wymaganych nakładów materiałowych czy pracy, a następnie ich rynkowych kosztów. W przypadku gdy powyższe nie jest w pełni możliwe należy powziąć i ustalić przynajmniej pewne okoliczności (i ich dowody) fragmentaryczne (np. w odniesieniu do zasadniczych, najbardziej kosztotwórczych części zamówienia) czy wskazujące na powyższe pośrednio, które ewentualnie umożliwiłyby przyjęcie stosownego domniemania faktycznego i ciężar udowodnienia rzeczywistych cen rynkowych lub możliwość obniżenia ceny ofertowej w stosunku do wymagań rynku, przerzuciłyby na wykonawcę, którego cena jest rozpatrywana.

Odnosząc powyższe do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, Izba oceniając całość materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie (a w szczególności brak jakichkolwiek dowodów odnoszących się i pozwalających ustalić realną wartość poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia) uznała, iż okoliczność wystąpienia ceny rażąco niskiej w niniejszym postępowaniu, w ofertach CE i Ardanuy, nie tylko nie została przez odwołującego wykazana, ale również nie wykazano żadnych okoliczności, które pozwalałyby powyższe domniemać.

W pierwszej kolejności należy tu wskazać, iż porównanie cen ofert odwołujących z cenami ofert złożonych w postępowaniu i uśrednienie ich wartości nie daje podstaw do przyjęcia, aby

którakolwiek z nich była rażąco niska, a to właśnie ceny ofertowe w składane w postępowaniach o udzielenie zamówienia mogą stanowić jeden ze znaczników cen rynkowych w danej branży. Ceny zaoferowane przez ww. wykonawców nie odbiegają od siebie znacząco, nie są również najniższymi cenami zaoferowanymi w tym postępowaniu. Przy czym biorąc pod uwagę charakter przedmiotu zamówienia, na który w znacznym stopniu składają się usługi intelektualne, których koszty, zwłaszcza osobowe, często są niewymierne i w praktyce rynkowej bardzo różnie wyceniane, stwierdzić można, iż rozpiętość cen w przedmiotowym postępowaniu wcale nie jest wyjątkowa i przy tego typu zamówieniach niespotykana. Właśnie rozpiętość cen ofertowych złożonych w niniejszym postępowaniu i ich średnia cena znacznie odbiegająca od szacunkowej wartości zamówienia, obrazuje, iż dla przyjęcia powstania domniemania w przedmiocie wystąpienia ceny rażąco niskiej, nie jest w tym przypadku wystarczające odwołanie się do jakichkolwiek sztucznie przyjmowanych wielkości, jak np. szacunkowa wartość zamówienia i założony przez zamawiającego poziom cen, kwalifikujący je do przeprowadzenia procedur wyjaśniających. Generalnie wartość ofert składanych w tego typu przetargach i przyjmowanych przez zamawiających na przestrzeni ostatnich lat w Polsce, jest raczej bliższa 1% wartości projektowanych robót budowlanych niż 5%. Ponadto szacunki zamawiających dotyczące samej wartości robót budowlanych, na przestrzeni kilku ostatnich lat, również przeważnie są zawyżone. Izba nie dopatrzyła się więc wystarczających rzeczowych przesłanek do stwierdzenia powstania domniemania faktycznego o wystąpieniu w ofertach CE i Ardanuy cen rażąco niskich.

Natomiast odwołujący nie przeprowadził żadnego postępowania dowodowego zmierzającego do udowodnienia twierdzeń w przedmiocie rzeczywistej wartości zamówienia – przynajmniej we fragmentarycznym zakresie wystarczającym do przyjęcia domniemania wystąpienia cen rażąco niskiej u jego konkurentów. Nie udowodnił np. konkretnego nakładu pracy niezbędnego do wykonania poszczególnych części zamówienia i spodziewanych kosztów osobowych z tym związanych, nie przedstawił wartości minimalnych kosztów stałych, kosztów materiałów czy opłat administracyjnych... etc. W szczególności nie wskazał żadnych dowodów, które pozwoliłyby przyjąć, iż ceny cząstkowe, wskaźniki czy dane podawane w wyjaśnieniach CE i Ardanuy są nierealistyczne i zaniżone.

