

WYROK

z dnia 10 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Ewa Sikorska**

Protokolant: **Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 listopada 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 października 2016 r. przez wykonawcę **JPL Project Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział w Bydgoszczy**

przy udziale wykonawcy **Biuro Projektów TRASA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu**, zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu - **Skarbowi Państwa – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział w Bydgoszczy** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawcy **Biuro Projektów TRASA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu** i dokonanie ponownej oceny ofert.
2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa – Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział w Bydgoszczy** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **JPL Project Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od **Skarbu Państwa – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział w Bydgoszczy** – na rzecz **JPL Project Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 **Warszawie**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na opracowanie dokumentacji projektowej oraz zobowiązanie do sprawowania nadzoru autorskiego dla zadania pn. *Rozbudowa skrzyżowania DK 15 i DW 552 w miejscowości Grębocin – poprawa bezpieczeństwa ruchu drogowego w ramach PBDK – Program Likwidacji Miejsc Niebezpiecznych.*

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 24 października 2016 roku wykonawca JPL Project Sp. z o.o. w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego oraz zaniechań czynności, do których zamawiający był obowiązany z mocy ustawy.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Biuro Projektów TRASA Sp. z o.o. w Poznaniu (dalej: przystępujący).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, mimo iż prawidłowo przeprowadzona ocena dokumentu złożonego przez przystępującego w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia złożenia rażąco niskiej ceny - wskazuje, że nie są to wyjaśnienia tylko zbiór kilku ogólników odwołujących się do doświadczenia przystępującego lub doświadczenia deklarowanego personelu, podczas gdy w procedurze wyjaśniania ceny z art. 90 ust. 1-2 ustawy P.z.p. bierze się pod uwagę wyjaśnienie ceny a nie wyjaśnienie doświadczenia czy wiarygodności technicznej wykonawcy;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, mimo iż prawidłowo przeprowadzona ocena wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny potwierdza, że oferta przystępującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p - jako konsekwencja naruszenia przepisów z punktów 1 i 2 powyżej, tj. poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

4) naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy P.z.p.. - jako konsekwencja naruszenia przepisów z punktów 1 i 2 powyżej, tj. poprzez dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy niewybranemu zgodnie z przepisami ustawy;

Odwołujący wniósł o:

1. dokonanie ponownej oceny ofert w zakresie oferty złożonej przez przystępującego i odrzucenie tej oferty jako sprzecznej z przywołanymi powyżej przepisami;
2. w konsekwencji zmianę postanowienia o wyniku postępowania;
3. dokonanie wyboru oferty przystępującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że w postępowaniu zostały złożone dwie oferty, tj.:

- 1) oferta przystępującego z ceną brutto - 597.780,00 zł;
- 2) oferta odwołującego z ceną brutto 857.863,50 zł.

Wartość zamówienia podstawowego (bez zamówień uzupełniających), podana w punkcie 2 protokołu z postępowania po ubruttowaniu wynosi 1.036.131,50 zł.

Zamawiający zwrócił się do przystępującego o wyjaśnienie ceny, wskazując, że cena jest niższa o 42,31% od wartości zamówienia.

Wykonawca w swoich wyjaśnieniach nie podał:

- 1) żadnych wyliczeń,
- 2) nie podał dniówek pracy personelu,
- 3) nie podał zaangażowania czasowego personelu,
- 4) kosztów pracy urządzeń technicznych,
- 5) kosztów materiałów,
- 6) kosztów pośrednich,
- 7) przejazdów,
- 8) marży,

9) etc.

Przystępujący ponadto nie załączył żadnych dowodów i nie odniósł się do żadnego z elementów cenotwórczych podanych w wezwaniu zamawiającego z dnia 13.09.2016 r..

W ocenie odwołującego, przystępujący nie złożył wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a zamiast tego podał kilka ogólników dotyczących doświadczenia jego jako wykonawcy i doświadczenia pracowników wykonawcy co nie jest wyjaśnieniem ceny w ramach procedury z art. 90 ust. 1-2 ustawy P.z.p. Tym bardziej za takie wyjaśnienia nie można uznać gołosłownego potwierdzenia kalkulacji ceny oraz stwierdzenia, że cena wykonawcy nie jest rażąco niska.

Odwołujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lipca 2011 r., sygn. KIO 1459/11, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 czerwca 2011 r., sygn. KIO 1124/11.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p., odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy P.z.p., po zwróceniu się przez zamawiającego do przystępującego o udzielenie wyjaśnień ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., to na przystępującym ciążył obowiązek wykazania, że jego oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny. Odwołujący stwierdził, że po zwróceniu się o wyjaśnienia ceny, zaistniało domniemanie rażąco niskiej ceny po stronie przystępującego, które to domniemanie przystępujący mógł obalić. Nie uczynił jednak tego i w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia ceny, podał tylko ogólniki. Te ogólniki nie mogą w ocenie odwołującego być uznane za spełniające wymagania art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w świetle zasad dowodzenia oraz zasad logiki życiowej. Tym samym takie deklaracje nie mogą obalić domniemania rażąco niskiej ceny.

W ocenie odwołującego, zamawiający nieprawidłowo zatem ocenił odpowiedź przystępującego na wezwanie do złożenia wyjaśnień ceny i nieprawidłowo uznał, że takie ogólniki są wystarczające do obalenia domniemania rażąco niskiej ceny.

Odwołujący podniósł, że w związku z naruszeniem przez zamawiającego art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4, zamawiający naruszył też art. 7 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p.

Odwołujący wskazał, że dotychczasowe postępowanie zamawiającego narusza jego interes, ponieważ poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego uniemożliwia odwołującemu wygranę zamówienia. Po odrzuceniu oferty przystępującego, oferta

odwołującego będzie najkorzystniejszą ofertą a poprzez brak odrzucenia oferty tego wykonawcy, zamawiający uniemożliwia wygranie zamówienia przez odwołującego.

W odpowiedzi na odwołanie z 4 listopada 2016 roku zamawiający wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

W opinii zamawiającego, nie zaszły przesłanki, o których mowa w art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p. Oferent złożył wyjaśnienia. Ze złożonych wyjaśnień nie można było wywnioskować, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający zaznaczył, że przystępujący opisał wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy i oświadczył, że cena ofertowa zapewnia pokrycie wszystkich kosztów wykonawcy i jest skalkulowana prawidłowo. Warunki, o których pisze przystępujący to: wykonanie zamówienia siłami własnymi przez zespół posiadający odpowiednie doświadczenie, wykorzystanie potencjału spółki (sprzętowego i kadrowego). Ponadto przystępujący będzie wykonywał zamówienie bez udziału podwykonawców.

Zamawiający wskazał, że niezależnie od powyższego dokonano analizy ceny oferty przystępującego, z której wynika, że stosunki wartości dokumentacji projektowej do kosztów inwestycji, tj. 3,1% dla oferty przystępującego i 4,5% dla oferty odwołującego mieszczą się w zakresie dopuszczonym przez rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym. Zatem należy uznać, że wyznaczony koszt prac projektowych przez oferentów mieści się w planowanych kosztach i prace projektowe są realnie możliwe do wykonania. Ponadto średnia stosunku kosztów dokumentacji do kosztów inwestycji dla zadań z PLMN dla których przeprowadzono postępowania przetargowe w Oddziale tj.:

1. Poprawa bezpieczeństwa ruchu drogowego na DK 25 w miejscowości Płocicz w ramach PBDK - Program Likwidacji Miejsc Niebezpiecznych,
2. Poprawa bezpieczeństwa ruchu drogowego na DK 91 w miejscowości Warlubie w ramach PBDK - Program Likwidacji Miejsc Niebezpiecznych,
3. Poprawa bezpieczeństwa ruchu drogowego na DK 15 w miejscowości Strzelno w ramach PBDK - Program Likwidacji Miejsc Niebezpiecznych,

wynosi 3,4%, zatem 3,1% dla oferty przystępującego nie odbiega od średniej. Dokonana analiza potwierdziła, że informacje przekazane w wyjaśnieniu z dnia 15.10.2016

r., w których przystępujący wskazał, że wyniki przetargów organizowanych w ostatnich latach wskazują na podobny poziom cen na opracowania projektowe w stosunku do oferty przystępującego, są wiarygodne.

W ocenie zamawiającego, powyższe wskazuje, że zamawiający dokonał analizy ofert i nie stwierdził, aby ceny wybranej oferty była rażąco niska. Tym bardziej, że przecież nie istnieje żadna legalna definicja pojęcia „rażąco niska cena”. Pozostaje więc element, który nie może zostać oceniany w sposób całkowicie zobiektywizowany, zatem ww. przesłanki oceny oferty przystępującego uznać należy za w pełni wystarczające.

