

Sygn. akt: KIO 907/16

WYROK
z dnia 13 czerwca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 czerwca 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 maja 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Lemitor Ochrona Środowiska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Jana Długosza 40, 51-162 Wrocław (lider konsorcjum) i EKKOM Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Zawila 65E, 30-390 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Instytutu Techniki Górniczej „KOMAG”, ul. Pszczyńska 37, 44-101 Gliwice** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 907/16 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Lemitor Ochrona Środowiska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Jana Długosza 40, 51-162 Wrocław (lider konsorcjum) i EKKOM Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Zawila 65E, 30-390 Kraków** i:

- 2.1. 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 **Lemitor Ochrona Środowiska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Jana Długosza 40, 51-162 Wrocław (lider konsorcjum) i EKKOM Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Zawila 65E, 30-390 Kraków** tytułem wpisu od odwołania

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Sporządzenie map akustycznych dla dróg krajowych o natężeniu ruchu powyżej 3 000 000 pojazdów”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 10 lutego 2016 r., nr 2016/S 028-045663.

W dniu 20 maja 2016 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Lemitor Ochrona Środowiska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (lider konsorcjum) i EKKOM Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, zwanych dalej „odwołującym”, o wyborze oferty wykonawcy Instytut Techniki Górniczej KOMAG z siedzibą w Gliwicach, zwanego dalej „wykonawcą KOMAG”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 30 maja 2016 r. (pismem z dnia 27 maja 2016 r.) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 28 maja 2016 r.):

1. od czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy KOMAG w sytuacji, gdy oferta ta winna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2. od czynności zamawiającego polegającej na powtórnym wezwaniu wykonawcy KOMAG do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w sytuacji gdy brak było podstaw do wystąpienia z przedmiotowym wezwaniem, a to wobec treści pisma złożonego przez wykonawcę w odpowiedzi na pierwsze wezwanie zamawiającego, w którym wykonawca ten nie złożył konkretnych wyjaśnień co do rynkowego charakteru ceny oferty, co winno być ocenione przez zamawiającego jako niezłożenie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny w ogóle oraz skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy;
3. od zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy KOMAG jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy KOMAG jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2. art. 90 ust. 1 i 2 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez powtórne wezwanie wykonawcy KOMAG do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, w sytuacji gdy Wykonawca nie sprostął powinności złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, wynikającej z pierwszego wezwania zamawiającego, co winno było ocenione przez zamawiającego jako niezłożenie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny w ogóle oraz skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy;
3. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy KOMAG jako najkorzystniejszej z naruszeniem obowiązujących przepisów, co skutkowało brakiem wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

Jednocześnie odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy KOMAG;
2. unieważnienie czynności powtórnego wezwania przez zamawiającego wykonawcy KOMAG do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 oraz 87 ust. 1 ustawy Pzp pismem z dnia 6 maja 2016 r.;
3. odrzucenie oferty wykonawcy KOMAG jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
4. powtórzenie czynności badania, oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego, a następnie wyboru jako najkorzystniejszej spośród ofert złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu i których oferty nie podlegają odrzuceniu;
5. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania, a także zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż w toku postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego zostało złożonych sześć ofert, w tym m.in. oferta wykonawcy KOMAG na kwotę 894.520,00 zł brutto. Z uwagi na fakt, że wartość przedmiotowej oferty była niższa od wartości szacunkowej zamówienia o 68 % oraz niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert o 53 %, zamawiający w toku badania ofert, wystosował do wykonawcy, w oparciu o przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwanie do złożenia wyjaśnień celem ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie wykonawca KOMAG wystosował pismo datowane na dzień 20 kwietnia 2016 r. Wyjaśnienia złożone w treści przedmiotowego pisma nie rozwiały wątpliwości zamawiającego, wobec czego zwrócił się

ponownie do tego wykonawcy o złożenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Do treści drugiego wezwania wykonawca ustosunkował się w piśmie z dnia 11 maja 2016 r.

