

Sygn. akt: KIO 2484/15

WYROK

z dnia 27 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpatrzeniu na rozprawie dnia 26 listopada 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 listopada 2015 r. przez wykonawcę **Kieleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o., ul. Przęsłowa 2a, 25-670 Kielce** w postępowaniu prowadzonym przez **Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich, ul. T. Boya Żeleńskiego 19a, 35-105 Rzeszów**

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża **Kieleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Kieleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Rzeszowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie prowadzi postępowanie pn.: „Wykonanie w systemie „zaprojektuj i wybuduj” dokumentacji projektowej z uzyskaniem decyzji środowiskowej i decyzji ZRID z rygiorem natychmiastowej wykonalności oraz robót budowlanych w ramach Zadania pn.: „Budowa obwodnicy m. Kolbuszowa i Werynia w ciągu drogi wojewódzkiej nr 875 Mielec — Leżajsk” Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 lipca 2015 r. pod numerem 2015/S 127 – 231642

Odwołujący: Kieleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. w Kielcach wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty.

Zaskarżonej czynności Zamawiającego zarzucił naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 4 p.z.p. w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 p.z.p. w związku z art. 33 ust. 1 pkt 2) p.z.p. poprzez:

1. błędne przyjęcie, że cena złożonej przez Odwołującego oferty jest o ponad 30% niższa od wartości zamówienia i zachodzi konieczność wdrożenia procedury określonej w art. 90 ust 1 p.z.p. w sytuacji, kiedy planowane (szacunkowe) koszty prac projektowych oraz koszty robót budowlanych określone w programie funkcjonalno-użytkowym (załącznik nr 2 — Planowany przebieg obwodnic) szacunkowy koszt inwestycji (bez kosztu wykupu nieruchomości) wynosi 36.315.000 zł a w razie wykazania przez Zamawiającego, że wartość zamówienia jest wyższa, niż 42.000.000 zł - zaskarżonej czynności Zamawiającego zarzucam naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 4 p.z.p. w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 p.z.p. poprzez:

2. błędną ocenę złożonych przez Odwołującego wyjaśnień i przyjęcie, że złożona oferta zawiera rażąco niską cenę, w sytuacji kiedy oferta Odwołującego zawiera cenę realną i wiarygodną, umożliwiającą należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, co zostało potwierdzone w złożonych wyjaśnieniach w których szczegółowo odniesiono się do ogólnie sformułowanego przez Zamawiającego wezwania przedstawiając dowody na potwierdzenie złożonych wyjaśnień, a ponadto

3. zaniechanie przez Zamawiającego ponowienia wezwania do złożenia dalszych wyjaśnień, jeżeli Zamawiający uznał, że udzielone przez Odwołującego wyjaśnienia wymagają uzupełnienia o szczegółową kalkulację ceny w sytuacji kiedy w pierwotnym wezwaniu takie żądanie nie zostało sformułowane.

Mając na uwadze powyższe zarzuty, wnosi o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazanie dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego.

Ponadto wnosi o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów:

1. z zeznań świadka w osobie projektanta: J. K., zam. ul Zbigniewa Herberta 13 35- 602 Rzeszów

2. z dokumentów w postaci: szkiców i założeń do obiektu mostowego, kalkulacji na wykonanie stabilizacji podłoża, ofert branżowych na wykonanie robót elektrycznych i teletechnicznych, gazowych, kanalizacji sanitarnej, melioracyjnych, odwodnieniowych, sieci wodociągowych, projektowych, harmonogramu robót, kalkulacji ilości i wartości masy bitumicznej

na okoliczność: realności i wiarygodności ceny ofertowej Odwołującego, wiarygodności złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, podstaw do ustalenia ceny ofertowej Odwołującego.

Odwołujący jest jednym z wykonawców, którzy złożyli ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a w przypadku potwierdzenia stawianych zarzutów miałby szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia, jako podmiot oferujący najniższą cenę spośród wszystkich oferentów.

