

**Sygn. akt: KIO 2559/11**

**Sygn. akt: KIO 2573/11**

**Sygn. akt: KIO 2578/11**

**WYROK**

**z dnia 16 grudnia 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Sylwester Kuchnio**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 grudnia 2011 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 2 grudnia 2011 r. przez wykonawcę - **AUTOSTRADA II Sp. z o.o. w Katowicach** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Miasto Elbląg** (sygn. akt: KIO 2559/11),

przy udziale wykonawców:

- a) Biuro Projektów Budownictwa Komunalnego S.A. w Gdańsku,
- b) EGIS Poland Sp. z o.o. w Warszawie,

zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2559/11 po stronie zamawiającego;

B. w dniu 2 grudnia 2011 r. przez wykonawcę - **KONTRAKT Biuro Projektowo-Konsultingowe Sp. z o.o. w Gdańsku**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Miasto Elbląg** (sygn. akt: KIO 2573/11),

przy udziale wykonawców:

- a) Biuro Projektów Budownictwa Komunalnego S.A. w Gdańsku,
- b) EGIS Poland Sp. z o.o. w Warszawie,

zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2573/11 po stronie zamawiającego;

C. w dniu 2 grudnia 2011 r. przez wykonawcę - **EGIS Poland Sp. z o.o. w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Miasto Elbląg** (sygn. akt: KIO 2578/11),

przy udziale wykonawcy - Biuro Projektów Budownictwa Komunalnego S.A. w Gdańsku zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2578/11 po stronie zamawiającego;

**orzeka:**

**A. w sprawie o sygn. akt KIO 2559/11:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Miastu Elbląg unieważnienie czynności odrzucenia oferty AUTOSTRADA II Sp. z o.o. w Gdańsku i powtórzenie badania ofert z uwzględnieniem tej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie dokumentacji projektowej budowy Obwodnicy Wschodniej miasta Elbląga wraz z jej powiązaniem z istniejącym układem komunikacyjnym w ramach projektu: „EUROPARK - przygotowanie atrakcyjnych terenów inwestycyjnych etap II - budowa drogi G 2/2 i G 1/2”.

2. kosztami postępowania obciąża **Miasto Elbląg** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **AUTOSTRADA II Sp. z o.o. w Katowicach**, tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Miasta Elbląg** na rzecz **AUTOSTRADA II Sp. z o.o. w Katowicach** kwotę 17.490 zł 75 gr (słownie: siedemnaście tysięcy czterysta dziewięćdziesiąt złotych siedemdziesiąt pięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i wpisu od odwołania.

#### **B. w sprawie o sygn. akt KIO 2573/11:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Miastu Elbląg unieważnienie czynności odrzucenia oferty KONTRAKT Biuro Projektowo-Konsultingowe Sp. z o.o. w Gdańsku i powtórzenie badania ofert z uwzględnieniem tej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie dokumentacji projektowej budowy Obwodnicy Wschodniej miasta Elbląga wraz z jej powiązaniem z istniejącym układem komunikacyjnym w ramach projektu: „EUROPARK - przygotowanie atrakcyjnych terenów inwestycyjnych etap II - budowa drogi G 2/2 i G 1/2”.

2. kosztami postępowania **Miasto Elbląg** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **KONTRAKT Biuro Projektowo-Konsultingowe Sp. z o.o. w Gdańsku** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Miasta Elbląg** na rzecz **KONTRAKT Biuro Projektowo-Konsultingowe Sp. z o.o. w Gdańsku** kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i wpisu od odwołania.

### **C. w sprawie o sygn. akt KIO 2578/11:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Miastu Elbląg unieważnienie czynności odrzucenia oferty EGIS Poland Sp. z o.o. w Warszawie i powtórzenie badania ofert z uwzględnieniem tej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie dokumentacji projektowej budowy Obwodnicy Wschodniej miasta Elbląga wraz z jej powiązaniem z istniejącym układem komunikacyjnym w ramach projektu: „EUROPARK -przygotowanie atrakcyjnych terenów inwestycyjnych etap II - budowa drogi G 2/2 i G 1/2”.

2. kosztami postępowania obciąża **Miasto Elbląg** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **EGIS Poland Sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Miasta Elbląg** na rzecz **EGIS Poland Sp. z o.o. w Warszawie**, kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego

doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Ei**blągu.

**Przewodniczący:** .....

**sygn. akt KIO 2559/11**

**KIO 2573/11**

**KIO 2573/11**

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający, Miasto Elbląg, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie dokumentacji projektowej budowy Obwodnicy Wschodniej miasta Elbląga wraz z jej powiązaniem z istniejącym układem komunikacyjnym w ramach projektu: „EUROPARK - przygotowanie atrakcyjnych terenów inwestycyjnych etap II - budowa drogi G 2/2 i G 1/1”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 16.07.2011 r. w Dz.U. UE pod numerem 2011/S 135-224768.

W dniu 23 listopada 2011 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty BPBK - Biuro Projektów Budownictwa Komunalnego S.A. w Gdańsku jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp ofert: Autostrada II Sp. z o.o. w Katowicach (dalej „Autostrada II”), Kontrakt Biuro Projektowo-Konsultingowe Sp. z o.o. w Gdańsku (dalej „Kontrakt”), Egis Poland Sp. z o.o. w Warszawie (dalej „Egis”) – jako zawierających cenę rażąco niską.

W dniu 2 grudnia 2011 r. wyżej wymienieni wykonawcy, których oferty zostały odrzucone, wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania od czynności odrzucenia ich ofert.

**sygn. akt KIO 2559/11**

Autostrada II zarzuciła zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust 1 i 3 ustawy poprzez nie przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe

traktowanie wykonawców i udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy;

2. art 89 ustęp 1 pkt 4 ustawy poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z powodu niezasadnionego przyjęcia iż oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia
3. art. 90 ust. 2 i 3 ustawy poprzez błędną ocenę złożonych wyjaśnień i uznanie, iż oferta wykonawcy Autostrada II zawiera rażąco niską cenę

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

- a) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- b) ponownego dokonania czynności oceny ofert, w tym w szczególności oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Odwołującego - wykonawcę Autostrada II;
- c) uwzględnienie oferty Odwołującego - wykonawcy Autostrada II wobec braku wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- d) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, iż zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego, zamawiający wskazał, iż „szczegółowo przeanalizował aktualną sytuację rynkową w zakresie kosztów opracowywania dokumentacji projektowych dla porównywalnych zakresów” Zamawiający „uznał, że dla uzyskania produktu, tj. dokumentacji projektowej spełniającej wymagania SIWZ, a w efekcie gwarantującej możliwość wybudowania drogi klasy G w trudnym terenie o zróżnicowanym aktualnie zagospodarowaniu, w tym przebiegającej na obrzeżach parku krajobrazowego, realizacja tej dokumentacji wymaga poniesienia odpowiednich nakładów. Koszt opracowania tej dokumentacji zdaniem Zamawiającego nie może być mniejszy niż 50 % wartości realizacji zamówienia. W związku z tym, iż cena oferty jest mniejsza niż ponad 50 % od kwoty jw. powiększonej o podatek VAT tj. 50% z 2.330.980,38 zł = 1.165.490,19 zł, zamawiający zwrócił się do wykonawcy w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

Odwołujący wskazał, iż cena jego oferty wynosiła 1.073.298,00 zł, co stanowi 46,044 % wartości oszacowania, i 92,0898 % wskazanej przez zamawiającego wysokości 50 % wartości realizacji zamówienia. W takim wypadku, gdy podana cena zbliża się w sposób bezpośredni do wartości wskazanej przez zamawiającego, to odrzucenie oferty nawet gdyby przyjąć prawo zamawiającego do zastosowania takiego współczynnika powinno być poprzedzone

rzeczywiście szczególną i wnikliwą oceną wyjaśnień odwołującego, i uzasadnienie odrzucenia oferty powinno wykazywać w sposób jasny, iż nie jest możliwe wykonanie przez wykonawcę zamówienia za zaproponowaną w ofercie cenę, w uwzględnieniu wskazówek orzecznictwa co do przyczyn pozwalających na uznanie iż oferta jest ofertą z rażąco niską ceną. Zamawiający powinien jasno wykazać, iż zaproponowana przez odwołującego cena powoduje iż że wykonanie przedmiotu zamówienia za tę cenę jest nierealne. Obowiązek taki po stronie zamawiającego istniał tym bardziej, iż oprócz wykonawcy wybranego przez zamawiającego, jedynie dwóch wykonawców, w tym odwołujący, nie zostało wykluczonych z postępowania. Tymczasem wszelkie okoliczności powołane przez zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty w żaden sposób nie wskazują na rzetelne i prawidłowe dokonanie oceny oferty odwołującego, a wręcz mogą budzić obawy, czy wobec przyjęcia arbitralnie przez zamawiającego „progu” granicznego w ogóle taka ocena została wobec oferty odwołującego dokonana.

Zwrócić należy uwagę, iż jednocześnie Zamawiający w treści SIWZ wskazał, iż wśród przepisów prawa które należy brać pod uwagę, jest Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określania metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno - użytkowym (Dz. U. 2004, Nr 130, poz. 1389). Przepisy powyższego rozporządzenia zawierają zasady obliczania planowanych kosztów prac projektowych, i nie uwzględniają warunków rynkowych. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku w sprawie KIO 476/11 z dnia 22 marca 2011 r., „Porównywanie cen ofertowych do wartości szacunkowej zamówienia jest o tyle nieuzasadnione, iż szacunek ten jest wynikiem działań podjętych zgodnie z wytycznymi, zawartymi w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określania metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno - użytkowym (Dz. U. 2004, Nr 130, poz. 1389), bez możliwości uwzględnienia aktualnej sytuacji rynkowej. W tych okolicznościach zarzut naruszenia art. 90 ust. 2 ustawy Pzp należy uznać za chybiony”. W tym samym orzeczeniu wskazane jest, iż : Izba stoi na stanowisku, iż porównanie ceny ofertowej z wartością szacunkową zamówienia nie może prowadzić do uznania, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Podobnie jak porównanie cen ofert innych wykonawców”. Dalej w uzasadnieniu tego wyroku „Izba stoi na stanowisku, iż porównanie ceny oferty z wartością szacunkową zamówienia nie może prowadzić do uznania, że mamy do czynienia z ceną rażąco niską.”

Tak więc albo Zamawiający stosował się do dokonanej przez siebie przy ocenie ofert szczegółowej analizy aktualnej sytuacji rynkowej w zakresie kosztów opracowywania



dokumentacji projektowych dla porównywalnych zakresów", albo stosował się do wskazanego wyżej rozporządzenia. Jak wykazuje sama data wydania powyższego rozporządzenia, czyli rok 2003, nie może być ono podstawą do oceny bieżących cen rynkowych, które, zwłaszcza w momencie perturbacji gospodarczych i przewagi podaży usług nad ich popytem systematycznie spadają.

Zwrócić uwagę należy, iż w żadnym wypadku nie jest dopuszczalne przyjęcie przez Zamawiającego jakiegokolwiek sztywnego i arbitralnie przyjętego progu procentowego wartości szacowania, jako progu poniżej którego automatycznie uznaje iż dana oferta jest ofertą zawierającą rażąco niską cenę. Takiego uprawnienia nie sposób wywieść z żadnych przepisów prawa, czy nawet z jakichkolwiek twierdzeń utrwalonego orzecznictwa. Wręcz przeciwnie - artykuł 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305, od stosowania którego Kraje Członkowskie nie mogą odstąpić w żadnym stopniu, zakazuje Krajom Członkowskim wprowadzania przepisów, które wymagają automatycznej dyskwalifikacji ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, według kryterium arytmetycznego - patrz także Wyrok ETS z 18.06.1991 w sprawie C- 295/89.

W świetle powyższych okoliczności zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ustęp 1 pkt 4 ustawy poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z powodu nieuzasadnionego przyjęcia iż oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz art. 90 ust. 2 i 3 ustawy poprzez błędną ocenę złożonych wyjaśnień i uznanie, iż oferta wykonawcy Autostrada II zawiera rażąco niską cenę jest w pełni zasadny.

