

Sygn. akt: KIO/KU 3/17

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 27 stycznia 2017 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 30 grudnia 2016 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74 03-734 Warszawa

dotyczących informacji o wyniku kontroli uprzedniej z 23 grudnia 2016 r. w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „realizację robót budowlanych w ramach Przetargu nr 1 – Modernizacja odcinka Jaworzno Szczakowa-Trzebinia (km 1,150-0,000 linii nr 134, km 15,810-29,110 linii nr 133)”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Marzena Ordysińska
Katarzyna Prowadzisz

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. do informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych od 23 września do 23 grudnia 2016 r. prowadził kontrolę udzielonego przez zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. zamówienia publicznego na „realizację robót budowlanych w ramach Przetargu nr 1 – Modernizacja odcinka Jaworzno Szczakowa-Trzebinia (km 1,150-0,000 linii nr 134, km 15,810-29,110 linii nr 133)”, ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 26 września 2015 r. pod numerem 2015/S 187-337870.

W informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezes UZP wskazał, iż pismem z 18 października 2016 r. zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwał do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny m.in. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TORPOL S.A. i BUDIMEX S.A. (dalej zwanych też „Konsorcjum TORPOL”). W piśmie tym zamawiający wskazał, iż „przedstawione przez wykonawcę wyjaśnienia muszą być merytoryczne, a wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał niezbędny do oceny, które czynniki spowodowały możliwość obniżenia ceny oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena została obniżona. Tym samym to na wykonawcy ciąży obowiązek przekazania właściwych merytorycznie informacji i dowodów, które mają lub mogą mieć wpływ na wysokość skalkulowanej ceny całkowitej oferty.”

W odpowiedzi na powyższe, pismem z 24 października 2016 r. Konsorcjum TORPOL wyjaśniło, iż głównymi czynnikami wpływającymi na cenę oferty są:

1. posiadany przez wykonawcę park maszynowy w liczbie obejmującej ponad dwieście pojazdów, które będą użyte do realizacji zamówienia,
2. zaplecze budowy będzie mieściło się w posiadanych przez wykonawcę przenośnym zapleczu administracyjno-biurowym wyposażonym we wszystkie media,
3. zatrudniona na umowę o pracę kadra pracownicza,
4. w zakresie zaproponowanej ceny dla obiektów inżynierskich, robót drogowych i kubaturowych, wykonawca wskazuje, że zawiera ona wszystkie wymagania zamawiającego, proponowana technologia i organizacja prac budowlanych została zoptymalizowana przez zespół uprawnionych projektantów z tej dziedziny, którzy są na stałe zatrudnieni przez wykonawcę,
5. w zakresie zaproponowanej ceny dla wykonania robót w branży Sterowania Ruchem Kolejowym należy zauważyć, że podstawowe materiały wpływające na koszt wykonania robót w tej branży są dostawą zamawiającego; wykonawca w odróżnieniu od innych oferentów dysponuje własnymi zasobami zdolnymi wykonać prace montażowe,
6. w zakresie zaproponowanej ceny robót elektroenergetycznych i sieci trakcyjnej wykonawca może je wykonać siłami własnymi,
7. wykonawca jest licencjonowanym przewoźnikiem kolejowym i samochodowym, planuje przewieźć materiały nawierzchniowe oraz kruszywa własnym transportem,
8. wykonawca wykonywał już kilkadziesiąt kontraktów o takim samym charakterze,
9. wykonawca dokonał szczegółowego rozeznania modernizowanej linii,
10. wykonawca w swoim parku maszynowym dysponuje szeregiem własnych specjalistycznych maszyn do wykonania robót torowych i sieciowych.

Reasumując, na zaoferowaną przez Konsorcjum cenę wpływ miały następujące obiektywne okoliczności (uwarunkowania): 1. wieloletnie doświadczenie zawodowe wykonawcy; 2. odpowiednie zaplecze kadrowe; 3. własne zaplecze techniczne; 4. rabaty cenowe – wykonawca jako wiarygodny i duży odbiorca działający na rynku budownictwa od kilku lat posiada wynegocjowane wysokie rabaty (pozostające na niezmiennym poziomie) zarówno na materiały, jak i urządzenia niezbędne dla realizacji niniejszego zamówienia.

Prezes UZP wskazał, że wykonawca nie dołączył do wyjaśnień dowodów dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny, wymaganych w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższymi wyjaśnieniami, pismem z 27 października 2016 r., zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwrócił się do ww. wykonawcy o „uzupełnienie i uszczegółowienie tych wyjaśnień w zakresie wymaganych do realizacji zagadnień rzeczowych wymienionych w Opisie Przedmiotu Zamówienia, co do których wykonawca nie ustosunkował się w swoich wyjaśnieniach lub ustosunkował się w sposób ogólny, enigmatyczny. W wyniku przeprowadzonej oceny udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień zamawiający stwierdził, iż wykonawca składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny złożonej w ofercie nie wykazał, jakie czynniki spowodowały możliwość obniżenia ceny oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena została obniżona, jak również nie przedstawił dowodów na potwierdzenie swojego stanowiska.”

W odpowiedzi, pismem z 28 października 2016 r., Konsorcjum TORPOL – w ocenie Prezesa UZP – złożyło stosowne wyjaśnienia poparte dowodami.

Powyższą sytuację Prezes UZP ocenił następująco: stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jednakże ewentualna decyzja w tej kwestii musi zostać poprzedzona wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym przepisem, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia

ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę; pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Jednocześnie, zgodnie z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, zaś zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający zatem, zgodnie z brzmieniem art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, oceniając wyjaśnienia wezwanego wykonawcy, bierze pod uwagę obiektywne czynniki. Dokonana przez zamawiającego zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych ocena złożonych wyjaśnień jest podstawą do stwierdzenia, czy oferta rzeczywiście zawiera rażąco niską cenę. Jednocześnie, w przypadku art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie chodzi o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, a tylko takich, które w sposób niebudzący wątpliwości pozwalają na ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Wyjaśnienia muszą wyczerpująco wskazywać wszelkie czynniki mające wpływ na cenę, tak, by potwierdziły prawidłowość w obliczeniu zaoferowanej ceny.

