

**WYROK**

**z dnia 7 września 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Rzońca**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 września 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 20 sierpnia 2010 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **Konsorcjum: Biuro Inżynieryjnych Usług Projektowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. K. Czaplińskiego 3, 30-048 Kraków, Ingenieurburo Dipl-Ing H. Vossing GmbH, Brunnenstrasse 29-31, 40223, Voessing Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Składowa 5, 61-888 Poznań, w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna Centrum Realizacji Inwestycji, 03 – 734 Warszawa, ul. Targowa 74**

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownej oceny ofert;**
- 2. kosztami postępowania obciąża PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna Centrum Realizacji Inwestycji, 03 – 734 Warszawa, ul. Targowa 74 i nakazuje:**
  - 1) zaliczyć 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 - Konsorcjum: Biuro Inżynieryjnych Usług Projektowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. K. Czaplińskiego 3, 30-048 Kraków, Ingenieurburo Dipl-Ing H. Vossing GmbH, Brunnenstrasse 29-31, 40223, Voessing Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Składowa 5, 61-888 Poznań, tytułem wpisu od odwołania,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **15 220 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dwieście dwadzieścia złotych zero groszy) przez **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna Centrum Realizacji Inwestycji, 03 – 734 Warszawa, ul. Targowa 74** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Biuro Inżynierskich Usług Projektowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. K. Czaplińskiego 3, 30-048 Kraków, Ingeieurbiuro Dipl-Ing H. Vossing GmbH, Brunnenstrasse 29-31, 40223, Voessing Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Składowa 5, 61-888 Poznań**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych 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**

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna Centrum Realizacji Inwestycji - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na opracowanie dokumentacji projektowej na modernizację linii nr 91 odcinek Łańcut - Przeworsk w ramach zadania „Modernizacja linii nr 91 Kraków Główny Osobowy - Medyka i linii nr 92 Przemyśl - Medyka, odcinek Rzeszów - granica państwa, etap I odcinek Rzeszów - Jarosław". Postępowanie prowadzone jest w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto w dniu 18.06.2010 roku. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Pismem z dnia 11.08.2010 r., doręczonym w tym samym dniu za pomocą faksu, wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum: Biuro Inżynierskich Usług Projektowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. K. Czaplińskiego 3, 30-048 Kraków, Ingenieurburo Dipl-Ing H. Vossing GmbH, Brunnenstrasse 29-31, 40223, Voessing Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Składowa 5, 61-888 Poznań (dalej: „Odwołujący” lub „Konsorcjum”), zostali oni poinformowani o wyborze najkorzystniejszej oferty za którą została uznana oferta wykonawcy Jana Olejnika prowadzącego działalność pod nazwą Usługi Projektowo - wykonawcze „Pola” o wartości 911.340,00 zł brutto.

W dniu 20.08.2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie Konsorcjum. W tej samej dacie Odwołujący, w formie faksu, przekazał kopię odwołania Zamawiającemu.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Jana Olejnika która zawiera rażąco niską cenę;
2. art. 90 ust 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską ceną;

3. art. 91 ust 1 ustawy poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego się, która jest najkorzystniejszą ofertą spośród ofert, które nie podlegają wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

