

Sygn. akt: KIO/UZP 273/08

WYROK
z dnia 11 kwietnia 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Izabela Kuciak
Luiza Łamejko

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 kwietnia 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **KONTRAPUNKT V-PROJEKT Zespół Projektowo-Inwestycyjny, 30-701 Kraków, ul. Zabłocie 39** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Uniwersytet Wrocławski Biuro Zamówień Publicznych, 50-137 Wrocław, Pl. Uniwersytecki 1** protestu z dnia 29 lutego 2008r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Uniwersytet Wrocławski Biuro Zamówień Publicznych, 50-137 Wrocław, Pl. Uniwersytecki 1

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **KONTRAPUNKT V-PROJEKT Zespół Projektowo-Inwestycyjny, 30-701 Kraków, ul. Zabłocie 39,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Uniwersytet Wrocławski Biuro Zamówień Publicznych, 50-137 Wrocław, Pl. Uniwersytecki 1** na rzecz **KONTRAPUNKT V-PROJEKT Zespół Projektowo-Inwestycyjny, 30-701 Kraków, ul. Zabłocie 39** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **KONTRAPUNKT V-PROJEKT Zespół Projektowo-Inwestycyjny, 30-701 Kraków, ul. Zabłocie 39.**

Uzasadnienie

Zamawiający, tj. Uniwersytet Wrocławski, pl. Uniwersytecki 1, 50-137 Wrocław, ogłosił postępowanie numer 137/U/2007 o udzielenie zamówienia publicznego na: „Wykonanie dokumentacji projektowej zadania inwestycyjnego pn. „Budowa kompleksu edukacyjno-badawczego Biotechnologii Uniwersytetu Wrocławskiego” zlokalizowanego we Wrocławiu przy ul. F. J. Curie”, w trybie przetargu nieograniczonego w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 28.12.2007 r. za numerem: 2007 / S 249 – 305078.

W terminie składania ofert do Zamawiającego wpłynęły 4 oferty.

W dniu 14.02.2008 r. zwrócił się on o wyjaśnienia w trybie art.90 ust.1 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej Pzp względem Wykonawcy, który złożył ofertę z najniższą ceną. Dnia 15.02.2008 r. Wykonawca poinformował Zamawiającego, iż cena przedstawiona w ofercie została określona na podstawie doświadczenia oferenta wynikającego z wieloletniego udziału w przetargach publicznych w 2007 r. w załączeniu przedłożył kopie protokołów otwarcia ofert wybranych archiwalnych postępowań. Wyjaśnił, iż cena podana

w ofercie została obliczona na podstawie przyjętej kwoty netto 85 PLN/m², będącej średnią ceną rynkową. Potwierdził także, iż podejmuje się wykonania zamówienia w cenie podanej w ofercie, tj. 1.188.367,84 zł brutto.

Zamawiający dnia 26.02.2008 r., poinformował Wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o Wykonawcach, których oferty zostały odrzucone. Wśród odrzuconych znalazła się oferta Wykonawcy, która była najkorzystniejsza cenowo i podlegała wyjaśnieniom z dnia 14.02.2008 r. W uzasadnieniu odrzucenia, Zamawiający stwierdził, iż zmuszony był odrzucić ofertę, gdyż ocena całości wyjaśnień Wykonawcy potwierdziła, iż oferta nr 1 zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zdaniem Zamawiającego, dowody, które miały zawierać przedstawienie szczegółowej kalkulacji ceny, tj. konkretnego wskazania elementów mających wpływ na jej wysokość, potwierdziły nierzetelność kalkulacji cenowej. Po pierwsze dlatego, iż przedstawione w piśmie Wykonawcy ceny ofertowe złożone w trzech postępowaniach przetargowych nie mogą być traktowane jako rozeznanie rynku usług projektowych, z uwagi na fakt, iż stanowią one jedynie propozycję zawarcia umowy za określoną cenę, a nie kształtują rzeczywistego kosztu zawartych umów o wykonanie przedmiotu zamówienia. Po drugie, zaprezentowane zestawienia cen ofertowych dotyczą przedmiotu zamówień nieadekwatnych do przedmiotu zamówienia, gdyż żadna z tych usług nie mieści się w zakresie opisanym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej SIWZ). Ponadto, każda z nich nie odpowiada charakterem, złożonością, poziomem skomplikowania przedmiotowi zamówienia. Zaprojektowanie od podstaw nowego budynku Wydziału Biotechnologii odbiega całkowicie od charakteru usługi projektowej dla remontu i przebudowy budynku mieszkalnego, a przede wszystkim stadionu sportowego. Ponadto, warunek z SIWZ nie dotyczył doświadczenia Wykonawców związanego z remontem i rozbudową obiektu mieszkalnego lub sportowego. Dodatkowo obiekty wskazane w wyjaśnieniach nie mieściły się w kwalifikacji PKOB wymienionej w SIWZ, a tym samym są nieporównywalne z opisem przedmiotem zamówienia. Podnosi, iż nawet ceny ofertowe z protokołów, to uzyskuje się cenę za 1m² wyższą o 100 % (512.400 zł:3012 m²=170 zł brutto, tj. 139,44 zł netto) i 43% (395.000 zł: 3240 m²= 121,91 brutto, tj. 99,92 zł netto) od zaproponowanej ceny netto (85 zł/m²) w niniejszym postępowaniu, wielokrotnie bardziej skomplikowanym, co najmniej w zakresie funkcjonalnym. Zamawiający stwierdził, iż cena ofertowa tym samym nie znajduje żadnego odniesienia w przedstawionych załącznikach do wyjaśnień Wykonawcy. Powołując się na opinię prawną UZP określił, iż za ofertę z rażąco niską cenę można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w rozeznaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Jego zdaniem, powyższe ma miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym, cena jaką zaproponował Wykonawca oceniona w oparciu