Treść wezwania z 18 października 2016 r. opierała się na art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oznacza to, iż wykonawca miał obowiązek złożyć wyjaśnienia oraz załączyć dowody dotyczące elementów ceny mających wpływ na jej wysokość w terminie wskazanym w ww. piśmie. Przedstawione przez ww. wykonawcę wyjaśnienia zawierały ogólne informacje dotyczące doświadczenia, zaplecza kadrowego i technicznego oraz rabatów, które wykonawca posiada jako podmiot od wielu lat działający na rynku (bez wskazania jednak informacji szczegółowych, takich jak np. wyliczenia w zakresie oszczędności wynikających z uzyskanych rabatów), jak też nie wskazywały, w jaki sposób ww. okoliczności wpłynęły na cenę oferowaną w ramach przedmiotowego postępowania. Dodatkowo ww. wykonawca nie załączył dowodów potwierdzających ww. informacje, jak również z treści przedłożonych wyjaśnień nie sposób wywieść istnienia takich dowodów.

Zgodnie z wyrokiem KIO z 9 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 1049/14 „w myśl art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W dyspozycji tegoż przepisu znajduje się również sytuacja, kiedy wykonawca złożył wyjaśnienia, ale wyjaśnienia te nie potwierdzają, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Zważyć należy, iż nie chodzi tu bowiem o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich wyjaśnień, które w sposób nie budzący wątpliwości pozwalają na ocenę oferty pod względem zaoferowania rażąco niskiej ceny. Wskazówką dla wykonawcy składającego wyjaśnienia winien być przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, w którym jest mowa

nie tylko o złożonych wyjaśnieniach, ale również o dowodach na ich potwierdzenie. Oczywistym jest zatem, że przedstawione wyjaśnienia winny być nie tylko konkretne i przekonywujące, ale również poparte stosownymi dowodami.” Możliwość żądania przez zamawiającego doprecyzowania lub szerszych informacji w zakresie przekazanych przez wykonawcę wyjaśnień znajduje zastosowanie jedynie w przypadku szczegółowego i konkretnego udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień. Natomiast, jak wskazuje się w orzecznictwie, zamawiający nie może wzywać wykonawcy do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń przedstawionych w wyjaśnieniu. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 13 października 2014 r., sygn. akt KIO 2025/14 Izba stwierdziła: „W orzecznictwie wskazuje się, że ponowne wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, a nie takiego, który uchyla się od udzielenia szczegółowych informacji i przedstawia wyjaśnienia w sposób zdawkowy i ogólnikowy.”

W niniejszej sprawie Konsorcjum TORPOL pierwotnie przedstawiło wyjaśnienia na tyle ogólne, że nie mogą być uznane za wystarczające w świetle art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Celem wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych jest uzyskanie przez zamawiającego informacji o cenotwórczych składnikach. Rolą wykonawcy jest zatem przedstawienie tych składników i wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że wykonawca mógł zaoferować tak niską cenę. Wykonawca w wyjaśnieniach powinien zatem „wytłumaczyć” się ze składników ceny i czynników/okoliczności faktycznych pozwalających na zaoferowanie tak nisko wycenionych składników ceny. W przypadku złożenia w tym zakresie ogólnych wyjaśnień, które w żadnej mierze nie potwierdzają realności ceny oferty, zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę wykonawcy, nie zaś wzywać go o przedstawienie wyjaśnień ponownie.

Biorąc pod uwagę treść art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i wystosowane przez zamawiającego 18 października 2016 r. wezwanie o wyjaśnienia w trybie powyższego przepisu, należy uznać, że ww. wykonawca nie złożył wyjaśnień wraz z dowodami pozwalającymi zamawiającemu na dokonanie rzetelnej oceny, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W związku z powyższym, zdaniem Prezesa UZP, zamawiający naruszył art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum TORPOL. Powyższe naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający złożył zastrzeżenia do wyniku kontroli nie zgadzając się z ustaleniem kontroli o dopuszczeniu się ww. naruszenia.

Zamawiający wskazał, że wbrew twierdzeniom zawartym w informacji o wyniku kontroli, żaden przepis ustawy Prawo zamówień publicznych nie zakazuje wielokrotnego wzywania

do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W art. 90 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych brak jest wskazania, że wezwanie ma charakter jednorazowy. Przepis ten nie reguluje kwestii, czy wezwanie może być wystosowane jednokrotnie, czy też wielokrotnie ani nie wskazuje kryteriów, jakimi powinien posłużyć się zamawiający, jeśli decyduje się na wystosowanie kolejnego wezwania. Przepis ten nie limituje także liczby wezwań zamawiającego do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Co więcej, prawo do wielokrotnego wzywania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wynika wprost z art. 55 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, zgodnie z którym przez konsultacje z oferentem instytucja zamawiająca weryfikuje składowe elementy oferty, uwzględniając dostarczone dowody. Użyty w cytowanym artykule zwrot „konsultacje” oznacza, iż działania zamawiającego zmierzające do wyjaśnienia „rażąco niskiej cen” nie mogą się ograniczać do jednorazowej czynności, tj. jednokrotnego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w przypadku, gdy okoliczności przedstawione w już złożonych wyjaśnieniach wymagają w ocenie zamawiającego dalszego usuwania powstałych wątpliwości. Podobne regulacje zawiera Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (art. 69 ust. 3: „Instytucja zamawiająca ocenia dostarczone informacje w drodze konsultacji z oferentem. Może ona odrzucić ofertę wyłącznie w przypadku, gdy dostarczone dowody nie uzasadniają w zadowalającym stopniu niskiego poziomu proponowanej ceny lub proponowanych kosztów, biorąc pod uwagę elementy, o których mowa w ust. 2.”).