Odwołujący wnosił o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Jana Olejnika,
2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
3. nakazanie Zamawiającemu w wyniku powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
4. dokonania czynności wykluczenia Jana Olejnika z postępowania i odrzucenia jego oferty,
5. nakazanie Zamawiającemu w wyniku powtórzenia czynności badania i oceny ofert dokonania wyboru oferty Odwołującego się jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazywał, że oferta Jana Olejnika winna zostać odrzucona z powodu rażąco niskiej ceny. W pierwszej kolejności wskazywał, że Zamawiający ustalił wartość zamówienia na kwotę 6.000.000zł netto, co brutto daje 7.320.000zł. Cena 911.340,00zł zaproponowana przez Jana Olejnika stanowi 12% budżetu Zamawiającego. Ponadto podnosił, że zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. W opinii Odwołującego twierdzenia powołane w pisemnych wyjaśnieniach Jana Olejnika, że cena zaproponowana przez firmę, której oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza nie jest rażąco niska, nie zostały w żaden sposób udowodnione, ani nawet nie zostały szerzej zaprezentowane. Odwołujący twierdził, że podmioty zagraniczne wcale nie muszą być czynnikiem cenotwórczym. W szczególności nigdzie nie wskazano jaki jest procentowy zakres robót, które mają wykonać wykonawcy którzy mają siedzibą poza terytorium RP. Ponadto, gdyby podmioty zagraniczne były znacznie droższe, wchodzenie z nimi w konsorcjum byłoby bezcelowe, bowiem pozbawiałoby Wykonawcę możliwości uzyskania zamówienia. Odwołujący wskazywał, że część spółek, które ubiegały się o udzielenie zamówienia publicznego to jedynie podmioty z zagranicznym kapitałem, które zatrudniają polskich projektantów. Odwołujący odniósł się także do argumentu, iż do przetargu zaangażowany został zespół doświadczonych projektantów i rzeczoznawców budowlanych mających duże doświadczenie w budownictwie kolejowym, przy czym większość projektantów ma wielobranżowe uprawnienia. W opinii Odwołującego nie można uznać, iż jest to czynnik mogący kilkakrotnie obniżyć cenę, ponieważ większość wykonawców zatrudnia doświadczonych projektantów i rzeczoznawców budowlanych. Nie jest także niczym niezwykłym, ani nietypowym, że wielu z nich ma wielobranżowe uprawnienia. Zatem zdaniem Odwołującego, również w tym zakresie należy uznać, że przedstawione wyjaśnienia są nierzetelne, a powołane okoliczności nie wpływają w znaczny sposób na

cenę. Odwołujący powoływał się na art. 90 ust 2 ustawy, zgodnie z którym 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. W ocenie Odwołującego z przepisu art. 90 ust. 2 ustawy wynika zindywidualizowane podejście do wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę. Należy więc oceniać je w kontekście konkretnej propozycji ofertowej oraz uwarunkowań towarzyszących wykonawcy składającemu ofertę. Uwarunkowania te mogą być charakterystyczne tylko dla niego lub terenu, na którym działa, Odwołujący stwierdził, że Jan Olejnik w swoim wyjaśnieniu nie powołał się na żadne wyjątkowe uwarunkowania charakterystyczne dla niego, lub dla terenu na którym działa. Powołane okoliczności nie wyróżniają w żaden sposób sposobu prowadzenia działalności przez Jana Olejnika od uwarunkowań towarzyszących innym podmiotom, którzy złożyli oferty w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego Jan Olejnik nie przedstawił żadnej analizy i kalkulacji elementów cenotwórczych na poparcie złożonych wyjaśnień, chociaż powinien w tym zakresie przedstawić miarodajne dowody. Odwołujący podnosił, że oferty wobec, których Wykonawcy nie wykażą, iż nie zawierają cen rażąco niskich powinny zostać odrzucone zgodnie z art. 89. ust 2 pkt. 1 ze względu na naruszenie zasady równej konkurencji. Zdaniem Odwołującego się z takim przypadkiem mamy do czynienia z niniejszej sprawie. Enigmatyczne powołanie się przez Jana Olejnika na sytuację gospodarczo - ekonomiczną firmy, sposób prowadzenia działalności gospodarczej oraz oszczędności w ten sposób uzyskane, wskazują, że nie zostało w sposób wiarygodny wykazane, że podana cena jest wiarygodna i została obliczona w rzetelny sposób.

W dniu 03.09.2010 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie w której wnosił o oddalenie odwołania w całości oraz o przyznanie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

**Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, ofertę oraz stanowiska i oświadczenia stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.**

W dniu 01.06.2010 r. Zamawiający dokonał oszacowania przedmiotu zamówienia na kwotę 6.000.000 zł netto.

W pkt. 20.9 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający określił, że jedynym kryterium oceny ofert będzie cena (100%).

Bezpośrednio przed otwarciem ofert (dn. 29.07.2010 r.) Zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia – 7.320.000 zł brutto.

W dniu 29.07.2010 r. wykonawca: Usługi Projektowo – Wykonawcze „Pola” Jan Olejnik ul. Roosvelta 11/8a, 59 – 220 Legnica (dalej: UPW „Pola”) złożył ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia o wartości 911.340 zł brutto.

