

WYROK
z dnia 26 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 15 listopada 2010 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Schuessler – Plan Inżynierzy Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 00-132 Warszawa, ul. Grzybowska 12/14 (lider konsorcjum); Ingenieurbüro Dipl.-Ing. H. Vössing GmbH z siedzibą w Düsseldorf, Brunnenstrasse 29-31, 40223 Düsseldorf, Niemcy; Voessing Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, 61-888 Poznań, ul. Składowa 5 (adres do korespondencji: Schuessler – Plan Inżynierzy Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 00-132 Warszawa, ul. Grzybowska 12/14) w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku, 80-354 Gdańsk, ul. Subisława 5,****

przy udziale wykonawcy **Lafrentz Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Zbąszyńska 29, 60-359 Poznań** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Schuessler – Plan Inżynierzy Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 00-132 Warszawa, ul. Grzybowska 12/14 (lider konsorcjum); Ingenieurbüro Dipl.-Ing. H. Vössing GmbH z siedzibą w Düsseldorf, Brunnenstrasse 29-31, 40223 Düsseldorf, Niemcy; Voessing Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, 61-888 Poznań, ul. Składowa 5 (adres do korespondencji: Schuessler – Plan Inżynierzy Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 00-132 Warszawa, ul. Grzybowska 12/14) i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Schuessler – Plan Inżynierzy Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 00-132 Warszawa, ul. Grzybowska 12/14 (lider konsorcjum); Ingenieurbüro Dipl.-Ing. H. Vössing GmbH z siedzibą w Düsseldorf, Brunnenstrasse 29-31, 40223 Düsseldorf, Niemcy; Voessing Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, 61-888 Poznań, ul. Składowa 5 (adres do korespondencji: Schuessler – Plan Inżynierzy Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 00-132 Warszawa, ul. Grzybowska 12/14) tytułem wpisu od odwołania.**

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

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e n i e

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęła, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na usługę pn.: „Koncepcja programowa, projekt budowlany, projekt wykonawczy wraz z materiałami przetargowymi dla zadania: „Budowa obwodnicy Kościerzyny w ciągu drogi krajowej nr 20 Stargard Szczeciński - Gdynia”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 11 sierpnia 2010 r., nr 2010/S 154-238278.

Pismem z dnia 5 listopada 2010 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) Zamawiający poinformował wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia: Schuessler – Plan Inżynierzy Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (lider konsorcjum); Ingenieurbüro Dipl.-Ing. H. Vössing GmbH z siedzibą w Düsseldorf, Niemcy; Voessing Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, zwanych dalej „Odwołującym”, o wyborze oferty wykonawcy Lafrentz – Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, zwanego dalej „Lafrentz – Polska”, jako najkorzystniejszej. Pismem tym poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, podnosząc iż „w przypadku wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia”, a Odwołujący obowiązku tego nie wypełnił.

W dniu 15 listopada 2010 r. (pismem z tej samej daty) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 15 listopada 2010 r.) wobec czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego jako oferty zawierającej rażąco niską cenę i wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Lafrentz – Polska, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie przez Zamawiającego, iż skierowanie do wykonawcy wezwania do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na cenę przerzuca na wykonawcę obowiązek wykazania, że jego cena nie jest rażąco niska, a w konsekwencji uznanie przez Zamawiającego, że nie udowodnienie przez Odwołującego, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny stanowi samodzielną podstawę do odrzucenia jego oferty,

2)art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez błędną ocenę wyjaśnień złożonych przez Odwołującego i uznanie, że wyjaśnienia te nie są wystarczające,

3)art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, iż cena zaoferowana przez Odwołującego jest ceną rażąco niską,

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

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1)nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty wykonawcy Lafrentz – Polska jako najkorzystniejszej,

2)nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego,

3)nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a następnie wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący polemizował z podstawą odrzucenia jego oferty, podnosząc iż sankcja odrzucenia występuje wyłącznie w przypadku oferty, która zawiera rażąco niską cenę, a nie w sytuacji, gdy stopień szczegółowości złożonych wyjaśnień w ocenie Zamawiającego nie jest wystarczający do oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny. Jediną podstawą do odrzucenia oferty Odwołującego może być stwierdzenie (wykazanie) przez Zamawiającego, iż oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zaoferowana cena jest ceną realną i rynkową, a rzekome niespójności cen przedstawionych w tabeli opracowań są jedynie pozorne, na dowód czego szczegółowo podał w odwołaniu skalkulowane przez niego wyceny. Zakwestionował także zasadność wezwania go do złożenia stosownych wyjaśnień.

Pismem z dnia 16 listopada 2010 r. Zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe pismo wykonawca Lafrentz – Polska otrzymał w tej samej dacie).