Zwrócić uwagę należy na to, iż Zamawiający zażądał w trybie art. 90 ust. 1 ustawy „wyjaśnień dotyczących elementów oferty wyszczególnionych w Formularzu Oferta w pkt. 1 od ppkt. 1 do ppkt. 7 mających wpływ na wysokość ceny złożonej oferty. Przedstawione wyjaśnienia powinny zawierać sposób w jaki Wykonawca skalkulował koszty wykonania każdego z w/w elementów oferty oraz przedstawić czynniki i okoliczności mające wpływa na ustalenie ceny oferty, o których mowa w art. 90 ust. 2 ustawy"

W uzasadnieniu zaś odrzucenia oferty Zamawiający stwierdził, iż „przedstawiona przez Wykonawcę kalkulacja jest niepełna i nie obejmuje pełnych kosztów wykonania całego zakresu zamówienia. W tym zakresie zamawiający zarzucił odwołującemu następujące uchybienia :

- 1) w zakresie opracowania co najmniej trzech koncepcji rozwiązań projektowych, o których mowa w §1 ust 5 pkt 1 umowy - załącznik nr 3 do SIWZ wraz z uzyskaniem opinii audytora brd oraz za wykonanie opracowania studialnego o którym mowa w § 1 pkt 5 ust. 2 Wzoru umowy -załącznik nr 3 do SIWZ wykonawca w wyjaśnieniach ceny elementu przedmiotu zamówienia nie wyszczególnił kosztów kosztów wykonania studialnego o którym mowa w § 2 ust 2 pkt 1 wzoru umowy. Cena za wykonanie w/w opracowania ujęta powinna zostać w pkt 1 ppkt 1 złożonej oferty.

- 2) w zakresie opracowania studium wykonalności o którym mowa w § 1 ust. 5 pkt 5 Wzoru umowy - załącznik nr 3 do SIWZ wykonawca w wyjaśnieniach dotyczących ceny elementu przedmiotu zamówienia nie wyszczególnił kosztów wykonania studium wykonalności o którym mowa w § 2 ust 2 pkt 4 wzoru umowy
- 3) w zakresie wykonania dokumentacji projektowej, o której mowa w § 1 ust 5 pkt S Wzoru umowy - załącznik nr 3 do SIWZ wraz z uzyskaniem pozytywnej opinii audytora brd oraz przygotowania kompletnego wniosku o wydanie decyzji zezwalającej na realizację inwestycji drogowej , o której mowa w § 1 ust 5 pkt 6 Wzoru umowy - załącznik nr 3 do SIWZ wykonawca w wyjaśnieniach dotyczących obliczenia ceny elementu przedmiotu umowy nie wyszczególnił kosztów związanych z wykonaniem dokumentacji projektu branży torowej ,której realizacja jest wymagana zgodnie z wytycznymi określonymi w lit. F załącznika nr 3 do wzoru umowy.

Powyższe zarzuty są w ocenie odwołującego niezasadne, gdyż po pierwsze, zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty odwołującego wykonawcy wskazuje, iż odwołujący nie dokonał szczegółowego rozbicia kosztowego poszczególnych elementów ceny oferty, a nie żądał takiego rozbicia w wezwaniu do złożenia wyjaśnień. Tak więc zamawiający w sposób nieuprawniony czyni wykonawcy - odwołującemu zarzut niespełnienia warunków, których sam w wezwaniu do złożenia wyjaśnień nie postawił. Co więcej - zamawiający sam wskazał, iż „złożenie powyższych wyjaśnień jest jednoznaczne z potwierdzeniem, że cena złożonej oferty uwzględnia wszystkie składowe elementy, których realizacja jest niezbędna do uzyskania kompletnego i należyście wykonanego każdego wycenianego w ofercie elementu przedmiotu zamówienia oraz zawiera wszystkie koszty gwarantujące wykonanie całego zakresu zamówienia zgodnie z opisem, warunkami i wytycznymi określonymi w SIWZ. Powyższa argumentacja dotyczy w szczególności zarzutu nr 1 ) i 3) uzasadniających zdaniem zamawiającego odrzucenie oferty odwołującego. Jest też w znacznej części wskazówką do uznania za nieuprawniony zarzut nr 2).

Odnośnie zarzutu nr 1) Odwołujący wskazał, iż skoro pozycja 1 z załącznika nr 1 - załącznika G do zmiany treści SIWZ nie wyróżnia oddzielnie ceny za opracowania co najmniej trzech koncepcji rozwiązań projektowych i oddzielnie ceny kosztów wykonania studialnego, to wskazanie zamawiającego iż wykonawca w wyjaśnieniach nie rozbił i szczegółowo nie uzasadnił tych elementów oddzielnie, nie znajduje uzasadnienia. Jak jasno wskazał wyrok KIO w sprawie o sygnaturze 486/11 z dnia 23.03.2011 r., „W pierwszej kolejności stwierdzić należy, że Zamawiający szczegółów dotyczących kalkulacji ceny ofertowej nie określił w treści SIWZ. Żądanie przez niego tak szczegółowych elementów kalkulacji i wyodrębnienie w niej takich elementów realizacji przedmiotu zamówienia, które nie są znaczące, a także ich wyodrębnienie,

które może mieć jedynie charakter szacunkowy, a nawet sztuczny, było nieuzasadnione. Jeśli tego oczekiwał Zamawiający mógł być taki wymóg określić w SIWZ. Żądanie tak szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej po upływie terminu składania ofert dopiero na etapie badania i oceny ofert nie miało na celu de facto dokonanie oceny oferty wykonawcy pod kątem możliwości sfinansowania zamówienia, lecz pod kątem uściślenia sposobu realizacji zamówienia przez wykonawcę ponad wymogi SIWZ (...). Skoro tych elementów realizacji przedmiotu zamówienia Zamawiający w SIWZ nie doprecyzował, po upływie terminu składania ofert nie powinien tego czynić tym bardziej ze skutkiem negatywnym dla wykonawców. „

Odnosnie zarzutu nr 2 ) - iż wykonawca nie wyszczególnił kosztów wykonania studium wykonalności o którym mowa w § 2 ust 2 pkt 4 wzoru umowy wskazano:

Po pierwsze wskazać należy, iż o studium wykonalności wskazuje nie zapisy § 1 ust. 5 pkt 5 Wzoru umowy - załącznik nr 3 do SIWZ i zapisy § 2 ust 2 pkt 4 wzoru umowy - załącznik nr 3, tylko zapis § 1 ust. 5 pkt 4 Wzoru umowy - załącznik nr 3 do SIWZ i § 2 ustęp 2 punkt 3 Wzoru umowy - załącznik nr 3 do SIWZ - powstaje więc wątpliwość co tak naprawdę zamawiający zarzuca wykonawcy - czy niewyszczególnienie kosztów studium wykonalności, czy niewyszczególnienie kosztów dokumentacji projektowej. Z choćby tego błędnego zarzutu zamawiającego wnioskować należy, iż zamawiający sporządzając uzasadnienie odrzucenia oferty wykonawcy działał w sposób niestaranny i niechlujny, a przecież jego działania dotyczyły sprawy tak istotnej, jak odrzucenie oferty wykonawcy!

Przyjmując, iż zarzut zamawiającego dotyczył kosztów wykonania studium wykonalności, to wskazać należy iż Studium Wykonalności realizowane jest w oparciu o Wytyczne dotyczące przygotowania SW dla projektów infrastrukturalnych w ramach Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka.

Zgodnie z wytycznymi oprócz podstawowych informacji i charakterystyki projektu, konieczne jest zawarcie w studium informacji na temat:

- analizy technicznej projektu (ocena techniczna projektu, opis alternatywnych wariantów)
- analiza finansowa (nakłady niezbędne na budowę, rachunek zysków i strat, źródła finansowania inwestycji)
- analiza ekonomiczna (kosztów i korzyści),
- analiza wrażliwości i ryzyka,
- analiza oddziaływania na środowisko,
- analiza uwarunkowań społecznych, analiza otoczenia

Jak łatwo zauważyć, wykonanie takiego opracowania uwarunkowane jest od dostępności materiałów z których można zaczerpnąć wszystkie potrzebne informacje oraz od warunków brzegowych podanych przez Inwestora.

Pierwszym etapem opracowania będzie właśnie koncepcja zawierająca wariantowość rozwiązań, analizę uwarunkowań środowiskowych i społecznych, pomiary natężenia ruchu, które są podstawą do przyjęcia geometrii drogi i skrzyżowań, ale także do obliczenia prognoza ruchu na lata 2020, 2025, a to z kolei wpływa na porównanie kosztów budowy z możliwymi zyskami płynącym z wyprowadzenia ruchu z miasta, skrócenia czasu przejazdu, zmniejszenia wypadkowości a co za tym idzie kosztów z tym związanych. Szereg uwarunkowań z tego płynący jest znaczny i niemożliwy do skrótowego opisanie. Zatem, łatwo zauważyć, że jednym z źródeł informacji jest opracowanie koncepcyjne i studialne przygotowane i wycenione w pozycji 1 z załącznika nr 1 - załącznika G do zmiany treści SIWZ czyli w opracowaniu koncepcji . Kolejnym etapem jest pozyskanie decyzji środowiskowej, dla której niezbędne jest przygotowanie raportu oddziaływania na środowisko. W nim będzie wykonany szeroki opis uwarunkowań społecznych i środowiskowych, który także został wyceniony w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny.

Zatem większość informacji do Studium Wykonalności wynikać będzie z opracowań wykonanych, właściwie wycenionych zrealizowanych w pozycji 1 z załącznika nr 1 załącznika G do zmiany treści SIWZ i w pozycji 2 z załącznika nr 1 - załącznika G do zmiany treści SIWZ. Koszty tam poniesione dadzą bazę informacji do wykonania Studium Wykonalności i wykonawca nie będzie ponosił dodatkowych kosztów. W strukturach biura pracują zarówno kosztorysanci jak i ekonomiści, którzy są w stanie z zaczerpniętych informacji etapu I i II oraz warunków brzegowych przygotować SW.

W odpowiedzi na wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w pozycji dot. opracowania materiałów przetargowych założono kwotę 22 500,00, która ujmuje przygotowanie kosztorysów, przedmiarów robót oraz SST ale także pracę kosztorysanta i ekonomisty przy opracowaniu Studium Wykonalności. Natomiast szczegółowe rozbiecie jest niemożliwe do wykonania bo należało by to zestawić z każdym elementem opracowania, które składa się z innych elementów a te z kolei jeszcze z innych materiałów. Tak więc wyszczególnienie poszczególnych kosztów jest niemożliwe.

Zatem w świetle cytowanego wyroku KIO 486/11 , który wskazuje iż „Żądanie przez niego (zamawiającego) tak szczegółowych elementów kalkulacji i wyodrębnienie w niej takich elementów realizacji przedmiotu zamówienia, które nie są znaczące, a także ich wyodrębnienie, które może mieć jedynie charakter szacunkowy, a nawet sztuczny, było nieuzasadnione. Jeśli tego oczekiwał Zamawiający mógł być taki wymóg określić w SIWZ.”

Tak więc, w świetle powyższych okoliczności wskazać należy, iż odwołujący praktycznie nie był w stanie dokonać szczegółowego rozbicia poszczególnych elementów składowych pozycji studium wykonalności, a przyjęta przez niego cena w ofercie mogła mieć jedynie wartość szacunkową, a zamawiający nie miał prawa żądać takiego wyszczególnienia.