Zarówno treść pisma wykonawcy z dnia 20 kwietnia 2016 r., jak też treść jego pisma z dnia 11 maja 2016 r. nie pozostawiają najmniejszej wątpliwości, że wykonawca nie sprostął obowiązkowi, o którym mowa w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp co winno było skutkować odrzuceniem jego oferty przez zamawiającego, jako zawierającej rażąco nisko cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Porównanie ceny zaoferowanej przez wykonawcę KOMAG w stosunku do cen pozostałych ofert, jak też wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego prowadzi do wniosku, że cena zaproponowana przez tego wykonawcę jest ceną niewiarygodną, nierealistyczną, nie gwarantującą należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Analizując wysokości oferowanych cen przez poszczególnych wykonawców należy jednoznacznie stwierdzić, że w stosunku do kwot, jakie zaproponowane zostały przez innych wykonawców cena zaproponowana przez wykonawcę KOMAG stanowi jedynie 46% ceny średniej oraz zaledwie 25% kwoty, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zadania. Na fakt zaoferowania przez wykonawcę KOMAG ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia wskazuje pośrednio także zestawienie cen, jakie zostały zaoferowane przez wykonawców map akustycznych w ramach porównywalnego postępowania przetargowego prowadzonego przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad w 2011 r. na „Sporządzenie map akustycznych dla dróg krajowych o ruchu powyżej 3 000 000 pojazdów - 9 zadań - o łącznej długości 7 709, 814 km”.

W ramach przedmiotowego postępowania zostały złożone oferty na każde z 9 zadań osobno (wymagania SIWZ dopuszczały możliwość składania ofert na każdą z części osobno), przy czym w przypadku 8 z 9 realizowanych zadań, wykonawcy przekroczyli terminy umowne (jedynie zadanie nr 1 zostało zrealizowane terminowo). Świadczy to o tym, że kwoty przyjęte do realizacji poszczególnych zadań były zbyt niskie przy uwzględnieniu doświadczenia wykonawców w realizacji prac o tak dużym zakresie.

Przeliczając kwoty zaoferowane przez przedsiębiorców, którzy realizowali mapy akustyczne w ramach w/w przetargu (2011 r.) w odniesieniu do jednego kilometra drogi należy zwrócić uwagę, że średnia arytmetyczna tych cen kształtowała się na poziomie 457 zł/kilometr drogi. Tymczasem cena zaoferowana przez wykonawcę KOMAG w ramach obecnego przetargu kształtuje się na poziomie 110 zł/kilometr drogi (kwota brutto: 894 520 zł, długość dróg w km: 8132), co stanowi jedynie 24% średniej wszystkich ofert z przetargu z 2011 r. (co zobrazowano na wykresie nr 2 poniżej). Tak więc również z tego punktu widzenia cena zaoferowana przez wykonawcę KOMAG w ramach tego postępowania winna uchodzić

za ceną rażąco niską, za którą realizacja zadania o tak dużym zakresie, zgodnie z wymaganiami SIWZ, wydaje się być niemożliwa.