Możliwość wielokrotnego wzywania do udzielenia wyjaśnień potwierdzają też opinie prawne Urzędu Zamówień Publicznych zawarte w Informatorze UZP 11/2013 oraz orzeczeniach sądów okręgowych, np. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 5 lipca 2007 r., sygn. akt V Ca 2214/06, czy wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z 9 grudnia 2010 r., sygn. akt V Ga 122/10, w którym sąd jednoznacznie wskazał, iż brak jest przeszkód do ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia zamawiającego nie rozwiały wątpliwości zamawiającego związanych z „rażąco niską ceną”. Stanowisko to nie jest również kwestionowane w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej, która wielokrotnie wskazywała, że po pierwsze, gdy pierwotne wezwanie Zamawiającego jest zbyt ogólne, to wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji takiego wezwania, a co za tym idzie, zamawiający winien ponownie wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień wskazując, które kwestie wymagają uszczegółowienia, a po drugie, że nie ma żadnych przeszkód, aby ponownie wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, gdy pierwotnie złożone wyjaśnienia będą jeszcze wątpliwości, np. wyrok KIO sygn. akt 1143/15 z 23 czerwca 2015 r., wyrok

KIO sygn. akt 150/16 z 18 lutego 2016 r. Zamawiający przytoczył obszerne cytaty ww. stanowisk.

W przedmiotowej sprawie, w toku badania ofert zamawiający powziął wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami za ceny zaoferowane przez wykonawców, w tym Konsorcjum TORPOL, w związku z powyższym zwrócił się do tych wykonawców z wnioskiem o złożenie szczegółowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaproponowanej dla zamówienia.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Konsorcjum TORPOL złożyło wyjaśnienia, w których wskazało i opisało główne czynniki oraz okoliczności wpływające na cenę oferty. Po dokonaniu analizy złożonych wyjaśnień zamawiający uznał, że zasadne jest wystąpienie do wykonawcy o złożenie dodatkowych wyjaśnień celem rozwiania uzasadnionych wątpliwości zamawiającego w tematyce „rażąco niskiej ceny” oferty wykonawcy.

Zdaniem zamawiającego wyjaśnienia wykonawcy wskazywały jednoznacznie elementy, które miały znaczący wpływ na wysokość ceny oferty. Dlatego też zamawiający, wypełniając dyspozycję art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zwrócił się do wykonawcy o uszczegółowienie wskazanych w wyjaśnieniach elementów cenotwórczych oraz jaki był ich wymierny wpływ na cenę oferty, wskazując przy tym zakres, w jakim złożone wyjaśnienia należy uzupełnić, do czego w świetle powyższej argumentacji zamawiający miał prawo.

W związku z powyższym zamawiający stoi na stanowisku, że w świetle przywołanej ugruntowanej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej, judykatury oraz piśmiennictwa, przeprowadził postępowanie prawidłowo i z należytą starannością oraz, że nie naruszył żadnego przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych ani dyrektywy 2004/18/WE.

W odpowiedzi na pismo z 28 października 2016 r. wykonawca złożył wyjaśnienia wraz z dowodami. Dokonana przez zamawiającego ocena złożonych wyjaśnień wraz z dowodami potwierdza, że oferta wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Powyższa argumentacja nie przekonała Prezesa UZP, który zastrzeżeń nie uwzględnił i podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko.

Zdaniem Prezesa UZP, w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień, Konsorcjum TORPOL, pismem z 24 października 2016 r. złożył lakoniczne wyjaśnienia, z których wynikało, iż na zaoferowaną cenę wpływ miały następujące obiektywne okoliczności: wieloletnie doświadczenie zawodowe wykonawcy, odpowiednie zaplecze kadrowe, własne zaplecze techniczne oraz rabaty cenowe (bez wskazania jednak informacji szczegółowych, takich jak np. wyliczenia w zakresie oszczędności wynikających z uzyskanych rabatów). Z przekazanych wyjaśnień nie wynikało, w jaki sposób ww. okoliczności wpłynęły na cenę

oferowaną w ramach przedmiotowego postępowania. Dodatkowo ww. wykonawca nie załączył żadnych dowodów potwierdzających ww. informacje, jak również z treści przedłożonych wyjaśnień nie sposób wywieść istnienia takich dowodów.

W związku z powyższym zamawiający ponownie zwrócił się do ww. wykonawcy o przedłożenie stosownych wyjaśnień wraz z dowodami. W odpowiedzi Konsorcjum TORPOL złożyło wyjaśnienia poparte dowodami, na podstawie których zamawiający uznał, iż zaofferowana cena nie była rażąco niska.

Treść wezwania wystosowanego przez zamawiającego w piśmie z 18 października 2016 r. opierała się na przytoczeniu jako podstawy prawnej art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z zaznaczeniem, iż wykonawca miał obowiązek złożyć wyjaśnienia ze wskazaniem na „uwarunkowania i obiektywne czynniki, jakie będą towarzyszyć realizacji zamówienia, które wpłynęły na wysokość oferowanej ceny” oraz załączyć stosowne dowody. Zamawiający nie ma obowiązku formułować wezwania o wyjaśnienia w sposób wskazujący na konkretne elementy wyceny oferty, które wykonawca ma wyjaśnić, choć niewątpliwie bardziej szczegółowe wezwanie ze strony zamawiającego mogłoby ułatwić wykonawcy udzielenie zamawiającemu wyjaśnień. Niemniej jednak w świetle regulacji ustawy Prawo zamówień publicznych wystarczające jest zwrócenie się do wykonawcy o wyjaśnienia zgodnie z art. 90 ust. 1. Żądanie złożenia takich wyjaśnień wypełnia dyspozycję art. 90 ust. 1 i udzielenie przez wykonawcę wyjaśnień co do podejrzenia rażąco niskiej ceny w jego ofercie jest przy takim wezwaniu obowiązkowe.

Zamawiający nie ma obowiązku podpowiadać wykonawcy, dlaczego zadeklarowaną przez niego cenę uważa za rażąco niską (wyrok SO w Warszawie z 9 kwietnia 2010 r. sygn. IV Ca 1299/09, wyrok KIO z 18 grudnia 2012 r. sygn. KIO 2659/12, wyrok KIO z 24 czerwca 2013 r. sygn. KIO 1363/13). Mimo to w niniejszej sprawie zamawiający w piśmie wzywającym o wyjaśnienia wskazał wykonawcy na potrzebę złożenia wyjaśnień merytorycznych, które dostarczą wystarczający materiał do oceny, które czynniki spowodowały możliwość obniżenia ceny oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena została obniżona. Tym samym zamawiający sformułował nawet bardziej szczegółowe wezwanie, niż wymagał tego ustawodawca.