Odnosząc zarzutu nr 3), iż wykonawca w wyjaśnieniach dotyczących obliczenia ceny elementu przedmiotu umowy nie wyszczególnił kosztów związanych z wykonaniem dokumentacji projektu branży torowej, której realizacja jest wymagana zgodnie z wytycznymi określonymi w lit. F załącznika nr 3 do wzoru umowy, to powyższa argumentacja znów znajduje pełne uzasadnienie - znów zamawiający podnosi zarzut nie przedstawienia szczegółów dotyczących kalkulacji ceny ofertowej, których nie określił w treści SIWZ. Identycznie więc znajduje zastosowanie uzasadnienie wskazanego wyżej wyroku KIO 486/11 : „ Żądanie przez niego tak szczegółowych elementów kalkulacji i wyodrębnienie w niej takich elementów realizacji przedmiotu zamówienia, które nie są znaczące, a także ich wyodrębnienie, które może mieć jedynie charakter szacunkowy, a nawet sztuczny, było nieuzasadnione. Jeśli tego oczekiwał Zamawiający mógł być taki wymóg określić w SIWZ. Żądanie tak szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej po upływie terminu składania ofert dopiero na etapie badania i oceny ofert nie miało na celu de facto dokonanie oceny oferty wykonawcy pod kątem możliwości sfinansowania zamówienia, lecz pod kątem uściślenia sposobu realizacji zamówienia przez wykonawcę ponad wymogi SIWZ (...). Skoro tych elementów realizacji przedmiotu zamówienia Zamawiający w SIWZ nie doprecyzował, po upływie terminu składania ofert nie powinien tego czynić tym bardziej ze skutkiem negatywnym dla wykonawców. „

Na marginesie wskazać należy, iż w wycenie branży drogowej zawartej w wyjaśnieniach odwołującego ujęto także koszty związane z opracowaniami w zakresie ewentualnej przekładki linii tramwajowej, bez odrębnego ich uwidaczniania. Kwota 181 000,00 zł wskazana w wyjaśnieniach jest zdecydowanie za duża jak na opracowania tylko i wyłącznie drogowe. Do pracy nad opracowaniem opracowania drogowego (Koncepcje, Projekt Budowlany, Wykonawczy oraz Projekt Docelowej Organizacji ruchu) dla obwodnicy o długości ok. 7 km obwodnicy będzie przydzielony zespół ( 1 Projektant + 2 asystentów) przez okres ciągłej pracy ok. 6 miesięcy, wynika to z doświadczenia wykonawcy który realizował podobne usługi.

Obecne stawki na rynku, które Zamawiający także powinien znać, ponieważ jak twierdzi, dokonał rozpoznania cen rynkowych, kształtują się na poziomie:

Projektant - około 9 tyś zł

Asystent około 5 tyś zł

Jak wynika łatwego rachunku:  $6 \times 9 + 6 \times 2 \times 5 = 114$  tyś zł, czyli pozostaje ok. 67 tyś zł na wykonanie projektu branży torowej. Zaznaczyć jednak należy, iż wykonawca nie miał obowiązku

przedstawiania w zakresie wykonania dokumentacji projektowej wyszczególnienia kosztów związanych z wykonaniem dokumentacji projektu branży torowej - taki obowiązek nie wynikał ani z załącznika G do zmiany treści oferty, ani z wezwania do złożenia wyjaśnień.

Ponownie zwrócić uwagę należy na uzasadnienie powyższego wyroku KIO 486/11, w którym wskazane jest jasno, iż nawet gdyby zamawiający zawarł w wezwaniu do wyjaśnień szczegółowe zasady według których wykonawca miałby przygotować kalkulację cenową, to i tak niezachowanie ich nie jest podstawą do uznania wyjaśnień za niewiarygodne czy zaniżone. Jak wskazuje wspomniany wyżej wyrok KIO „ odnosząc się do argumentacji Zamawiającego stwierdzać należy, że podstawą do ustalenia, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną albo, że wykonawca nie przedłożył odpowiednich wyjaśnień uzasadniających swoją cenę ofertową, nie może być argument, że Odwołujący nie przygotował wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny ofertowej wprost zgodnie z wymogami Zamawiającego określonymi w wezwaniu z dnia 21 lutego 2011 r. W pierwszej kolejności stwierdzić należy, że Zamawiający szczegółów dotyczących kalkulacji ceny ofertowej nie określił w treści SIWZ. Żądanie przez niego tak szczegółowych elementów kalkulacji i wyodrębnienie w niej takich elementów realizacji przedmiotu zamówienia, które nie są znaczące, a także ich wyodrębnienie, które może mieć jedynie charakter szacunkowy, a nawet sztuczny, było nieuzasadnione. Jeśli tego oczekiwał Zamawiający mógł być taki wymóg określić w SIWZ. Żądanie tak szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej po upływie terminu składania ofert dopiero na etapie badania i oceny ofert nie miało na celu de facto dokonanie oceny oferty wykonawcy pod kątem możliwości sfinansowania zamówienia, lecz pod kątem uściślenia sposobu realizacji zamówienia przez wykonawcę ponad wymogi SIWZ (...). Skoro tych elementów realizacji przedmiotu zamówienia Zamawiający w SIWZ nie doprecyzował po upływie terminu składania ofert nie powinien tego czynić tym bardziej ze skutkiem negatywnym dla wykonawców."

Dla oceny czy wyjaśnienia wykonawcy wykazują, iż wykonawca nie przedstawił ceny rażąco niskiej są zupełnie inne kwestie, niż wskazał zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty wykonawcy. Cytując ponownie za powyższym wyrokiem KIO: „ Istotnym w sprawie jest to, że Odwołujący na wezwanie Zamawiającego przedstawił stosowną, wiarygodną kalkulację, w której zostały ujęte wszystkie elementy istotne dla ceny ofertowej, a także te, które zostały wskazane przez Zamawiającego w wezwaniu, tylko w innym, co do formy ujęciu. Należy podkreślić, że Zamawiający pod kątem weryfikacji ceny ofertowej wykonawcy, żądając od niego stosownych wyjaśnień, może opierać się na przygotowanym przez siebie wzorze kalkulacji, który może przesłać wykonawcom wraz z wezwaniem kierowanym w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Podstawą oceny, czy cena nie jest rażąco niska są jednak wyjaśnienia wykonawcy i jeśli odbiegają one od oczekiwań Zamawiającego, co do formy, czy nawet treści, która uprzednio była wskazana w SIWZ, a jednak potwierdzają, że wykonawca miał podstawy faktyczne i

prawne do obniżenia swojej ceny ofertowej, to Zamawiający nie ma uprawnień do odrzucenia takiej oferty wykonawcy."

Dodatkowo zwrócić należy wagę na to, iż podważanie przez Zamawiającego wyjaśnień w zakresie poszczególnych pozycji cenowych jest bezpodstawne, ponieważ poszczególne pozycje cenowe nie są dowodem, że oferta stanowi ofertę z rażąco niską ceną (patrz orzeczenie KIO/UZP 1055/10). Identycznie wskazuje orzeczenie KIO nr 62/11 z dnia 27.01.2011 r., w którego uzasadnieniu wskazano iż „Punktem odniesienia zatem dla ceny oferty jest przedmiot zamówienia, a więc przedmiotem analizy może być wyłącznie cena zaoferowana za wykonanie całości przedmiotu zamówienia, a nie jego poszczególnych części"

Zgodnie z przyjętą linią orzeczniczą przy ocenie tego czy oferta zawiera rażąco niską cenę należy brać pod uwagę cenę całego przedmiotu zamówienia nie zaś poszczególnych składników cen. Wskazuje na to choćby orzeczenie KIO 53/11 - wyrok z dnia 20 stycznia 2011 roku „Przechodząc do zarzutu wystąpienia ceny rażąco niskiej, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, wskazać należy, iż zgodnie z ustaloną i powszechnie akceptowaną linią orzeczniczą w przypadku ceny ryczałtowej obejmującej całość przedmiotu zamówienia jej rażąco niski charakter należy oceniać i ustalać w odniesieniu do całości ceny, a nie jej poszczególnych fragmentów. Zaniżona czy nierzetelna wycena poszczególnych części oferty nie przesądza, że cała cena ofertowa jest rażąco niska." Inne orzeczenie KIO 2745/10 - KIO 2762/10 - wyrok z dnia 7 stycznia 2011 r. wskazuje : „Oceniając tylko wybrane pozycje kosztorysu ofertowego, zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty odwołującego, bowiem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi o rażąco niskiej cenie oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś rażąco niskiej cenie pewnej części oferty. Czynność polegająca na uznaniu, że oferta odwołującego zawierała rażąco niską cenę i odrzucenie jej nie znajdowało oparcia w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Należało przyznać racje odwołującemu, iż niewątpliwie punktem odniesienia w tym przypadku jest cena oferty za cały przedmiot zamówienia. Zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające jedynie co do części oferty ograniczające się do wskazanych pozycji kosztorysu ofertowego. Oceniając zatem tylko część oferty, zamawiający nie mógł odrzucić oferty odwołującego, bowiem również art. 90 ust. 3 ustawy Pzp mówi o rażąco niskiej cenie oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś rażąco niskiej ceny pewnej części oferty. „Choćby nawet sama cena części oferty mogłaby być uznana za rażąco niską to żadną miarą w przyjętym kryterium wagowym, nie czyniła ceny całej oferty rażąco niską. Nie zachodziły zatem przesłanki do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp," tak wypowiedział się SO w Częstochowie w wyroku z dnia 21.09.2005 r., sygn. akt: VI Ca 628/05), a nadto SO w Poznaniu w wyroku z dnia 21.05.2008 r., sygn. akt: X Ga 127/08), stwierdzając, że „Istotna jest bowiem cena końcowa i ta powinna zostać oceniona pod kątem rażąco niskiej ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp" obejmując każdorazowo badanie, czy

jest ona realna." Stanowisko takie dominuje w linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej: patrz wyrok z dnia r., sygn. akt: KIO/UZP 168/09; KIO/UZP 189/09). „Izba podtrzymuje za orzecnictwem (wyrok KIO z dnia 15.10.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1055/08), że przedmiotem rażąco niskiej ceny może być tylko oferta, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Chodzi bowiem o odniesienie ceny do całego przedmiotu zamówienia nie zaś do niektórych tylko pozycji," wyrok z dnia 28.02.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 123/08). (...) „W konsekwencji Izba stwierdza, że w pełni podziela dotychczasowe stanowisko wypracowane w doktrynie i orzecnictwie, iż za cenę rażąco niską może być uznana całkowita cena ofertowa, nie zaś jej poszczególne elementy -składniki (podobnie wyrok KIO z dnia 27.07.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 878/09 oraz wyrok KIO z dnia 27.08.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1049/09, sygn. akt: KIO/UZP 1050/09, sygn. akt: KIO/UZP 1051/09, sygn. akt: KIO/UZP 1052/09. „Powyższe jest dodatkowo uzasadnione w wypadku wynagrodzenia ryczałtowego, co ma miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym." (wyrok z dnia r., sygn. Akt: KIO/UZP 1594/09).

Nie jest prawidłowy zarzut Zamawiającego, iż wyjaśnienia Wykonawcy wskazują, iż koszt dla przedmiotowego zakresu zamówienia jest kosztem zaniżonym i niewiarygodnym dla wytworzenia usługi wchodzącej w zakres zamówienia.

Co do wykazywania przez wykonawcę okoliczności mających wpływ na sprzyjające warunki wykonania, szczególną oszczędność metody, wskazówką jest orzeczenie KIO/270/11 - KIO/275/11 -wyrok z dnia 23 lutego 2011 r., w uzasadnieniu tegoż orzeczenia czytamy:

„W sprawie tej Przystępujący pismem z dnia 7 stycznia 2011 roku wyjaśnił, że cena podana w ofercie jest ceną realną, opartą na realnej kalkulacji cen i kosztów niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia. Promedicon podał również, że wysokość ceny oferty z znacznej mierze wynika z przyjętego przez spółkę założenia dotyczącego wysokości planowanego zysku spółki. Ponadto Przystępujący przedstawił szczegółowe wyjaśnienia dotyczące elementów, które miały wpływ na wysokość ceny zaproponowanej w ofercie:

1. Specyfika branży architektonicznej - wykonanie zamówienia na sporządzenie dokumentacji projektowej wymaga od wykonawcy poniesienia praktycznie wyłącznie kosztów własnych, bez konieczności ponoszenia kosztów zewnętrznych, typu zakup materiałów. Jedynie koszty funkcjonowania biura projektowego, koszty najmu, pracownicy, oprogramowanie komputerowe, itp. są wspólne dla wielu zleceń, nad którymi pracuje spółka i na nie się rozkładają.

