

Sygn. akt: KIO 481/12

WYROK
z dnia 19 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 marca 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 marca 2012 r. przez **Odwołującego** – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: TPF Sp. z o.o., EGIS Poland sp. z o.o. oraz Sener sp. z o.o., ul. Szyszkowa 34, 02-285 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Miasto Łódź, Polskie Koleje Państwowe S.A., PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa,

przy udziale:

A. wykonawcy zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego:

a) SAFEGE S.A. Oddział w Polsce, ul. Solec 22, 00-410 Warszawa,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego:

a) konsorcjum firm: MGGP S.A., AYESA POLSKA Sp. z o.o. oraz AGUA Y ESTRUCTURAS S.A., ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów,

b) konsorcjum firm: URS Polska Sp. z o. o. oraz URS Infrastructure & Environment UK Ltd., ul. Rejtana 17, 02-516 Warszawa

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: TPF Sp. z o.o., EGIS Poland sp. z o.o. oraz Sener sp. z o.o., ul. Szyszkowa 34, 02-285 Warszawa, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: TPF Sp. z o.o., EGIS Poland sp. z o.o. oraz Sener sp. z o.o., ul. Szyszkowa 34, 02-285 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Odwołującego** - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: TPF Sp. z o.o., EGIS Poland sp. z o.o. oraz Sener sp. z o.o., ul. Szyszkowa 34, 02-285 Warszawa, na rzecz **Zamawiającego** - Miasto Łódź, Polskie Koleje Państwowe S.A., PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Miasto Łódź, Polskie Koleje Państwowe S.A., PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (Zamawiający upoważniony) wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na nadzór nad modernizacją linii kolejowych na odcinku Łódź Widzew - Łódź Fabryczna wraz z budową węzła multimodalnego przy dworcu Łódź Fabryczna.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 11.09.2011r. pod numerem 2011/S 181-294975.

Odwołujący - Konsorcjum firm: TPF Sp. z o.o., ul. Szyszkowa 34, 02-285 Warszawa, EGIS Poland Sp. z o.o., ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa, Sener Sp. z o.o., ul. Żelazna 28/30, 00-832 Warszawa w dniu 01.03.2012r. powziął wiadomość o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Safege S.A.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 9.03.2012r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na czynności i zaniechania Zamawiającego w toku niniejszego postępowania polegające jego zdaniem na:

- zaniechaniu skierowania do Safege S.A., tj. wykonawcy, który zaoferował najniższą cenę ofertową, wezwania do złożenia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, wyjaśnień dotyczących elementów jego oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny,
- zaniechaniu dokonania oceny ofert złożonych w niniejszym postępowaniu pod kątem stopnia spełnienia kryterium oceny ofert zwanego „wartością techniczną”,
- wyborze oferty Safege S.A. jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie w toku przedmiotowego postępowania następujących przepisów:

1. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie skierowania do Safege S.A. wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów jego oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, w sytuacji, gdy porównanie ceny ofertowej tego wykonawcy do szacunkowej wartości zamówienia oraz cen innych ofert złożonych w niniejszym postępowaniu rodzi podejrzenie, że cena ta może być rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia,

2. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania oceny ofert złożonych w niniejszym postępowaniu pod kątem spełnienia kryterium oceny ofert zwanego „wartością techniczną”, na co wskazuje okoliczność, iż Zamawiający każdej z ofert złożonych w niniejszym postępowaniu przyznał taką samą liczbę punktów w tym kryterium,

3. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez co najmniej przedwczesny wybór oferty Safege S.A. jako oferty najkorzystniejszej,

4. art. 7 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców na skutek wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Safege S.A. jako najkorzystniejszej,

- nakazanie Zamawiającemu podjęcia ponownie czynności oceny i badania ofert złożonych w niniejszym postępowaniu, w tym przede wszystkim nakazanie Zamawiającemu skierowania do Safege S.A. wezwania do złożenia wyjaśnień, co do elementów oferty mających wpływ na jego cenę ofertową oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania oceny ofert złożonych w niniejszym postępowaniu pod kątem stopnia spełnienia przez nie kryterium „wartość techniczna”.