UZASADNIENIE

Zamawiający w dniu 3 listopada 2015 r. dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum, w ramach którego występowały: Miejskie Przedsiębiorstwo Dróg i Mostów Sp. z o.o. w Rzeszowie oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. w Mińsku Mazowieckim, które zaoferowało cenę 46.788.452,57 zł.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 p.z.p. w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p. wskazując, że w jego ocenie oferta Odwołującego z ceną 29.157.442,11 zł będącą o ponad 30% niższą od wartości zamówienia, zawiera rażąco niską cenę a złożone wyjaśnienia nie rozproszyły wątpliwości Zamawiającego co do rynkowego charakteru ceny złożonej oferty.

Z powyższym rozstrzygnięciem odwołujący się nie zgadza, a to z następujących względów.

Zamawiający pismem z dnia 16 września 2015 r. - wskazując, że złożona przez Odwołującego oferta jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia zwrócił się m.in. do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Treść wezwania jest bardzo ogólnikowa, stanowi powtórzenie treści art. 90 ust. 1 pkt. 1 i 2 p.z.p., a Zamawiający w żaden sposób nie precyzował treści żądanych wyjaśnień a w szczególności nie żądał szczegółowej kalkulacji ceny.

W wezwaniu tym Zamawiający nie wskazał jaka jest wartość zamówienia, która winna być ustalona na podstawie planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym zgodnie z art. 33 ust 1 pkt 2) p.z.p. Bezspornym w sprawie jest, że w Informacji z otwarcia ofert złożonych do przetargu na przedmiot niniejszego postępowania z dnia 12.08.2015 roku Zamawiający

wskazał, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę brutto: 63.869.000,00 zł.

Wskazaną kwotę Zamawiający traktuje jako wartość zamówienia w rozumieniu art. 33 ust. 1 p.z.p., przy czym wartość ta nie wynika z planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w załączniku nr 2 do Programu Funkcjonalno-Użytkowego. Jak już wyżej wskazano planowane (szacunkowe) koszty prac projektowych oraz koszty robót budowlanych określone w programie funkcjonalno-użytkowym (załącznik nr 2 — Planowany przebieg obwodnic, poz. 5) szacunkowy koszt inwestycji według wariantu WK1 (bez kosztu wykupu nieruchomości) wynosi 36.315.000,00 zł. W tym zaś przypadku, oferowana cena nie jest niższa o więcej, niż 30% wartości zamówienia, tj od kwoty 36.315.000 zł w związku z czym opinia Zamawiającego, że oferta Odwołującego wydaje się zawierać rażąco niską cenę jest nieuzasadniona, a tym samym wdrożenie przez Zamawiającego trybu określonego w art. 90 ust. 1 p.z.p. nie znajduje oparcia w obowiązujących przepisach Prawa zamówień publicznych i brak jest podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust 4 p.z.p. Zdaniem Odwołującego wartość zamówienia nie może być ustalona w sposób dowolny i powinna zostać ustalona w sposób określony w art. 33 ust. 1 p.z.p.

Uzasadniony jest również alternatywny zarzut przedstawiony w pkt.2 i 3 W swoich wyjaśnieniach złożonych w drodze pisma z dnia 1 października 2015 r., Odwołujący szczegółowo opisał wszystkie elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny, wskazując na przyjęte przez siebie rozwiązania techniczne mające wpływ na oryginalność projektu, a co za tym idzie, na minimalizację kosztów i ceny. Jak wynika z treści powyższego pisma Odwołującego, zawarte w nim wyjaśnienia zawierają szczegółowe wyliczenia i kalkulacje, poparte dowodami w postaci: otrzymanych ofert na dostawy surowców (asfaltu, emulsji asfaltowej, paliwa, piasku), wyników własnego przetargu na dokumentację projektową oraz zaświadczenia o wykonaniu umowy dotyczącej robót budowlanych na zadaniu pn.: „Likwidacja barier rozwojowych — most na Wiśle z rozbudową drogi wojewódzkiej nr 764 oraz połączenia z drogą wojewódzką nr 875”. Odwołujący przedłożył również analizę wszystkich ofert dotyczących przedmiotowego zadania, wskazując, że poszczególne elementy składające się na cenę ofertową w analizowanych ofertach są nawet niższe, niż w ofercie Odwołującego.