2. Doświadczenie spółki Promedicon w zakresie sporządzania dokumentacji projektowej dla obiektów szpitalnych - spółka specjalizuje się w projektowaniu tego typu obiektów - w związku z czym posiada zaplecze niezbędne do wykonania zamówienia. Projektanci mają ogromne doświadczenie, zatem praca nad niniejszym projektem nie będzie wymagała od nich specjalnego dodatkowego przygotowania. Posiadane doświadczenie pozwoli spółce



zrealizować zamówienie w określonym terminie bez konieczności angażowania dodatkowych środków. Z uwagi na posiadane doświadczenie i kwalifikacje, wykonawca w pracy nad projektem bazował będzie na sprawdzonych rozwiązaniach i bogatym know-how.

Wielkość obiektu - spółka wykonywała obiekty o znacznie większej kubaturze (np. 120 000 m<sup>2</sup>), zatem wielkość tego projektu nie stanowi dla projektantów żadnego utrudnienia.

Spółka w niniejszym postępowaniu występuje bez konsorcjanta, co powoduje, że marża kalkulowana jest wyłącznie dla jednego podmiotu.

Ponadto Przystępujący wskazał, że zaproponowana cena pozwoli wykonawcy osiągnąć godziwy zysk."

Należy zauważyć, iż w przedmiotowej sprawie, wykonawca AUTOSTRADA II sp. z o.o. powołał się na praktycznie identyczny zakres uzasadnienia okoliczności mających wpływ na sprzyjające warunki wykonania, szczególną oszczędność metody. W swoich wyjaśnieniach wykonawca AUTOSTRADA O sp. z o.o. przedstawił dane liczbowe dotyczące kosztów wykonania poszczególnych elementów zamówienia, wskazując konkretne wyliczenia kosztotwórcze wraz z ich uzasadnieniem. Przedstawiono kalkulację ceny ofertowej opracowania map do celów projektowych, ze wskazaniem dlaczego koszty te są niższe niż gdyby wykonywały te opracowania podmioty zewnętrzne ( udział pracowników własnych). W wyjaśnieniach wskazano na konkretne oferty cenowe podmiotów wykonujących te badania, w zakresie opracowania materiałów do decyzji środowiskowych, inwentaryzacji przyrodniczej i operatu wodnoprawnego wskazano iż wykonywać je będzie konkretna osoba i wskazano koszt tych opracowań, wskazano wyliczenia kosztów opracowania dokumentacji w oparciu o wewnętrzną kalkulację biura, poziom wynagrodzeń, oraz sposób wynagradzania pracowników. Koszt wykonania dokumentacji projektowej w stadium analizy BRD, projektu wstępnego, projektu budowlano - wykonawczego, docelowej organizacji ruchu przedstawiono w formie tabeli, wykonanej w oparciu o zasady wynagradzania pracowników oraz harmonogram rzeczowy - finansowy (czasowe zaangażowanie pracowników). W zakresie dokumentacji geotechnicznej lub geologiczno - inżynierskiej wskazano podstawy kosztotwórcze, włącznie z wyliczeniem ilości otworów, która została ustalona w oparciu o Instrukcję badań podłoża gruntowego budowli drogowych i mostowych - GDDP Warszawa 1998 r.. Założono wykonanie łącznie ok. 500 mb bieżących otworów geotechnicznych po uzgodnionej jednostkowej cenie 100 zł / mb (netto) co daje kwotę ok. 50 tys zł netto. Ponadto Odwołujący przedstawił spodziewaną stopę zysku za wykonanie zamówienia.

Tak więc odwołujący wykazał w sposób dostateczny i wystarczający, iż nie istnieją podstawy do uznania iż złożona przez niego oferta zawiera rażąco niską cenę. Przeciwnie, wskazane wyżej okoliczności i dane podane w wyjaśnieniach nie pozwalają na uznanie, iż jakkolwiek z

elementów ceny podanych przez odwołującego jest obliczany po stawce nierynkowej, zaniżonej lub nierealnej.

Jak wskazuje orzeczenie KIO 476/11 z dnia 22 marca 2011 r. : „Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę należy uznać za wystarczające, jeśli pozwalają zamawiającemu na dokonanie ich oceny, gdy zaś są na tyle skąpe, iż dokonanie rozstrzygnięcia w przedmiocie rażąco niskiej ceny nie jest możliwe, dają podstawy do stwierdzenia rażąco niskiej ceny. Wiedza, doświadczenie i zdrowy rozsądek zamawiającego stanowią podstawę weryfikacji tychże wyjaśnień. Jeśli więc wykonawca wskazuje na elementy cenotwórcze, określa ich koszt i podaje źródło tego kosztu, to tak wyspecyfikowane elementy można i należy ocenić w oparciu o przesłanki wskazywane wyżej, tj. czy są to elementy w sposób istotny wpływające na cenę oferty oraz, czy ich wycena jest realna, znajduje oparcie w warunkach rynkowych.”

Dalej w uzasadnieniu tego wyroku wskazane jest iż „Podkreślenia wymaga, iż postępowanie wyjaśniające absolutnie nie może prowadzić, jak chciałby tego Odwołujący, do zaznajomienia Zamawiającego („„) ze strategią budowania ceny oferty... Tak więc tym bardziej nieuzasadnione są podstawy do odrzucenia oferty odwołującego oparte na braku wykazania przez odwołującego szczegółowej kalkulacji każdego z elementów oferty i to w dodatku na rozbieżności najdrobniejsze elementy cenotwórcze.

### **sygn. akt KIO 2573/11**

W odwołaniu Kontrakt zarzucono zamawiającemu naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Pzp oraz wniesiono o:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
3. wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, iż czynność odrzucenia oferty odwołującego podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy jako zawierającą rażąco niską cenę, zamawiający podjął w wyniku przyjęcia, iż koszt opracowania dokumentacji nie może być mniejszy niż 50% wartości realizacji zamówienia, tj. od kwoty 1165 490,19 zł brutto. Wobec ofert, których ceny były niższe od wyznaczonej w ten sposób granicy, a więc także wobec oferty Odwołującego, Zamawiający zastosował procedurę określoną w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Odwołujący złożył w wyznaczonym terminie stosowne wyjaśnienia dotyczące

elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wyjaśnienia te nie zostały jednak przyjęte, w konsekwencji czego oferta Odwołującego została odrzucona.

Jako przyczyny nieprzyjęcia wyjaśnień Odwołującego i tym samym przyczyny odrzucenia jego oferty Zamawiający podał następujące okoliczności: Przedstawiona przez Wykonawcę kalkulacja jest niepełna i nie obejmuje pełnych kosztów wykonania całego zamówienia. Mianowicie:

- Wykonawca w wyjaśnieniach dotyczących ceny elementu przedmiotu zamówienia nie wyszczególnił kosztów wykonania opracowania studialnego, o którym mowa w §2 ust. 2 pkt 1 wzoru umowy. Cena za wykonanie w/w opracowania ujęta powinna zostać w pkt 1 ppkt 1 złożonej Oferty.
- Wykonawca w wyjaśnieniach dotyczących obliczenia ceny elementu przedmiotu umowy nie wyszczególnił kosztów związanych z wykonaniem dokumentów ewidencji gruntów, o których mowa w §1 ust. 8 pkt 9 umowy. Cena za wykonanie w/w opracowania ujęta powinna zostać w pkt 1 ppkt 4 złożonej Oferty.

Wg Zamawiającego przedstawiony w ofercie Odwołującego koszt wykonania przedmiotowego zamówienia jest kosztem zaniżonym i niewiarygodnym dla wytworzenia usługi wchodzącej w zakres zamówienia.

Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia rażąco niskiej ceny, podobnie zresztą jak przepisy dyrektywy Unii Europejskiej oraz orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. W doktrynie przyjęto się, co wskazuje także opinia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych ([www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)), iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości. Natomiast podstawą do uzyskiwania wyjaśnień, czy cena oferty nie jest rażąco niska może być duża różnica pomiędzy tą ceną a wartością zamówienia określoną przez zamawiającego lub znacząca różnica pomiędzy tą ceną a średnią ceną grupy ofert złożonych w danym postępowaniu. Powyższe stanowi jedynie wskazówkę dla zamawiającego, gdyż nie istnieją stałe wartości, określające poziom różnicy, który pozwala na stwierdzenie, czy istnieje podejrzenie rażąco niskiej ceny. Co więcej niedopuszczalne jest, aby cenę uznać za rażąco niską kierując się tylko i wyłącznie różnicą pomiędzy jej wysokością a wysokością średniej ceny wszystkich złożonych ofert lub kwotą szacunkowej wartości zamówienia, na co wskazuje

orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/88 (Constanzo).

W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający nie odrzucił co prawda oferty Odwołującego bez badania, czy cena oferty jest rzetelna, jednak zarówno podstawy do przeprowadzenia tego badania jak i samo badanie zostały przyjęte i przeprowadzone wadliwie i skutkują nieuprawnionym uznaniem, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Wskazać należy, iż ceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu rozkładały się równomiernie, w przedziale od kwoty 447 320,25 zł do kwoty 2 952,00 zł. (a dokładnie: 447 320,25 zł; 469 860,00 zł; 793 350,00 zł; 958 170,00 zł; 1 073 298,00 zł; 1 463 700,00 zł; 1498 035,45 zł; 1 838 850,00 zł; 2 209 695,00 zł; 2 287 800,00 zł; 2 398 500,00 zł; 2 952 000,00 zł). Oszacowana przez Zamawiającego wartość zamówienia brutto wyniosła natomiast 2 330 980,38 zł, a więc uplasowała się w górnej granicy zaoferowanych cen (zaledwie 2 na 12 zaoferowanych cen przewyższyło tak przyjętą wartość). Trudno więc wskazać grupę ofert o zbliżonych cenach, których średnia znacząco różniłaby się od ceny oferty Odwołującego. Za podstawę do wyznaczenia ofert o podejrzenie niskiej ceny Zamawiający przyjął tylko jeden czynnik, a mianowicie ustaloną przez siebie wartość zamówienia. Dodatkowo przyjął sztywną granicę 50% tej wartości i badał kalkulację złożonych ofert, których cena była poniżej tej granicy. Powyższe działanie jest wysoce wątpliwe, zważywszy, że w odniesieniu do szacowania wartości na prace projektowe funkcjonują jedynie bardzo ogólne wskaźniki. Zawarte są one w załączniku do rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. iv sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz.U. z 2004 r., Nr 130, poz. 1389). Wskaźnik procentowy obowiązujący dla ustalenia wartości przedmiotowej dokumentacji określony został w pkt 2. Wskaźniki procentowe kosztów dokumentacji projektowej w kosztach robót budowlano-montażowych dla inwestycji liniowych, Tabela B Wskaźniki dla budownictwa drogowego powołanego załącznika i dla dróg klasy G i niższych klas wynosi od 2,5% do 4,0%. Powyższe powoduje, że szacowanie wartości prac projektowych na tej podstawie jest obarczone dużym błędem, zważywszy także, że na etapie szacowania koszty robót nie są jeszcze znane (doprecyzowują się dopiero na podstawie sporządzonej dokumentacji projektowej). Także porównanie ustalonej przez Zamawiającego wartości zamówienia do wartości cen rynkowych podobnych zamówień nie potwierdza miarodajności tej wartości. Dla przykładu wskazać można, iż w ostatnim miesiącu Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad (dalej: „GDDKiA”) organizowała w północnej Polsce 2 przetargi na sporządzenie dokumentacji projektowej dwóch obwodnic, tj. obwodnicy Wałcza i obwodnicy Koszalina. Na zaprojektowanie obwodnicy Wałcza,

której długość jest 3 razy dłuższa niż obwodnica będąca przedmiotem prowadzonego Postępowania, i wynosi ok. 17 km a jej zakres obejmuje także 4 węzły i 26 obiektów mostowych, GDDKiA przeznaczyła 2 800 000 zł (brutto) czyli zaledwie 500 000 zł więcej niż Zamawiający. Natomiast na zaprojektowanie obwodnicy Koszalina, która ma mieć 21 km, być drogą klasy S (trasa szybkiego ruchu) i również ma obejmować 4 węzły i 26 obiektów mostowych, GDDKiA przewidziała na realizację zamówienia 3 500 000 zł (brutto). Na tle tych danych, wycenienie przez Zamawiającego na kwotę 2 330 980,38 zł opracowania dokumentacji projektowej obwodnicy o długości ok. 5,5 km klasy G, która to dokumentacja ma obejmować zaledwie 2 niewielkie obiekty mostowe, w sposób oczywisty jest zawyżone. Nie może więc stanowić miarodajnego odniesienia do ustalenia rażąco niskiej ceny, zważywszy, że jest jedynym odniesieniem.