Pismem z dnia 04.08.2010 r. Zamawiający w trybie art. 90 ust. 1 ustawy wezwał UPW „Pola” do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Pismem z dnia 06.08.2010 r. UPW „Pola” wyjaśnił, że na przedstawioną w ofercie kwotę miała wpływ sytuacja gospodarczo - ekonomiczna firmy, sposób prowadzenia działalności gospodarczej oraz oszczędności w ten sposób uzyskane. Wykonawca stwierdził także, że jest w stanie zapewnić kompleksowe wykonanie przedmiotu zamówienia w ramach jednego biura projektów mającego siedzibę w Polsce, podczas, gdy pozostałe oferty składane były przez konsorcja firm zagranicznych, co niewątpliwie miało wpływ na końcową cenę ofertową. Ponadto, do przetargu zaangażowany został zespół doświadczonych projektantów i rzeczoznawców budowlanych mających duże doświadczenie w budownictwie kolejowym, przy czym większość projektantów ma wielobranżowe uprawnienia np. Koordynator Projektu – Pan Jan Olejnik posiada odrębne uprawnienia budowlane w specjalności linie, węzły i stacje kolejowe oraz uprawnienia drogowe i konstrukcyjno – budowlane, co ma wpływ na oszczędność metody wykonania zamówienia oraz niewątpliwie pozwoli na sprawne jego wykonanie. Dodatkowo UPW „Pola” wskazywał na wieloletnią współpracę z firmą PKP PLK S.A. oraz wyjaśnił, że celem firmy nie jest maksymalizowanie zysków na jednostkowym kontrakcie a także zapewnił, że przedstawiona w ofercie kwota przyniesie założony zysk firmie. W powyższym piśmie przedstawił tabelaryczne rozbiecie ceny ofertowej z podziałem na poszczególne kolumny, tj.: zespół pracowników, cena jednostkowa (m-c), ilość pracowników, czas pracy (ilość m-cy), suma ceny netto.

Pismem z dnia 11.08.2010 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty za którą uznano ofertę złożoną przez UPW „Pola”, której cena opiewała na kwotę 911.340,00 zł.

**Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp, ponieważ oferta Odwołującego jest następna w kolejności pod względem ceny, gdyż oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum w skład którego wchodzi Poyry Infra sp. z o.o. oraz Poyry Infra GmbH z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, została ona odrzucona.

Skład orzekający Izby stwierdził również, że nie zaistniały przesłanki do odrzucenia odwołania wskazane w art. 189 ust. 2 ustawy, zatem odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

#### Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba stwierdziła, że zarzut w zakresie naruszenia art. 90 ust. 3 pkt 2 ustawy, podniesiony w odwołaniu potwierdził się.

W pierwszej kolejności Izba odnosząc się do wyjaśnień zawartych w piśmie Odwołującego z dnia 06.08.2010r., stwierdza, że nie sposób uznać, że zawiera ono informacje, które wnoszą jakiegokolwiek dane odnoszące się do konkretnych, zaoferowanych przez odwołującego cen jednostkowych i uzasadniających je.

Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. akt: V Ca 2214/06 dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych: przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, że brak szczegółowej analizy czy też kalkulacji elementów cenotwórczych na poparcie złożonych wyjaśnień a jedynie zdawkowe, ogólne i uniwersalnej wręcz natury wyjaśnienia UPW „Pola” potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co obligowało Zamawiającego do odrzucenia oferty Odwołującego.

Należy bowiem uznać, że wszczęcie przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej ustanawia domniemanie prawne zaoferowania przez wzywanego do złożenia wyjaśnień wykonawcę ceny rażąco niskiej. Wykonawca, poprzez swoje wyjaśnienia, domniemania tego nie obalił.

Zakaz formułowania ceny rażąco niskiej wynika z art. 90 ustawy i jest wynikiem uzasadnionego podejrzenia ustawodawcy, iż wykonawca w celu uzyskania zamówienia zaproponuje cenę bardzo niską, która nie będzie gwarantowała wykonania zamówienia lub spowoduje jego wykonanie w nienależyty sposób, np. kosztem jakości czy też terminowości wykonania przedmiotu zamówienia.