Po przeprowadzeniu analizy Zamawiający, uwzględniając część wyjaśnień Odwołującego, przyjął, iż: „Nieprzedstawienie kalkulacji ceny zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego, czy też złożenie lakonicznych oświadczeń o prawidłowości kalkulacji ceny uniemożliwiło Zamawiającemu pozytywną weryfikację wyjaśnienia. Równocześnie nie potwierdziło oferowania realizacji przedmiotu zamówienia z rażąco niską ceną”.

Zamawiający popada zatem w wewnętrzną sprzeczność, wskazując z jednej strony, iż wyjaśnienia Odwołującego nie było zgodne z „oczekiwaniem” Zamawiającego, jednakże z drugiej strony wyjaśnienia te nie potwierdziły oferowania realizacji przedmiotu zamówienia za rażąco niską ceną. Trudno zatem zrozumieć, czy ostatecznie Zamawiający potraktował wyjaśnienia Odwołującego za wystarczające, czy też nie.

W związku z powyższym należy zauważyć, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 4 p.z.p. w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 p.z.p., Zamawiający jest uprawniony do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w sytuacji, gdy cena wydaje się rażąco niska w stosunku do wartości zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości należytego wykonania przedmiotu zamówienia i uzyskania przy jego realizacji odpowiedniego zysku dla wykonawcy.

Z zastosowaniem pojęcia „rażąco niskiej ceny” mamy do czynienia wówczas, gdy cena ta jest niewiarygodna, znacznie odbiegająca od cen rynkowych, nierealistyczna, wskazująca na jej ustalenie poniżej kosztów wytworzenia danej usługi.

Odwołujący wykonawca w 13 punktach swoich wyjaśnień, wskazał kolejno poszczególne elementy cenotwórcze oferty które wpływają na obniżenia kosztów oraz oferty dostawców i podwykonawcy. Zamawiający nie uznał tych wyjaśnień za wystarczające, ale nie wystosował wezwania do uzupełnienia złożonych wyjaśnień, a dopiero w uzasadnieniu swojej decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego ustosunkował się kolejno do wyjaśnień Odwołującego - w zasadzie ich nie kwestionując, a jedynie podnosząc, że niektóre wyjaśnienia nie zostały wystarczająco szczegółowo udowodnione. Zamawiający zarzucił Odwołującemu, że ten m.in.: nie wskazał propozycji przeprojektowania niwelety drogi, nie udokumentował wyliczeń pozwalających na potencjalne zmniejszenie kosztów robót ziemnych, nie przedstawił rysunków planowanych obiektów inżynierskich, nie dołączył obliczeń, rysunków ani dokumentów dotyczących bilansu wykopów i nasypów, nie wskazał konkretnie wszystkich osób mających brać udział przy robotach oraz ich wynagrodzenia, nie przedłożył ofert na roboty branżowe, nie uzasadnił okresu realizacji zadania, nie wyjaśnił wpływu spadku cen asfaltu na wycenę robót z jego zastosowaniem, jak również nie udokumentował w jaki sposób posiadane doświadczenie w realizacji zadania w realizacji zamówienia w formie „zaprojektuj i wybuduj”, a dotyczącego w/w przeprawy przez Wisłę wraz z rozbudową drogi wojewódzkiej nr 764 ma mieć wpływ na cenę zawartą w ofercie.