Mimo wątpliwych podstaw do uznania, iż cena Odwołującego może mieć rażąco niską wartość, Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W odpowiedzi otrzymał pismo Odwołującego, w którym przedstawiony został sposób kalkulacji ceny oferty. Podstawą tej kalkulacji była średnia wartość zaprojektowania 1 km drogi wyliczona na podstawie 3 podobnych zadań zrealizowanych z powodzeniem przez Odwołującego w 2010 r. (2 zadania) oraz wiosną 2008 r. (1 zadanie). Średnia ta posłużyła Odwołującemu do wyliczenia minimalnej ceny za wykonanie przedmiotowego zamówienia. Następnie do tak wyliczonej ceny minimalnej Odwołujący doliczył kwotę obejmującą wszelkie koszty, które będą niezbędne do realizacji dokumentacji projektowej budowy Wschodniej Obwodnicy miasta Elbląga a nie uwzględnione w cenach zadań służących do wyliczenia przyjętej średniej wartości. Koszty te to: koszt nadzoru autorskiego, koszty projektu na przebudowę torowiska tramwajowego, koszty projektu kanałów technologicznych i innych prac nie objętych zrealizowanymi 3 zadaniami a także rezerwa na prace nieprzewidziane i zysk firmy. Odwołujący wskazał także rozbiecie tej ceny na poszczególne 7 elementów przedmiotu zamówienia wyszczególnionych w Formularzu Oferty. Ponadto Odwołujący wskazał składowe tych elementów przedmiotu zamówienia wraz z ich wartościami. W szczególności Odwołujący przedstawił dalsze rozbiecie elementów ceny wymienionych w ppkt 1 i ppkt 7 punktu 1 Formularza Oferty, które obejmują wykonanie koncepcji rozwiązań projektowych oraz wykonanie opracowania studialnego. Odwołujący wskazał, iż łącznie na prace koncepcyjne wyszczególnione w powołanych podpunktach (a do takich zalicza się także wykonanie opracowania studialnego) przewidział 160 000 zł netto. Wartość pozostałych składowych tych elementów ceny oferty (rozpoznanie geologiczne oraz mapy do celów informacyjnych i projektowych) wycenione odpowiednio na 5 000 zł netto i 35 000 zł netto, dają łącznie kwotę 200 000 zł netto czyli dokładnie tyle, ile łączna wartość ppk 1 i ppkt 7 punktu 1 Oferty (150 000

zł netto i 50 000 zł netto). Zupełnie niezrozumiałą jest więc zarzut Zamawiającego, który jako podstawę nieprzyjęcia wyjaśnień Odwołującego podał, iż wśród składowych tych elementów ceny oferty nie ujęto opracowania studialnego. Wykonanie opracowania studialnego tak jak i wykonanie koncepcji rozwiązań projektowych obejmuje wspólne określenie „prace koncepcyjne”. Także wartość przypisana na prace koncepcyjne jednoznacznie dowodzi, iż obejmuje ona także wartość sporządzenia opracowania studialnego. Wobec takiego stanu faktycznego, można co najwyżej stwierdzić, iż Odwołujący w przedstawionych wyjaśnieniach nie wyodrębnił wartości za opracowanie studialne. Wartość ta zostałaby wyodrębniona, gdyby z wezwania Zamawiającego wynikało, do jakiego zakresu rzeczowego Odwołujący zobowiązany jest określić ceny poszczególnych pozycji Formularza Oferty. W żadnym wypadku nie można stwierdzić, iż cena oferty nie obejmuje wartości tego opracowania, tym samym jest cena zaniżona. A tak właśnie uznał Zamawiający. Podkreślenia wymaga, że treść ppkt 1 w pkt 1 Formularza Oferty wyraźnie wskazuje, że jego zakres obejmuje zarówno opracowanie koncepcji jak i wykonanie opracowania studialnego.

Analogicznie należy odnieść się do ostatniego zarzutu Zamawiającego, który stał się podstawą uznania ceny Odwołującego za rażąco niską. Zamawiający odwołując się do zapisów Wzoru umowy stwierdził, iż Odwołujący nie wyszczególnił kosztów związanych z wykonaniem dokumentów ewidencji gruntów, o których mowa w §1 ust. 8 pkt 9 umowy. Cena za wykonanie w/w opracowania ujęta powinna zostać w pkt 1 ppkt 4 złożonej oferty. Niezrozumiałym jest, dlaczego Zamawiający brak wyszczególnienia tego kosztu (podobnie jak w przypadku opracowania studialnego) uznaje jednoznacznie za jego nieujęcie w cenie oferty. Faktem jest, że Zamawiający prosił o rozbicie poszczególnych elementów ceny oferty. W wezwaniu nie przedstawił jednak w jakim konkretnie rozbiciu oczekiwał przedstawienia wyodrębnionych w Formularzu Oferty elementów ceny. Stwierdził jedynie, że cena musi uwzględniać m.in. uzyskanie wymaganych obowiązujących przepisami dokumentów, uzgodnień, opinii, zezwoleń, skompletowanie materiałów wyjściowych, sporządzenie niezbędnych badań i pomiarów itp. O tym, że cena oferty uwzględnia te elementy świadczy sama oferta, w której przy każdej pozycji cenowej wskazany jest odpowiedni paragraf Wzoru umowy, jak i dalsze rozbicie tych pozycji podane w wyjaśnieniach. W tym kontekście niezrozumiałym jest dlaczego akurat wyszczególnienia ceny za wykonanie dokumentów ewidencji gruntów brakuje Zamawiającemu, skoro powołany paragraf Wzoru umowy wyszczególnia jeszcze inne składowe składające się na cenę oferty, m.in. sporządzenie informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia czy też sporządzenie kosztorysów inwestorskich. Jeśli uznał, że wycena tych ostatnich opracowań została ujęta w przedstawionym wyszczególnieniu, dlaczego nie uznał, że także wykonanie dokumentów ewidencji gruntów jest opracowaniem ujętym w kwocie 215 000 zł przypisanej w

wyjaśnieniu pracom projektowym? Gdyż faktycznie w tej kwocie przewidziano ten konkretny koszt.

Niezrozumiałe dla Odwołującego było także, stwierdzenie odrębnie wskazane jako pierwszy zarzut Zamawiającego, iż Przedstawiona przez Wykonawcę kalkulacja jest niepełna i nie obejmuje pełnych kosztów wykonania całego zamówienia. Odwołujący nie wie, jakie jeszcze elementy przedmiotu zamówienia zdaniem Zamawiającego nie zostały ujęte w wycenie.

Podkreślić należy, iż skoro podstawą do skalkulowania ceny oferty była cena kompleksowego zaprojektowania lkm drogi na podstawie wykonanych i odebranych zadań Odwołującego, to cena ta zawiera wycenę wszystkich prac niezbędnych do wykonania zadania (także opracowania studialne i opracowania geodezyjne - wykonanie dokumentów ewidencji gruntów). Odwołujący wyraźnie stwierdził, że cenę tę skrupulatnie powiększył o koszt elementów wykraczających poza zakres zrealizowanych prac. Powyższe dobitnie dowodzi, iż zaoferowana cena jest realna i zawiera wycenę wszelkich kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia.

Dobitnie stwierdzić należy, iż Zamawiający może co najwyżej wskazać, iż wyjaśnienia Odwołującego w zakresie kalkulacji ceny, nie zostały przedstawione z taką szczegółowością, jakiej się spodziewał. W żaden sposób uzyskane wyjaśnienia nie dowodzą, iż wartość oferty Odwołującego jest kosztem zaniżonym i niewiarygodnym. Zgodnie zaś z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający ma prawo odrzucić ofertę jako zawierającą rażąco niską cenę tylko wtedy, gdy wykonawca nie złożył wyjaśnień, lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Uznać więc należy, że odrzucenie oferty Odwołującego z Postępowania było całkowicie bezpodstawne.

### **sygn. akt KIO 2578/11**

Odwołujący Egis zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,
2. art. 6 k.c. w zw. z art. 14 k.c. i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w sytuacji, gdy Zamawiający nie udowodnił, iż cena Odwołującego ma charakter nierynkowy i nie pozwala na wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób prawidłowy,

3. art. 90 ust. 1 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, gdy Zamawiający miał możliwości usunąć swoje wątpliwości co do sposobu skalkulowania ceny ofertowej w drodze kolejnego wezwania do złożenia wyjaśnień skierowanego do Odwołującego,
4. art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp i art. 92 ust. 1 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z postępowania w sytuacji, gdy Zamawiający w zawiadomieniu o rozstrzygnięciu postępowania nie wskazał żadnej podstawy prawnej do wykluczenia Odwołującego z postępowania, a z informacji tej wynika, iż jedyną przesłanką do wyeliminowania Odwołującego z postępowania było to, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
5. art. 7 ust. 1 Pzp i art. 90 ust. 1 Pzp poprzez dowolne określenie kręgu wykonawców, do których zostało skierowane wezwanie do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, a nadto niezasadne przyjęcie, iż za cenę zaoferowaną przez Odwołującego nie da się wykonać przedmiotu zamówienia i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, którego oferta była droższa niż oferta Odwołującego przy cenie jako jedynym kryterium oceny ofert, co narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego; oraz
3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz
4. nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny i badania oferty, a następnie wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, iż pismem z dnia 3 października 2011 r. Odwołujący został wezwany przez Zamawiającego do złożenia, w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez niego ceny. W wezwaniu tym Zamawiający wskazał, iż „wyjaśnienia powinny zawierać sposób, w jaki Wykonawca skalkulował koszty wykonania każdego z w/w elementów oferty oraz przedstawiać czynniki i okoliczności mające wpływ na ustalenie ceny oferty (...). Wykonawca powinien udowodnić, że cena za wykonanie każdego z elementów składowych wycenianego przedmiotu oferty uwzględnia przeprowadzenie wszystkich niezbędnych czynności i realizację elementów składowych wycenianego przedmiotu oferty koniecznych do jego kompletnego wykonania zgodnie z warunkami, wytycznymi i opisem zawartym w SIWZ



W wykonaniu przedmiotowego wezwania, Odwołujący pismem z dnia 10 października 2011 r. złożył wyjaśnienia zawierające zarówno informację o sposobie skalkulowania ceny oferty, jak i wskazujące na obiektywne okoliczności pozwalające mu zaoferowanie ceny na takim poziomie.

Pismem przesłanym Odwołującemu faksem w dniu 23 listopada 2011r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze w niniejszym postępowaniu jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Biuro Projektów Budownictwa Komunalnego S.A. w Gdańsku, 80-237 Gdańsk, ul. Jana Uphagena 27. Oferta Odwołującego, jak wynika z przedmiotowego pisma, została odrzucona, a Odwołujący został wykluczony z postępowania. Przedmiotowe pismo nie zawiera w zasadzie żadnego uzasadnienia, jak i nawet podstawy prawnej, do wykluczenia Odwołującego z postępowania. Natomiast z jego uzasadnienia wynika wprost, iż przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego było stwierdzenie przez Zamawiającego, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nadto w ocenie Zamawiającego: kalkulacja złożona przez Odwołującego w wyjaśnieniach z dnia 10 października 2011r. jest niepełna i nie obejmuje pełnych kosztów wykonania całego zakresu zamówienia. Mianowicie:

- Odwołujący w wyjaśnieniach tych nie wyszczególnił kosztów wykonania opracowania studialnego, o którym mowa w § 2 ust. 2 pkt 1 wzoru umowy, a którego koszt powinien być ujęty w pkt 1.1. oferty,
- Odwołujący w wyjaśnieniach tych nie wyszczególnił także kosztów związanych z wykonaniem dokumentów ewidencji gruntów, o których mowa w § 1 ust. 8 pkt 9 umowy, a którego koszt powinien być ujęty w pkt 1.4 oferty.