Zdaniem Odwołującego działania i zaniechania Zamawiającego naruszają jego interes w uzyskaniu zamówienia, a wybór oferty Safege S.A. jako oferty najkorzystniejszej jest wyborem przedwczesnym, a zarazem niezgodnym z przepisami Pzp, bowiem Zamawiający nie wdrożył względem tej oferty postępowania, o którym mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Nadto zwrócił uwagę, że Zamawiający w zasadzie zaniechał dokonania oceny ofert złożonych w niniejszym postępowaniu pod kątem stopnia spełnienia przez nie kryterium „wartość techniczna”, a Odwołujący, którego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu listy rankingowej, w sytuacji, gdy zawiera ona cenę rynkową, a wartość techniczna załączonej do niej tzw. metodologii jest bardzo wysoka, zachowuje realną szansę na uzyskanie zamówienia.

Z ostrożności procesowej wskazał, iż poprzednio, jako najkorzystniejsza z ofert złożonych w tym postępowaniu została wybrana przez Zamawiającego oferta ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. i jednocześnie odrzucono wszystkie pozostałe oferty złożone w tym postępowaniu z uwagi na ich rzekomą niezgodność z treścią SIWZ.

Od tego wcześniejszego rozstrzygnięcia Odwołujący wniósł własne odwołanie, przy czym – według Odwołującego - w poprzednim postępowaniu odwoławczym miał on wyłącznie interes w tym, aby kwestionować czynność Zamawiającego polegającą na niezasadnym odrzuceniu jego oferty oraz niezasadnym wyborze oferty ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

Przypomniał, że Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 10 stycznia 2012r., sygn. akt KIO 2749/11, 2756/11, KIO 2763/11, nakazała Zamawiającemu unieważnienie tych czynności i uwzględnienie przy ponownym badaniu ofert poprzednio odrzuconych ofert.

Zauważył również, że z powodu powyższego zaniechania oceny i porównania ofert pierwotnie odrzuconych przez Zamawiającego, pierwsza ocena i badanie oferty Safege S.A. (jak i pozostałych ofert poprzednio odrzuconych) miała w istocie miejsce dopiero w toku ponownego badania i oceny ofert.

Wskazywał, że w konsekwencji, dopiero po otrzymaniu informacji o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 3 marca 2012r. powziął wiadomość, iż Zamawiający zaniechał czynności wskazanych w niniejszym odwołaniu. Na tej zasadzie – zdaniem Odwołującego - podniesienie przedmiotowego zarzutu w toku poprzedniego postępowania odwoławczego zainicjowanego przez Odwołującego byłoby przedwczesne, a nadto rodziłoby zasadne pytanie o interes Odwołującego w stawianiu takiego zarzutu ofercie Safege S.A., która nie tylko została na dzień wniesienia pierwszego odwołania odrzucona, ale nawet jej wybór, jako najkorzystniejszej po uwzględnieniu odwołania był wątpliwy w sytuacji, gdy cena nie była jedynym kryterium oceny ofert.

Podniósł, że zasada koncentracji środków ochrony prawnej nie może, więc prowadzić do tego, że Krajowa Izba Odwoławcza wyręczyłaby Zamawiającego w podjęciu decyzji o zastosowaniu przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp względem Safege S.A.

Zauważył również, iż w toku poprzedniego postępowania odwoławczego zarzut naruszenia przez Zamawiającego dyspozycji art. 90 ust. 1 ustawy Pzp postawił inny odwołujący - Konsorcjum, którego liderem była Arcadis Sp. z o.o., niemniej ostatecznie odwołujący ten cofnął odwołanie, a co za tym idzie zarzuty te nie były merytorycznie rozpoznawane dotychczas przez KIO.

Zarzucił Zamawiającemu niewykonanie obowiązku wdrożenia względem Safege S.A. procedury z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Wskazał, że wykonawca ten zaoferował się wykonać przedmiot niniejszego zamówienia za kwotę 19.655.400,00 zł brutto, a więc za cenę o przeszło 4 miliony złotych niższą od ceny zaoferowanej przez kolejnego wykonawcę – Odwołującego, podczas gdy ten zaoferował cenę 23.849.700,00 zł brutto, która z kolei jedynie o 100 tysięcy złotych była niższa od ceny ofertowej następnego wykonawcy.