Ponadto ustawodawca ukształtował ciężar dowodu w taki sposób, że to wykonawca ma za zadanie przekonać zamawiającego o rzetelności kalkulacji pozwalającej na wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób należyty, na co wprost wskazuje art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Służyć temu mają same wyjaśnienia, a także dowody, jeżeli istnieją. Tym samym to wykonawca ma udowodnić, że cena oferty nie jest rażąco niska. Ponadto, brak złożenia dowodów na potwierdzenie wyjaśnień dotyczących ceny nie skutkuje odrzuceniem oferty jedynie w sytuacji, gdy z ich treści można wyczytać takie informacje,

które tłumaczą sposób kalkulacji zaoferowanej ceny (wyrok KIO z 2 kwietnia 2015 r., sygn. KIO 547/15).

Wyjaśnienia Konsorcjum TORPOL udzielone pismem z 24 października 2016 r., z uwagi na swoją ogólnikowość, nie potwierdzały, że cena zaproponowana przez wykonawcę skalkulowana została w sposób należyty. Treść złożonych przez wykonawcę wyjaśnień nie zawiera informacji szczegółowych, takich jak np. ceny poszczególnych materiałów, ceny ofertowe i nazwy dostawców, przyjęta technologia i organizacja robót, jak też nie wskazuje, w jaki sposób przedstawione okoliczności wpłynęły na cenę zaoferowaną w ramach przedmiotowego postępowania. Ponadto wykonawca wraz z udzielonymi wyjaśnieniami nie przekazał żadnych dowodów nie poparcie stanowiska co do możliwości realizacji przedmiotu zamówienia w zaoferowanej cenie. Należy podkreślić, iż złożone wyjaśnienia nie wskazują na indywidualne, dostępne wyłącznie tylko temu wykonawcy uwarunkowania, które uzasadniałyby wysokość zaoferowanej ceny. Tym samym nie sposób ich uznać za wyczerpujące i umożliwiające zamawiającemu dokonanie rzetelnej oceny możliwości realizacji przez wykonawcę przedmiotu zamówienia jako nieoderwanej od realiów rynkowych.

Celem wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych jest uzyskanie przez zamawiającego informacji o cenotwórczych składnikach. Rolą wykonawcy jest zatem przedstawienie tych składników i wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że wykonawca mógł zaoferować tak niską cenę. Wykonawca w wyjaśnieniach powinien zatem „wytłumaczyć” się ze składników ceny i czynników/okoliczności faktycznych pozwalających na zaoferowanie tak nisko wycenionych składników ceny. Powinny być zatem wskazane ceny poszczególnych materiałów, ceny, wynagrodzenia pracowników, koszty podwykonawców, koszty stałe (paliwa, energia), koszty zarządzania, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty ubezpieczenia, rezerwa, zysk. Następnie wykonawca powinien wykazać/wyjaśnić, skąd wynikają ceny tych składników. Przykładowo w zakresie personelu powinno być wskazane wynagrodzenie ludzi i wyjaśnienie, czy jest to wynagrodzenie na podstawie umowy o pracę, dzieło etc. Wskazanie, czy stanowisko pracy jest dofinansowane, czy nie. W stosunku do podwykonawców powinno być wskazane ich wynagrodzenie i wskazanie ofert, umów wstępnych, umów ramowych potwierdzających te ceny. W stosunku do dostawców powinno być wskazanie cen dostarczanych towarów i odwołanie się do uzgodnionych upustów, czy do innych indywidualizujących okoliczności.

Analizując wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Konsorcjum TORPOL wskazać należy, iż brak w tych wyjaśnieniach powyższych elementów. Są wskazane jedynie ogólne informacje na temat doświadczenia, zdolności technicznej i kadrowej wykonawcy oraz rabatów na materiały i urządzenia. Nie podano jednakże np. ilu ludzi będzie pracować przy realizacji

zamówienia, jaki jest koszt pracy poszczególnych ludzi, jakie będzie ich zaangażowanie (100% czasu będą pracować na tym zamówieniu, czy nie), nie wskazano, jak fakt posiadania parku maszynowego wpłynie na obniżenie cen poszczególnych robót składających się na przedmiot zamówienia ani jak duże rabaty zostaną udzielone zamawiającemu na materiały i urządzenia niezbędne do jego realizacji. Nie przedstawiono zatem żadnych szczegółowych informacji pozwalających na zweryfikowanie zaoferowanej ceny i uznanie, że nie jest ona rażąco niska. Wykonawca tym samym nie sprostał udowodnieniu, że oferta jego nie zawiera rażąco niskiej ceny i tym samym nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny.

Powyższe okoliczności potwierdza treść kolejnego wezwania skierowanego do Konsorcjum TORPOL 27 października 2016 r., którym zamawiający zwrócił się do ww. wykonawcy o „uzupełnienie i uszczegółowienie tych wyjaśnień w zakresie wymaganych do realizacji zagadnień rzeczowych wymienionych w Opisie Przedmiotu Zamówienia, co do których wykonawca nie ustosunkował się w swoich wyjaśnieniach lub ustosunkował się w sposób ogólny, enigmatyczny. W wyniku przeprowadzonej oceny udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień zamawiający stwierdził, iż wykonawca składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny złożonej w ofercie nie wykazał, jakie czynniki spowodowały możliwość obniżenia ceny oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena została obniżona, jak również nie przedstawił dowodów na potwierdzenie swojego stanowiska.” Tym samym fakt powtórnego wezwania do wyjaśnień i jego treść potwierdza ogólnikowy charakter pierwotnych wyjaśnień wykonawcy.

W tym miejscu podzielić należy stanowisko Zamawiającego przedstawione w zastrzeżeniach do informacji o wyniku kontroli, iż w przepisie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych brak jest wskazania, że czynność wezwania w zakresie okoliczności mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny ma charakter jednorazowy. Powyższa okoliczność wynikająca m.in. z cytowanego przez zamawiającego orzecznictwa ma charakter bezsporny oraz nie została zakwestionowana w treści informacji o wyniku kontroli. Niemniej jednak nie można zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego, iż treść pierwotnie udzielonych wyjaśnień nie oddziałuje na możliwość wystosowania kolejnego wezwania. Jest ono dopuszczalne jedynie w przypadku szczegółowego i konkretnego udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień w odpowiedzi na pierwsze wezwanie wystosowane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a celem kolejnego jest jedynie doprecyzowanie i uszczegółowienie konkretnych twierdzeń przedstawionych w ww. wyjaśnieniach. Tak też należy rozumieć „konsultacje”, o których mowa w art. 55 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE, która miała zastosowanie w niniejszej sprawie, czyli jako umożliwienie wykonawcy założenia wyjaśnień, ale nie jako wzywanie do kolejnych wyjaśnień w sytuacji, gdy pierwotnie złożone są zbyt enigmatyczne, by na ich podstawie cena oferty została w jakimkolwiek stopniu wyjaśniona.