Odnosząc się do podstaw odrzucenia jego oferty Odwołujący w pierwszej kolejności zauważył, iż Zamawiający nie wskazał jako podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego przepisu art. 90 ust. 3 Pzp, a co za tym idzie ocenił on, iż Odwołujący złożył wyjaśnienia i to wyjaśnienia wystarczające do dokonania oceny jego ceny ofertowej pod kątem rażąco niskiego charakteru.

Przyczyną przyjęcia przez Zamawiającego, iż cena Odwołującego jest rażąco niska, co również wynika z informacji rozstrzygnięciu postępowania, było wyłącznie to, że w wyjaśnieniach Odwołujący przedstawił niepełną kalkulację kosztów wykonania zamówienia, w tym nie wyszczególnił kosztów związanych z wykonaniem opracowania studialnego i wykonaniem dokumentów ewidencji gruntów. Zarzuty te są niezasadne. I tak.

Zgodnie z wzorem umowy - § 2 ust. 2 pkt 1 - na wynagrodzenie umowne składa się m. in. kwota za opracowanie co najmniej trzech koncepcji, o których mowa § 1 ust. 5 pkt 1 umowy, wraz z uzyskaniem opinii audytora brd oraz za wykonanie opracowania studialnego, o których mowa § 1 ust. 5 pkt 2 umowy. W § 1 ust. 5 pkt 2 umowy mowa jest natomiast o sporządzeniu opracowania studialnego zawierającego analizę wpływu realizacji Obwodnicy Wschodnie) na

istniejący układ komunikacyjny miasta Elbląga oraz skutków jej oddziaływania oraz skutków jej oddziaływania w obrębie połączenia drogowego Węzła - Elbląg Wschód przy uwzględnieniu poszczególnych wariantów koncepcji rozwiązań projektowych. Cena za wykonanie przedmiotowego opracowania studialnego miała zostać doliczona do pierwszej pozycji formularza ofertowego.

Odwołujący w pierwszej pozycji formularza ofertowego wpisał cenę 52.000 zł, w swoich wyjaśnieniach natomiast doprecyzował, że na cenę tą składa się m. in. koszt prac związanych ze sporządzeniem opracowania studialnego (nazwa opracowania została zacytowana w pkt I wyjaśnień -str. 2 pisma wprost z zapisów wzoru umowy) tj. 1.166 j.n.p.x 12 PLN/j.n.p.= 14.000 PLN. Odwołujący podał więc w swoich wyjaśnieniach, jaki jest założony przez niego koszt wykonania spornego opracowania studialnego, a nadto wskazał, w jaki sposób koszt ten został wyliczony. Jednocześnie wskazał on, że przyjął do wyliczeń stawkę jednostkową 12 PLN kierując się Środowiskowymi Zasadami Wyceny Prac Projektowych przy obowiązującej w 2011 r. stawce za 1 jednostkę nakładu prac projektowych w kwocie 1 j.n.p.=18,20 PLN, przy czym tak określoną stawkę pomniejszył o 35% upust. W innym miejscu wyjaśnień Odwołujący wskazał, iż mógł on zmniejszyć koszty tego projektu (dać upust) ponieważ na chwilę kalkulowania ceny wszyscy eksperci niezbędni do wykonania przedmiotu umowy byli u niego zatrudnieni, a z uwagi na to, iż zakres zleconych prac pozwalałby poszczególnym ekspertom na pracę także przy innych projektach, koszt ich zatrudnienia (największy element kosztotwórczy przy tego typu projektach) rozkładałby się na kilka umów.

Natomiast odnosząc się do kosztów wykonania tzw. dokumentów ewidencji gruntów, wskazać należy, iż zwyczajowo zawierają się w kosztach związanych z opracowaniem mapy do celów projektowych (uwzględnione w pkt. 1.4 oferty i w pkt. V.a wyjaśnień) oraz materiałach do uzyskania decyzji środowiskowej, gdzie kopia mapy ewidencyjnej i wypisy z ewidencji gruntów stanowią załączniki do tych materiałów (koszty uwzględnione w pkt. 1.2 oferty i III wyjaśnień EGIS Poland Sp. z o.o.). Ponadto koszty opracowania map podziałów nieruchomości, które również można potraktować jako tzw. dokumenty ewidencji gruntów, zostały uwzględnione w pkt. 1.4 oferty i pkt. V i wyjaśnień Egis Poland Sp. z o.o. Tak więc tzw. dokumenty ewidencji gruntów, w tym wykaz zmian gruntowych, operaty z wykonanych robót geodezyjnych i wersję numeryczną, Odwołujący zawarł podając w pkt V swoich wyjaśnień kalkulację pozycji piątej formularza ofertowego (kwoty 550.000 PLN) koszt związany z dokumentacją ewidencji gruntów ujął w punkcie a), a także w pkt. i) oraz k). Dokumentacja ta wytwarzana jest bowiem w praktyce łącznie z mapami dla celów projektowych i dokumentacją dotyczącą podziałów nieruchomości - prace, o których mowa stanowią pewien ciąg logiczno -funkcjonalny: wpierw analizuje się stan zastany, następnie opracowuje się koncepcje podziałów nieruchomości, potem projekt podziałów, następnie zaś operaty z wykonanych prac geodezyjnych i wykazy zmian

gruntowych. Dopiero wykonanie tych ostatnich czynności zamyka etap określony w wyjaśnieniach Odwołującego jako „projekty podziałów nieruchomości”. Koszty wykonania dokumentacji ewidencji gruntów zostały więc uwzględnione w kwocie 30.000 PLN podanej w pkt V lit. a) oraz 63.300 PLN podanej w pkt V lit. i oraz 55.000 PLN w punkcie V lit. k wyjaśnień Odwołującego oraz w ofercie podwykonawcy załączonej do tych wyjaśnień.

Mając na uwadze powyższe, nie sposób przyjąć, iż kalkulacje przedstawione przez Odwołującego w jego wyjaśnieniach są niepełne, tj. nie uwzględniają kosztów wykonania wszystkich prac składających się na przedmiot umowy. Podkreślenia wymaga także, iż Zamawiający nie narzucił wykonawcom na etapie wzywania ich do złożenia wyjaśnień sposobu dokonania kalkulacji poszczególnych elementów cenotwórczych, a co za tym idzie Odwołujący miał swobodę co do sposobu przedstawienia tej kalkulacji, w szczególności mógł pogrupować pewne koszty, jeżeli uznawał, że są to koszty podobne. W konsekwencji, Zamawiający nie może obarczać wykonawcy negatywnymi konsekwencjami w postaci odrzucenia oferty, skoro nie sprecyzował stopnia szczegółowości wyjaśnień, jakich oczekuje (tak w wyroku z dnia 09.12.2010 r. Sąd Okręgowy w Olsztynie V Wydział Gospodarczy, sygn. akt V Ga 122/10).

Skoro więc w świetle powyższych wywodów wyjaśnienia Odwołującego zawierały wymagane przez Zamawiającego elementy, to zarzut rażąco niskiej ceny uznać należy za chybiony. Zamawiający w rozstrzygnięciu postępowania nie wskazał bowiem, poza zarzutem niepełności kalkulacji zawartych w wyjaśnieniach, żadnych argumentów na potwierdzenie, że cena ofertowa Odwołującego jest rażąco niska, w szczególności zaś nie przedstawił on na tą okoliczność żadnych dowodów.

W tym miejscu przypomnieć należy, iż chociaż pojęcie „rażąco niskiej ceny” nie zostało zdefiniowane w przepisach Pzp, przyjmuje się, iż „mając na względzie cel przedmiotowej regulacji (regulacji dotyczącej „rażąco niskiej ceny” - przypis autora) wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlane/” (<http://www.uzp.gov.pl/cmsws/paae/?D;674;razaconiska.cena.html>), również wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach w z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07). Zacytowana definicja „rażąco niskiej ceny” pochodząca z opinii prawnej zamieszczonej na stronach Urzędu Zamówień Publicznych, wielokrotnie powtarzana w orzecznictwie i literaturze przedmiotu, potwierdza, iż cena zaoferowana przez Odwołującego nie ma takiego charakteru. Cena Odwołującego nie odbiega w sposób istotny od cen zaoferowanych w niniejszym postępowaniu, które w świetle orzecznictwa KIO stanowią ceny rynkowe dla danego zamówienia (tak np. KIO w wyroku z dnia 2 sierpnia 2010r., sygn. akt KIO 1515/10, zob. też

wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 24 marca 2005r., sygn. akt II Ca 425/05), nie jest także ceną najniższą spośród , zaoferowanych cen. Wyjaśnienia przedstawione przez Odwołującego potwierdziły natomiast, iż cena ta została skalkulowana w sposób rzetelny, oparty na analizach rynku i ofertach podwykonawców, a nadto cena ta uwzględnia wszelkie wymogi SIWZ.

W uzasadnieniu powołanego powyżej orzeczenia Sądu Okręgowego w Lublinie, Sąd przypomniał również o innej istotnej w świetle niniejszej sprawy kwestii, a mianowicie o kwestii rozkładu ciężaru, uznając, iż „rażąco niska cena” oferty podlegającej odrzuceniu musi zostać wykazana w postępowaniu. Ciężar ten zgodnie z obowiązującymi zasadami (art. 6 k.c. w zw. z art. 14 Pzp) spoczywa na Zamawiającym, bowiem to on, powołując się na tę okoliczność, odrzuca ofertę wykonawcy. To Zamawiający, odrzucając ofertę Odwołującego w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, winien był wykazać że: dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień złożonych przez Odwołującego jest prawidłowa (tak np. wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2008r., KIO/UZP 1443/08), oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, tj. że cena Skarżącego jest ceną nierynkową.

Podobne stanowisko co do definicji pojęcia « rażąco niska cena » i konieczności udowodnienia tej okoliczności przez Zamawiającego, zawarte jest w szeregu orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, np.

W wyroku z dnia 14 maja 2010r., sygn. akt KIO 693/10, «Izba zauważyła ponadto, że cena rażąco niska to cena nierealna, co w tym przypadku nie zostało przez Zamawiającego udowodnione. Izba podziela pogląd wynikający z orzecznictwa, że nie tylko same uwarunkowania gospodarcze dla danego rynku decydują o kalkulacji kosztów realizacji usługi, ale przede wszystkim kondycja poszczególnych przedsiębiorców ma decydujące znaczenie dla kalkulacji poziomu kosztów i zysku zakładanych przez poszczególnych wykonawców. Samo stwierdzenie różnic pomiędzy składanymi ofertami jest naturalnym objawem konkurencji i nie jest wystarczające dla wykazania rażąco niskiej ceny. Nawet okoliczność założenia zbyt niskiego poziomu zysku czy też przyjęcie zerowej stawki dla jakiegoś elementu kosztu nie dowodzi przyjęcia ceny poniżej kosztów realizacji usługi.»

Natomiast w wyroku z 10 grudnia 2010r., sygn. akt KIO 1718/09, można znaleźć następujące twierdzenie: „Odnośnie rozkładu ciężaru dowodu w zakresie wykazania, czy cena jest rażąco niska, skład orzekający zauważył, że Zamawiający w zasadzie w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego nie odniósł się do złożonych przez niego wyjaśnień, a jedynie dokonał analizy treści wyjaśnień w kontekście sporządzonej przez siebie kalkulacji. Należy przy tym zauważyć, że Zamawiający wzywając do składania wyjaśnień nie sprecyzował stopnia szczegółowości wyjaśnień, jakich oczekuje. Złożone wyjaśnienia, w których wykonawca

wskazał podstawowe wielkości stanowiące podstawę kalkulowania ceny oferty, tj. koszt osobowe, rzeczowe i przewidywany poziom zysku, stanowią w ocenie Izby wyjaśnienie w rozumieniu przepisu art. 90 ust. 1 i 2 ustawy. Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego nie podważył w całości kalkulacji przedstawionej przez Odwołującego, lecz stwierdził, że składowa kalkulacji określająca koszty specjalistów technicznych, oszacowana na kwotę 204.00 zł, jest zaniżona i nosi znamiona rażąco niskiej. W istocie jednak nie wykazał, że niewiarygodna jest cena oferty. W takim stanie rzeczy nie ma podstaw, aby cenę Odwołującego - zgodnie z przedstawioną przez niego kalkulacją - uznać za rażąco niską, a w rozumieniu orzecznictwa - cenę nierealną, poniżej kosztów. Sama okoliczność, iż cena oferty Odwołującego odbiega od innych cen w postępowaniu, jak już wyżej zostało podane, nie uzasadnia stwierdzenia, że jest ona rażąco niska."