Zwrócił uwagę, że Zamawiający oszacował wartość przedmiotu zamówienia na kwotę 63 518 002,17 zł brutto.

Zdaniem Odwołującego dysproporcja pomiędzy ceną ofertową Safege S.A., a szacunkową wartością zamówienia oraz cenami zaoferowanymi przez innych wykonawców w niniejszym postępowaniu jest na tyle istotna, wynosi aż 17,5%, że uzasadnia wdrożenie względem tego wykonawcy procedury z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący stwierdził, że zaoferowanie przez Safege S.A. ceny ofertowej tak znacznie odbiegającej od cen konkurentów winno zmusić Zamawiającego do wszczęcia procedury z art. 90 ust. 1 Pzp.

To samo dotyczy wystąpienia w tym postępowaniu istotnej rozbieżności pomiędzy ceną Safege S.A. a ceną Odwołującego oraz najwyższą z zaoferowanych cen, co powinno skłonić Zamawiającego tej rozbieżności.

Zwrócił uwagę, że pojęcie rażąco niskiej ceny jest pojęciem subiektywnym, zależnym od indywidualnej oceny zamawiającego, co nie oznacza, że dysponuje on w tym względzie pełną swobodą i oprzeć się może wyłącznie na własnym uznaniu.

Wskazał także, że w niniejszym postępowaniu cena, jaka została zastosowana w postępowaniu jest ceną ryczałtową i stąd przyjmuje się, że to wykonawca, a nie Zamawiający ponosi ryzyko, co do poprawności kalkulacji ceny adekwatnej do rozmiaru przedmiotu zamówienia. Jednakże pomimo tego, że ewentualne ryzyko błędnego ustalenia ceny będzie spoczywało na wykonawcy, to w zakresie prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia szkodę może ponieść Zamawiający. Sytuacja taka – zdaniem Odwołującego - będzie miała miejsce wówczas, gdy wykonanie zamówienia za oferowaną cenę nie będzie możliwe, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę.

Z powyższych względów – w ocenie Odwołującego - Zamawiający ogłaszając postępowanie powinien mieć na względzie, że jego celem jest realizacja danego przedmiotu

zamówienia za możliwie niskie wynagrodzenie, lecz nie jest nim wyłonienie wykonawcy, który nie gwarantując właściwego wykonania zamówienia, oferuje najniższą cenę.

Podkreślił w swoich wywodach, że powyższy zarzut nabiera szczególnego znaczenia w świetle działań podjętych przez Zamawiającego, a polegających na przyznaniu wszystkim wykonawcom jednakowej liczby punktów w kryterium „wartość techniczna”. Taki sposób dokonania oceny ofert wykonawców powoduje, iż w niniejszym postępowaniu de facto mamy do czynienia z jednym kryterium oceny ofert, którym jest najniższa cena.

Drugi zarzut dotyczył zaniechania dokonania przez Zamawiającego merytorycznej oceny ofert.

Wskazał, że stosownie do postanowień pkt 20.2 SIWZ kryteriami wyboru najkorzystniejszej oferty w niniejszym postępowaniu były: całkowita cena brutto (waga 60%) oraz wartość techniczna (waga 40%), a w celu dokonania oceny oferty i przydzielenia przez Zamawiającego punktów w ramach kryterium „wartość techniczna” wykonawcy zobowiązani byli przedłożyć wraz z ofertą opracowanie (zwane dalej: Opracowaniem) pt. „Zarządzanie ryzykiem wraz z techniczną oceną wykonalności robót” zawierające w swej treści szczegółowo opisane i przeanalizowane cztery podstawowe elementy tj.:

- Element nr 1: Zarządzanie ryzykiem w kontrakcie B1;
- Element nr 2: Techniczna ocena wykonalności kontraktu B1 wraz ze strategią realizacji usługi Inżyniera;
- Element nr 3: Zarządzanie ryzykiem w kontrakcie B2;
- Element nr 4: Techniczna ocena wykonalności kontraktu B2 wraz ze strategią realizacji usługi Inżyniera.