Zamawiający wskazał, że wykonanie projektu nigdy nie opiera się na w pełni zobiektywizowanych przesłankach, bowiem nie jest możliwa wycena pracy w znacznym stopniu intelektualnej, w sytuacji gdy nie istnieją (bo nie mogą istnieć) jednoznacznie ustalone wskaźniki (tabele, zestawienia) pozwalające na dokonanie wyceny takich robót. Niewątpliwie więc zamawiający, jako w pełni profesjonalny podmiot musiał przy ocenie, czy cena jest rażąco niska, brać pod uwagę ww. przesłanki, a nadto zwrócił uwagę na to, czy rzeczywiście za zaproponowaną przez firmę trasę cenę da się uzyskać efekt w postaci zrealizowanego zamówienia. Przecież zamawiający musiał brać pod uwagę możliwości przystępującego w realizacji tego zadania za zaproponowaną cenę. Uznał, po uzyskaniu wymaganych przepisem wyjaśnień, że realizacja zadania jest możliwa, zatem dokonał jedynego możliwego w określonej sytuacji wyboru.

Na potwierdzenie zasadności niniejszych wyjaśnień zamawiający przywołał orzeczenie KIO z dnia 13.08.2015r sygn. akt: KIO 1624/15, w którym to orzeczeniu KIO oddaliła odwołanie wykonawcy, który także zarzucał - przy pracach projektowych- rażąco niską cenę oferty, która została wybrana jako najkorzystniejsza.

Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 2 listopada 2016 roku poinformował, że w przedmiotowej sprawie nie można mówić o zaproponowaniu przez przystępującego rażąco niskiej ceny.

Przystępujący podniósł, że w powyższej kwestii złożone zostały zamawiającemu pismem z dnia 15 września 2016 r. (nr 696/F/15) stosowne wyjaśnienia i całkowicie niezrozumiałe jest stwierdzenie odwołującego, że przystępujący złożył „dokument półtorastronicowy, niezawierający żadnych dowodów ani żadnych wycień” w sprawie oferowanej ceny. Oczywiście nieprawdą jest, iż złożone w. wyjaśnienie zawierało „jedynie ogólności”.

Przystępujący zwrócił uwagę, iż zaoferowana cena wynikała z przyjętego założenia o krótkim czasie realizacji zamówienia, w którym wykonane będą kolejne elementy opracowania. W tym zwłaszcza przyjęto opracowanie przedmiotu zamówienia siłami własnymi tj. przy wykorzystaniu posiadanego kapitału rzeczowego (komputerów, ploterów, specjalistycznego oprogramowania, które umożliwia skrócenie czasu projektowania, w tym rozwiązania firmy Bentley Systems) oraz posiadanego kapitału ludzkiego (zespołów projektowych tj. projektantów, asystentów projektantów, kosztorysanta etc). Powyższe założenie powoduje, że poprzez zmniejszenie czasu potrzebnego na wykonanie dokumentacji projektowej, z uwagi na posiadane zasoby materialne wykorzystywane w procesie wykonania usługi projektowej, znacząco maleją koszty świadczenia usługi. Natomiast założenie wykorzystania własnych pracowników pozwala na lepszą organizację pracy (i w efekcie znacząco pozytywnie wpływa na zmniejszenie czasu niezbędnego na wykonanie całości dokumentacji projektowej) w stosunku do sytuacji, gdy większość prac projektowych wykonywanych jest przez obce podmioty gospodarcze na zasadzie podwykonawstwa. Przyjęte założenie o skierowaniu zespołu pracowników spółki, którzy w przeszłości wykonali dokumentację projektową w zbliżonym zakresie (także dla zamawiającego) jest z kolei, jak wskazano w wyjaśnieniach dla zamawiającego, okolicznością wyjątkowo sprzyjającą wykonaniu zamówienia. Oznacza możliwość szybszego wykonania usługi z uwagi na posiadanie doświadczenia w zakresie oczekiwań zamawiającego i w rezultacie obniża koszty projektowania. Przystępujący wyjaśnił, że zamierza skierować do projektowania m. in. projektanta drogowego p. A. S., projektanta drogowego p. M. M., projektanta mostowego p. B. T., którzy w przeszłości opracowali na zlecenie zamawiającego dokumentację projektową w ramach umowy nr GDDKiA-O/BY-R-2/2814/61/2009 z dnia 2 listopada 2009 r. tzn.: „Opracowanie projektu budowlanego i wykonawczego dotyczącego zadań inwestycyjnych polegających na uspokojeniu z poprawą bezpieczeństwa ruchu drogowego - 6 zadań.