Wobec powyższego zamawiający postąpił prawidłowo zwracając się do wykonawcy KOMAG z wnioskiem o złożenie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny w piśmie z dnia 14 kwietnia 2016 r. Nie można jednakże uznać za prawidłową czynności zamawiającego polegającej na wystąpieniu z powtórным wnioskiem o złożenie przez wykonawcę wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawca KOMAG, co prawda formalnie złożył pismo zawierające wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny, jednakże treść złożonych wyjaśnień nie rozwiała wątpliwości zamawiającego, co do rynkowego charakteru ceny oferty, czemu sam zamawiający dał wyraz, stwierdzając wprost w treści drugiego z wezwań z dnia 6 maja 2016 r., że „złożone wyjaśnienia (Instytutu Techniki Górniczej KOMAG) nie są wystarczająco szczegółowe i nie rozwiewają wszystkich wątpliwości zamawiającego, co do tego, czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ a zaoferowana cena jest realna i obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia”. W tej sytuacji zamawiający powinien był zaniechać ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, przyjmując, że wykonawca ten, wobec treści pisma z dnia 20 kwietnia 2016 r. nie złożył wyjaśnień w odpowiedzi na pierwsze z jego wezwań, co z kolei winno skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Skutek w postaci odrzucenia oferty wykonawcy KOMAG jako zawierającej rażąco niską cenę winien być identyczny również w przypadku przyjęcia, że wykonawca ten złożył wyjaśnienia w zakresie ceny swojej oferty, stosownie do treści art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, a to z uwagi na fakt, że wyjaśnienia te są nieprzekonujące i w żaden sposób nie potwierdzają prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej. W treści pisma z dnia 20 kwietnia 2016 r. wykonawca dokonuje bowiem jedynie wyliczenia czynników, które miałyby wpływać na obniżenie ceny, bez podania w jakim konkretnie stopniu dany czynnik do obniżenia ceny się przyczynił. I tak np. powołanie się na wiedzę i doświadczenie w realizacji map akustycznych, dysponowanie własnym Laboratorium Badań Stosowanych, posiadanie infrastruktury badawczej umożliwiającej prowadzenie obliczeń numerycznych z użyciem wielu komputerów, co skraca czas badań i redukuje koszty ich realizacji, bez jednoczesnego pokazania, jak powyższe okoliczności przełożyły się na cenę oferty, w których jej punktach ta optymalizacja została uwzględniona, nie może być uznane za złożenie wyjaśnień potwierdzających prawidłowość kalkulacji ceny. W wyjaśnieniach z dnia 20 kwietnia 2016 r. wykonawca KOMAG wskazał, że wpływ na zaoferowaną cenę mają przygotowanie przez Instytut Systemów Przestrzennych i Katastralnych S.A. danych GIS za cenę 48.500,00 zł plus VAT, przygotowanie przez G.M. koncepcji geoportalu 3D za cenę 14.000,00 zł plus VAT. Nie przedłożył jednakże żadnych dokumentów, które okoliczności te by potwierdzały.

Wykonawca nie sprostął zatem obowiązкови wprost wynikającemu z treści przepisu art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, a polegającemu na złożeniu wyjaśnień popartych dowodami. Powołane przepisy nakładają na wykonawcę, który został wezwany do złożenia wyjaśnień, obowiązek wykazania, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Zamawiający nie dokonał również wnikliwej analizy wyjaśnień złożonych przez wykonawcę KOMAG w piśmie z dnia 11 maja 2016 r. Wykonawca KOMAG, odpowiadając na powtórne wezwanie zamawiającego, nie wyjaśnił dlaczego w sporządzonym szczegółowym kosztorysie przyjął takie a nie inne ceny jednostkowe oraz ilość roboczogodzin niezbędnych do wykonania określonego zadania składającego się na przedmiot zamówienia. Szczególne wątpliwości budzi wycena punktów 1.1-1.4., gdzie wykonawca w ocenie odwołującego zdecydowanie nie doszacował czasu pracy potrzebnego na rzetelne wykonanie tych części zamówienia. I tak w przypadku kwoty przeznaczonej dla podwykonawcy ISPiK S.A. wyrażonej w złotych dokonano jej przeliczenia na roboczogodziny, przyjmując bardzo niską stawkę 30,00 zł/godzinę. Efektem wykonania wszystkich zadań od 1.1. do 1.4. powinno być otrzymanie gotowego, kompletnego, skalibrowanego modelu akustycznego wraz ze wszystkimi wymaganymi obliczeniami (zgodnie z zał. 4 do Opisu Przedmiotu Zamówienia). Biorąc pod uwagę skalę projektu i uwzględniając możliwe do zastosowania narzędzia ułatwiające pracę, wykonujące niektóre z wyżej wymienionych elementów w sposób automatyczny nie jest możliwe aby w ciągu 7 roboczogodzin wykonać rzetelnie i w należyty sposób powyższe zadania dla 10 km drogi. Aby model akustyczny, który zawiera w sobie wszystkie warstwy, zdefiniowane przez zamawiającego, był kompletny trzeba je najpierw przygotować w oprogramowaniu GIS a następnie zaimportować. Oprogramowanie SoundPlan z jakiego korzysta wykonawca jest oprogramowaniem zamkniętym, co nie daje możliwości „oprogramowania” importu wszystkich warstw, a co za tym idzie należy je importować jedna po drugiej w sposób „ręczny”. Nie ma też możliwości zaimportowania warstwy np. modelu terenu dla wszystkich dróg jednocześnie, gdyż jest to zbyt duża ilość danych.