W tym miejscu zauważyć należy, iż w powołanym powyżej wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 09.12.2010 r. stwierdza się, iż « nawet jeśli wyjaśnienia wykonawcy nie pozwalały na rozwiązanie wątpliwości zamawiającego to brak było przeszkód do ponownego wezwania wykonawcy do ich złożenia, » Odwołujący z daleko posuniętej ostrożności wskazuje więc, iż nawet w razie przyjęcia, że jego wyjaśnienia były niejednoznaczne, Zamawiający dysponował środkami do uzyskania potrzebnych mu informacji, z których powinno być skorzystać przed odrzuceniem oferty.

Na marginesie powyższych wywodów należy zwrócić uwagę na jeszcze jeden aspekt niniejszej sprawy. Z informacji zawartej w ogłoszeniu o zamówieniu wynikało, iż szacunkowa wartość zamówienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania wynosi 2 439 024,39 PLN netto, tj. 3 mln PLN brutto. Po otwarciu ofert złożonych w niniejszym postępowaniu, okazało się, że spośród 12 złożonych ofert jedynie cena jednego z wykonawców była zbliżona do 3 mln złotych. Pozostałe ceny były dużo niższe, przy czym najniższa z cen wyniosła 447.320,25 zł. Zamawiający skierował natomiast wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp jedynie do pierwszych pięciu wykonawców wyjaśniając w uzasadnieniu swojego rozstrzygnięcia postępowania, iż wobec wyłączenia na etapie postępowania z przedmiotu zamówienia pewnych zadań, rzeczywista, szacunkowa wartość zamówienia spadła do 1.895.106,00 zł netto, tj. 2.330.980,00 zł brutto. W konsekwencji Zamawiający skierował wezwanie, o którym mowa, wyłącznie do tych wykonawców, których cena ofertowa była mniejsza niż 50% nowej wartości szacunkowej zamówienia. W ocenie Odwołującego, argumentacja Zamawiającego w tym zakresie jest sprzeczna, a sam Zamawiający niezasadnie zaniechał wezwania do złożenia wyjaśnień wykonawcy z pozycji 6 i 7 rankingu otwarcia ofert. Zamawiający bowiem jeszcze na otwarciu ofert wskazywał, iż kwota jaką zamierza przeznaczyć na zrealizowanie zamówienia to 3 mln zł, a co za tym idzie pomimo ograniczenia przedmiotu zamówienia nie ograniczył on swojego budżetu na niniejsze zamówienie i nadal szacował on, iż koszt wykonania zamówienia

może sięgnąć tej kwoty. W konsekwencji wątpliwości co prawidłowości sposobu wyliczenia ceny ofertowej winny budzić także oferty nr 6 i 7, które stanowiły mniej niż połowę budżetu Zamawiającego.

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron i przystępujących, Izba ustaliła, co następuje.**

Stan faktyczny sprawy został zgodnie z rzeczywistością przedstawiony w treści odwołań, co zostało zreferowane powyżej. Jedynie dla rekapitulacji i uporządkowania Izba wskazuje, iż przedmiot niniejszego zamówienia opisany został w rozdz. III specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) oraz w szczegółach w załączniku nr 3 do siwz – Wzór umowy wraz z załącznikami.

W rozdz. X pkt 5 lit a wymagano złożenia oferty według wzoru załącznika nr 1 do siwz - „Oferta”, gdzie w pkt 1 wymagano podania ceny ofertowej za całość przedmiotu zamówienia, a następnie rozbicia jej w poszczególnych podpunktach punktu 1 formularza ofertowego, na wskazane tam części, opisując te części za pomocą odesłania do odpowiednich postanowień z załącznika nr 3 do siwz, których dana wycena miała dotyczyć i których zakres w treści zał. nr 3 został dokładnie opisany.

Rozkład cen ofert złożonych w postępowaniu podano w odwołaniu Kontrakt. Były to odpowiednio: 447 320, 25 zł; 469 860,00 zł; 793 350,00 zł (Kontrakt); 958 170,00 zł (Egis); 1 073 298,00 zł (Autostrada II); 1 463 700,00 zł; 1498 035,45 zł; 1 838 850,00 zł; 2 209 695,00 zł; 2 287 800,00 zł; 2 398 500,00 zł; 2 952 000,00 zł

W dniu 03.10.2011 r. zamawiający zwrócił się do odwołujących w trybie art. 90 ust. 1 Pzp o wyjaśnienia, wskazując, iż w związku ze znaczącymi różnicami pomiędzy cenami ich ofert a ustaloną przez zamawiającego szacunkową wartością zamówienia wystąpiło podejrzenie wystąpienia ceny rażąco niskiej. Zamawiający zażądał przedstawienia szczegółowych wyjaśnień w przedmiocie elementów oferty wyszczególnionych w pkt 1 ppkt 1-7 formularza ofertowego mających wpływ na wysokość ceny. Wskazując, iż to wykonawca powinien udowodnić, iż skalkulował i wycenił wszystkie elementy niezbędne do wykonania pełnego zakresu każdej z części zamówienia oraz winien wskazać wszelkie czynniki, które miały wpływ na wycenienie oferty.

W odpowiedzi na powyższe, w piśmie z dnia 10.10.2011 r. Kontrakt wskazała, iż cenę skalkulowała w oparciu o znajomość kosztów wykonywanych, podobnych usług projektowych, z

uwzględnieniem i opisaniem różnic pomiędzy tymi zamówieniami a obecnym. Przedstawiając jednocześnie rozbić ceny na poszczególne składowe odnoszące się do poszczególnych elementów zamówienia i deklarując, iż cena ta obejmuje wszystkie niezbędne czynności i koszty przedmiotu zamówienia.

W piśmie z dnia 10.10.2012 r. Autostrada II przedstawiła w jaki sposób i na jakim poziomie skalkulowano koszt poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia, deklarując, iż cena ofertowa obejmuje cały zakres przedmiotu zamówienia.

W piśmie z dnia 10.10.2012 r. Egis przedstawiła szczegółowe wyjaśnienia i kalkulacje nt. wycenienia poszczególnych elementów zamówienia, opisując przy tym czynniki, które pozwoliły na wycenę na dokonanym poziomie i zaznaczając, iż jego cena jest ceną rynkową. Do wyjaśnień załączono ofertę Geo-Digital Sp. z o.o. w Warszawie na wykonanie opracowania mapy do celów projektowych i opracowanie map podziałowych, którą Egis uwzględniła w swojej wycenie.

W dniu 23.10.2011 r. zamawiający odrzucił ww. wykonawców stwierdzając, iż ich oferty zawierają cenę rażąco niską. W uzasadnieniu faktycznym tej czynności wskazano, iż po dokonanych zmianach przedmiotu zamówienia, jego szacunkowa wartość wnosi 1 895 106 zł netto., a zamawiający szczegółowo przeanalizował sytuację rynkową w zakresie kosztów opracowania dokumentacji projektowych dla porównywalnych przedmiotów zamówienia. Natomiast głównym zarzutem i powodem stwierdzenia wystąpienia ceny rażąco niskiej był brak wskazania w wyjaśnieniach poszczególnych wykonawców, niektórych elementów przedmiotu zamówienia opisanych we wzorze umowy, do których odnosiły się poszczególne punkty formularza ofertowego. Z tego względu podawany przez wykonawców koszt wykonania zamówienia był według zamawiającego kosztem zaniżonym i niewiarygodnym dla wytworzenia usługi wchodzącej w zakres zamówienia.

Izba nie uwzględniła w charakterze dowodu i nie oceniła oferty i pisma spółki Geo-Digital jako zbędnych dla rozstrzygnięcia sprawy. W szczególności zbędne było rozstrzygnięcie czy w ofercie Geo-Digital uwzględniono pierwotnie koszt wykonania dokumentacji ewidencji gruntu, wobec udowodnienia przez strony rynkowego poziomu kosztów wykonania takiej dokumentacji i tym samym niemożliwości odniesienia ewentualnego niedoszacowania jednego elementu zamówienia względem wartości i wyceny innych części zamówienia (pod kątem ewentualnej kompensacji niedoszacowania), których wartość rynkowa również była tylko właściwie deklarowana przez wszystkich uczestników postępowania, a nie dowodzona.

Za dowód w sprawie nie uznano również opinii przedłożonej przez przystępującego – Biuro Projektów Budownictwa Komunalnego S.A. w Gdańsku, sporządzonej przez jednego z pełnomocników tej spółki występującego przed Izbą. Powyższe uznano za stanowisko własne przystępującego, w którym po prostu polemizował z odwołaniami i przeczył twierdzeniom tam zawartym.

### **Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że wszyscy odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Podając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy podstawę prawną rozstrzygnięcia należy wskazać, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Natomiast zgodnie z kolejnymi jednostkami redakcyjnymi art. 90 ustawy:

1. Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.
2. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności 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.
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.

Następnie, tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołań, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie. Mianowicie zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne. Ponadto powyższe



skorelowane jest z ekonomiką postępowania przed Izłą wynikającą z dyspozycji art. 189 ust. 1 Pzp określającego piętnastodniowy termin na rozpoznanie odwołania.

Odnosząc się generalnie do wszystkich rozpatrywanych odwołań należy wskazać na okoliczności i argumenty wspólne dla wszystkich spraw, które właściwie zaważyły na ich rozstrzygnięciu.

Materialną podstawą odrzucenia oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp jest realne wystąpienie zaoferowania ceny rażąco niskiej, a powyższe ponadto zostaje potwierdzone przez obligatoryjne wyjaśnienia wykonawcy w tym przedmiocie, ewentualnie wyjaśnienia takie mają w ogólnie nie zostać złożone (art. 90 ust. 3). Procedura badania i ustalania ceny rażąco niskiej przebiega więc w ten sposób, iż nawet przy podejrzeniu granicznym z pewnością czy zgromadzeniu stosownych dowodów, iż zaoferowano cenę o takim charakterze, zamawiający musi na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy dać wykonawcy szansę wykazania okoliczności przeciwnych, m.in. przez wykazanie okoliczności przykładowo wskazanych w art. 90 ust. 2 Pzp.

Tym samym z ustalenia i potwierdzenia (udowodnienia) – w znaczeniu ustalenia prawdy materialnej – wystąpienia ceny rażąco niskiej, jako podstawy odrzucenia oferty, zwalnia zamawiającego jedynie niezłożenie przez wykonawcę wyjaśnień, o których mowa w art. 90 Pzp lub okoliczność, iż z samych wyjaśnień wynika, iż cena taka wystąpiła. Tudzież uznać można, iż zamawiający będzie zwolniony z pełnego udowodnienia wykonawcy, iż oferowana przezeń cena jest rażąco niska w przypadku gdy wystąpi domniemanie faktyczne wystąpienia ceny tego typu, a wykonawca za pomocą swoich wyjaśnień obalić takiego domniemania nie zdoła.

Przed omówieniem rozkładu ciężaru dowodu przy ustaleniu i wykazaniu ceny rażąco niskiej konieczne jest jednak zdefiniowanie samego pojęcia ceny tego typu. Przede wszystkim wskazać tu należy na brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp odnoszącego cenę do wartości przedmiotu zamówienia – ma to być „cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Tym samym, to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalania ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających... etc.

