

**WYROK**  
**z dnia 27 kwietnia 2018 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 kwietnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 kwietnia 2018 r. przez **Wykonawcę Korporacja Budowlana DORACO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Gdańsku przy ul. Opackiej 12 (80-338 Gdańsk) w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Zarząd Morskiego Portu Gdańsk Spółka Akcyjna**, ul. Zamknięta 18 (80-955 Gdańsk)

przy udziale

Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **NDI Spółka Akcyjna** z siedzibą w Sopocie przy ul. Powstańców Warszawy 19 (81-718 Sopot), **NDI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Sopocie przy ul. Powstańców Warszawy 19 (81-718 Sopot) zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Pruszkowie przy ul. Parzniewskiej 10 (05-800 Pruszków), **Ed. Zueblin A.G** z siedzibą w Sztuttgardzie, Albstadweg 3 (Stuttgard D-70567, Niemcy) zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

Wykonawcy **Budimex Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie przy ul. Stawki 40 (01-040 Warszawa) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1 Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu – Zarządowi Morskiego Portu Gdańsk S.A. unieważnienie czynności z dnia 6.04.2018 r. polegającej na odrzuceniu oferty Wykonawcy – Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o.**

dokonanej z naruszeniem art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy oraz nakazuje ponowną ocenę oferty i ewentualne wystąpienie do Wykonawcy Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. o dodatkowe wyjaśnienia w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

- 2 Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Zarząd Morski Portu Gdańsk S.A. i
- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę - Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2 zasądza od Zamawiającego – Zarządu Morskiego Portu Gdańsk S.A. na rzecz Wykonawcy – Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku kwotę **24.287 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia cztery tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem, wynagrodzeniem pełnomocnika, kosztami dojazdu na posiedzenie pełnomocników Wykonawcy.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gdańsku.**

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Zarząd Morskiego Portu Gdańsk S.A. na wykonanie robót budowlanych objętych zadaniem: *Rozbudowa Nabrzeża Oliwskiego w Porcie Gdańsk* (nr sprawy: NPR/IP/2017/101), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 grudnia 2017 r., S234 486891, wobec czynności odrzucenia własnej oferty Wykonawca Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku wniósł w dniu 16 kwietnia 2018 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 718/18).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez uznanie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu pomimo, iż nie zawiera rażąco niskiej ceny;
2. art. 90 ust. 3 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego oparte na dowolnym ustaleniu, iż ocena jego wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 Pzp poprzez nieprzeprowadzenie rzetelnego postępowania wyjaśniającego w zakresie podejrzenia rażąco niskiej ceny i przedstawienie przez Zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty niepełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego podstaw, co uniemożliwia prawidłową kontrolę jego decyzji;
4. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 Pzp poprzez błędną ocenę wyjaśnień złożonych przez Odwołującego oraz załączonych do nich dowodów, co skutkowało przyjęciem, że Odwołujący nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, w sytuacji gdy prawidłowa ocena tych dokumentów prowadzi do wniosku, że cena ofertowa została skalkulowana w sposób rzetelny i pokrywa wszelkie koszty wykonania przedmiotu zamówienia;

ewentualnie, w przypadku uznania, że nie wszystkie okoliczności podniesione przez Odwołującego zostały wystarczająco wyjaśnione:

5. art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień odnośnie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w sytuacji, gdy Zamawiający mimo złożenia przez Odwołującego wyjaśnień miał dalsze wątpliwości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, uznanie oferty Odwołującego za najkorzystniejszą, ewentualnie nakazanie wezwania Odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień w zakresie podejrzenia rażąco niskiej ceny.

Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o odrzuceniu jego oferty drogą mailową w dniu 6 kwietnia 2018 r.

### **W uzasadnieniu faktycznym i prawnym**

Odwołujący odniósł się do podstawy, na której Zamawiający oparł decyzję o odrzuceniu jego oferty, tj. art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy Pzp, która wynika z analizy wyjaśnień złożonych wraz z dowodami, mającymi potwierdzać, w ocenie Zamawiającego, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Dokonując takiej oceny Zamawiający wskazał na znaczne przekroczenie granicznych kwot, a także różnicy ceny całkowitej i ceny istotnej części składowej ceny (ceny konstrukcji hydrotechnicznych) do kolejnej oferty nr 5, wyższych od cen w ofercie Odwołującego o ok. 10%. W tych okolicznościach Zamawiający uznał za zasadne podejrzenie RNC. Zamawiający dalej uzasadniał, iż nie znalazł w wyjaśnieniach elementów określonych w piśmie z dnia 15.03.2018 r., wskazanych w art. 90 ust. 1 Ustawy Pzp. Wykonawca nie przedstawił wyjaśnień dot. podejrzenia rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia zawierają informację i stwierdzenia ogólne, nie poparte odpowiednimi dowodami i wyliczeniami. Zamawiający odniósł się również do celowości porównywania wybranych zakresów robót ujętych w cenie oferty na wykonanie innego zamówienia (przebudowa Nabrzeży Obrońców Poczty Polskiej i Mew) wskazując, iż pomiędzy zamówieniami występują istotne różnice zakresów i warunków wykonania robót hydrotechnicznych.