Jak wskazuje się w orzecznictwie, zamawiający nie może wzywać wykonawcy do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń przedstawionych w wyjaśnieniu. Tym samym ponowne wezwanie do wyjaśnień może dotyczyć tylko takiego wykonawcy, który złożył rzetelne wyjaśnienia i wymagają one jedynie w jakimś zakresie doprecyzowania, nie zaś wykonawcy, którego pierwotne wyjaśnienia w całości są zbyt enigmatyczne, żeby na ich podstawie ocenić, czy cena oferty jest realna. Zgodnie także z ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwa, niekonkretne i ogólnikowe wyjaśnienia, nieobalające domniemania o rażąco niskiej cenie ofert, należy traktować jako niezłożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, co skutkuje obowiązkiem odrzucenia oferty na postawie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nie każde pismo może być uznane za wyjaśnienia wykonawcy w rozumieniu art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wyjaśnienia wykonawcy mają za zadanie dostarczyć zamawiającemu informacji o wymiernych i konkretnych wartościach ekonomicznych, które miały wpływ na ustaloną cenę oferty. Sposób przedstawienia zamawiającemu ww. wartości nie jest sztywno określony, tj. powyższe może wynikać z samych tylko wyjaśnień wykonawcy zawierających w sobie dowody, jak i z wyjaśnień z dołączonymi dowodami. Niemniej jednak wyjaśnienia muszą rzeczywiście zawierać informacje o czynnikach oddziałujących na cenę oferty, nie mogą zaś ograniczać się do nie popartych żadnymi danymi i dowodami zapewnień, że cena nie jest rażąco niska. Również zamawiający nie może polegać na ogólnych wyjaśnieniach wykonawcy i na podstawie domniemywanych przez siebie okoliczności je przyjmować, ale ma obowiązek w takiej sytuacji ofertę wykonawcy odrzucić.

Z powyższego wynika zatem, iż przedstawione przez Konsorcjum TORPOL wyjaśnienia dotyczące sposobu kalkulacji ceny przedłożone na wezwanie zamawiającego z 18 października 2016 r., z uwagi na swoją enigmatyczność oraz brak poparcia dowodami winny być uznane za niezłożone w ogóle. Tym samym zamawiający na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych winien był odrzucić ofertę wykonawcy Konsorcjum TORPOL, który nie złożył wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie wystosowane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

20 stycznia 2017 r. zamawiający skierował do Izby pismo, w którym podtrzymał i wyjaśnił swoje dotychczasowe stanowisko wskazując m.in., że członkowie komisji przetargowej, posiadający wieloletnie doświadczenie w prowadzeniu podobnych kontraktów oraz rozeznanie wśród wykonawców, jednomyślnie stwierdzili, że czynniki wskazane w wyjaśnieniach są obiektywne i mają realny wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, z tym, że konieczne będzie ich uszczegółowienie, a odpowiedź była adekwatna do treści wezwania. Zamawiający był zobowiązany do podjęcia działań mających na celu wyjaśnienie wszelkich wątpliwości uzasadniających wezwanie do złożenia przez wykonawcę dodatkowych

wyjaśnień we wskazanym zakresie. Zwrócił też uwagę, że dwóch z wezwanych do wyjaśnień wykonawców nie odpowiedziało na to wezwanie, zatem za niestosowne w świetle zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji uznał zrównanie z tymi wykonawcami Konsorcjum TORPOL, które starało się wyjaśnień udzielić.

Po zapoznaniu się ze stanem faktycznym wynikającym z przekazanej jej dokumentacji kontroli oraz z uzasadnieniem stanowisk Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i zamawiającego, Izba stwierdziła, że zastrzeżenia zasługują na uwzględnienie.

Jak wynika z przytoczonych powyżej stanowisk Prezesa UZP i zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., przedmiotem sporu jest pogląd, czy zamawiający powinien odrzucić ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TORPOL S.A. i BUDIMEX S.A. w oparciu o art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na treść wyjaśnień złożonych przez to konsorcjum pismem z 24 października 2016 r., po wezwaniu wystosowanym przez zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Spór ten nie dotyczy oferty uznanej przez zamawiającego za najkorzystniejszą, zatem Prezes UZP wskazał w informacji o wyniku kontroli, że stwierdzone naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania.

Zgodnie z treścią art. 90 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym w przedmiotowym postępowaniu (postępowanie zostało wszczęte 23 września 2015 r.) „Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (...); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

3. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.”

Na wstępie należy zwrócić uwagę, że odrzucenie oferty ze względu na wystąpienie ceny potencjalnie rażąco niskiej zostało ujęte w dwóch przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy. Pierwszy z nich odnosi się do sytuacji, w której zamawiający istnienie takiej ceny stwierdzi: „oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Drugi przepis, o treści: „zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”, mówi o sytuacji, w której taką rażąco niską cenę niekoniecznie stwierdzono, czy też zamawiający niekoniecznie jest w stanie wykazać (udowodnić), że jest ona rażąco niska, ale zaistniały inne okoliczności w postaci tego, że wykonawca nie złożył wyjaśnień w zakresie ceny (potencjalnie rażąco niskiej) lub też zamawiający dokonał oceny złożonych wyjaśnień i przedstawionych dowodów i w wyniku tej oceny uznał cenę za rażąco niską.

W przepisie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych mamy więc do czynienia z dwoma narzędziami ułatwiającymi zamawiającym sprawne prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Po pierwsze – zawarta w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zmiana przesłanki odrzucenia oferty z „zawiera rażąco niską cenę” na „w ocenie zamawiającego zawiera rażąco niską cenę” nie jest tylko drobnym niuanssem językowym, lecz właśnie narzędziem zdejmującym z zamawiającego ciężar dowodu, niezależnie od stosunkowo niedawno dodanego art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Czyli art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zmienia sytuację z „cena jest rażąco niska” na „zamawiający uważa, że cena jest rażąco niska”.