Następnie przytaczając kilka orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił swojego stanowiska w przedmiocie odrzucenia oferty, a wręcz stwierdził - jak już wyżej wskazano - że wyjaśnienia Odwołującego nie potwierdziły oferowania realizacji przedmiotu zamówienia za rażąco niską ceną.

Zamawiający odrzucając ofertę musi mieć pewność, że nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia za zaoferowaną cenę. Jeżeli u Zamawiającego istniały wątpliwości, chociażby w zakresie konieczności przedstawienia szczegółowych kalkulacji ceny lub rysunków, to

Zamawiający miał możliwość ponownego wezwania Odwołującego do uzupełnienia wyjaśnień w zakresie kwestionowanym przez Zamawiającego (stanowisko wyrażone przez Krajową Izbę Odwoławczą m.in. w wyroku z dnia 23 grudnia 2014 r., sygn. akt KIO 2615/14). Zgodnie z art. 90 ust. 1 pkt. 1 p.z.p., przedmiotem wezwania i wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny są te składniki, które mają wpływ na wysokość ceny, to jest elementy istotne dla kalkulacji ceny oferty. Istotne, zdaniem ustawodawcy, jest więc takie wyjaśnienie kalkulacji ceny, które przekona, że wykonawca przyjął racjonalne założenia co do koniecznych do poniesienia kosztów i nakładów. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 1833/14): „Chodzi tu więc o uprawdopodobnienie poprawności kalkulacji, rozwianie wątpliwości zamawiającego, nie zaś o przedstawienie szczegółowego biznes planu”.

Ponadto w wyroku KIO 806/15 Izba stwierdziła, że do wyjaśnień wykonawcy nie muszą być załączone żadne „materialne” dowody, czy też jakiegokolwiek wyliczenia, poza przypadkiem, gdy występują pewne indywidualne dla danego wykonawcy uwarunkowania - takie jednak w niniejszym postępowaniu nie wystąpiły.

Odnosząc powyższe poglądy Krajowej Izby Odwoławczej do niniejszego postępowania należy stwierdzić, że chociaż zgodnie z art. 90 ust. 2 p.z.p., obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, to jednak Odwołujący w treści wyjaśnień odniósł się do każdego z ogólnikowo przytoczonych przez Zamawiającego w piśmie z dnia 16 września 2015 r. elementów cenotwórczych oferty. Nie było również żadnych przeszkód, aby w razie istnienia dalszych wątpliwości, Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień, w tym przedstawienia szczegółowych projektów, rysunków, kalkulacji i kosztorysów.

Załączone do odwołania dowody, odnoszące się kolejno do zarzutów Zamawiającego względem wyjaśnień Odwołującego, wskazują, że cena odrzuconej oferty jest wiarygodna, realna oraz że na żądanie Zamawiającego Odwołujący mógł przedstawić dodatkowe dowody na potwierdzenie realności zaoferowanej ceny.

Nie powinna jednak ujść uwadze okoliczność, iż przedmiotowe zamówienie realizowane ma być w ramach kontraktu „zaprojektuj i wybuduj”. Formuła „zaprojektuj i wybuduj” oznacza, że zamawiający nie dysponuje szczegółowymi opracowaniami planowanej inwestycji. W formule tej zamawiający opracowuje jedynie wstępny projekt inwestycji (PFU) i na jego podstawie przygotowana jest dokumentacja przetargowa w tym planowane koszty prac projektowych oraz planowane koszty robót budowlanych stanowiące podstawę do ustalenia wartości zamówienia. Dopiero w wyniku rozstrzygnięcia przetargu wyłaniany jest generalny wykonawca zamówienia, który sporządza projekt budowlany oraz wykonawczy, uzyskuje pozwolenie na budowę a później realizuje roboty według wykonanego przez siebie projektu.