Z taką oceną nie zgodził się Odwołujący, wskazując na brak rzetelności po stronie Zamawiającego w prowadzeniu postępowania wyjaśniającego. O tym, iż cena jaką zaoferowała nie mogła być potraktowana jako rażąco niska świadczyć mają następujące okoliczności:

1. Ceny zaoferowane w dziewięciu ofertach miały rozbieżności sięgające kwot od 117.856.461 zł do 275.878.606 zł. Wyjaśnienia z 26.03.2018 r. jakie złożył zawierały szczegółową analizę stawek za poszczególne elementy robót, której celem było wykazanie, że suma najniższych cen elementów robót z poszczególnych ofert jest niższa niż oferta Odwołującego (również przy pominięciu cen z oferty Odwołującego). Zestawienie to stanowić ma dowód na realny i rynkowy charakter zaoferowanej ceny. Ponieważ w postępowaniu dopuszczono podwykonawstwo we wszystkich zakresach robót, oferty mogły uwzględniać możliwość zlecenia poszczególnych robót do specjalistycznych firm. Stąd suma najniższych cen stanowi możliwą do osiągnięcia na konkurencyjnym rynku cenę oferty dla całego zamówienia. Oferta Odwołującego jest o 11.611.223,77 zł droższa od tak wyliczonej „super-oferty”, co potwierdza jej realistyczny charakter pomimo, że zachodziła przesłanka do wszczęcia procedury z art. 90 ust. 1a Ustawy Pzp.

2. Oferta uwzględnia ceny możliwe do uzyskania od podwykonawców i dostawców, którym Odwołujący zamierza powierzyć wykonania zakresu prac według zestawienia załączonego do odwołania oraz załączonych dowodów w postaci ofert podwykonawców i dostawców materiałów i wyposażenia dotyczących kwestionowanych w wezwaniu i budzących wątpliwości Zamawiającego robót w zakresie konstrukcji hydrotechnicznych. Uwzględniając politykę marżową Wykonawcy realizacja niniejszego zamówienia oparta będzie na ekonomicznych przesłankach opłacalności.
3. Część robót dotycząca konstrukcji hydrotechnicznych, stanowiących istotną część składową ceny, budziła wątpliwości Zamawiającego, co zostało wskazane w wezwaniu do złożenia wyjaśnień, a także w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego. W wyjaśnieniach Wykonawca szczegółowo odniósł się do tego elementu prac i jego wyceny dokonanej w oparciu o ceny jednostkowe oparte na tożsamy lub zbliżonych założeniach cenotwórczych i stawkach jednostkowych dla poszczególnych zakresów robót dotyczących konstrukcji hydrotechnicznych, stanowiących podstawę realizacji umowy z dnia 17.08.2017 r. nr 040/IH/2017, aktualnie realizowanej. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający pominął powyższe dowody załączone do wyjaśnień z dnia 26.03.2018 r. Do odwołania Wykonawca dodatkowo przedłożył korespondencję jaką prowadził z Zamawiającym dotyczącą zgłoszeń umów z podwykonawcami i dostawcami materiałów oraz wniosków materiałowych z nich wynikających, które w ramach umowy nr 040/IH/2017 Zamawiający zaakceptował. Ponieważ oferta w niniejszym postępowaniu nie jest niższa dla poszczególnych zakresów od cen przyjętych w umowie 040/IH/2017, nie może być uznana za zawierającą rażąco niską cenę.
4. Odwołujący przygotował zestawienie obecnie prowadzonych postępowaniach o zbliżonych zakresach rzeczowych wraz z cenami, w tym oferowanymi przez Odwołującego, możliwymi do uzyskania na konkurencyjnym rynku, nawet przewyższające kosztorysy inwestorskie Zamawiającego. Powyższe wskazuje na wadliwą analizę oferty jak i złożonych wyjaśnień, która doprowadziła do odrzucenia oferty nie zawierającej rażąco niskiej ceny. Stwierdzenie różnicy ceny w stosunku do kosztorysu inwestorskiego na poziomie uzasadniającym wezwanie do wyjaśnień, nie może stanowić samodzielnej podstawy do podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Wyjaśnienia w sposób dostateczny potwierdzały realny poziom cen przyjętych do kalkulacji, jeżeli natomiast w dalszym ciągu budziły wątpliwości Zamawiającego lub rodziły dodatkowe pytania, to zobowiązany był powtórzyć procedurę przewidzianą w art. 90 ust. 1 Ustawy Pzp, w której nie ma zakazu kilkukrotnego wzywania do złożenia wyjaśnień. Potwierdzeniem

nienależycie przeprowadzonej procedury jest kształt i treść uzasadnienia zawiadomienia o odrzuceniu oferty, w którym nie wskazano, których z przedstawionych twierdzeń i dowodów Zamawiający nie uwzględnił.