Odnosząc się natomiast do wspomnianego wyżej rozkładu ciężaru dowodu w przedmiocie wykazania, iż tak zdefiniowana cena rażąco niska wystąpiła, tj. sposobu ustalenia i wykazania faktu jej wystąpienia, wskazać należy, iż w tym zakresie ogólne zasady rozkładu ciężaru dowodu wynikające z wyżej wskazanych przepisów ustawy i Kodeksu cywilnego nie doznają wyłączenia. Danych okoliczności dowodzić więc powinna strona, która je podnosi i na nie się powołuje a także strona, która wystąpienia danych faktów podnosi, a nie im przeczy (*Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*). Generalnie więc fakt wystąpienia ceny rażąco niskiej dla możliwości zastosowania dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp wykazać winien zamawiający, który jak najbardziej może i powinien ustalić realną wartość rynkową swego przedmiotu zamówienia, a zasadność takiego ustalenia cen/wartości zamówienia na takim poziomie powinien móc udowodnić. Sama deklaracja oszacowania wartości zamówienia z należytą starannością dowodem takim nie jest. Należyta staranność jest pojęciem zasadniczo odrębnym od dobrej wiary i jej istnienia wcale nie należy domniemywać.

Ciężar ostatecznego dowodu w przedmiocie charakteru ceny w świetle powołanych regulacji art. 90 ustawy może ulec jednak odwróceniu, a przynajmniej bardziej skomplikowanemu rozłożeniu. Dojść do tego może w przypadku powstania faktycznego domniemania wystąpienia w danych okolicznościach ceny rażąco niskiej (jakichkolwiek domniemań prawnych w tym zakresie w ustawie nie przewidziano). Nawet więc bez ostatecznego udowodnienia poziomu cen rynkowych i wykazania w ten sposób realnych cen ofertowych, będzie możliwe przyjęcie wystąpienia ceny rażąco niskiej w przypadku wystąpienia szeregu okoliczności pośrednio na nią wskazujących (podstaw domniemania), gdy jednocześnie wykonawca nie wykaże okoliczności przeciwnych. Przy czym również fakty stanowiące podstawę samego domniemania powinny wystąpić/zostać udowodnione, a przede wszystkim winny wystąpić w odpowiednim nagromadzeniu i wadze, aby wystąpienie domniemania uzasadnić. W szczególności podstawą takiego domniemania nie jest samo wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp niewsparte dodatkowymi okolicznościami, np. takimi jak porównanie cen ofertowych złożonych w postępowaniu, otrzymaniem niewiarygodnych wyjaśnień w tym zakresie, różnicami pomiędzy ceną oferowaną, a występującymi na rynku cenami za wykonanie zamówień takich samych czy podobnych... etc. Odnosnie oceny wyjaśnień wskazanej w art. 90 ust. 3 Pzp zaznaczyć należy, iż jak wynika z literalnego brzmienia przepisu, dla odrzucenia oferty wymagane jest, aby z informacji zawartych w wyjaśnieniach wynikało potwierdzenie zaoferowania ceny rażąco niskiej, przepis nie referuje natomiast do braku wykazania przez wykonawcę, iż cena rażąco niska nie jest. Wyjaśnienia ogólnikowe lub lakoniczne nie będą więc wcale bezpośrednim dowodem potwierdzającym, iż zaoferowana cena jest ceną rażąco niska, jednakże mogą stać się jedną z podstaw domniemania w tym przedmiocie, uprawniającego do odrzucenia oferty z tej przyczyny.

Ponadto, jak już wskazano idealnym i zupełnym wykazaniem powstania ceny rażąco niskiej jest wykazanie cen danego zakresu zamówienia obowiązujących na rynku. Zresztą wykazanie, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska może, a nawet powinno, polegać na tym samym. Mianowicie w przypadku wykazania, iż cena danej oferty jest ceną rynkową nie ma potrzeby dowodzenia jakichkolwiek okoliczności wskazanych w

art. 90 ust. 2 Pzp uzasadniających jej obniżenie w stosunku do kosztów wykonania zamówienia i cen rynkowych w tym zakresie. Zastrzec przy tym należy, iż rynek i dyktowany przezeń poziom cen w większości przypadków uznać można za ostateczną miarę realnej wartości wszelkich dóbr materialnych i dających się wycenić usług. Dowodzenie wystąpienia bądź dowodzenie niewystąpienia ceny rażąco niskiej w pierwszej kolejności winno więc polegać na wykazaniu zakresu wymaganych nakładów materiałowych czy pracy, a następnie ich rynkowych kosztów. W przypadku gdy powyższe nie jest w pełni możliwe zamawiający winien powziąć i ustalić przynajmniej pewne okoliczności (i ich dowody) fragmentaryczne (np. w odniesieniu do zasadniczych, najbardziej kosztotwórczych części zamówienia) czy wskazujące na powyższe pośrednio, które ewentualnie umożliwiłyby przyjęcie stosownego domniemania faktycznego i ciężar udowodnienia rzeczywistych cen rynkowych lub możliwość obniżenia ceny ofertowej w stosunku do wymagań rynku, przerzuciłyby na wykonawcę.

Odnosząc powyższe do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, Izba oceniając przedstawione dowody, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz wiarygodność twierdzeń uczestników postępowania odwoławczego w przedmiocie charakteru ceny zawartej w ofercie odwołujących, uznała, iż okoliczność wystąpienia ceny rażąco niskiej w niniejszym postępowaniu nie tylko nie została wykazana, ale również nie wykazano żadnych okoliczności, które pozwalałyby powyższe domniemać.

W pierwszej kolejności należy tu wskazać, iż porównanie cen ofert odwołujących z cenami ofert złożonych w postępowaniu i uśrednienie ich wartości nie daje podstaw do przyjęcia, aby którakolwiek z nich była rażąco niska, a to właśnie ceny ofertowe w składane w postępowaniach o udzielenie zamówienia mogą stanowić jeden ze znaczników cen rynkowych w danej branży. Ceny zaoferowane przez odwołujących nie odbiegają od siebie znacząco, nie są również najniższymi cenami zaoferowanymi w tym postępowaniu. Przy czym biorąc pod uwagę charakter przedmiotu zamówienia, na który w znacznym stopniu składają się usługi intelektualne, których koszty, zwłaszcza osobowe, często są niewymierne i w praktyce rynkowej bardzo różnie wyceniane, stwierdzić można, iż rozpiętość cen w przedmiotowym postępowaniu wcale nie jest wyjątkowa i przy tego typu zamówieniach niespotykana. Natomiast grupa zbliżonych do siebie cen tworzona przez ceny zaproponowane przez odwołujących mieści się blisko wartości średniej rozkładu normalnego cen w tym postępowaniu.

Następnie zamawiający (ani popierający go przystępujący) nie przeprowadził żadnego postępowania dowodowego zmierzającego do udowodnienia twierdzeń w przedmiocie rzeczywistej i powinnoj wartości zamówienia. Nie przedstawił i nie udowodnił konkretnego nakładu pracy niezbędnego do wykonania poszczególnych części zamówienia i spodziewanych kosztów osobowych z tym związanych, nie przedstawili szacowanych wartości minimalnych kosztów stałych, kosztów materiałów czy opłat administracyjnych... etc. Zamawiający nie wskazał żadnych dowodów, które pozwoliłyby przyjąć, iż ceny cząstkowe, wskaźniki czy dane podawane w wyjaśnieniach odwołujących się wykonawców są

nierealistyczne i zaniżone. Oświadczenia zamawiającego w przedmiocie należytego ustalenia realnej wartości jego zamówienia pozostały więc nieudowodnione. Również twierdzenia na temat niezwyklej komplikacji zamawianego przedmiotu dla ustalenia jego wartości mają charakter i znaczenie niewymiernych ogólników. Natomiast powoływanie się na szczegółowe analizy sytuacji rynkowej rzekomo przeprowadzone przez zamawiającego pozostają gołosłowne. Tak samo należy ocenić zarówno dane podawane w wyjaśnieniach i odwołaniach na temat przyjętego do wyliczeń poziomu cen rynkowych, jak i zaprzeczenia rzetelności tych danych podnoszone przez przystępującego – Biuro Projektów Budownictwa Komunalnego S.A. w Gdańsku.

Chybiona pozostaje również samo uzasadnienie odrzucenia ofert odwołujących, które zamiast odnosić się do ustalenia relacji pomiędzy zaoferowanymi cenami, a przedmiotem zamówienia i cenami rynkowymi wytyka odwołującym wady i niepełność wyjaśnień, zamiast dowodzić opisanego wyżej wystąpienia rażąco niskich cen lub przynajmniej podstaw domniemania w tym zakresie. Samo podanie arbitralnego progu 50% deklarowanej, szacunkowej wartości zamówienia, do powyższego nie wystarczy. Ponadto sam fakt braku podania czy wyszczególnienia lub odniesienia się w wyjaśnieniach w przedmiocie ceny rażąco niskiej do niektórych elementów przedmiotu zamówienia, nie przesądza, iż w rzeczywistości owych niewymienionych w wyjaśnieniach czynności czy elementów przedmiotu zamówienia nie ujęto i wyceniono w bardziej generalnie pozycjach, do których wyjaśnienia się odnosiły. Dopiero wykazanie, iż za cenę podaną w danej pozycji nie da się wykonać przypisanego tam czy deklarowanego zakresu robót mogłoby rzutować na kwalifikację ceny ofertowej jako rażąco niskiej. Powyższe należałoby jednak udowodnić, a nie tylko deklarować, iż dana cena za dany zakres zamówienia „wydaje się” zaniżona lub nierealistyczna.

W związku z powyższym właściwie zbędne stało się ocenianie wyjaśnień poszczególnych odwołujących na okoliczność czy udowadniają realność cen i kalkulacji wykonawców w stopniu umożliwiającym obalenie domniemania wystąpienia ceny rażąco niskiej, skoro domniemanie takie nie wystąpiło. Jakkolwiek odwołujący (poza jednostkowymi dowodami Egis) również nie przedstawili żadnych dowodów na okoliczność rynkowej wartości poszczególnych elementów zamówienia, to nie na nich spoczywał ciężar dowodu w tym zakresie. Natomiast same wyjaśnienia odwołujących odnosiły się do sposobu kalkulacji ceny czy podstaw jej dokonania i w tym znaczeniu nie mogą zostać uznane za niezłożone. Nie wynikały z nich również dane, które np. w zestawieniu z faktami znanymi zamawiającemu (i udowodnionymi) potwierdzałyby zniżenie cen tam wskazanych. Ponadto o cenie rażąco niskiej nie przesądza wcale fakt sformułowania wyjaśnień w sposób niezgodny z oczekiwaniami zamawiającego czy w niepełnym stopniu odnoszących się do całego opisu przedmiotu zamówienia (przy nieznannej, realnej wartości części ewentualnie pominiętych). Braki tego typu należałoby zestawzić z wyceną innych elementów i przedstawić ich wagę na tle całego przedmiotu zamówienia i jego wartości. Dopiero w takim przypadku brak „wytłumaczenia się” wykonawcy z wyceny określonej części zamówienia i nie ujęciu jej wartości w podawanych kwotach, mógłby rzeczywiście skutkować uznaniem, iż cała cena zamówienia została w stosunku do przedmiotu zamówienia rażąco zaniżona. Pominięcie wskazywanych przez zamawiającego

elementów przedmiotu zamówienia w wyjaśnieniach wykonawców dotyczących rażąco niskiej ceny nie miało więc w tym kontekście (stanie dowodowym sprawy) żadnego znaczenia.

Za nieudowodnioną uznano również okoliczność podnoszoną przez przystępującego - Biuro Projektów Budownictwa Komunalnego S.A. w Gdańsku w przedmiocie minimalnej długości projektowanej obwodnicy (7 km zamiast przyjętej przez Kontrakt długości 5 km). Zamawiający nie był w stanie udzielić wyjaśnień jaka będzie jej długość ze względu na brak dokładnego określenia jej przebiegu na tym etapie przygotowania dokumentacji, natomiast odwołujący Kontrakt powyższemu twierdzeniu przystępującego przeczył. Przy czym podnoszący powyższe twierdzenie przystępujący nie przedstawił skalowanej mapy projektowej ani nie wskazał takiej mapy w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, na podstawie której możliwe byłoby dokonanie stosownych obliczeń w tym zakresie.

W związku z powyższym sformułowany we wszystkich odwołaniach zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp należało uznać za zasadny. Naruszenia pozostałych przepisów wskazywanych w odwołaniach nie stwierdzono.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy orzeczono jak w sentencjach.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....