Jak przyjmuje się w orzecznictwie i doktrynie, zamówienie, które obejmuje zaprojektowanie i wykonawstwo specjalistycznych, skomplikowanych robót budowlanych w formule „zaprojektuj i wybuduj” skutkuje po stronie wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia szczególnymi trudnościami związanymi z opracowaniem oferty na wykonanie zamówienia. Oferta ta bowiem nie jest sporządzana na podstawie kompletnej dokumentacji projektowej dostarczonej przez zamawiającego, ale wyłącznie na podstawie ogólnej koncepcji zawartej w programie funkcjonalno-użytkowym.

Stąd też należy przyjąć, że wymaganie od Odwołującego już na etapie wyjaśnień dotyczących elementów ceny przedłożenia szczegółowych rysunków technicznych planowanych obiektów, projektów budowlanych, kosztorysów, analiz porównawczych realizacji różnych inwestycji, czy też bilansów planowanych robót, jest oczywiście nieuzasadnione. Wszakże jednym z elementów ofert jest:

uzyskanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji inwestycji (wartość netto według oferty Odwołującego): 40.984,53 zł;

dokumentacja geodezyjna i kartograficzna: 20.518,91 zł

projekt budowlany: 277.991,26 zł

projekty wykonawcze: 185.416,32 zł

Sporządzenie pełnej dokumentacji, którą według Zamawiającego Odwołujący powinien był przedstawić już na etapie wyjaśnień dotyczących ceny, warta jest przynajmniej ok. 0,5 mln zł, a kwoty tej przez Odwołującego przed uzyskaniem zamówienia byłoby nieracjonalne i ekonomicznie nieuzasadnione. Ponadto wskazać należy, że realność założonego obniżenia kosztów budowy w zakresie optymalizacji tych kosztów wynika z faktu, że podwykonawcą Odwołującego jest podmiot, który brał udział w opracowaniu PFU dla Zamawiającego w związku z czym dysponuje bezpośrednią wiedzą na temat możliwości zastosowania alternatywnych rozwiązań technicznych przy realizacji zamówienia.

W szczególności należy zatem wskazać, że wbrew stanowisku Zamawiającego, Odwołujący nie mógł na etapie wyjaśnień przedstawić szczegółowego projektu niwelety — ten jest przecież istotnym elementem zamówienia i jako taki podlega wykonaniu dopiero po uzyskaniu zamówienia. Odwołujący załącza jednak do niniejszego odwołania założenia do przyjętych wyliczeń w zakresie obiektów mostowych oraz szkice obiektów mostowych.

Odwołujący, na podstawie badań geologicznych i swojego doświadczenia na budowie mostu przez Wisłę w Połańcu (wskazywana w wyjaśnieniu Odwołującego realizacja zadania pn.: Likwidacja barier rozwojowych — most na Wiśle z rozbudową drogi wojewódzkiej nr 764 oraz połączenia Z drogą wojewódzką nr 875'), cechującej się podobną kategorią gruntu oraz wyższymi nasypami, założył wzmocnienie podłoża za pomocą stabilizacji gruntu. Odwołujący, jako doświadczony wykonawca robót drogowych, posiada specjalistyczny sprzęt do wykonywania tego rodzaju robót Opisane w wyjaśnieniach Odwołującego

rozwiązanie techniczne (metoda wykonania zamówienia) pozwala na uzyskanie szczegółowo wyliczonych oszczędności. W sytuacji, kiedy Zamawiający uwzględnił zawarte w wyjaśnieniach Odwołującego oświadczenia podwykonawców dotyczące kosztu prac projektowych (oferta projektanta, oferty branżowe), to nie było podstaw do nieuwzględnienia twierdzeń Odwołującego w zakresie zaproponowanej metody wykonania robót. Odwołujący w załączeniu przedkłada dodatkowo szczegółową kalkulację na wykonanie stabilizacji podłoża, potwierdzającą wiarygodność koncepcji Odwołującego.