Przedstawione okoliczności potwierdzają, że cena oferty nie została zaniżona w sposób rażący, lecz jest wynikiem kompleksowej i szczegółowej analizy przedmiotu zamówienia, optymalizacji sposobu jego wykonania oraz sprzyjających warunków dostępnych Wykonawcy, co czyni niniejsze odwołanie zasadnym.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie po stronie Zamawiającego wnieśli wykonawcy: konsorcjum w składzie NDI S.A. i NDI Sp. z o.o. (dalej jako konsorcjum NDI), konsorcjum w składzie Strabag Sp. z o.o. i ED.Zueblin A.G. (dalej jako konsorcjum Strabag), Budmiex S.A.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której podtrzymał wcześniejszą ocenę oferty i wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w zakresie ceny ofertowej. Zamawiający podniósł, iż wezwanie do złożenia wyjaśnień zawierało szczegółowe dane obliczeniowe dotyczące całej oferty, jak również istotnych elementów kosztowych, tj. części zamówienia dotyczącej grup robót z formularza cenowego w branży – konstrukcje hydrotechniczne (obejmujące blisko 10 pozycji w poszczególnych etapach robót). Zamawiający oczekiwał szczegółowych wyjaśnień dot. ceny oferty w zakresie części zamówienia wskazanej w wezwaniu. Złożone wyjaśnienia prezentowały zasadniczo porównanie oferty z innymi ofertami złożonymi oraz porównanie wybranych pozycji z cenami innego zamówienia realizowanego aktualnie przez Odwołującego na rzecz Zamawiającego. Wyjaśnienia nie zawierały analizy, informacji, dowodów bezpośrednio wskazujących na indywidualne podejście do kalkulacji ceny, co uzasadniało przyjęcie, że cena została zaniżona. Zamawiający szerzej omówił argumenty podniesione w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego związane z zasadniczymi różnicami zakresów robót objętych umową realizowaną w związku z przebudową Nabrzeża OPP i Nabrzeża Mew, które uniemożliwiały przyjęcia za miarodajnych stawek na identycznym poziomie przy obecnym zamówieniu. Przyjęcie cen z innego postępowania wskazywać ma na brak rozpoznania rzeczywistego zakresu zamówienia i warunków realizacji, mających istotny wpływ na koszty, co powodowało przyjęcie przez Zamawiającego, że oferta zawiera rażąco niską cenę. W ocenie Zamawiającego nowe dowody załączone do odwołania (objęte tajemnicą przedsiębiorstwa) nie powinny być brane pod uwagę, gdyż nie były znane przy podejmowaniu decyzji o odrzuceniu oferty. Z ostrożności odniósł się do tych dowodów dyskwalifikując ich przydatność dla wykazania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

## **Stanowisko Izby**

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do weryfikacji spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanej czynności w postępowaniu. Czynności Zamawiającego doprowadziły do odrzucenia oferty Odwołującego i uznania za najwyższej ocenioną oferty droższej. Okoliczności sprawy wskazywały zatem, iż Odwołujący wykazał spełnienie przesłanek z art. 179 Ustawy uprawniających do stwierdzenia, że czynności i zaniechania jakich dopuścić się miał Zamawiający przy ocenie oferty Odwołującego mogły naruszać jego interes w uzyskaniu zamówienia oraz prowadziły (mogłyby prowadzić) do poniesienia przez niego szkody.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym ogłoszenia o zamówieniu, treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), oferty Odwołującego, złożonych w postępowaniu wyjaśnień oraz stanowisk stron prezentowanych na rozprawie, Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Zamawiający prowadzi postępowanie z zastosowaniem procedury wynikającej z art. 24aa Ustawy (tzw. procedury odwróconej), co oznacza iż najpierw dokonał oceny ofert, a następnie powinien zbadać, w odniesieniu do oferty najwyższej ocenionej, czy wykonawca, który ją złożył nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu (pkt II. 6 siwz).