Po drugie przepis ten stanowi podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień i stanowi narzędzie mobilizacji wykonawców do składania wyjaśnień poprzez nałożenie sankcji za ich nieudzielenie.

Zgodnie z przyjętymi w orzecznictwie poglądami przesłanka ta obejmuje również sytuacje, w których wykonawca co prawda prześle do zamawiającego stosowne pismo, lecz nie będzie ono w swojej treści zawierało rzeczywistych wyjaśnień – chodzi tu bowiem o realność, a nie pozorność działania wykonawcy, czyli rzeczywiste złożenie wyjaśnień, a nie jedynie dopełnienie formalności poprzez przedstawienie w odpowiedzi pisma „Wyjaśnienia” nie zawierającego konkretnych, żądanych treści. W tym zakresie Prezes UZP i zamawiający

przytoczyli dość szeroko poglądy orzecznictwa, zatem Izba uznaje, że są one stronom znane i same w sobie nie stanowią przedmiotu sporu, więc nie będzie ich powielać poprzestając na stwierdzeniu, że co do zasady się z nimi zgadza – są to poglądy od lat prezentowane przez Izbę.

Sytuacja, w której wykonawca, pomimo wezwania, w ogóle nie złoży wyjaśnień, jest łatwa do zakwalifikowania. Problemem jednak jest ocena działania wykonawcy, który wyjaśnienia co prawda złoży, ale nie będą one wystarczająco wyczerpujące – w takim wypadku każdorazowo indywidualnej ocenie podlega, czy wyjaśnienia takie uznać za niezłożone w ogóle i ofertę odrzucić, czy też podlegające uzupełnieniu (dalszym wezwaniom) albo też poddać ocenie zamawiającego bez uzupełnienia (przy czym w takim wypadku braki te w konsekwencji mogą skutkować negatywną oceną oferty).

Ocena indywidualna takiej sytuacji jest konieczna i w żaden sposób nie może zostać pominięta. Należy ją rozpocząć od oceny kilku elementów stanu faktycznego zaistniałego w danym postępowaniu.

Pierwszym elementem jest podstawa faktyczna wezwania do złożenia wyjaśnień.

Ze stanu faktycznego ustalonego podczas kontroli, zawartego w „Protokole kontroli uprzedniej” z 23 grudnia 2016 r., wynika, iż w przedmiotowym postępowaniu złożono 7 ofert z cenami: 364.635.632,78 zł, 368.966.506,17 zł, 369.039.836,44 zł (Konsorcjum TORPOL), 381.988.800,00 zł, 382.139.151,93 zł, 450.063.421,36 zł i 460.503.356,58 zł.

Zamawiający ustalił wartość zamówienia na kwotę 969.000.000,00 zł, w tym zamówienia uzupełniające 323.000.000,00 zł. Przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 794.580.000,00 zł.

Z powyższego wynika, że ceny ofert wykonawców, którzy zostali wezwani do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym Konsorcjum TORPOL, były do siebie bardzo zbliżone – pięć pierwszych ofert różni się od siebie bardzo nieznacznie. Natomiast wszystkie złożone oferty znacznie odbiegają od wartości szacunkowej zamówienia, która brutto dla zamówienia podstawowego wynosi 794.580.000,00 zł (969.000.000 – 323.000.000 + VAT 23%). Zatem można wnioskować, że faktyczną podstawą wezwania była 30-procentowa różnica pomiędzy cenami ofert oraz wartością zamówienia, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Drugim elementem jest treść oferty w zakresie ceny.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych, a zamawiający tradycyjnie zażądał przedstawienia przez wykonawców kosztorysów ofertowych – rozdział 11. specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis sposobu obliczenia ceny”, pkt 11.3:

„wykonawca musi dołączyć do oferty wypełniony Przedmiar Robót. Wykonawca musi wycenić i wypełnić wszystkie pozycje Przedmiaru Robót. Przyjmuje się, że wartość każdej pozycji w wypełnionym Przedmiarze Robót obejmuje pełen zakres prac i robót potrzebny do zrealizowania przedmiotu zamówienia (...) łącznie z wszystkimi kosztami, które są niezbędne do poniesienia dla wykonania opisanych prac i robót (...)”.

Konsorcjum TORPOL taki kosztorys przedstawiło – jego objętość to ok. 700 stron, obejmuje więc wiele tysięcy pozycji opisujących poszczególne elementy planowanych robót wraz z cenami jednostkowymi i wartością każdej z nich, a także inne wskaźniki tradycyjnie ujmowane w kosztorysach budowlanych.

Zatem już na etapie złożenia oferty zamawiający otrzymał bardzo szczegółowe wyjaśnienia wykonawcy, w jaki sposób cena została obliczona i osiągnęła końcowy pułap. Ta treść oferty w żaden sposób nie może zostać pominięta przy badaniu realności zaproponowanej ceny i od niej zamawiający powinien rozpocząć wstępną ocenę, czy cena oferty jest realna.

Tym samym już na etapie oferty, przed wezwaniem do wyjaśnień, zamawiający posiadał wiele informacji o czynnikach cenotwórczych, na których brak wskazywał Prezes UZP.

Trzecim elementem jest treść wezwania zamawiającego z 18 października 2016 r.

Oceniając wyjaśnienia wykonawcy nie sposób bowiem nie rozpocząć od treści wezwania do wyjaśnień.

Należy tu zauważyć, że nawet jeśli zamawiający w ogóle nie był przekonany co do konieczności pozyskania takich wyjaśnień i jeśli zdecydował się na nie wyłącznie z powodu dyspozycji art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, to powinien zrobić to prawidłowo.