Dowód: kalkulacja na wykonanie stabilizacji podłoża;

Ponadto na etapie żądania wyjaśnień w zakresie elementów cenotwórczych oferty Zamawiający nie oczekiwał szczegółowych informacji dotyczących ilości kadry zatrudnionej przez Odwołującego konkretnie w celu realizacji przedmiotowego zadania. Wskazać należy jednak, że koszty pracy oraz związana z nimi robocizna zawiera się cenach jednostkowych opisanych w ofercie.

Odwołujący przedkłada również oferty na roboty branżowe otrzymane od podmiotów od wielu lat współpracujących z Odwołującym, jak również uzyskane od podmiotów miejscowych, które potwierdzają możliwość wykonania poszczególnych rodzajów robót według cen opisanych w ofercie.

Dowód: oferty branżowe na wykonanie robót: elektrycznych i teletechnicznych, gazowych, kanalizacji sanitarnej,

melioracyjnych, odwodnieniowych, sieci wodociągowych, projektowych;

Odwołujący załącza do odwołania również harmonogram wykonania robót, który wskazuje szczegółowo terminy zakończenia poszczególnych etapów realizacji poszczególnych prac. Oczywiście powinno być przy tym założenie, że skrócenie czasu realizacji robót wpływa na zmniejszenie kosztów ogólnych budowy.

Dowód: harmonogram robót;

Zaznaczyć należy również, że Zamawiający zaakceptował wyjaśnienia Odwołującego dotyczące cen materiałów. Dla każdego profesjonalisty w zakresie robót budowlanych oczywistym jest, że wartość materiałów w robotach drogowych kształtuje się na poziomie ok. 65- 70 % ogólnego kosztu.

Odnosząc się do zastrzeżeń Zamawiającego dotyczących wpływu cen asfaltu na koszt wykonania robót związanych z użyciem tego surowca należy stwierdzić, że w treści ofert nie wymagano podania tego typu kalkulacji. Natomiast jako logiczne i wiarygodne należy przyjąć (jak Odwołujący podał w wyjaśnieniach), że spadek cen asfaltu, emulsji i paliwa o ponad 1.000,00 zł/t miał znaczny wpływ na poziom ceny. Odwołujący dodatkowo do niniejszego odwołania załącza jednak kalkulacje masy bitumicznej.

Dowód: kalkulacje masy bitumicznej;

Przedłożone powyżej dowody w pełni potwierdzają zatem wiarygodność wyjaśnień Odwołującego oraz potwierdzają, że Zamawiający nie dokonał ich wystarczającej analizy na etapie badania wyjaśnień Odwołującego.

Zamawiający naruszył zatem w sposób wręcz oczywisty art. 89 ust. 1 pkt. 4 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p. w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 p.z.p. Lakoniczne uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego nie pozwala na ustalenie, czy zdaniem Zamawiającego wyjaśnienia Odwołującego były niewiarygodne, czy też po prostu zbyt mało dokładne. Tym niemniej w takiej sytuacji Zamawiający powinien był ponownie wezwać Odwołującego do wyjaśnienia tych wyliczeń, które zdaniem Zamawiającego było zbyt mało szczegółowe.

Samo ustosunkowanie się przez Zamawiającego do poszczególnych elementów wyjaśnień Odwołującego nie stanowi wystarczającego uzasadnienia dla odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający w żaden sposób nie wskazuje bowiem, dlaczego jego zdaniem cena oferty Odwołującego jest rażąco niska, w szczególności gdy jednocześnie stwierdza, iż na podstawie wyjaśnień nie da się potwierdzić oferowania realizacji przedmiotu zamówienia z rażąco niską ceną.

W toku rozprawy strony postępowania odwoławczego podtrzymały stanowiska tj. zamawiający stanowisko zawarte w decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, natomiast odwołujący przedstawione w odwołaniu.