Przedmiot zamówienia stanowi jeden z etapów inwestycji realizowanej w ramach projektu 2015-PL-TM-0413-W „Modernizacja toru wodnego, rozbudowa nabrzeży oraz poprawa warunków żeglugi w Porcie Wewnętrzny w Gdańsku”, obejmujący wykonanie robót budowlanych oznaczonych nazwą zadania „Rozbudowa Nabrzeża Oliwskiego w Porcie Gdańsk”. Prace te realizowane będą w czterech etapach, a ofertę należało złożyć na całość zadania. W formularzu ofertowym wykonawcy prezentowali cenę za całość zamówienia, a w załączniku (formularz cenowy) w rozbiciu na poszczególne etapy prac i branże robót. Prezentowana cena miała charakter ryczałtowy i nie było obowiązku składania

szczegółowych kosztorysów prac. Załącznikiem do oferty był formularz cenowy zawierający wartości poszczególnych robót w rozbiu na cztery etapy w branżach: konstrukcje hydrotechniczne (w tym roboty kafarowe i zakotwienia, ściany odwodne i ścianki PU, wykonanie pali przemieszczeniowych i prefabrykowanych, roboty betonowe i żelbetowe, wyposażenie hydrotechniczne, roboty rozbiórkowe i ziemne), roboty czerpalne (w tym roboty czerpalne, umocnienia dna, roboty rozbiórkowe i ziemne), tory poddźwigowe (roboty betonowe i żelbetowe), branża kolejowa, branża drogowa, sieci wodociągowo-kanalizacyjne, branża elektroenergetyczna i teletechniczna, oczyszczenie terenu budowy.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia udzielanego jako część zamówienia o wartości 615.205.913,00 zł (147.180.482,40 euro) na kwotę 174.180.482,40 zł (41.720.875,00 euro) – dla zamówienia podstawowego, a wraz z zamówieniami polegającymi na powtórzeniu podobnych robót budowlanych na kwotę 261.270.723,60 zł (62.581.312,99 euro).

W postępowaniu złożonych zostało siedem ofert. Zamawiający w ramach procedury odwróconej przystąpił do weryfikacji merytorycznej ofert i skierował do Odwołującego wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ofertowej (art. 90 ust. 1 Ustawy).

Odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę całkowitą brutto – 144.963.441,28 zł., w tym za poszczególne etapy przyjął kwoty ryczałtowe w wysokości: etap 40.778.464,59 zł (etap I), 39.198.440,83 zł (etap II), 29.274.078,67 zł (etap III), 35.712.457,19 zł. (etap IV).

Pismem z dnia 15.03.2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy wskazując w tym wezwaniu na brzmienie przepisu, a także uzasadnienie dla podejrzenia zaoferowania rażąco niskiej ceny, które zawierało się zasadniczo we wskazaniu poziomu różnicy ceny ofertowej, niższej o co najmniej 30% od kwoty ustalonej, jako średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert (214.275.799,28 zł) oraz wartości zamówienia podstawowego (214.241.993,35 zł). Ponadto Zamawiający wskazał na istotną część składową ceny dla wszystkich czterech etapów, jaką jest wykonanie konstrukcji hydrotechnicznych, która budziła wątpliwość Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu, w związku z wysokością wynagrodzenia zsumowanego z formularza cenowego, wynoszącego 62.348.538,28 zł., co stanowi 62% średniej z wynagrodzenia wszystkich wykonawców (101.281.407,31 zł.).

Odwołujący pismem z dnia 26.03.2018 r. złożył wyjaśnienia, zastrzegając ich treść, jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie to zostało przez Zamawiającego uznane za skuteczne wyłącznie w odniesieniu do fragmentów informacji zawartych w załączniku nr 1 do wyjaśnień (tabeli). Wykonawca w wyjaśnieniach odnosił się do okoliczności związanych z



doświadczeniem, w tym realizowaną na rzecz Zamawiającego umową o zbliżonym zakresie rzeczowym robót w zakresie konstrukcji robót hydrotechnicznych na sąsiadujących terenach i realizowanych w zbliżonym czasie, co stanowi sprzyjający warunek dostępny Wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia. W odniesieniu do konstrukcji hydrotechnicznych, których wartość w stosunku do przedmiotu zamówienia stanowi 53% Wykonawca odwołał się do zapisów siwz, w których Zamawiający dopuścił możliwość zastosowania różnych technologii ich wykonania, co przekłada się bezpośrednio na wycenę złożonej oferty. W dalszej części wyjaśnienia zawierają porównanie części pozycji formularza cenowego z ofertami złożonymi w postępowaniu. Jako czynniki dostępne Wykonawcy wskazane zostały: udział podwykonawców, którzy będą realizować część związaną z wykonaniem konstrukcji hydrotechnicznych po stawkach za poszczególne zakresy robót, za jakie obecnie Wykonawca wykonuje roboty na rzecz Zamawiającego realizując umowę z dnia 17.08.2017 r. nr 040/IH/2017. W załączniku do tej części wyjaśnień Wykonawca przedłożył zestawienie porównawcze stawek jednostkowych zastosowanych do sporządzenia oferty, które były przyjęte we wcześniejszym zamówieniu na rozbudowę i przebudowę Nabrzeża Obrońców Poczty Polskiej oraz Nabrzeża Mew (okoliczność znana Zamawiającemu). Bliskość miejsca wykonywania robót z aktualnie realizowanymi pracami pozwala również na obniżenie kosztów, m.in. związane z przekładaniem drogi technologicznej (bez konieczności dzierżawy zbyt dużej ilości płyt drogowych) i wykorzystaniem przekruszonego betonu z oczepów z rozbiórki. Do wyjaśnień załączony został również formularz cenowy tego Wykonawcy z postępowania na Nabrzeże OPP i Nabrzeże Mew. W tabeli *Zestawienie porównawcze* stanowiące wyjaśnienie ceny ofertowej Nabrzeża Oliwskiego Wykonawca prezentował konkretne stawki za zakup materiałów, transportu i wykonania robót koniecznych dotyczących konstrukcji hydrotechnicznych (stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa).