Natomiast wezwanie zamawiającego sprowadza się do ogólnikowego wskazania: „działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy (...) zwracam się do Państwa o złożenie szczegółowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaproponowanej dla zamówienia.” W dalszej części zamawiający wskazał: „wyjaśnienie powinno wykazać czy zaoferowana cena rzeczywiście uwzględnia wszystkie elementy związane z należyтым wykonaniem zamówienia i wskazać czy istnieją konkretne uwarunkowania i obiektywne czynniki, jakie towarzyszyć będą realizacji zamówienia, które wpłynęły na wysokość oferowanej ceny wraz ze wskazaniem opisu tych czynników i skali ich wpływu (zarówno merytorycznego jak i finansowego) na wysokość zaoferowanej ceny. Przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia muszą być merytoryczne a Wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał niezbędny do oceny, które czynniki spowodowały możliwość obniżenia ceny oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena została obniżona. Tym samym to na Wykonawcy ciąży obowiązek przekazania właściwych merytorycznie

informacji i dowodów, które mają lub mogą mieć wpływ na wysokość skalkulowanej ceny całkowitej oferty. Przedłożone wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty.”

Zatem zamawiający zwraca się do wykonawcy po prostu o „złożenie szczegółowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaproponowanej dla zamówienia”, w sytuacji, w której posiada 700-stronicowy kosztorys ofertowy z tysiącami elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, z którego ta cena bezpośrednio wynika. Powstaje więc pytanie: co w takiej sytuacji musi odpowiedzieć wykonawca, aby usatysfakcjonować zamawiającego obszernością swoich wyjaśnień?

Zamawiający powinien więc być wskazać, jak widnieje w przepisie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, elementy oferty, które mają zostać przez wykonawcę wyjaśnione i dowiedzione. Trudno bowiem w takiej sytuacji oczekiwać od wykonawcy składania wyjaśnień i przedstawiania dowodów „na wszystko”, zwłaszcza przy tylu pozycjach kosztorysowych (choć owszem, poszczególni wykonawcy w konsekwencji, na wszelki wypadek, przedstawili zamawiającemu całe segregatory dokumentów, jakie posiadali, aby tylko ich oferty nie zostały odrzucone, ale takie działanie zmierza wprost do sytuacji absurdalnych, które powinno się eliminować).

Nie można bowiem doprowadzić do tego, by wezwanie z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stało się narzędziem dającym poręczny pretekst do łatwej eliminacji wykonawców z postępowania, choć ich oferty są poważne.

Izba w żadnej mierze nie zgadza się z poglądem zaprezentowanym przez Prezesa UZP, że zamawiający nie ma obowiązku formułować wezwania do wyjaśnień w sposób wskazujący na konkretne elementy wyceny oferty, które wykonawca ma wyjaśnić. Mając już przedstawione elementy wyceny oferty, zamawiający wręcz nie może się do nich nie odnieść, jeśli uważa je za potencjalnie rażąco niskie (chyba że w wyjaśnieniach w ogóle chodzi o jakieś inne, dodatkowe elementy wyceny). Działanie zamawiającego musi być racjonalne, aby i wykonawca w odpowiedzi mógł podjąć racjonalne działanie. Szczegółowe wezwanie ze strony zamawiającego nie tylko mogłoby „ułatwić” wykonawcy udzielenie wyjaśnień, jak wskazuje Prezes UZP, ale często w ogóle wręcz je umożliwić. Należy zwrócić uwagę, że przy dużych robotach budowlanych można wskazać setki czynników cenotwórczych.

Owszem, w orzecznictwie akceptuje się sytuację, w której wezwanie zamawiającego jest jedynie ogólne, ale w przypadku, gdy zamawiający dysponuje jedynie ceną globalną oferty (bez kosztorysu czy formularza cenowego) i to jako pierwszy etap wyjaśnień, które potem mogą zostać ukierunkowane i uszczegółowione.

W sytuacji, w której zamawiający nie wskaże, o jakie konkretnie informacje i dowody mu chodzi, wykonawca ma prawo dokonać wyjaśnienia w zakresie elementów wybranych przez

siebie i które sam uważa za istotne i trudno mu z tego robić zarzut (nie ma też innego wyjścia).

Dopiero czwartym elementem jest treść odpowiedzi Konsorcjum TORPOL z 24 października 2016 r.

Dokonując oceny wyjaśnień oczywiście w pierwszej kolejności bierze się pod uwagę ich wartość merytoryczną, ale ocenia się także to, czy wykonawca zignorował wezwanie (np. nie odpowiedział na zadane pytania), czy też starał się udzielić wyczerpujących wyjaśnień, nawet jeśli mu się to nie do końca udało. Przewidziane w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych odrzucenie oferty ze względu na brak wyjaśnień jest bowiem rodzajem „kary” dla wykonawcy za zignorowanie wezwania zamawiającego, a nie za to, że jego działanie nie było idealne – a tym bardziej, nie może on zostać ukarany odrzuceniem oferty za wadliwe działanie zamawiającego, który nie sprecyzował zakresu wyjaśnień. Również w tym przypadku ma zastosowanie zasada: „jakie pytanie, taka odpowiedź”. Gdyby więc prośba zamawiającego o przedstawienie wyjaśnień elementów ceny była skonstruowana w sposób prawidłowy, tj. w swej treści zawierałaby informacje odnośnie tego, czego w wyjaśnieniach oczekuje zamawiający, to wtedy można również od wykonawcy oczekiwać prawidłowej odpowiedzi, czyli zawierającej informacje, których zażądał zamawiający.

W swoich wyjaśnieniach Konsorcjum TORPOL wskazało opisowo kilkanaście elementów, które według niego były głównymi czynnikami wpływającymi na cenę – w skrócie to:

1. skład konsorcjum (liderzy rynku budownictwa komunikacyjnego), który pozwolił na zoptymalizowanie procesu zakupów, organizacji i technologii prowadzenia prac oraz metodologii zarządzania kontraktem oraz wykonanie kontraktu bez potrzeby korzystania z pomocy podwykonawców,
2. posiadany duży park maszynowy, własny, zamortyzowany sprzęt, brak potrzeby wynajmu, koszt za czas faktycznego korzystania z urządzeń; w ocenie wykonawcy koszty wynajmu specjalistycznego sprzętu obowiązujące na rynku są wyższe niż koszty, jakie sam ponosi; optymalizacja procesów technologicznych oraz przyjęte wydajności maszyn przy przeprowadzaniu prac budowlanych, co pozwala ograniczyć ilość nakładów poprzez nieujmowanie w kalkulacji ryzyk (nakładów) na przestoje spowodowane brakiem dostępności specjalistycznych maszyn na rynku wynajmu,
2. własne zaplecze budowy,
3. zatrudniona na umowę o pracę kadra pracownicza,
4. technologia i organizacja prac budowlanych została zoptymalizowana przez zespół uprawnionych projektantów, zatem proponowana cena za wykonanie obiektów

inżynierskich/ robót drogowych i kubaturowych mogła być znacząco niższa od zakładanej w szacunku zamawiającego,