Odwołujący podtrzymał argumentację zawartą w uzasadnieniu odwołania. Stwierdził, że dokumenty złożone przez zamawiającego na rozprawie zostały stworzone wyłącznie na potrzeby postępowania odwoławczego. Przywoływany załącznik 17 do PFU nie był i nie jest dostępny wykonawcom. Zauważył, że sposób ustalenia wartości przedmiotu zamówienia ustawa określa w sposób jednoznaczny, nie może być on dowolnie stosowany przez zamawiającego. Przypomniał rodzaj zamówienia, który dotyczy zaprojektowania i budowy, co m.in. oznacza iż zamawiający nie może żądać od wykonawcy przedstawienia jakiegokolwiek części dokumentacji projektowej, skoro właśnie ona wchodzi w skład przedmiotu zamówienia. Wskazał, jakie elementy wyjaśnień zostały uwzględnione przez zamawiającego. Podkreślił, iż nie uznano bezpodstawnie wyjaśnień w zakresie ceny asfaltu. Odnośnie pkt 13 wyjaśnień wskazał, że skorzystał z danych poszczególnych elementów o niższych cenach z poszczególnych pięciu ofert, a otrzymana cena jest wielkością ok. 2-3mln zł niższą od rzeczywistej ceny ofertowej odwołującego. Nie kwestionował wskazanej przez zamawiającego zasady jednokrotności żądania wyjaśnień, o ile dotyczą one konkretnego elementu, w szczególności w innym rodzaju zamówienia. Charakter niniejszego zamówienia daje możliwości prowadzenia postępowania wyjaśniającego w szerszym zakresie. W

szczegółności nie ma przeszkód żądania bardziej szczegółowych wyjaśnień, w sytuacji gdy otrzymane wcześniej nie są wystarczająco wyczerpujące.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, a także zawartych w nim wniosków dowodowych. Podtrzymał stanowisko zawarte w decyzji rozstrzygającej wynik postępowania. Stwierdził, że wskazanie przez odwołującego, iż wartością szacunkową zamówienia jest kwota 36 315 000zł jest nieprawidłowe. Zauważył, że w PFU załącznik 2 str. 23 zawarto tabelę z zestawieniem kosztów w wariantach WK1 z uwagą, iż jest szacunkowy koszt orientacyjny i nie wyczerpuje on wszystkich robót.

Złożył pismo autora dokumentacji ze wskazaniem, iż koszt budowy przedstawiony został w załączniku nr 17 PFU. Zamawiający zaktualizował wielkości z załącznika 17. Ustalił wartość brutto bez zamówień uzupełniających na kwotę 100 036 252,17zł, a w zakresie robót uzupełniających na kwotę 30 010 875,64zł. Stwierdził, że badał w trybie art. 90 ust. 1 PZP wszystkie pięć złożonych ofert. Zauważył, że cena oferty odwołującego wskazała na wymóg ustawy na spełnienie obydwu przesłanek ustawowych żądania wyjaśnień. Wskazał na treść wyjaśnień i własne stanowisko zawarte w uzasadnieniu rozstrzygnięcia w części końcowej. Zakwestionował przedstawioną przez odwołującego w pkt 13 metodę ustalenia ceny oferty. Stwierdził, że cytowane na str. 4 odwołania stanowisko ze str. 13 rozstrzygnięcia jest wynikiem omyłki pisarskiej i nie zmienia oceny dokonanej w całym rozstrzygnięciu. Potwierdził, że dokument z ustaloną wartością zamówienia nie był dostępny wykonawcom i żaden z wykonawców nie zwracał się w tej sprawie o udostępnienie. Stwierdził, że w otrzymanych wyjaśnieniach nie wykazano jaki wpływ na cenę oferty mają elementy wskazane jako tańsze, w tym także uwzględnione przez zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, wzięciu pod uwagę stanowisk stron przedstawionych na piśmie i do protokołu, uwzględniając także dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść oferty wykonawcy i przebieg postępowania wyjaśniającego opartego na art. 90 ust. 1 ustawy pzp zważyła, co następuje.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy pzp przez uznanie, iż nie zaistniały przesłanki z powyższego przepisu, by żądać od wykonawcy złożenia wyjaśnień i stosownych dowodów w celu sprostania obowiązkowi wykonawcy wykazania, że

zaoferowana cena nie jest rażąco niska, skład orzekający uznaje za niezasadny. W świetle wiarygodnej informacji o wartości przedmiotu zamówienia stwierdzić należy, że cena złożonej przez Odwołującego oferty jest o ponad 30% niższa od wartości zamówienia jak również średniej arytmetycznej cen w postępowaniu. Niezależnie od tego stwierdzić należy, że zasygnalizowane przesłanki ustawowe wszczęcia procedury z art. 90 ust. 1 ustawy pzp są wskazane nie jako jedyne (wskazuje na to sformułowanie „w szczególności”).

Jak wyżej wskazano ciężar dowodu, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, obciąża wykonawcę, do którego zamawiający zwrócił się o złożenie wyjaśnień. W tym świetle nawet przyznanie racji odwołującemu, że otrzymane wezwanie zawierało jedynie przytoczenie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy, jakkolwiek w rzeczywistości zawierało pewne rozwinięcie oczekiwań zamawiającego, nie zmienia wskazanego ciężaru dowodu spoczywającego na odwołującym.

Skład orzekający ma oczywiście świadomość, że przedmiotem zamówienia są roboty w systemie „zaprojektuj i wybuduj”, co po stronie wykonawcy stwarza dodatkową trudność w kalkulowaniu prac do wykonania. Nie zmienia to jednak faktu, że profesjonalny wykonawca kalkulując cenę oferty opiera się na znanych mu realnych kosztach wszystkich składowych i etapów składających się na przedmiot zamówienia. Przyjęta w złożonych wyjaśnieniach metoda polegająca głównie na deklaracji, iż możliwe są oszczędności we wskazanych elementach cenotwórczych nie znajduje odniesienia do ceny złożonej oferty.

Analogicznie, w toku postępowania odwoławczego wykonawca przedstawił jako dowody cząstkowe wyceny jednostkowych elementów bez wskazania ich wpływu na cenę oferty. W tym kontekście treść niektórych elementów kalkulacyjnych bez ich odniesienia do ceny ofertowej trudno uznać za przekonujący dowód. Wątpliwość budzi także wskazanie w ramach załączników do wyjaśnień złożonych zamawiającemu, na szczególnie korzystną cenę paliwa, przez które należy rozumieć paliwo napędowe wykorzystywane do środków transportu w sytuacji, gdy dowodem na taką cenę jest przedstawiona oferta cenowa oleju opałowego stanowiącego odmienny produkt. Należy w tym miejscu przypomnieć, że i na tym etapie postępowania zgodnie z art. 190 ust. 1a pkt 1 odwołujący ma udowodnić twierdzenie o zaoferowaniu ceny ofertowej nie będącej rażąco niską.

Biorąc pod uwagę, że jak wcześniej wskazano, niezależnie od stopnia szczegółowości zapytania zamawiającego, wykonawca odpowiada za treść wyjaśnień, w tym ich kompletność mającą na celu przekonanie zamawiającego, ewentualnie w postępowaniu odwoławczym, Krajowej Izby, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. W tym świetle nieuzasadnione jest twierdzenie, że zamawiający ma obowiązek ponawiania wezwania do złożenia dalszych wyjaśnień, jeżeli uznał, że udzielone wyjaśnienia wymagają uzupełnienia np. o szczegółową kalkulację ceny także w sytuacji, kiedy w pierwotnym wezwaniu takie żądanie nie zostało sformułowane.

Reasumując, w rozpatrywanej sprawie Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia przepisów ustawy pzp, a w konsekwencji stwierdzić należy, że czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, była prawidłowa.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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:

.....