Ponadto sam fakt braku podania czy wyszczególnienia lub odniesienia się w wyjaśnieniach Ardanuy w przedmiocie ceny rażąco niskiej do niektórych elementów przedmiotu zamówienia, nie przesądza, iż w rzeczywistości owych niewymienionych w wyjaśnieniach czynności czy elementów przedmiotu zamówienia nie ujęto i nie wyceniono w reszcie oferty. O cenie rażąco

niskiej nie przesądza wcale fakt sformułowania wyjaśnień w stopniu nie odnoszących się do całego opisu przedmiotu zamówienia (przy nieznannej, realnej wartości części ewentualnie pominiętych). Braki tego typu należałoby zestawzić z wyceną innych elementów i przedstawić ich wagę na tle całego przedmiotu zamówienia i jego wartości. Dopiero w takim przypadku brak „wytlumaczenia się” wykonawcy z wyceny określonej części zamówienia i nie ujęciu jej wartości w podawanych kwotach, mógłby rzeczywiście skutkować uznaniem, iż cała cena zamówienia została w stosunku do przedmiotu zamówienia rażąco zaniżona. Pominięcie wskazywanych przez odwołującego elementów przedmiotu zamówienia w wyjaśnieniach Ardanuy dotyczących rażąco niskiej ceny nie miało więc w tym kontekście (stanie dowodowym sprawy) żadnego znaczenia.

W związku z powyższym właściwie zbędne stało się ocenianie wyjaśnień CE i Ardanuy na okoliczność czy udowadniają realność cen i kalkulacji wykonawców w stopniu umożliwiającym obalenie domniemania wystąpienia ceny rażąco niskiej, skoro domniemanie takie nie wystąpiło. Należało więc je ocenić na okoliczność wykluczenia przypadków wskazanych w dyspozycji art. 90 ust. 3 Pzp. W tym kontekście stwierdzić należy, że same wyjaśnienia ww. wykonawców odnosiły się do sposobu kalkulacji ceny czy podstaw jej dokonania i w tym znaczeniu nie mogą zostać uznane za niezłożone. Nie wynikały z nich również dane, które np. w zestawieniu z faktami znanymi odwołującymi lub zamawiającemu (i udowodnionymi) – których zresztą zamawiający przeczący twierdzeniom odwołującemu, nie podnosił – potwierdzałyby zaniżenie cen tam wskazanych. Tym samym wyjaśnienia te nie mogą zostać uznane, za potwierdzające – w myśl art. 90 ust. 3 ustawy – fakt, iż zaoferowano cenę rażąco niską.

Natomiast jak wynika z informacji o rozstrzygnięciu przetargu i oświadczenia zamawiającego złożonego na rozprawie, ofertę Biura Inżynierskich Usług Projektowych Sp. z o.o. odrzucono właśnie w związku z okolicznością, iż złożone oświadczenia potwierdziły, że zaoferowana przez tego konkretnego wykonawcę cena, czyli w jego przypadku i sytuacji, jest rażąco niska.