W piśmie z dnia 6.04.2018 r. zawierającym informację o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy oraz art. 92 ust. 1 pkt 3 Ustawy Zamawiający wskazał, iż ocena wyjaśnień złożonych przez Odwołującego potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Uzasadnieniem dla tej oceny była okoliczność, iż wyjaśnienia nie zawierały elementów określonych w wezwaniu (pismo z dnia 15.03.2018 r.). W ocenie Zamawiającego wyjaśnienia były ogólne, nie poparte dowodami i wyliczeniami, a Wykonawca skupił się na porównaniu ceny z cenami wybranych zakresów robót realizowanych na rzecz Zamawiającego w ramach przebudowy Nabrzeży Obrońców Poczty Polskiej i MEW. Z uwagi na istotne różnice pomiędzy zakresami robót porównanie to miało być bezzasadne. Zamawiający odniósł się do zasadniczych różnic dotyczących: stanu wyjściowego przebudowy, ilości odcinków konstrukcyjnych mających znaczne różnice zakresów robót, warunków wykonania zamówień. Nabrzeże Oliwskie jako

obszar o znacznie intensywniejszej działalności przeładunkowej powoduje większe koszty realizacji robót oraz mobilizacji sprzętu. Dodatkowo obejmuje szeroki zakres prac w branżach kolejowej i drogowej w postaci przebudowy układu torowo-kolejowego. Zamawiający nie widział uzasadnienia do zwrócenia się o udzielenie dodatkowych wyjaśnień, co jest możliwe, jeżeli złożone wyjaśnienia odpowiadają szczegółowością wystąpieniu o wyjaśnienia dot. RNC, a Zamawiający potrzebuje dodatkowych wyjaśnień dla dokonania ostatecznej ich oceny. Ponieważ Zamawiający nie znalazł w wyjaśnieniach zawartości spełniającej wymagania określone w swoim wystąpieniu uznał, iż nie było możliwe zwrócenie się o dodatkowe wyjaśnienia.

Zamawiający przygotował na potrzeby postępowania odwoławczego zestawienie cen z ofert złożonych w postępowaniu, które ukształtowały się na poziomie brutto: 144.963.441,27 zł. (Doraco), 157.296.851,28 zł. (NDI), 182.808.759,98 zł (Strabag), 195.042.000,00 zł. (Budimex), 214.439.851,84 zł. (Soletanche), 266.049.000,00 zł. (Roverpol), 339.330.690,56 zł (Cooperativa). Wyliczona ze wszystkich ofert średnia cena to 214.275.799,28 zł. Za wykonanie części związanej z konstrukcjami hydrotechnicznymi wykonawcy oferowali ceny: 62.348.538,28 zł (Doraco), 68.140.415,98 zł. (NDI), 85.982.054,11 zł (Strabag), 89.625.475,19 zł (Budimex), 109.661.747,61 zł (soletanche), 130.326.378,38 zł. (Roverpol), 162.888.741,64 zł. (Cooperativa).

W oparciu o poczynione ustalenia Izba uznała, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Zasadniczym dla rozstrzygnięcia było odniesienie się do podstawy wskazanej przez Zamawiającego w uzasadnieniu decyzji z dnia 06.04.2018 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego dokonanej na podstawie art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy oraz art. 92 ust. 1 pkt 3 Ustawy. Odwołujący kwestionował prawidłowość procedury wyjaśniającej mającej na celu ustalenie, czy zaoferowana cena jest rażąco niska, jak i oceny wyjaśnień, która doprowadziła do stwierdzenia przez Zamawiającego, że cena taką jest. Z uwagi na konsekwencje, jakie dla rozstrzygnięcia sprawy miało ustalenie, czy wyjaśnienia były złożone w warunkach umożliwiających Wykonawcy rozwianie wątpliwości dotyczących wysokości ceny, w pierwszej kolejności należało odnieść się do zarzutów formalnych związanych z wezwaniem do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący postawił Zamawiającemu zarzut wadliwego wykonania obowiązku rzetelnej oceny oferty i wyjaśnienia ceny w trybie opisanym w art. 90 ust. 3 Ustawy. Zasadniczo, w świetle złożonych wyjaśnień, zachodziła konieczność oceny, czy Zamawiający mógł uznać, że wyjaśnienia nie zawierały elementów określonych w wezwaniu (pismo z dnia 15.03.2018 r.). W ocenie Zamawiającego wyjaśnienia były ogólne, nie poparte dowodami i wyliczeniami,