5. podstawowe materiały wpływające na koszt wykonania robót w branży sterowania ruchem kolejowym (napędy do rozjazdów, kontrolery położenia iglic oraz liczniki osi) są dostawą zamawiającego, wykonawca dysponuje też własnymi zasobami zdolnymi wykonać prace montażowe,

6. może wykonać siłami własnymi także roboty elektroenergetyczne i sieci trakcyjnej, co znacznie obniża koszty,

7. jest licencjonowanym przewoźnikiem kolejowym i samochodowym, zatem sam dostarczy materiały nawierzchniowe i kruszywa,

8. duża wiedza w zakresie wykonywania oraz planowania harmonogramu wykonania robót oraz optymalizacji kosztów własnych, opracowanie szczegółowych technologii wykonania prac, które posłużyły do opracowania optymalnej wyceny kosztu wykonania poszczególnych asortymentów robót, technologia i organizacja prac,

9. rabaty cenowe na urządzenia i materiały, które uzyskuje jako wykonawca wiarygodny i duży odbiorca działający na rynku budownictwa od lat.

Jak wskazał Prezes UZP – złożone wyjaśnienia nie wskazują na indywidualne, dostępne wyłącznie temu wykonawcy uwarunkowania, które uzasadniałyby wysokości zaoferowanej ceny.

Rzeczywiście w swoich wyjaśnieniach Konsorcjum TORPOL odniosło się do dość ogólnych czynników dostępnych prawdopodobnie także innym wykonawcom oraz nie wskazało konkretnych danych liczbowych, na ile czynniki te wpłynęły na poziom ceny oferty.

W innym przypadku prawdopodobnie takie wyjaśnienia zostałyby uznane za niewystarczające.

Jednak, jak już Izba stwierdziła – wyjaśnienia te podlegają indywidualnej ocenie z uwzględnieniem stanu faktycznego. Zatem: po pierwsze trudno mówić o czynnikach, które wpłynęły na nadzwyczajne obniżenie ceny tej oferty w sytuacji, gdy ceny pięciu ofert były na identycznym poziomie, a cena konsorcjum TORPOL była dopiero trzecia w kolejności. Tym samym należy uznać, że jest to cena na zwykłym rynkowym i wcale nie najniższym poziomie. Po drugie – w wyjaśnieniach nie podano kwot, ale kwoty takie znajdują się w kosztorysie ofertowym. Trudno uznać za celowe powtarzanie ich w wyjaśnieniach – wykonawca podał jedynie informacje dodatkowe w stosunku do kosztorysu. Po trzecie – z wyjaśnień wynika, że wykonawca nie zlekceważył wezwania, lecz starał się wskazać okoliczności, które uznał za mające znaczenie.

Należy tu też zwrócić uwagę, że większość okoliczności, które zostały wymienione w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, znalazły się w tym przepisie, gdyż wskazało na

nie orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE, natomiast w praktyce występują dość rzadko, więc trudno, by wykonawcy je wykazywali, jeśli w stosunku do nich nie zachodzą i na nie się nie powołują. W większości w swoich wyjaśnieniach wykonawcy po prostu usiłują wykazać, że oferowane przez nich warunki są warunkami rzeczywistymi, wynikającymi z możliwości, które oferuje rynek – producenci, dostawcy, podwykonawcy, personel itd.

Co do możliwości wystosowania drugiego lub kolejnego wezwania – jak najbardziej jest to możliwe, jednak zależy od okoliczności danej sprawy: przede wszystkim od treści pierwszego wezwania zamawiającego oraz treści udzielonej odpowiedzi, a także treści oferty (czy zawiera ona jedynie cenę globalną, czy szczegółowy kosztorys). Jeżeli wezwania są dokonywane przez zamawiającego poprawnie, to w sposób naturalny każde kolejne będzie doprecyzowaniem wyjaśnień uprzednio udzielonych.

Co do przywołanych przepisów dyrektyw oraz wynikających w nich konsekwencji oraz braku zakazu powtórnego wzywania w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – Izba się z tym zgadza (zresztą stanowisko to jest bezpośrednim przywołaniem orzecznictwa Izby). Jednak jednocześnie należy zwrócić uwagę na treść art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i wspomniane powyżej narzędzie w postaci (konieczności) odrzucenia oferty w przypadku braku udzielenia wyjaśnień. Zatem w każdym wypadku należy indywidualnie wyważyć, kiedy, w przypadku wyjaśnień o niewystarczającej wartości merytorycznej, w zakresie już poczynionych wyjaśnień należy wystosować dodatkową prośbę o wyjaśnienia, a kiedy ofertę od razu odrzucić.

W orzecznictwie wskazywane jest też, że kolejne wezwanie może stanowić również korektę nieprawidłowego pierwszego wezwania – warto tu zauważyć, że w swoim drugim wezwaniu zamawiający również powinien był takiej korekty dokonać i wskazać bardziej szczegółowo, jakich informacji oczekuje. Z wezwania tego widać, że zamawiający miał taki zamiar wskazując na pewien zakres informacji uzupełniających (4 punkty), jakkolwiek stosowne byłoby, żeby zamawiający zadał wykonawcy jakieś konkretne pytania albo wskazał bardziej konkretne wątpliwości lub kwestie do wyjaśnienia. Drugie wezwanie było merytorycznie lepsze od pierwszego, choć nadal nie idealne.

Tym samym, zdaniem Izby, w zaistniałym stanie faktycznym nie wystąpiły podstawy do odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TORPOL S.A. i BUDIMEX S.A.

Jednocześnie Izba podkreśla, że dokonana przez nią ocena dotyczy konkretnego stanu faktycznego, który zaistniał w kontrolowanym postępowaniu i musi być aktualna także w innych stanach faktycznych.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....