W związku z powyższym sformułowane w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 90 Pzp, należało uznać za niezasadne.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących potwierdzenia przez CE i Ardanuy spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Izba wskazuje, co następuje.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jednakże uprzednio, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, w ramach oceny spełniania tych warunków, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Na wstępie wskazać tu należy, podzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70¹ § 3 Kodeksu cywilnego, jest to zobowiązanie zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu, są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to SIWZ należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu k.c. Udostępnienie specyfikacji jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w siwz. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm specyfikacji, jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Znowu w ślad za ustalonym orzecznictwem można tu wskazać, iż wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji w związku z niezastosowaniem się do niejasnych wymagań siwz, a wszelkie wątpliwości interpretacyjne w tym zakresie winny być rozstrzygane na korzyść wykonawców. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, iż postanowienia pkt 8.4.1 i 8.4.2 siwz, cytowanych w ustaleniach Izby, są jasne i precyzyjne, co do wymaganego doświadczenia wykonawcy i personelu, którym dysponuje. Sformułowanie „co najmniej jednej” odnoszące się do wymaganych usług oznacza zwykle podkreślenie faktu, iż wykonawca lub projektant mieli wykonać przynajmniej jedną realizację, którą dookreślają przydawki, do niej bezpośrednio się odnoszące, dalej w tekście danej jednostki redakcyjnej siwz zawarte. W przypadku doświadczenia wykonawcy jest to wymaganie, aby wykonana usługa polegała na opracowaniu dokumentacji projektowej w zakresie budowy lub przebudowy sieci trakcyjnej na długości minimum 30 kilometrów. Natomiast w przypadku projektanta miał to być jeden projekt dotyczący opracowania dokumentacji projektowej w zakresie budowy lub modernizacji zelektryfikowanej linii kolejowej obejmującej co najmniej szlak i dwie stacje kolejowe. Nie występują w tym przypadku żadne gramatyczne czy logiczne podstawy do uznania, iż z rzeczonych sformułowań wynika możliwość łączenia wskazanych dookreśleń wymaganej usługi w ramach różnych usług.

W związku z powyższym, i właściwie niespornym pomiędzy stronami stanem faktycznym w tym zakresie (strony różniły się co do interpretacji i znaczenia postanowień siwz), uznano, iż wykonawca CE nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu opisanych w pkt 8.4.1 i 8.4.2 siwz. Jeśli chodzi o doświadczenie wykonawcy, to spośród wykazanych przezeń usług wykonanych w trzyletnim okresie przed terminem składania ofert, żadna nie dotyczyła sieci o wymaganej długości. Natomiast w przypadku wykazywanej projektantki, w wykazie osób zabrakło informacji, według których którykolwiek projekt obejmowałby dwie stacje kolejowe.

W związku z powyższym zasadne stało się potwierdzenie zarzutu odwołania w wyżej opisanym zakresie i nakazanie zamawiającemu wezwania CE do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie.

Odnośnie Ardanuy Izba potwierdziła zarzut odwołania w zakresie braku przedstawienia wraz z ofertą informacji z banku potwierdzającej poziom posiadanych środków lub zdolność kredytową wystawionej w terminie wymaganym w specyfikacji i § 1 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w

sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226 poz. 1817), tj. nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Powyższe znajduje oparcie w ustaleniach Izby i jest pomiędzy stronami niesporne. W związku z czym nakazano zamawiającemu wezwania Ardanuy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w 8.4.3 lit b siwz.

Natomiast Izba nie potwierdziła zarzutu dotyczącego braku wykazania przez Ardanuy odpowiedniego doświadczenia, tj. podnoszonego przez odwołującego braku wykazania, że projekty wykonane przez wykonawcę obejmowały zarówno projekty budowlane, jak i wykonawcze. Co prawda wykonawca wprost nie wskazał powyższego w przedłożonych przez siebie wraz z ofertą dokumentach, jednakże powyższe można przyjąć na podstawie całości informacji tam zawartych i całokształtu okoliczności, których informacje te dotyczą – przynajmniej d odniesieniu do zadania wskazanego w poz. nr 2 wykazu. W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, iż renowacja głównej linii kolejowej w Bośni obejmowała wykonanie pełnej dokumentacji projektowej sieci trakcyjnej o długości 111,4 km (a więc wraz z projektami budowlanymi i wykonawczymi w rozumieniu polskich przepisów) niezbędnej dla ogłoszenia przetargów na wykonanie robót w tym zakresie – co wynika z przytoczonych informacji zawartych w referencjach wykazywanego zadania dotyczących.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy orzeczono jak w sentencjach.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 oraz § 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 rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