a Wykonawca skupił się na porównaniu ceny z cenami wybranych zakresów robót realizowanych na rzecz Zamawiającego w ramach przebudowy Nabrzeży Obrońców Poczty Polskiej i MEW.

Oceniając czynność Zamawiającego Izba uznała, iż wezwanie skierowane do Wykonawcy poza wskazaniem na wyliczenie poziomu różnicy ceny do średniej wszystkich złożonych cen, nie zawierało dalszego uzasadnienia, które określałoby zakres informacji pozwalających przekonać Zamawiającego, że cena umożliwi wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób odpowiadający wymaganiom. Wprawdzie Zamawiający wskazał na branżę konstrukcji hydrotechnicznych, jako budzących jego wątpliwości, jednak bez określenia elementów robót wymagających szczegółowego omówienia. Jedyne uzasadnienie zawarte w wezwaniu odnosiło się ponownie do wskazania różnicy w cenie. Powyższe miało ten skutek, że Wykonawca złożył wyjaśnienia, które następnie Zamawiający ocenił jako ogólnikowe, nie poparte dowodami i wyliczeniami. Zamawiający nie znalazł w wyjaśnieniach zawartości spełniającej wymagania określone w swoim wystąpieniu i uznał, iż nie było możliwe zwrócenie się o dodatkowe wyjaśnienia.

Izba uznała, iż taki wniosek nie był prawidłowy. Przede wszystkim, nie było uzasadnienia dla stwierdzenia, że wezwanie Zamawiającego było szczegółowe i wskazywało na konkretne wytyczne pozwalające uznać, że wyjaśnienia nie czyniły zadość wymaganiom wskazanym w wezwaniu. Jak wskazano powyżej same porównanie ceny oferty Odwołującego do cen złożonych ofert, nie wyznacza zakresu oczekiwanych wyjaśnień. Wyliczenia te stanowiły wyłącznie uzasadnienie dla skierowania wezwania, a po stronie Zamawiającego spoczywało wskazanie Wykonawcy, jakie elementy wyceny budzą jego wątpliwości pod kątem możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. Brak precyzji Zamawiającego połączony z niejednoznacznym stanowiskiem prezentowanym na rozprawie, skłonił do przyjęcia, iż działanie Zamawiającego było automatyczne i wynikało jedynie z faktu osiągnięcia wskaźnika ustawowego do wszczęcia procedury (art. 90 ust. 1a Ustawy). Nawet stwierdzenie Zamawiającego z rozprawy, że wykonawca powinien był wyjaśnić całość oferty kłóciło się z treścią wezwania, w którym Zamawiający wskazał na istotną część składową ceny – wykonanie konstrukcji hydrotechnicznych (art. 90 ust. 1 Ustawy). Faktycznie Wykonawca mógł mieć kłopot z rozpoznaniem, jakich informacji Zamawiający oczekuje. Wykonawca podjął się wykazania okoliczności identyfikujących właściwe dla niego uwarunkowania, w tym znane Zamawiającemu z tytułu realizowanej umowy na innym odcinku inwestycji. Ponadto, Wykonawca odwołał się do cen jednostkowych na poziomie identycznym, po jakich obecnie wykonuje roboty budowlane, w tym ceny materiałów i robocizny. Ocena wyjaśnień w ogóle nie uwzględniała treści prezentowanej w załączniku nr 1 (tabela). Już tylko na tej podstawie nie można było uznać decyzji Zamawiającego, jako

podjętej w sposób obiektywnie uzasadniony. Zamawiający konsekwentnie odmawiał uznania wyjaśnień kierując się swoim przekonaniem, że ceny jednostkowe nie mogły być takie same dla dwóch zadań różniących się zakresami prac i warunkami ich wykonywania. Taki argument, który został podniesiony dopiero na etapie postępowania odwoławczego nie przekonywał, gdyż ceny jednostkowe materiałów, wykorzystywanych przy obu zadaniach nie muszą ulegać zmianie, a przy zwiększonym zamówieniu możliwe są większe upusty. Zamawiający w ogóle nie wyjaśnił z Wykonawcą cen jednostkowych, jak również nie odnosił się do nich w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty.