Zwrócił także uwagę, że w kolejnych zapisach pkt 20.5.1 SIWZ Zamawiający w sposób bardzo szczegółowy określił zasady przyznawania punktów za zawarcie w Opracowaniu poszczególnych elementów i podelementów. Mając na uwadze stopień skomplikowania dokumentu pn.: „Zarządzanie ryzykiem wraz z techniczną oceną wykonalności robót” dla projektu będącego przedmiotem zamówienia, Odwołujący poddał w wątpliwość ocenę Zamawiającego, iż każde z opracowań złożonych przez wykonawców w przedmiotowym postępowaniu miało identyczną wartość merytoryczną.

Zgodził się, iż firmy oferujące usługi odpowiadające przedmiotowi niniejszego zamówienia mają wypracowane mechanizmy oceny ryzyk kontraktowych i zasady zarządzania kontraktami, przy czym mechanizmy, o których mowa, powinny bazować na tych samych założeniach ustalonych przez Zamawiającego w SIWZ. Nie uważał, aby

mechanizmy te były identyczne u każdego wykonawcy, a co za tym idzie, że wartość każdego z przedstawionych opracowań jest taka sama. Według niego o fakcie tym najlepiej świadczy to, iż wykonawcy zastrzegli, jako tajemnicę przedsiębiorstwa sporne opracowania, a co za tym idzie uznali, że informacje zawarte w tych opracowaniach nie tylko mają wartość handlową dla konkurentów, ale przede wszystkim nie są to informacje im znane.

Podkreślił, iż sam Zamawiający w punkcie 20.5 SIWZ (strony od 21 do 31) szczegółowo opisał złożony sposób i kryteria oceny merytorycznej zawartości poszczególnych elementów i podelementów składających się na opracowanie, a tym samym nie dopuścił możliwości ograniczenia się do przyznania punktacji jedynie na podstawie mechanicznego zweryfikowania, czy dany element czy podelement został zawarty w opracowaniu.

Według Odwołującego tak sformułowane warunki wymagają od Zamawiającego przeanalizowania opracowań, nie tylko pod względem ich zgodności, co do samej obecności danego elementu w opracowaniu, ale przede wszystkim, co do ich merytorycznej wartości, wewnętrznej spójności pomiędzy poszczególnymi jej elementami. Wywodził, że skoro jednym z kryterium oceny ofert jest wartość merytoryczna opracowań załączonych do ofert pn.: „Zarządzanie ryzykiem wraz z techniczną oceną wykonalności robót”, a opracowania te z założenia muszą mieć różną wartość merytoryczną, to przyznanie przez Zamawiającego wszystkim wykonawcom tej samej ilości punktów świadczy o braku z jego strony oceny tychże opracowań.

W dniu 14.03.2012r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca – Safege S.A., zwany dalej Przystępującym, a w dniu 15.03.2012r. zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wykonawcy konsorcjum firm: MGGP S.A., AYESA POLSKA Sp. z o.o. oraz AGUA Y ESTRUCTURAS S.A., zwany dalej MGGP oraz konsorcjum firm: URS Polska Sp. z o. o. oraz URS Infrastructure & Environment UK Ltd., zwany dalej URS.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść złożonych ofert, a zwłaszcza ofertę Przystępującego, Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia, protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego IRZRh – 0815 – POIiS 7.1 – 24.2 – 01/2011, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, pisma procesowego Przystępującego, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestników wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego, Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art. 90 ust. 1 w związku z art. 7 ust.1 i art.91 ust.1 w związku z art.7 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych(Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z póź. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Jednym z istotnych zagadnień wymagających rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia, czy Zamawiający miał obowiązek przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w aspekcie rażąco niskiej ceny w stosunku do oferty Przystępującego oraz, czy wybór najkorzystniejszej oferty nastąpił na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie oceny ofert i punktacji w ramach kryterium „Wartość techniczna”.

Zdaniem Izby Odwołujący nie udowodnił, iż oferta Przystępującego mogła zawierać rażąco niską cenę, co uzasadniałoby wdrożenie procedury, o której mowa w art.90 ust.1 ustawy Pzp.

Należy wskazać, że pojęcie „rażąco niskiej ceny” nie posiada definicji legalnej na gruncie obowiązującego prawa, lecz niewątpliwie wolą ustawodawcy wprowadzającego ten termin do porządku prawnego była eliminacja z rynku wykonawców nierzetelnych.

Izba reprezentuje zapatrywanie, że rażąco niska cena to taka cena, która jest nierealistyczna, wręcz niewiarygodna na danym rynku, niemożliwa do zaoferowania bez uszczerbku dla majątku wykonawcy, niezapewniająca mu zysku, zaoferowana poniżej kosztów wartości usługi, zaproponowana w celu eliminacji konkurencji.

Intencją ustawodawcy jednak nie było stworzenie mechanizmu prawnego, który każdorazowo dawałby podstawę do uruchomienia przez Zamawiającego postępowania w trybie przepisu art.90 ust.1 ustawy Pzp, w przypadku wystąpienia różnic cenowych złożonych ofert. Takie różnice normalnie występują w każdym postępowaniu konkurencyjnym. Natomiast rażąco niska cena powoduje, że te różnice cenowe są drastyczne, a istnienia takiej sytuacji Odwołujący nie wykazał.

Zdaniem Izby Odwołujący nie dowiódł możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny, a zgodnie z regułą wynikającą z art.6 kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Zdaniem Izby wszystkie zaoferowane ceny miały charakter rynkowy, za wyjątkiem rażąco wygórowanej ceny konsorcjum ECM Group (124 230 000 zł), odbiegającej od pozostałych cen o kilkaset procent ich wartości.

Z zestawienia cenowego zawartego w powołanym na wstępie protokole postępowania wynika, że cena brutto Przystępującego wynosi 19 655 400 zł, podczas gdy cena Odwołującego 23 849 700 zł, następna cena MGGP wynosi 23 982 683 zł. Kolejne wartości cenowe w złożonych ofertach mieściły się już w wyższym przedziale cenowym, w tym cena oferty URS – 27 183 000 zł oraz konsorcjum ILF Consulting Engineers Polska sp. z o.o. – 29 387 160 zł i konsorcjum Grontmij Polska sp z o.o. 29 999 577 zł. Były także dwie oferty z ceną przekraczającą 30 000 000 zł.

Z porównania złożonych cen ofertowych należy wnosić, iż złożone oferty posiadają podobne procentowo różnice cenowe świadczące – w ocenie Izby – o występującej mocnej konkurencji na rynku tego rodzaju usług.

Przyjęcie przez Izbę poglądu Odwołującego o zaoferowaniu przez Przystępującego rażąco niskiej ceny, który to pogląd nie został poparty żadnymi dowodami, w konsekwencji powinno prowadzić do wniosku, że również ceny ofert Odwołującego i MGGP zawierają ceny rażąco niskie w stosunku do ofert konkurencyjnych konsorcjów z cenami wyższymi (URS, ILF Consulting Engineers Polska sp. z o.o., Grontmij Polska sp z o.o.), posiadającymi podobne różnice wartościowe w cenach w odniesieniu do ofert Odwołującego i MGGP. Takie wnioskowanie zdaniem Izby nie jest właściwe i nie może automatycznie uruchamiać postępowania wynikającego z art.90 ust.1 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Zamawiający ma obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej jedynie w wypadku powzięcia uzasadnionych wątpliwości, co do możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny.

Z wyjaśnień Zamawiającego wynika, że jego znajomość cen rynkowych nie uzasadniała przeprowadzenia spornego postępowania.

Izba przyjęła za wiarygodne twierdzenie Zamawiającego, że szacunkowa wartość zamówienia i kwota, jaką zamierzał on przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia była kalkulowana w oparciu o szacunkową wartość zamówienia na roboty budowlane, których realizacji dotyczy nadzór będący przedmiotem przetargu. Chodzi o przetarg B1 – czyli zaprojektowanie i wykonanie przebudowy stacji Łódź Widzew i części szlaku Łódź i Łódź Fabryczna oraz o przetarg B2 – modernizacja linii kolejowej Łódź, etap II Lot B2 – odcinek Łódź Widzew - Łódź Fabryczna.

W tej sytuacji po dokonaniu oceny ofert i wyborze najkorzystniejszej oferty w obu w/w postępowaniach zaoferowane ceny mogły zostać przez Zamawiającego uznane za znacząco niższe, o ponad 40% od szacowanej wartości zamówienia.

Z powyższego wynika jednoznacznie, że odniesienie ceny ofertowej Przystępującego do wartości szacunkowej zamówienia, ustalonej w powyższy sposób, nie może mieć znaczenia w rozpatrywanej sprawie w aspekcie badania zasadności zarządzenia przez Zamawiającego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Inne rozumowanie musiałoby prowadzić do wniosku, że siedem złożonych ofert w przedmiotowym postępowaniu może posiadać rażąco niską cenę, co zdaniem Izby nie wydaje się prawdopodobne.

Przedłożone na rozprawie przez Przystępującego zestawienia ofert kolejowych(ceny netto) i zestawienia nadzorów do wartości robót oraz złożone przez Zamawiającego zestawienia cenowe(netto) na nadzory inwestorskie potwierdzają powyższe wnioskowanie Izby.

Nie mogło również zmienić oceny Izby w przedmiotowej sprawie opracowanie przedłożone na rozprawie przez pełnomocnika Odwołującego, z którego wynika, że Przystępujący miały zamiar zatrudnienia inżynierów ekspertów za kwotę średnio 5 600 zł brutto, podczas gdy – według Odwołującego – przeciętne wynagrodzenie brutto w sektorze działalności profesjonalnej, naukowej i technicznej(a do takiej można zaliczyć usługi inżynierskie) wynosi dla sektora prywatnego 5 505, 21 zł brutto.

Powyższe może dowodzić, co najwyżej, że Przystępujący mógłby zatrudnić takie osoby według przeciętnego wynagrodzenia, jednak nie przesądza to o zaoferowaniu przez niego rażąco niskiej ceny.

Teza Odwołującego o występowaniu na rynku tego rodzaju usług stawek dwukrotnie wyższych od przeciętnego wynagrodzenia być może jest prawdziwa w odniesieniu do usług świadczonych przez Odwołującego, jednak nie dowodzi stosowania takich stawek u Przystępującego.

Odnosząc się do informacji Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty za kwotę 29 165 320 zł brutto w postępowaniu przetargowym na „Pełnienie nadzoru nad modernizacją linii kolejowej E30/C-E30 odcinek Kraków – Rzeszów o podobnym zakresie robót branży kolejowej, Izba stwierdziła, że wartość wybranej oferty w takim postępowaniu musiałaby wskazywać, że Odwołujący również zaoferował rażąco niską cenę, co nie wydaje się prawdopodobne. Nadto Odwołujący nie dowiódł identyczności zakresu powyższego zamówienia, co nie może stanowić podstawy do wykorzystania tej informacji dla celów dowodowych.

Po przeanalizowaniu zebranego w sprawie materiału dowodowego, Izba również nie uwzględniła drugiego zarzutu Odwołującego uznając, iż ocena techniczna przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego została dokonana w granicach kryterium oceny ofert określonych w SIWZ.

Ocena zaś wykraczająca poza ramy SIWZ stanowiłaby rażące naruszenie fundamentalnej zasady równości uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zasady uczciwej konkurencji.

Izba stwierdziła, że znajdujące się w dokumentacji Zamawiającego oceny ofert i punktacje w ramach kryterium „Wartość techniczna” zostały przez niego dokonane ściśle według reguł wynikających z Roz. 20 SIWZ w stosunku do wszystkich wykonawców, których oferty nie zostały odrzucone.

Natomiast żądanie Odwołującego przeanalizowania przez Zamawiającego opracowań pod względem ich zawartości merytorycznej i oceny wewnętrznej spójności pomiędzy poszczególnymi jej elementami nie pozostawało w ramach tak ustalonego kryterium oceny ofert.

Dodatkowo istotną okolicznością jest fakt, że na rozprawie Odwołujący złożył oświadczenie o braku sporu pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym i Przystępującymi, iż ocena techniczna została dokonana zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Jeżeli taka ocena ofert została przez Zamawiającego przeprowadzona zgodnie z regułami przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a SIWZ nie była zaskarżona w tym zakresie przez Odwołującego, to należy uznać, że argumentacja Odwołującego w tej mierze jest całkowicie chybiona.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art.192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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:.....