Podobnie czasochłonnym elementem, który nie został skalkulowany prawidłowo jest weryfikacja poprawności „zbudowanego” z zaimportowanych warstw modelu w programie SoundPlan. Czynność ta wiąże się z „przeoglądnięciem” całego modelu kilometr po kilometrze - w tym przypadku duża skala projektu ma również znaczenie dla optymalizacji czasu.

Nadto podniósł, iż wykonawca KOMAG nie ma wystarczającego doświadczenia do realizacji zadania polegającego na realizacji map akustycznych dla dróg krajowych zlokalizowanych na terenie całej Polski o łącznej długości 8132 km. Żadna z prac zrealizowanych przez tego wykonawcę nie obejmuje swym zasięgiem obszaru ponadregionalnego (większego niż jedno województwo). Dodatkowo największa liczba kilometrów, dla których wykonawca KOMAG opracował mapy akustyczne w ramach jednego

zlecenia jest równa 180,05 km (mapy akustyczne dla dróg wojewódzkich wykonane na zlecenie Zarządu Dróg Wojewódzkich w Gdańsku). Przy porównaniu do zakresu opracowania map akustycznych dla wszystkich dróg krajowych o natężeniu ruchu większym od 3 000 000 pojazdów na rok (8132 km), długość dróg wojewódzkich w woj. pomorskim ten stanowi jedynie 2,2 %. Dodatkowo wykonawca zlecenie Generalnej Dyrekcji Dróg nie wykonywał map akustycznych na Krajowych i Autostrad. Realizacja zadania o tak szerokim zakresie, jak określony w przedmiotowym SIWZ wymaga dużego doświadczenia, którego wykonawca KOMAG nie posiada. W związku z powyższym można z wysokim prawdopodobieństwem stwierdzić, że kalkulacja cenowa przedstawiona w ofercie tego wykonawcy, w związku z brakiem wystarczającego doświadczenia, jest wykonana nierzetelnie oraz zawiera rażąco niską cenę, za którą prawidłowa realizacja przedmiotu zamówienia jest nierealna.

W dniu 30 maja 2016 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe wezwanie wykonawcy otrzymali w tej samej dacie).

W dniu 1 czerwca 2016 r. (pismem z dnia 31 maja 2016 r.) wykonawca KOMAG zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 7 czerwca 2016 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, jak wynika z akt postępowania, szacunkowa wartość zamówienia została ustalona przez zamawiającego łącznie na kwotę 3.171.415,80 zł netto, w tym zamówienie podstawowe na kwotę 2.869.376,20 zł netto – druk ZP-PN Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego (strona 1).

Zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 3.529.332,73 zł brutto.

W postępowaniu złożono 6 ofert, a ich ceny były następujące: oferta złożona przez: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Hydrogeotechnika Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach i GISonLine Sp. z o.o. Spółka komandytowa z siedzibą w Krakowie – 2.420.571,12 zł brutto; wykonawcę Akustix Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Przeźmierowo – 1.890.446,04 zł brutto, wykonawcę KOMAG – 894.520.00 zł brutto; odwołującego – 1.656.810,00 zł brutto; wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie – 1.998.764,28 zł brutto oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. GeoTechnologies Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, BAASA Acoustics s.c. z siedzibą w Świdnicy oraz Profon Acoustics T.H. z siedzibą w Krośnie – 2.804.401,52 zł brutto.

Zamawiający, pismem z dnia 14 kwietnia 2016 r., wezwał wykonawcę KOMAG do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, wskazując m.in., iż „zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

(...), czy wykonawca uwzględnił wszystkie wymagania zamawiającego określone w SIWZ oraz wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia”.

Wykonawca KOMAG, odpowiadając na powyższe, pismem z dnia 20 kwietnia 2016 r., wyjaśnił m.in., iż sporządził kosztorys w oparciu o wyspecyfikowane następnie pozycje, przedstawiając także swoje dotychczasowe doświadczenie, jak również odnosząc się do niektórych ze wskazanych pozycji.