Należy zauważyć, iż obowiązek wykonawcy wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu (art. 90 ust. 2 Ustawy) powiązany jest z obowiązkiem wskazania przez zamawiającego jego wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w siwz lub wynikającymi z odrębnych przepisów. W oparciu o tak skonstruowane żądanie można obiektywnie oczekiwać, iż wykonawca będzie w stanie złożyć dowody dotyczące wyliczenia ceny, które pozwolą zamawiającemu na weryfikację pozytywną kalkulacji wykonawcy. W orzecznictwie wskazuje się na zasadność ponownego zwrócenia się o wyjaśnienia, jeżeli pierwsze wezwanie zamawiającego nie pozwalało ustalić oczekiwanego ich zakresu (wyrok KIO z 24.08.2017 r., sygn. akt KIO 1602/17 i KIO 1614/17). Uzupełniająco należy również zauważyć, że nie jest wystarczającym wskazanie, że cena wydaje się rażąco niska i pozostawienie wykonawcy w niejasnej sytuacji, co do intencji i oczekiwań zamawiającego. Skoro oczekiwanym jest wykazanie przed zamawiającym, iż jego obawy są bezpodstawne, to należy również oczekiwać od zamawiającego, iż ten sprecyzuje jakie elementy budzą jego wątpliwości co do możliwości ich wykonania w kontekście złożonej oferty.

W niniejszej sprawie Zamawiający w wezwaniu wskazał na istotną część składową ceny, związaną z wykonaniem konstrukcji hydrotechnicznych i do tego wezwanie się ograniczyło, chociaż w formularzu cenowym element ten był, w zależności od etapu, wyceniany w kilku odrębnych pozycjach zróżnicowanych co do zakresu robót. Ponadto, porównanie tej części prac z wyceną prezentowaną w kolejnych ofertach wskazywało na udział tej części zamówienia w całości prac na poziomie ok. 50% wartości całości robót każdej ze złożonych w postępowaniu ofert. Oferta Odwołującego również wpisywała się w ten schemat. Dodatkowo, kolejna za ofertą Odwołującego oferta konsorcjum NDI w tym elemencie kalkulacyjnym była zbliżona, a różnica pomiędzy tymi dwiema ofertami nie przekraczała 10%. Różnice kolejnych ofert były już znaczące w stosunku do obu najniższych złożonych w postępowaniu i sięgały nawet 100% (oferty: Roverpol i Cooperativa). Zamawiający na rozprawie uzasadniał swoją decyzję między innymi tym, że rynek nie zweryfikował pozytywnie kalkulacji Wykonawcy, gdyż ceny znacząco odbiegały od zaoferowanej przez

Odwołującego. W odniesieniu do istotnej części składowej wydaje się to kłócić ze wskazaną powyżej ofertą konsorcjum NDI.

Odnosząc się w dalszej kolejności do samych wyjaśnień Izba uznała, iż zawierały one informacje, które Zamawiający mógł ocenić i powinien do nich się odnieść, gdyż dotyczyły założeń kalkulacyjnych ze wskazaniem również rodzaju materiałów, na jakich opiera się technologia wykonania konstrukcji hydrotechnicznych. Pomimo, iż informacje te nie były szeroko opisane, to nie można było ich pominąć, tym bardziej, iż były one uprawdopodobnione przez okoliczność, iż obecnie Wykonawca realizuje na rzecz Zamawiającego podobne rodzajowo roboty, składające się na całość wspólnej inwestycji. Izba pominęła dowody przedłożone dopiero na rozprawie, których Zamawiający nie mógł wcześniej ocenić, chociaż obiektywnie miał wiedzę co do kosztów i rodzaju materiałów z jakich korzysta obecnie Odwołujący. Ponieważ nie stanowiły one formalnie elementu wyjaśnień Izba uznała, iż oceny czynności Zamawiającego należy dokonać z uwzględnieniem stanu wiedzy, jaki posiadał uznając wyjaśnienia za niedostateczne. Brak dowodów na okoliczności wskazane w załączniku do wyjaśnień nie mógł automatycznie przekreślać znaczenia informacji w nich zawartych i nie zwalniał Zamawiającego z rzetelnej analizy oferty Odwołującego.