W dniu 19 listopada 2010 r. za pomocą faksu (pismem z dnia 18 listopada 2010 r.) wykonawca Lafrentz – Polska przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż Zamawiający, pismem z dnia 8 października 2010 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, podnosząc iż zaoferowana przez Odwołującego cena brutto stanowi jedynie około 25,65% wartości oszacowanej przez Zamawiającego oraz jest o około 890.000,00 zł niższa od średniej wartości zaproponowanej przez wszystkich wykonawców w przedmiotowym postępowaniu. Jednocześnie wskazał, iż poddaje w wątpliwość możliwość wykonania za zaoferowaną przez Odwołującego cenę wskazanych elementów zamówienia, tj. „aktualizacja mapy do celów projektowych, opracowanie Raportu o oddziaływaniu na środowisko (...), opracowanie operatów wodno-prawnych, opracowanie projektu budowlanego, opracowanie projektu wykonawczego, opracowanie studium wykonalności wraz z wnioskiem”.

Odwołujący, w odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 14 października 2010 r. udzielił wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, wskazując na:

1. kalkulację wyceny (poz. 1-13) w oparciu w „własną kalkulację” oraz oferty stale współpracujących podwykonawców,
2. posiadanie Biura Regionalnego w Gdańsku,
3. posiadanie swoich zasobów personalnych w branżach drogowej, mostowej, konstrukcyjnej, elektrycznej, wodno-kanalizacyjnej, bez konieczności podzlecania,
4. posiadanie ambitnego i sprawnego zespołu asystentów,
5. posiadanie własnego sprzętu do edycji programu.

Zamawiając, działając na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp odrzucił ofertę Odwołującego, wskazując iż jego wyjaśnień nie może uznać za wystarczające, gdyż Odwołujący w żaden sposób nie uprawdopodobnił, że niska kalkulacja realizacji przedmiotu zamówienia wynika z obiektywnych czynników, nie wskazując wręcz żadnych okoliczności, które mogłyby zostać merytorycznie ocenione.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Art. 90 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy (...) jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Z powyższego należy

wywieść, iż to wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny powinien wykazać co spowodowało obniżenie ceny oraz w jakim stopniu wskazane przez niego elementy ceny wpłynęły na jej obniżenie, jak również przedstawić dowody na potwierdzenie zaistnienia podnoszonych okoliczności. Udzielone wyjaśnienia mają bowiem potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana. Nie jest bowiem wystarczającym złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, ale wyjaśnień odpowiednio umotywowanych i przekonujących, iż zaproponowana cena nie jest ceną rażąco niska. A ponieważ składa je podmiot zainteresowany w sprawie to same wyjaśnienia, o ile nie są szczegółowe, a wręcz ogólnikowe i lakoniczne nie mogą być obiektywne. To na wykonawcy spoczywa bowiem obowiązek udowodnienia prawdziwości swoich twierdzeń. Tymczasem Odwołujący, w piśmie z dnia 14 października 2010 r., udzielił ogólnikowych wyjaśnień, o czym świadczy szereg okoliczności. I tak Odwołujący w poz. 7, 8, 9 i 10 wyjaśnień powołał się na własną kalkulację („nasza kalkulacja”), nie podając sposobu jej dokonania.

Jako podstawę zastosowanych cen w poz. 1, 2 3, 4, 5, 6 wyjaśnień wskazał ceny zaproponowane przez podwykonawców, jednakże dla uprawdopodobnienia swych twierdzeń, do złożonych wyjaśnień nie załączył ofert tych podmiotów (podwykonawców) – które jak konsekwentnie wskazywał - stale z nim współpracują.

Podnosił także, iż dysponuje zasobami personalnymi w branżach drogowej, mostowej, konstrukcyjnej, elektrycznej i wodno-kanalizacyjnej. Niemniej jednak takimi zasobami personalnymi dysponuje każdy z wykonawców ubiegający się o udzielnie zamówienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania. Wykonawca aby móc spełnić warunki udziału w niniejszym postępowaniu, a tym samym móc ubiegać się o przedmiotowe zamówienie musiał bowiem dysponować doświadczonym zespołem projektantów, w tym projektantem w branży drogowej i mostowej