Zamawiający, pismem z dnia 6 maja 2016 r., wezwał wykonawcę KOMAG do złożenia powtórnych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1, wskazując m.in., iż „zwraca się o uzupełnienie i uszczegółowienie wyjaśnień zawartych w piśmie z dnia 20 kwietnia 2016 r.”, tj. m.in. przedłożenie przez wykonawcę szczegółowych wyjaśnień wraz z wyliczeniami i kalkulacjami cenowymi przygotowane w oparciu o wskazane przez zamawiającego zestawienie zadań, które stanowią główne elementy zamówienia.

Wykonawca KOMAG, odpowiadając na powyższe, pismem z dnia 11 maja 2016 r., przedłożył szczegółowy kosztorys realizacji zadań w ramach przedmiotu tego zamówienia oraz złożył dodatkowe wyjaśnienia.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Zamawiający wzywając wykonawcę KOMAG do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny uczynił zadość wymogom art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Do tego wykonawcy wystosował także „powtórne wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1”, skierowanie którego wzbudziło wątpliwości u odwołującego, co do prawidłowości działania zamawiającego. Niemniej jednak przepisy ustawy Pzp nie stanowią, iż wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a więc w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ma charakter jednorazowy. „Wskazany przepis ma podobny charakter do art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, który daje zamawiającemu uprawnienie do żądania wyjaśnień, w sytuacji powzięcia jakichkolwiek wątpliwości przez zamawiającego, co do treści oferty wykonawcy. W przypadku porównywalnych wątpliwości zamawiającego, ale co do podejrzenia rażącego zaniżenia ceny ofertowej przez wykonawcę, ustawodawca dał zamawiającemu podobne uprawnienie do żądania wyjaśnień w tym zakresie. Tak wyjaśnienia dotyczące treści oferty, jak i rażąco niskiej ceny, mają charakter uprawnienia przysługującego zamawiającemu i może on korzystać z tego uprawnienia w zależności od potrzeb wynikających z konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i z konkretnej, danej sytuacji, zaistniałej w tym postępowaniu. (...) Jeśli udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia wymagają jakiegoś doprecyzowania i dalszego wyjaśniania przez zamawiającego, posiada on uprawnienie do żądania od wykonawcy ponownych wyjaśnień, które mają charakter doprecyzowujący”. (wyrok KIO z dnia 21 sierpnia 2014 r., sygn. akt KIO 1625/14). Taka też sytuacja zaistniała w niniejszym stanie faktycznym. W pierwszym wezwaniu (wezwanie z dnia 14 kwietnia 2016 r.) zamawiający wskazał, iż zwraca się o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, podając przykładowo o jakie elementy chodzi. Wykonawca – co przyznał także odwołujący – złożył wyjaśnienia, w których wskazał trzy istotne elementy zaoferowanej ceny, a mianowicie podzlecenie określonych prac: wykonawcy ISPiK (przygotowanie danych GIS) oraz wykonawcy – firmy G.M. (przygotowanie koncepcji geoportalu 3D do dystrybucji danych przestrzennych) i rezerwę na wydatki nieprzewidziane, stanowiącą około 3% wartości całej