Podsumowując, Izba uwzględniła odwołanie na tej podstawie, że ocena wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę nie uwzględniała ich pełnej treści, tj. Zamawiający w sposób automatyczny zdyskwalifikował założenia Wykonawcy tylko na tej podstawie, iż zostały przyjęte analogicznie, jak w innym postępowaniu. Na rozprawie Zamawiający przyznał, iż ocenił załączoną do wyjaśnień tabelę, jako potwierdzenie dla braku dokonania analizy zakresu rzeczowego prac. Wskazanie cen jednostkowych przyjętych na poziomie analogicznym do oferty złożonej w innym postępowaniu, w ocenie Zamawiającego, prezentowało założenia dotyczące innego zakresu prac i z zasady nie mogło być traktowane jako wycena oferty. Nie zgadzając się z takim wnioskiem Izba uwzględniła treść dokumentu, w którym Wykonawca wprost odnosił się do złożonej oferty i wskazanego w wezwaniu istotnego elementu prac, tj. konstrukcji hydrotechnicznych w ilości przypisanej do Nabrzeża Oliwskiego. Tabela zawierała wyjaśnienia, do których Zamawiający w ogóle się nie odniósł, tak w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty, jak i na rozprawie.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty wskazał, iż złożone wyjaśnienia nie odpowiadały jego wystąpieniu, co miało stać na przeszkodzie ponownemu zwróceniu się do Wykonawcy o ich uzupełnienie. Izba w tym zakresie nie podzieliła oceny Zamawiającego zasadniczo na tej podstawie, że wezwanie do wyjaśnień oprócz wskazania na istotny element przedmiotu prac, jakim są konstrukcje hydrotechniczne, nie zawierało uzasadnienia

pozwalającego Wykonawcy ustalić jaki element tych prac i dlaczego budzi zastrzeżenia. Analiza wezwania skłania do wniosku, iż jedynie wyliczona przez Zamawiającego różnica ceny całkowitej oraz tego elementu zamówienia do wartości szacunkowej oraz średniej złożonych ofert stanowiła jedyny konkretny wskazany Wykonawcy. Powyższe nie wyczerpywało postulatu, aby wezwanie kierowane do wykonawcy miało charakter konkretny, tj. pozwalający na złożenie satysfakcjonujących wyjaśnień.

Zamawiający dopiero w uzasadnieniu odrzucenia oferty omówił różnice jakie występują pomiędzy robotami już realizowanymi przez Odwołującego, a tymi jakie będą realizowane na Nadbrzeżu Oliwskim, związane ze stanem wyjściowym, ilością odcinków robót, intensywnością działalności przeładunkowej oraz odstępem czasu składania ofert. Do okoliczności tych Wykonawca nie odnosił się w wyjaśnieniach, odpowiadając na wezwanie, które miało ogólny charakter i nie było powiązane ze sposobem realizacji wyróżniającym ten etap robót. Jeżeli nawet różnice te mogłyby wpływać na ocenę wyjaśnień, to Wykonawca powinien mieć możliwość odniesienia się do wątpliwości Zamawiającego na etapie badania oferty. Wymagać mogło to uzupełniającego wezwania do złożenia wyjaśnień, które byłoby doprecyzowaniem pierwszego wezwania.

Zakończenie procedury badania oferty pomimo istnienia wątpliwości, które nie były zasygnalizowane w wezwaniu doprowadziło do odrzucenia oferty Odwołującego, chociaż złożone przez niego wyjaśnienia nie potwierdzały, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Ponieważ Zamawiający nie odniósł się do istoty wyjaśnień zawartej w załączniku, tj. przyjętych stawek za poszczególne elementy wykonania konstrukcji hydrotechnicznej, Izba nie miała podstaw do przyjęcia, iż wyjaśnienia zostały w sposób prawidłowy przez Zamawiającego ocenione. Kwestia braku dowodów w tych okolicznościach miała wtórne znaczenie i nie mogła przesądzać o wyniku oceny wyjaśnień. Nie oznacza to, iż do wyjaśnień nie należało załączyć dowodów (jeżeli takie były dostępne), jednak w okolicznościach niniejszej sprawy zasadnym było stwierdzenie, że wezwanie do złożenia wyjaśnień wymagało uzupełnienia w takim zakresie, aby umożliwić Wykonawcy zidentyfikowanie wątpliwości Zamawiającego dotyczących wykonania przedmiotu zamówienia. Nie można również pominąć, że dowodami jakie mógłby złożyć Odwołujący były dokumenty, o których Zamawiający ma wiedzę z tytułu rozliczania robót obecnie realizowanych, a zatem wiedza ta pozwalała na zweryfikowanie realności założeń wskazanych w wyjaśnieniach. Mając przy tym na uwadze, iż druga w kolejności ceny oferta konsorcjum NDI była bardzo zbliżona w zakresie konstrukcji hydrotechnicznych do oferty Odwołującego, nie było możliwym utrzymanie w mocy decyzji Zamawiającego.

W świetle powyższego odwołanie na podstawie art. 192 ust. 2 Ustawy podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 20.000,00 zł. oraz koszty poniesione w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika i kosztami dojazdu, w wysokości określonej na podstawie rachunku i biletów PKP złożonych przed zamknięciem rozprawy.

**Przewodniczący: .....**