Zadanie 1: Uspokojenie z poprawą bezpieczeństwa ruchu drogowego w ciągu drogi krajowej nr 10 w m. Mrozowo od km 222+000 do km 222+500 z uwzględnieniem skrzyżowania w km 222+177;

Zadanie 2: Uspokojenie z poprawą bezpieczeństwa ruchu drogowego na skrzyżowaniu w ciągu drogi krajowej nr 10 w m. Smielin w km 229+927;

Zadanie 3: Uspokojenie z poprawą bezpieczeństwa ruchu drogowego w ciągu drogi krajowej nr 10 w m. Lubaszcz od km 232+450 do km 232+900 z uwzględnieniem skrzyżowania w km 232+734.;

Zadanie 4: Uspokojenie ruchu w ciągu drogi krajowej nr 10 w m. Trzeciewnica od km 240+000 do km 240+900;

Zadanie 5: Uspokojenie z poprawą bezpieczeństwa ruchu drogowego w ciągu drogi krajowej nr 10 w m. Ślesin od km 244+450 do km 244+900;

Zadanie 6: Uspokojenie z poprawą bezpieczeństwa ruchu drogowego na skrzyżowaniu drogi krajowej nr 10 z drogą gminną do m. Kruszyniec i drogą powiatową do m. Osowiec w km 255+406,"

Zamawiający tj. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy jest w posiadaniu ww. dokumentacji projektowej i ma pełną wiedzę na jej temat.

Przystępujący podkreślił, że bez żadnej podstawy faktycznej jest stwierdzenie odwołującego, iż przystępujący „nie odniósł się do żadnego z elementów cenotwórczych podanych w wezwaniu Zamawiającego z dnia 13.09.2016 r., tj. nie odniósł się do:

1. oszczędności metody wykonania zamówienia,
2. wybranych rozwiązań technicznych,
3. wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy,
4. kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalania ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę (..)
5. pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. "

Jednocześnie, w ocenie przystępującego, fałszywym jest również stwierdzenie odwołującego, że „Wykonawca TRASA nie złożył wyjaśnień rażąco niskiej ceny (..)” i nie może być mowy o „gołosłownym” potwierdzeniu kalkulacji ceny, gdyż wyraźnie wskazano szczegółowe okoliczności w jakich została ona skalkulowana. Nieporozumieniem pozostaje także wskazywanie przez odwołującego na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lipca 2011 r., sygn. KIO 1459/11, gdyż sprawa dotyczyła postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, a nie dotyczyła usług projektowych, co zasadniczo wpływa na formę składanej oferty dla zamawiającego, tj. oferty na roboty budowlane mogą być o znacznie większej szczegółowości, co wynikać może ze skali przedsięwzięcia.

Przystępujący wraz z pismem procesowym złożył kalkulację kosztów wykonania usługi projektowej będącej przedmiotem zamówienia, która opracowana została zgodnie z

zaleceniami Izby Projektowania Budowlanego tj. wg Środowiskowych Zasad Wycen Prac Projektowych. Wspomniana metoda określania cen prac projektowych i inżynierskich jest powszechnie akceptowana i stosowana przez zamawiającego oraz Izbę Inżynierów Budownictwa. W ocenie przystępującego, kalkulacja wskazywać może na fakt przeszacowania przewidywanego budżetu na wykonanie zamówienia przez zamawiającego, co dodatkowo potwierdza sygnalizowaną przez przystępującego tendencję do spadku cen usług projektowych.

Izba ustaliła, co następuje:

W postępowaniu zostały złożone dwie oferty, tj.:

- 1) oferta przystępującego z ceną brutto - 597.780,00 zł;
- 2) oferta odwołującego z ceną brutto 857.863,50 zł.

Wartość zamówienia podstawowego (bez zamówień uzupełniających), podana w punkcie 2 protokołu z postępowania po ubruttowaniu wynosi 1.036.131,50 zł.

Cena oferty przystępującego jest niższa o 42,31 % od wartości zamówienia

Pismem z dnia 13 września 2016 roku zamawiający wezwał przystępującego o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów jego oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, w szczególności w zakresie: oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.) lub pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Pismem z dnia 15 września 2016 roku przystępujący poinformował, że podtrzyma swoją ofertę cenową na wykonanie dokumentacji projektowej. Wyjaśnił jednocześnie, że w kalkulacji ceny ofertowej uwzględniono wszystkie elementy opracowania wymienione w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym m. in. czas zatrudnienia poszczególnych członków zespołów projektowych niezbędny do wykonania zakresu prac objętych zamówieniem. Przyjęto krótki okres realizacji zamówienia, w którym mają być wykonane kolejne elementy opracowania, przy założeniu, że:

1. metodą wykonania zamówienia jest przyjęcie, że prace związane z opracowaniem dokumentacji będą wykonane siłami własnymi tj. z wykorzystaniem posiadanego potencjału spółki tj. posiadanych komputerów, ploterów i niezbędnego oprogramowania (w tym specjalistycznego oprogramowania, pozwalającego na skrócenie niezbędnego czasu na projektowanie - m. in. rozwiązania firmy Bentley Systems), a także potencjału kadrowego, tj. zespołów projektowych w zakresie niezbędnych potrzebnych branż. Założenie wykonania dokumentacji bez podwykonawców pozwala na ograniczenie kosztów i lepszą organizację pracy,

2. dodatkowo zaplanowano skierowanie zespołu pracowników, którzy w przeszłości opracowali dokumentację projektową w zbliżonym zakresie (w tym także dla zamawiającego), co powoduje dobrą znajomość możliwych problemów i realiów przy projektowaniu, a zatem jest okolicznością wyjątkowo sprzyjającą wykonaniu zamówienia.

Przystępujący wskazał, że w efekcie wymienionych czynników może w istotnym stopniu obniżyć koszty wykonania dokumentacji. Wskazał również, że obecna sytuacja na rynku usług projektowych, spowodowała, że ceny jednostkowe usług projektowych, w tym w szczególności cena jednostkowa zatrudnienia personelu, uległy obniżeniu. Oświadczył, że zaoferowana cena ofertowa zapewnia pokrycie wszystkich kosztów przystępującego i jest skalkulowana prawidłowo. Podkreślił, że w przedmiotowej sprawie nie można mówić o zaproponowaniu rażąco niskiej ceny. Cena oferty zakłada pełne pokrycie kosztów przystępującego, a zgodnie z utrwalonym orzecznictwem cena oferty jest tylko wówczas rażąco niska, kiedy jest poniżej kosztów wykonawcy. Przystępujący powołał się na wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 24 maja 2006 r. nr UZP/ZO/0-1497/06, z którego wynika, że ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Wyniki przetargów organizowanych w ostatnich latach wskazują na podobny poziom cen na opracowania projektowe w stosunku do ceny oferowanej przez przystępującego.

Pismem z dnia 14 października 2016 roku zamawiający poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez przystępującego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Izba wskazuje na brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p., 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 ustalenia 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 wyznaczone 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. Definicja tego typu została wypracowana w orzecznictwie i nie występują w tym zakresie kontrowersje.

Analiza treści wskazanego przepisu pozwala na wniosek, iż zamawiający jest obowiązany żądać od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień każdorazowo, gdy tylko poweźmie wątpliwości, co do zaoferowanej ceny pod względem jej rażącego zniżenia.

Zamawiający obowiązany jest zbadać zaoferowaną cenę w odniesieniu do danych, którymi dysponuje. Izba stoi na stanowisku, iż punktem odniesienia dla zamawiającego powinna być zarówno ustalona przez niego wartość zamówienia, jak również ceny zaoferowane przez innych wykonawców, biorących udział w postępowaniu.

W rozpoznawanej sprawie Izba skonstatowała, że zaoferowana przez przystępującego cena może budzić wątpliwości, co do tego, czy nie jest rażąco niska. Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy P.z.p., obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym ciężar ten spoczywał na przystępującym, który wszakże - w ocenie Izby - ciężarowi temu nie sprostał. Podkreślenia wymaga, że wykonawca broniący swojej oferty, winien w szczególności wykazać zasadność i rzetelność wyjaśnień złożonych w wyniku wezwania wystosowanego przez zamawiającego na mocy art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. Izba w postępowaniu odwoławczym ocenia bowiem zgodność z prawem czynności zamawiającego, czyli - w rozpoznawanym przypadku - trafność oceny przez zamawiającego złożonych wyjaśnień.

Dokonując analizy wyjaśnień złożonych przez przystępującego, Izba stwierdziła, iż wyjaśnienia te są zbyt ogólne, by uznać je za wystarczające do uznania, że wykonawca ten nie zaoferował rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia tego rodzaju mogą, co najwyżej uzupełniać konkretne i szczegółowe analizy i wyliczenia, jednak nie mogą stanowić wyjaśnień samych w sobie. Przystępujący wskazał kilka okoliczności, które w jego ocenie wpływają na obniżenie ceny, ale nie wykazał sposobu tego wpływu, nie podał realnych wartości obniżających cenę i nie odniósł się do konkretów. Tymczasem dla wyjaśnienia elementów ceny mających wpływ na jej wysokość istotne są właśnie konkretne wartości i ich wpływ na cenę. Stanowisko wykonawcy, który nie wskazuje realnych i konkretnych budzi uzasadnione wątpliwości, ponieważ wykonawca ten skalkulował cenę oferty i winien wiedzieć, na podstawie czego i w jaki sposób mógł obniżyć cenę oferty.

Tymczasem złożone przez przystępującego wyjaśnienia w żaden sposób nie uzasadniają kwot wskazanych przez niego w formularzu ofertowym. Nie sposób ocenić, czy przyjęte stawki są stawkami realnymi, skoro nie zostały poparte żadną kalkulacją, pozwalającą na ustalenie wartości kosztów. Wobec braku jakichkolwiek konkretnych danych, ocena zasadności przyjętych wartości jest po prostu niemożliwa.

Odnosząc się do faktu złożenia przez przystępującego kalkulacji jako załącznik do pisma procesowego z dnia 2 listopada 2016 roku, Izba wskazuje, że kalkulacja ta winna być złożona przez przystępującego zamawiającemu, w związku z wystosowanym przez niego

wzewaniem z dnia 13 września 2016 roku, nie zaś dopiero w postępowaniu odwoławczym przed Izba. W tym zakresie Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 21.05.2008 r., sygn. akt: X Ga 127/08, gdzie wskazano, że *Przedstawienie w skardze wniosków dowodowych dla wykazania tej okoliczności w postaci zeznań świadków zestawienia wykonywanych umów na tym etapie postępowania jest niedopuszczalne, ponieważ ich uwzględnienie prowadziłyby do niczym nie uzasadnionego przedłużenia (...) terminu udzielonego do przedstawienia wyjaśnień. Z tego powodu wnioski dowodowe zamawiającego nie zostały dopuszczone, gdyż odmienna decyzja prowadziłyby do naruszenia art. 90 ust. 3 pzp, z którego wynika obowiązek udzielenia wyjaśnień w określonym terminie, a zachowanie terminu obarczone jest rygorem odrzucenia oferty. Konwalidacja, uzupełnianie wyjaśnień przez (...) na obecnym etapie postępowania stałyby także w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji.* „ Wobec wykształconej w orzecznictwie zasady odrzucania ofert wykonawców, którzy złożyli niepełne albo niedostateczne wyjaśnienia w trybie art.90 ust. 1 pzp powtórne umożliwianie jednemu z wykonawców dokonywania tej czynności z pewnością naruszyłoby zasadę uczciwej konkurencji oraz w wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 09.04.2010 r., sygn. akt IV Ca 1299/09, zgodnie z którym: *złożenie przez skarżącego dodatkowych wyjaśnień i przedstawienie nowych argumentów (w celu prawidłowości wyliczenia wskazanej w ofercie ceny) dopiero na rozprawie przed KIO było spóźnione i nie mogło być wzięte pod uwagę ani przez Izbę, ani tym bardziej przez Sąd Okręgowy. Definicja „określonego terminu” na złożenie wyjaśnień Zamawiającemu (art. 90 ust.1 ustawy Pzp) oznacza, że informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane Zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego (celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego przyjęcia oferty lub jej odrzucenia), a nie w toku postępowania odwoławczego lub skargowego. Z powołanego przez skarżącego przepisu art. 188 ust.1 ustawy Pzp wynika wprawdzie, że „dowody na poparcie swych twierdzeń strony mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy”, jednak odnosząc ten przepis do sprawy niniejszej oznacza to dowodzenie, że wykonawca złożył na żądanie Zamawiającego wyjaśnienia w trybie art. 90 ustawy i jaka była ich treść, a nie uzupełnianie wyjaśnień po uznaniu, że nie są one wystarczające i nakazują odrzucenie oferty.*

Z uwagi na powyższe, Izba uznała, iż przystępujący nie wykazał, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, co winno skutkować odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....