kwoty. Wyjaśnienia te – zdaniem zamawiającego – nie były „wystarczająco szczegółowe i nie rozwiewały jego wątpliwości”, wobec czego zażądał przedłożenia przez wykonawcę szczegółowych wyjaśnień wraz z wyliczeniami i kalkulacjami cenowymi przygotowane w oparciu o wskazane przez zamawiającego zestawienie zadań, które stanowią główne elementy zamówienia. I takie, szczegółowe wyjaśnienia zamawiający otrzymał. Wykonawca wskazał w nich m.in. koszty żądanych przez zamawiającego elementów (zadań) i nie można w nich stwierdzić sprzeczności. Wykonawca KOMAG podał, że sporządzony przez niego kosztorys zawiera wskazane pozycje, w tym podzlecenie ISPiK i podzlecenie z Firmy G.M.. Natomiast nigdzie nie podał, wbrew twierdzeniom odwołującego, że określone zadania powierzy podwykonawcom w całości. Wykonawca ten, odpowiadając na kolejne wezwanie uszczegółowił jedynie wyjaśnienia, przy czym uczynił to w takim zakresie, jak wymagał tego zamawiający. Podał bowiem jak te koszty (w odniesieniu do poszczególnych zadań) będą się kształtować, a ich kosztów odwołujący nie kwestionował. Wykonawca KOMAG zwrócił także uwagę na posiadane przez niego wieloletnie doświadczenie w realizacji map akustycznych, w tym takich, które obejmowały szerszy zakres prac niż objęty przedmiotem tego zamówienia. Powyższe miało niewątpliwie wpływ na prawidłowość kalkulacji ceny jego oferty. Opracowanie map akustycznych – jak podniósł wykonawca KOMAG – jest to bowiem złożony proces badawczy. Wcześniej realizował on mapy akustyczne, w których był odpowiedzialny za pozyskanie 100% danych i tworzenie od podstaw wszystkich warstw, a nie tylko ich import, weryfikację i korektę. Brak jest więc podstaw do twierdzenia, że wykonawca ten nie potrafił skalkulować ceny oferty z uwagi na brak doświadczenia. Co więcej sam odwołujący przyznał na rozprawie, że skalkulowana przez wykonawcę KOMAG cena roboczogodziny jest ceną rynkową, dodając, że w istocie kwestionuje on liczbę roboczogodzin przyjętych przez wykonawcę KOMAG do realizacji tego zamówienia. Tymczasem liczba ta (liczba roboczogodzin) – jak podał wykonawca KOMAG - jest „bezpośrednio związana ze skalą zlecenia”, jak i okolicznością, iż KOMAG posiada doświadczoną kadrę, jest autorem geoportalu 3-D do dystrybucji danych przestrzennych, oraz posiada sieć rozproszoną do obliczeń akustycznych, co skraca czas badań i koszty ich realizacji. Prowadzi prace o charakterze badawczym i rozwojowym, których celem jest opracowanie i rozwój metodyk, instrukcji i schematów postępowania w prowadzeniu analiz akustycznych, co skraca czas badań i koszty ich realizacji. A ponadto wykonawca, podobnie jak każdy z wykonawców, który uzyskałoby to zamówienie, otrzyma od zamawiającego rozszerzony zakres danych względem zamówienia z 2011 r. oraz stare mapy akustyczne odcinków mapowanych obecnie (80%). Okoliczność ta ma więc także wpływ na cenę jego oferty.

Nieuprawnione jest również odnoszenie cen zaoferowanych w tym postępowaniu do cen poprzedniej edycji map akustycznych. Jak wykazał bowiem zamawiający ceny te w

stosunku do cen zaofertowanych w pierwszej edycji map wyraźnie spadły. Podyktowane jest to tym, że zakres tamtych prac był inny, szerszy niż zakres prac obecnie realizowanych.

Brak jest również podstaw do kwestionowania możliwości korzystania przez wykonawcę KOMAG z pewnych przywilejów przypisanych mu z racji posiadanego statusu, jak np. kosztu pozyskania określonych dokumentów.

Reasumując stwierdzić należy, iż wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny stanowi obowiązkową procedurę w przypadku podejrzenia rażąco niskiej ceny, bez zastosowania której nie jest możliwe odrzuceniu oferty danego wykonawcy w trybie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie dowodzi jednak, że cena oferty tego wykonawcy, mimo iż znacząco odbiega od cen zaofertowanych przez pozostałych wykonawców jest rażąco niska. Tak więc zamawiający, wzywając wykonawcę do złożenia wyjaśnień nie naruszył przepisów art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp, jak i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, bowiem złożone przez wykonawcę KOMAG wyjaśnienia w sposób wystarczający uzasadniły cenę oferty tego wykonawcy. Dlatego też Izba uznała, że zarzuty odwołującego nie potwierdziły się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone na rozprawie, uznając je za stanowiska je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich

rozliczenia (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: