

WYROK

z dnia 25 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 kwietnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 kwietnia 2014 r. przez wykonawcę **Tractebel Engineering S.A., ul. Dulęby 5, 40-833 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez **Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Biuro Studiów i Projektów Gazownictwa GAZOPROJEKT S.A., ul. Strzegomska 55a, 53-611 Wrocław** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenia oferty wykonawcy **Biuro Studiów i Projektów Gazownictwa GAZOPROJEKT S.A., ul. Strzegomska 55a, 53-611 Wrocław** oraz ponowne badanie i ocenę ofert.

2. kosztami postępowania obciąża **Biuro Studiów i Projektów Gazownictwa GAZOPROJEKT S.A., ul. Strzegomska 55a, 53-611 Wrocław:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Tractebel Engineering S.A., ul. Dulęby 5, 40-833 Katowice** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od **Biura Studiów i Projektów Gazownictwa GAZOPROJEKT S.A., ul. Strzegomska 55a, 53-611 Wrocław** na rzecz **Tractebel Engineering S.A., ul. Dulęby 5, 40-833 Katowice** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero

groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907 z późn. 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

Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu ograniczonego, pn. „Gazociąg Tworóg - Tworzeń - opracowanie projektu budowlanego i wykonawczego wraz z nadzorem autorskim”, znak sprawy 2P/2013/10/0161/SRK.

W dniu 02 kwietnia 2014 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą została uznana oferta złożona przez Biuro Studiów i Projektów Gazownictwa GAZOPROJEKT S.A., ul. Strzegomska 55a, z Wrocławia. .

Od takiej czynności zamawiającego wykonawca Tractebel Engineering S.A., ul. Dulęby 5, 40-833 Katowice, zwany dalej „odwołującym” w dniu 11 kwietnia 2014 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu niewłaściwe dokonanie:

- a) *czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Biuro Studiów i Projektów Gazownictwa „GAZOPROJEKT” S.A. (dalej „GAZOPROJEKT”) jako najkorzystniejszej oferty,*
- b) *czynności badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę GAZOPROJEKT,*
- c) *zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę GAZOPROJEKT,*
- d) *zaniechania czynności dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.*

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu, aby:

- a) *unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty;*
- b) *dokonał ponownego badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę GAZOPROJEKT;*
- c) *dokonał czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę GAZOPROJEKT z przyczyn wskazanych w niniejszym odwołaniu*

Odwołujący zarzucił zamawiającemu w szczególności naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z naruszeniem art. 90 ust. 3 poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcy GAZOPROJEKT pomimo że wykonawca GAZOPROJEKT nie złożył wyjaśnień, które można by uznać za wyjaśnienia w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy, względnie dokonana ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta wykonawcy GAZOPROJEKT zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W uzasadnieniu podniesionego zarzutu wskazał, że zaofferowana przez wybranego wykonawcę cena ofertowa jest rażąco niska, a ponadto odwołujący w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 21 marca 2014 roku do wyjaśnienia i podania okoliczności, w wyniku których zaofferowana w ofercie cena za wykonanie przedmiotu zamówienia jest ceną realną, a tym samym nie jest ceną rażąco niską, złożył wyjaśnienia które nie wykazywały podstaw faktycznych do zaofferowania takiej ceny.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca GAZOPROJEKT złożył pismo z dnia 24 marca 2014 r, znak pisma SH/OP2516/14/000024, wyjaśniające podstawy takiej kalkulacji ceny oferty, załączając do niego kalkulację ceny (załącznik nr 1 i 2) zastrzeżoną jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Złożone przez Gazoprojekt wyjaśnienia zdaniem odwołującego nie tylko nie wyjaśniały, czy wykonawca ten może rzeczywiście za zaofferowaną kwotę wykonać przedmiot zamówienia, ale potwierdzały wręcz, wobec ogólności złożonych wyjaśnień wystąpienie sytuacji o której mowa w przepisie art. 90 ust.3 ustawy Pzp. Tym samym zamawiający winien był ofertę takiego wykonawcy odrzucić, a nie uznać za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Jako przykład ogólnikowości złożonych wyjaśnień podał między innymi iż odwołujący powołał się na sytuację legislacyjną związaną ze zmianą ustawy o inwestycjach w zakresie terminalu regazyfikacyjnego skroplonego gazu ziemnego w Świnoujściu, bez jakiegokolwiek wyjaśnienia w jaki konkretnie sposób i w jakiej konkretnej wysokości sytuacja ta przekłada się na obniżenie kosztów realizacji zamówienia. Powołana przez wykonawcę GAZOPROJEKT sytuacja legislacyjna jest identyczna dla wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, bowiem każdy z wykonawców realizowałby zamówienie w tym samym stanie prawnym, w szczególności każdy z wykonawców będzie się musiał dostosować do ewentualnej zmiany przepisów i każdy z wykonawców będzie mógł skorzystać z możliwości przewidzianych w ww. ustawie. Ponadto Gazoprojekt powołał się na wieloletnie doświadczenie w branży projektowej, posiadanie systemu ISO, posiadania odpowiednio wykwalifikowanego zespołu ekspertów niezbędnego do wykonania zamówienia itd. Odwołujący odnosząc się do powyższych wyjaśnień stwierdził, że wykonawca ten nie wskazał żadnych okoliczności właściwych tylko jemu jako wykonawcy, takich które mogłyby wpłynąć na obniżenie kosztów wykonania zamówienia. Tym samym stwierdził, że nie tylko zaofferowana cena jest ceną rażąco niską, ale także zamawiający źle ocenił złożone wyjaśnienia, gdyż obiektywnie rzecz biorąc nie wyjaśniają one wątpliwości zamawiającego co do poprawności skalkulowania ceny w ofercie.

Nadto odwołujący zarówno w odwołaniu jak i złożonym na posiedzeniu piśmie procesowym przywołał szereg orzeczeń KIO oraz sądów z których wynika, że wezwany do złożenia wyjaśnień wykonawca winien w składanych wyjaśnieniach wywieść i udowodnić, że wskazane, jemu przynależne konkretne okoliczności przekładają się na obniżenie ceny

ofertowej. W złożonym piśmie procesowym wskazał rozbieżności w cenach ofertowych z których wynikało jego zdaniem, że cena ofertowa wykonawcy Gazoprojekt jest rażąco niska. Ponadto dodał iż podnoszenie dopiero na etapie rozprawy pewnych kwestii które mają uwiarygodnić realność ceny ofertowej należy uznać za spóźnione, gdyż winny one były znaleźć się w złożonych zamawiającemu wyjaśnieniach.

Zakwestionował również prawidłowość stanowiska Gazoprojektu który skalkulował cenę ofertową w oparciu o mającej być uchwaloną tzw. specustawą. Podał iż wykonawca ten niezasadnie przyjmuje, że wejście w życie specustawy znacząco zmniejszy zakres robót niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia. Ponadto wykonawca GAZOPROJEKT wbrew postanowieniom Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego, stanowiącego załącznik do SIWZ w sposób całkowicie nieuprawniony przyjął, że wykonując umowę zamawiający będzie mógł skorzystać z ułatwień przewidzianych przez specustawę już od momentu rozpoczęcia realizacji zamówienia i nie uwzględnił w kalkulacji ceny kosztów związanych z uzyskaniem zgód właścicieli gruntów po których będzie przebiegał gazociąg.

Takie postępowanie wykonawcy GAZOPROJEKT było nieuprawnione nie tylko z tego względu, że nowelizacja specustawy nie jest obowiązującym prawem, a nawet nie została jeszcze uchwalona, lecz również z powodu, że powyższe elementy wchodzą w zakres przedmiotu zamówienia.

Nadto stwierdził, że nawet hipotetyczne objęcie przedmiotowej inwestycji przepisami specustawy i to nawet od momentu rozpoczęcia realizacji zamówienia, to nie wyjaśnia to różnicy pomiędzy ceną oferty wykonawcy Gazoprojekt, a cenami pozostałych ofert i szacunkową wartością zamówienia.

Zamawiający w przesłanej odpowiedzi na odwołanie uznał zarzuty odwołania w całości. Jednakże przystępujący wykonawca Gazoprojekt wniósł od tej czynności zamawiającego sprzeciw.

W trakcie rozprawy zamawiający oświadczył, że postanowił uwzględnić zarzuty odwołania w całości nie dlatego, iż cena zaoferowana przez przystępującego jest ceną rażąco niską, ale dlatego, iż w złożonych wyjaśnieniach przystępujący nie podał ile konkretnie zaoszczędzi na wejściu w życie tzw specustawy, która to okoliczność była istotnym elementem mającym wpływ na kalkulację ceny. Zamawiający w SIWZ zawarł wzmiankę informującą iż jest możliwe wejście w życie w trakcie realizacji zamówienia, tzw specustawy. Był to sygnał dla wykonawców, iż okoliczność ta może mieć wpływ na cenę realizacji zamówienia. Nadto stwierdził, że według jego wiedzy opartej na doświadczeniu, wejście w życie ww. specustawy, skracającej znacząco procedury obejmujące ustalenie przebiegu gazociągu zmniejsza również koszty wykonania zamówień o tym samym przedmiocie co to

postępowanie o około 50- 60%. Stwierdził, że przystępujący nie wskazując ile zaoszczędzi na wejściu w życie specustawy nie złożył wyjaśnień których oczekiwał zamawiający i tym samym po analizie treści odwołania postanowił uznać zarzuty odwołania.

Przystępujący do postępowania oraz zgłaszający sprzeciw, wykonawca Biuro Studiów i Projektów Gazownictwa GAZOPROJEKT S.A., ul. Strzegomska 55a, 53-611 Wrocław, podniósł, że nie zgadza się ze stanowiskiem zamawiającego iż istniała podstawa do uwzględnienia zarzutów odwołania z tego powodu, że nie wykazał on ile zaoszczędzi na wejściu specustawy i czy kwota tej oszczędności urealnia cenę oferty. Podał, że zamawiający nie wnosił w wezwaniu do objęcia wyjaśnieniami tej kwestii. Ponadto niezasadne jest uwzględnienie zarzutu żądania co do podstaw odrzucenia jego oferty w sytuacji, kiedy zamawiający oświadczył, że cena jego oferty w ślad za złożonymi wyjaśnieniami szczegółowymi, stanowiących załączniki 1 i 2 nie jest ceną rażąco niską.

Wskazał, że przedmiotowy przetarg jest częścią dużej inwestycji gazowej przebiegającej od Świnoujścia aż po Woj. Podkarpackie. Na realizację inwestycji zostało rozstrzygniętych szereg przetargów na prace projektowe. Porównywalnym wyznacznikiem kosztów jest cena za wykonanie projektu wraz z nadzorem odpowiadająca 1km gazociągu. Jako przykład podał, iż dla odcinka gazociągu Czeszów – Kielczów koszt 1 km projektu wynosił 51 tys., na innym odcinku, przebiegającym przez Lwówek 44 tys. za 1km. Natomiast na realizację tego zamówienia przystępujący założył koszt wykonania wynoszący 59 tys. zł za 1km co wskazuje, iż nie jest to cena niska, a należy ją raczej zapisać do cen wysokich.

Stwierdził również, że jeśli odwołujący chciał znać sposób kalkulacji ceny oferty przystępującego to winien był wystąpić do zamawiającego o ujawnienie treści załączników. Odwołujący tego nie uczynił chyba celowo, gdyż lepiej mu kwestionować cenę oferty przystępującego podając ogólnikowe zastrzeżenia niż kwestionować prawidłowość wskazanych konkretnych wyliczeń. Stwierdził, że wiadomym było, iż realizacja tego zamówienia będzie odbywała się w sytuacji obowiązywania specustawy. Dlatego też dokonana przez niego kalkulacja jest prawidłowa, gdyż rolą wykonawcy jest nie tylko prawidłowe skalkulowanie ceny, ale również przewidywanie i właściwe przyjęcie realiów w których będzie ona wykonywana.

Stwierdził, że za kwotę, która zaoferował, biorąc pod uwagę stan prawny w którym będzie wykonywane przedmiotowe zamówienie, jest w stanie wykonać to zamówienie. Natomiast odnosząc się do wysokości ceny ofert innych wykonawców, które będą realizowane pod rządami spec ustawy, stwierdził, że zaoferowane ceny zawierają nieuzasadnione ponad 100% zyski, co narusza zasady racjonalnego wydatkowania środków publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i przystępującego zgłaszającego sprzeciw, zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, że odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż uwzględnienie odwołania umożliwiłoby mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, gdyż jego oferta byłaby najkorzystniejszą w postępowaniu biorąc pod uwagę cenę oferty.

Również przystępujący zgłaszając przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego wykazał interes, gdyż jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a po uwzględnieniu zarzutów odwołania wniósł sprzeciw broniąc zasadności pierwotnej czynności zamawiającego dot. wyboru najkorzystniejszej oferty.

Izba ustaliła poniższy stan faktyczny, będący podstawą orzekania.

Zamówienie prowadzone jest w ramach przetargu nieograniczonego, dwuetapowego.

Jak wynika z protokołu postępowania zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 9.545.000,00 zł. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, określając ją na 11.740.350,00 zł brutto, co stanowi szacunkową wartość zamówienia powiększoną o podatek VAT w wysokości 23%.

W postępowaniu złożonych zostało 5 ofert z następującymi cenami:

Lp.	Wykonawca	Cena oferty
1	wykonawca GAZOPROJEKT /wybrany/	4.091.472,00 zł
2	Odwołujący	9.470.866,18 zł
3	ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o.	11.679.317,40 zł
4	Biuro Projektów „NAFTA-GAZ” Sp. z o.o.	11.717.537,19 zł
5	Konsorcjum firm: MGGP PROJEKT Sp. z o.o.,	12.115.500,00 zł

Zamawiający w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę Gazoprojekt do złożenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących przyczyn zaofertowania ceny ofertowej w takiej ww. wysokości i wykazania że cena ta nie jest rażąco niska. Wykonawca udzieloną odpowiedź podzielił na dwie części - jedną, opisową jawną oraz drugą, stanowiącą wyliczenia rodzajowe kosztów, którą zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Cena ofertowa została zgodnie z rozdziałem XIV pkt 6 SIWZ ustalona jako cena ryczałtowa, a więc niezmienna w trakcie trwania umowy.

Zamawiający w pkt 2 B Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ) wskazał akty prawne w oparciu o które ma być realizowane wykonanie dokumentacji projektowej. Nadto w pkt 1 A a) OPZ podał, że „ *W przypadku nowelizacji ustawy o inwestycjach w zakresie terminalu regazyfikacyjnego skroplonego gazu ziemnego w Świnoujściu z dnia 24 kwietnia 2009 r. (Dz.U. 84, poz. 700 z późniejszymi zmianami), zwanej dalej zamiennie „Specustawą”, powodującej objęcie Inwestycji jej zapisami, Wykonawca jest zobowiązany do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z postanowieniami opisanej ustawy, w tym zaktualizowania dotychczas wykonanych prac, o ile postanowienia Specustawy nie będą stanowiły inaczej. W przypadku nie objęcia nowelizacją Specustawy Inwestycji w zakresie powyższego gazociągu do dnia odbioru przedmiotu zamówienia, należy go zaprojektować zgodnie z Ustawą Prawo Budowlane oraz przepisami odrębnymi,(przyp. wskazanymi w ww. pkt B 2 OPZ).*

Poza sporem jest fakt, jak to na rozprawie oświadczył przystępujący, że dokonał on kalkulacji ceny ofertowej tak jakby realizacja przedmiotu zamówienia była wykonywana w reżimie obowiązywania specustawy. Natomiast zdaniem odwołującego, zamawiający w SIWZ wymagał od wykonawców, aby złożoną ofertę oparli na przepisach obowiązujących w chwili jej sporządzania.

Niewątpliwym jest, że wejście w życie tzw. specustawy zmniejszy zakres obowiązków wykonawcy związanych z projektowaniem gazociągu, gdyż zgodnie z założeniami upraszcza ona procedury administracyjne, powoduje przyśpieszenie realizacji inwestycji o około 70 %. Następuje to dzięki natychmiastowej wykonalności decyzji administracyjnych, skróceniu terminów ich zaskarżania oraz okresów pozyskiwania gruntów, brakowi konieczności wprowadzania gazociągów do planów zagospodarowania przestrzennego, itp. Wszystko to powoduje, że koszt wykonania zamówień podobnych do tego postępowania zmniejsza się od 50 - 60%, co również było bezsporne pomiędzy stronami i przystępującym.

Biorąc pod rozwagę powyższe, w większości niesporne pomiędzy stronami fakty i ustalenia i odnosząc je do cen zaofertowanych przez wykonawców wskazać należy, że cena oferty Gazopromu, niższa o ponad połowę, w stosunku do cen ofert innych wykonawców wydaje się mieścić w różnicy w kosztów wykonania zamówienia przy obowiązywaniu

specustawy i pod jej reżimem. Tym samym może okazać się za kilka miesięcy, gdy zapowiedź wprowadzenia spec ustawy w proponowanym kształcie stanie się faktem, że cena ofertowa oferty przystępującego była prawidłowa i tym samym najkorzystniejsza dla zamawiającego.

Jednakże Izba nie może dokonywać oceny podniesionych zarzutów przez pryzmat nieobowiązujących przepisów ustawy, nawet takich których wejście w życie jest bardzo prawdopodobne.

Izba dokonując oceny wysokości zaoferowanej ceny przez wykonawcę Gazoprojekt stwierdza, że za zaoferowaną cenę nie jest możliwe wykonanie zamówienia, stosując przepisy które wskazał zamawiający w pkt 2 B Opisu Przedmiotu Zamówienia, w oparciu o które według założenia ma być realizowane wykonanie dokumentacji projektowej. Kwestia ta wobec oświadczenia przystępującego, że dokonał ustalenia ceny ofertowej tak jakby specustawa obowiązywała nie wymagała prowadzenia postępowania dowodowego w tej sprawie.

Zaoferowanie przez przystępującego ceny ofertowej było efektem świadomego działania wykonawcy, ale to działanie Izba ocenia jako błędne, gdyż nie można zakładać możliwości wykonania zamówienia opierając kalkulację na przepisach jeszcze nie uchwalonych, a tym samym nie obowiązujących. Izba nie ma wątpliwości, że nie wejście w życie przepisów specustawy skutkowało by niewykonaniem za wskazaną w ofercie cenę przedmiotowego zamówienia, gdyż przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne.

Odniesienia Izby wymaga również stanowisko w tej sprawie zamawiającego, który na rozprawie stwierdził, że według niego cena za wykonanie tego zamówienia, zaoferowana przez Gazoprojekt nie jest rażąco niską. Jednocześnie w odpowiedzi na odwołanie uwzględnił zarzuty odwołania i zgodził się tym samym na odrzucenie oferty tego wykonawcy z powodu - jak podał - że w złożonych mu wyjaśnieniach wykonawca Gazoprojekt nie przedstawił wyliczeń kwoty, obniżki kosztów spowodowanych oparciem kalkulacji o projektowane przepisy specustawy. Takie podejście zdaniem Izby nie ma odniesienia do przepisów ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający odrzuca również ofertę jeżeli wykonawca nie złoży wyjaśnień w wyznaczonym terminie albo jeżeli dokonana ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp). Procedura określona w art. 90 ustawy Pzp ma charakter wyjaśniający, a nie dowodowy.- wyrok SO w Poznaniu z 12.06.2008 sygn X Ga 127/08

Podstawy do odrzucenia oferty zostały wymienione w art. 89 ust.1 i stanowią one zamknięty katalog. Zwrócić należy uwagę na fakt, że zamawiający który ma uwagi co do prawidłowości kalkulacji ceny oferty, ze względu na jej wysokość ma obowiązek wystąpić do tegoż wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy który, po pierwsze, nie złożył wyjaśnień, lub po drugie, jeżeli złożone wyjaśnienia w ocenie zamawiającego potwierdzą, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Tak więc podstawą odrzucenia oferty może być tylko rażąco niska cena. Natomiast przesłanka niezłożenia wyjaśnień, czy też złożenia niewystarczających wyjaśnień prowadzi do odrzucenia oferty nie z powodu /fizycznego/ ich braku czy też niewłaściwej treści, ale z powodu, że w odpowiedzi na wezwanie wykonawca nie przekonał zamawiającego zarówno poprzez same wyjaśnienia jak i załączone dowody, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. Tym zasadność takiego stanowiska zamawiającego wydaje się być prawnie wątpliwe.

Izba odnosząc się do treści złożonych wyjaśnień stwierdza, że faktycznie zawierają one zbyt dużo uogólnień, mogących być właściwymi dla każdego wykonawcy. Również przedstawionemu zestawieniu kosztów trudno nadać przymiot szczegółowości. Zdaniem Izby przedstawiają one raczej rodzajowy spis kosztów, niż podanie szczegółowych wyliczeń obrazujących wycenę niezbędnych robót.

Jednakże zauważyć należy, że zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą, zarówno sądów jak i KIO, zamawiający może oczekiwać od wykonawcy szczegółowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, których szczegółowość zależna jest od szczegółowości pytań zamawiającego. W tym zakresie należy wskazać na wyrok ETS z dnia 29 marca 2012 r. wyrok (sygn. akt. C-599/10) gdzie Trybunał stwierdził, że zamawiający powinien w sposób jasny sformułować żądanie skierowane do wykonawców, celem umożliwienia im uzasadnienia w sposób kompletny i użyteczny poważnego charakteru ich oferty, oraz na wyrok SO w Olsztynie V Ga 122-10, gdzie sąd stwierdził, że *„Pytanie do wykonawcy powinno, więc wskazywać elementy oferty, które podczas badania oferty wzbudziły wątpliwości i co do których zamawiający oczekuje wyjaśnień”*. Przenosząc to na grunt przedmiotowego postępowania stwierdzić należy, że zamawiający wnosił o podanie szczegółowych wyliczeń, nie określając w żaden sposób na czym ta szczegółowość miałaby polegać. Tym samym brak jest podstaw do stwierdzenia iż złożone wyjaśnienia nie odpowiadają żądaniom zamawiającego w tym zakresie.

Wskazać również należy iż stanowisko zamawiającego jakoby zamawiający miał tylko możliwość jednokrotnego wezwania do wyjaśnień ceny ofertowej nie znajduje uzasadnienia zarówno w przepisach art. 90 ust. 1-3 jak i orzecznictwie. Wskazać należy, że możliwość kilkukrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, została potwierdzona w orzecznictwie Izby(patrz: wyrok KIO sygn. akt KIO 592/13 z dnia 28

marca 2013 r.), w którym zwraca się uwagę, na dyspozycję art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, który to przepis nie limituje ilości wezwań zamawiającego do udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Tym samym zamawiający, skoro ma dalsze wątpliwości co do złożonych wyjaśnień może żądać od wykonawcy kolejnych wyjaśnień co do okoliczności uzasadniających zaoferowaną przez wykonawcę cenę, w szczególności w przypadku gdy treść pierwszego wezwania do złożenia wyjaśnień nie określała zakresu oczekiwanych informacji lub też, gdy wątpliwości pojawiły się na tle złożonych wyjaśnień. Jednakże prowadzona procedura wyjaśnień nie może usprawiedliwiać uchylaniu się przez wykonawcę od złożenia rzetelnych wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Brak rzetelności w składanych wyjaśnieniach nie może uzasadniać kolejnych wezwań kierowanych do wykonawcy.

Ponadto Izba za zasadne uznaje odniesienie do sytuacji powstałej w postępowaniu spowodowanej działaniami zamawiającego, które zdaniem Izby stwarzają podstawy od unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp.

Zamawiający wszczynając to postępowanie z góry założył, że może być ono prowadzone w dwóch różnych reżimach prawnych mających wpływ na zakres przedmiotu zamówienia. Wynika to jak wyżej wskazano z postanowień pkt B 2 oraz A 1 a) OPZ zakładając, że wykonawcy przygotowują ofertę wg przepisów wskazanych w pkt B.2, a jeśli wejdzie w życie tzw specustawa, to zamówienie winno być realizowane wg przepisów w niej wskazanych. Nie powielając opisanych powyżej ułatwień przy realizacji zamówienia, jakie niesie ze sobą specustawa, bezspornym jest, że żaden z wykonawców nie mógł prawidłowo skalkulować /w sposób kombinowany przepisy dotychczasowe i specustawa/ ceny ofertowej, gdyż dotychczas nie jest wiadomo kiedy i w jakim kształcie specustawa wejdzie w życie, a więc wykonawcy nie posiadali wiedzy od jakiego etapu realizacji zamówienia nastąpi zmiana przepisów prawa. Wszystko to spowodowało sytuację, że czterej wykonawcy skalkulowali cenę ofertową wg przepisów prawa budowlanego - bez specustawy, a jeden Gazo projekt wg. przewidywanych przepisów specustawy. Sposób kalkulacji ceny ma widoczne przełożenie na ceny ofertowe gdzie cena oferty Gazoprojektu wynosi 4 091 472,00 zł przy średniej cenie pozostałych ofert 11 245 805,00 zł a więc są one wyższe średnio o ponad 7 milionów złotych. To sam zamawiający doprowadził do sytuacji, że ceny ofertowe albo były przeszacowane - jeśli wejdzie w życie specustawa lub niedoszacowane w przypadku oferty przystępującego, zakładającego realizację całości zamówienia wg specustawy. Tym samym zamawiający winien rozważyć czy realizowanie tego zamówienia w ww. stanie faktycznym nie będzie stanowiło naruszenia przepisu art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009r. o finansach publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013r. poz, 885 z późn. zm.), zgodnie z którym wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy, oszczędny z

zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu zarzązonych celów.

Biorąc pod uwagę informację przystępującego, że specustawa została przyjęta przez Sejm i obecnie zostanie skierowana do Senatu i podpisu do Prezydenta, wydaje się logicznym przyjęcie założenia, że przedmiotowe zamówienie może być realizowane w ramach specustawy. Tym samym jednoznaczne opisanie przedmiotu zamówienia winno umożliwić wykonawcom złożenie porównywalnych ofert.

Wobec powyższego zamawiający winien rozważyć - Izba nie może orzekać co do kwestii nie objętej zarzutami /art. 192 ust 7 ustawy Pzp/ czy w aktualnym stanie faktycznym, tak przygotowane postępowanie nie jest obciążone wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględni odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów, miało miejsce w niniejszym postępowaniu.

Izba postanowiła jak w sentencji, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust. 2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt. 1a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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