Ustawodawca nie zdefiniował pojęcia „rażąco niska cena” oraz brak jest również jednoznacznego wskazania w dotychczasowym orzecznictwie kryteriów, jakie należy brać pod uwagę przy ocenie czy zachodzi okoliczność zaoferowania ceny rażąco niskiej. Zatem każdy przypadek należy oceniać indywidualnie, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy oraz specyfikę przedmiotu zamówienia.

Korzystając z ugruntowanego orzecznictwa i dorobku doktryny, należy uznać, że ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku.

Zdaniem Izby podstawowym punktem odniesienia dla oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny jest wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez Zamawiającego, powiększona o właściwą stawką podatku VAT.

W przedmiotowym postępowaniu z porównania wartości szacunkowej zamówienia, powiększonej, ze względu na definicję ceny zawartą w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001r. o cenach w związku z art. 2 pkt 1 ustawy o właściwą stawkę podatku VAT, z ceną brutto oferty odwołującego, wynika, że cena oferty stanowi 12 % tej wartości, a zatem jest rażąco od niej niższa aż o 88%.

Na rozprawie pełnomocnik Zamawiającego podnosił, że w przedmiotowym postępowaniu wartość szacunkowa zamówienia określona przez Zamawiającego na kwotę 6.000.000 zł została zawyżona i nie można na podstawie prostego porównania tej wartości z ceną oferty UPW „POLA” wywieść jednoznacznego wniosku o zaoferowaniu przez tego wykonawcę ceny rażąco niskiej.

Wobec powyższego, nawet gdyby uznać, że wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez Zamawiającego została zawyżona, co nie zostało udowodnione na rozprawie, i nie może być jedynym punktem odniesienia do oceny czy zaproponowana przez Odwołującego cena oferty jest ceną rażąco niską, to w ocenie Izby, punktem odniesienia do kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej mogą być także ceny ofert konkurencyjnych.

W przedmiotowym postępowaniu wpłynęło 8 ofert. Oferta z najniższą ceną o wartości 911.340 zł. brutto, jest ponad 7-krotnie niższa od oferty z najwyższą ceną. Pozostałe 6 ofert mieści się w przedziale od ok. 2.000.000 zł. do 4.000.000 zł. brutto. Średnia cena złożonych



ofert to 3.406.147 zł. brutto. Cena oferty drugiej w kolejności złożonej w postępowaniu wynosiła 1.952.000 zł. i była wyższa od ceny oferty zaoferowana przez UPW „Pola” aż o 1.040.660 zł.(114%). Cena oferty UPW „Pola” stanowiła 46% jej wartości.

Cena oferty Odwołującego wynosiła 2.757.078 zł. i była wyższa od ceny oferty zaoferowana przez UPW „Pola” aż o 1.845.738 zł.(202%). Cena oferty UPW „Pola” stanowiła 33% jej wartości.

W związku z tym Izba uznała, że cena oferty UPW „POLA” w znacznym stopniu odbiega od cen rynkowych i cen zaproponowanych przez innych wykonawców, a zatem stanowi ewidentne zagrożenia dla prawidłowej realizacji zamówienia publicznego.

Reasumując, Izba potwierdza naruszenie art. 7 ust.1, art. 90 ust 3 ustawy. Takie zachowanie Zamawiającego miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Naruszenie pozostałych przepisów wskazywanych w odwołaniu jest wtórne do naruszenia przepisów wyżej wymienionych, w związku z czym zarzuty ich dotyczące nie były przez Izbę rozpatrywane.

Wobec powyższego Izba nakazała unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty UPW „Pola” oraz dokonanie ponownej oceny ofert oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Izba wskazuje, iż nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty UPW „Pola” jest równoznaczne z koniecznością powtórzenia wszelkich niezbędnych czynności w postępowaniu, które wiążą się z ponownym dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, którą według kryteriów oceny ofert jest oferta Odwołującego, typu: powtórzenie oceny ofert i ewentualny wybór ww. oferty, chyba, że znajdą przesłanki unieważnienia postępowania lub wykluczenia wykonawcy albo odrzucenia jego oferty w związku z wystąpieniem innych okoliczności niż rozpatrywane w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i art. 192 ust. 2 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 2, § 3, § 5 ust. 2 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). Izba uwzględniła koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę w kwocie 220 zł. na rachunków przedstawionych do akt sprawy.

**Przewodniczący:**

.....