Okoliczność wpływającą na wysokość zaoferowanej ceny miał stanowić także znajdujący się w Gdańsku Oddział Biura Odwołującego, będący jego zapleczem organizacyjnym, technicznym i logistycznym. Powyższa okoliczność nie może jednak stanowić podstawy do stwierdzenia, iż w niniejszym stania faktycznym nie mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Izba w tym zakresie w pełni podziela stanowisko SO we Wrocławiu wyrażone w wyroku z dnia 8 listopada 2007 r. w sprawie o sygn. akt Ga 294/06, w którym stwierdzono, iż „posiadanie (...) dobrze prosperującego biura, dysponowania szerokopasmową siecią teleinformatyczną z wykorzystaniem zaawansowanych narzędzi informatycznych, dysponowanie zapleczem techniczno – organizacyjno - logistycznym, dysponowanie kadrą wykwalifikowanych pracowników etatowych oraz doświadczenie związane z bieżącym wykonywaniem kontraktów podobnych nie stanowią obiektywnych czynników, które mogły mieć istotny wpływ na obniżenie wysokości ceny oferty. Czynniki te

powinny być bowiem uwzględnione w ofercie każdego wykonawcy, gdyż tego rodzaju przedsięwzięcia nie mogą być realizowane bez dysponowania odpowiednim zapleczem techniczno-organizacyjnym i logistycznym, siecią informatyczną, wykwalifikowanymi pracownikami i doświadczeniem w realizowaniu podobnych kontraktów”. Oznacza to więc, iż wykonawca składający wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny ma obowiązek wskazania obiektywnych czynników, czy też elementów mających wpływ na zaoferowaną cenę, ale i dowodów na potwierdzenie tych okoliczności. Zamawiający natomiast ma obowiązek dokonania obiektywnej oceny złożonych przez niego wyjaśnień, biorąc pod uwagę wszystkie wskazane w nich okoliczności.

Takimi obiektywnymi czynnikami, podlegającymi ocenie Zamawiającego – w myśl art. 90 ust. 2 ustawy Pzp - w szczególności mogą być „oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów”. Okoliczności takich Odwołujący nie przedstawił, a wskazane przez niego jako czynniki obiektywne w istocie takimi okolicznościami nie są.

Tak więc same wyjaśnienia, zawierające tak niekonkretne i ogólnikowe stwierdzenia, jakich niewątpliwie Odwołujący użył w złożonych wyjaśnieniach, można uznać za niezłożone (stanowisko takie zawarł SO w Częstochowie w wyroku z dnia 12 sierpnia 2005 r., sygn. akt VI Ca 464/05), gdyż to na wykonawcy spoczywa obowiązek złożenia wyczerpujących wyjaśnień, które pozwoliłyby Zamawiającemu na ocenę, czy przedmiotowa cena nie jest ceną rażąco niską. Samo zestawienie w wyjaśnieniu cen poszczególnych elementów, które złożyły się na ogólną cenę oferty, nie pozwala na dokonanie prawidłowej oceny tego, czy zawiera rażąco niską cenę.

Bezspornym jest, iż cena zaoferowana przez Odwołującego znacząco odbiega od szacunkowej wartości zamówienia. Zamawiający wartość przedmiotowego zamówienia oszacował bowiem na kwotę 7.396.466,33 zł netto (druk ZP-1). Natomiast Odwołujący za realizację przedmiotu zamówienia zaoferował kwotę netto w wysokości 1.265.000,00 zł oraz kwotę brutto w wysokości 1.543.300,00 zł. Niemniej jednak cena znacząco odbiegająca od szacunkowej wartości zamówienia, czy nawet cen innych wykonawców nie musi być ceną rażąco niską o ile wezwany do wyjaśnień wykonawca jest w stanie udowodnić prawdziwość podanych w ofercie elementów cenotwórczych, a takich wyczerpujących informacji Odwołujący nie przedstawił. Sam Odwołujący przyznał, że udzielając wyjaśnień (pismem z dnia 14 października 2010 r.) za wystarczające uznał podanie kwot składających się na poszczególne elementy ceny. Nie wiedział także jakie sankcje wiążą się z nieudzieleniem stosownych wyjaśnień, jak również wyjaśnień, z treści których nie wynika, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

W niniejszym stanie faktycznym ocena wyjaśnień złożonych przez Odwołującego rzeczywiście prowadzi do uznania, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Istotnie w niniejszym postępowaniu ceny zaproponowane przez kilku z wykonawców w sposób drastyczny odbiegały od szacowanej wartości zamówienia i wykonawcy ci, w tym i Odwołujący, zostali wezwani do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a Odwołujący, jak już wyżej wskazano, nie wykazał okoliczności na brak zaistnienia rażąco niskiej ceny. Szczegółowe informacje, kalkulacje i wyjaśnienia przedstawił dopiero na etapie odwołania. Niemniej jednak, jak to słusznie podniósł Zamawiający, powinny one znaleźć się na wcześniejszym etapie postępowania, a więc powinny być zawarte w treści złożonych wyjaśnień.

Nadto należy stwierdzić, iż Odwołujący nie kwestionował czynności wezwania go do złożenia wyjaśnień na okoliczność rażąco niskiej ceny, nie wnosząc na tę czynność środka odwoławczego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....