o przedstawione wyjaśnienia można uznać za cenę nierealistyczna, odbiegającą w sposób znaczny, aż o 60,71 % od szacowanej wartości zamówienia. Kontynuując za opinia UZP stwierdza, iż przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub wykonaniem zamówienia w przyszłości. Uznaje, iż w tym stanie faktycznym tak niski poziom cen wyniknął z nierzetelnej kalkulacji, której sposób zaprezentowany został w wyjaśnieniach z 15.02.2008 r. Zamawiający uważa, iż cena zaproponowana miałaby negatywny wpływ na wykonanie zamówienia. Za opinią UZP, Zamawiający podnosi, że lista czynników o których mowa w art.90 ust.2 nie jest listą wyczerpującą i Zamawiający powinien brać pod uwagę również inne obiektywne czynniki, jeżeli zawarte są one w wyjaśnieniach przedłożonych przez Wykonawców. Oceniając informacje uzyskane od Wykonawcy, zwraca uwagę na ich skrótowy, pobieżny i nierzetelny charakter, co jest sprzeczne z żądaniem zawartym w art. 90 Pzp.

Pismem z dnia 29.02.2008 r. doręczonym Zamawiającemu w dniu 03.03.2008 r. Wykonawca – KONTRAPUNKT V-PROJEKT Zespół Projektowo-Inwestycyjny z siedzibą w Krakowie zwany dalej Protestującym lub Odwołującym wniósł protest na czynność Zamawiającego dotyczącą odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp i tym samym pominięcie Protestującego przy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Dokonanej czynności Zamawiającego protestujący zarzuca:

- 1) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którymi Zamawiający winien przeprowadzić postępowanie w sposób uwzględniający uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie Wykonawców, a zamówienia może udzielić wyłącznie Wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy;
- 2) naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym odrzucenie oferty może nastąpić w przypadku, w którym zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 3) naruszenie przepisu art. 90 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych, statuujących podstawy uznania oferty za zawierającą rażąco zaniżoną cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Protestujący wniósł o uwzględnienie protestu i powtórzenie czynności wyboru ofert, a w konsekwencji uznanie oferty Protestującego za najkorzystniejszą.

Protestujący podnosi, iż Zamawiający ani razu nie odnosi się do cen rynkowych usług tego rodzaju – tymczasem wyjaśnienie Protestującego polegało na wskazaniu cen rynkowych. Fundamentalną, jego zdaniem przesłanką uznania ceny za rażąco niską jest

fakt, że odbiega ona od cen rynkowych, a nie od cen innych ofert złożonych w tym samym postępowaniu, czy też wyłącznie od szacowanej przez Zamawiającego wartości zamówienia. Fakt odwołania się przez Zamawiającego do Rozporządzenia 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 (Dz. U. nr 130, poz.1389) zwanego dalej rozporządzeniem, jako sposobu wyliczenia wartości szacunkowej zamówienia jest dla Protestującego podstawą do twierdzenia, iż wskaźnik procentowy wyliczony przez Zamawiającego nie jest stały (rozdział 4). Porównawcze inwestycje, wskazane przez Protestującego należą do 3 kategorii złożoności, dlatego jego zdaniem faktyczne ceny ofert wygrywających w powołanych postępowaniach dla celów porównania z niniejszym postępowaniem, należałoby przemnożyć przez iloraz wartości procentowych z odpowiednich kolumn tabeli nr 1 załącznika „Wskaźniki procentowe (...)” do ww. rozporządzenia. W ten sposób otrzymane kwoty są nawet niższe od oferowanej przez Protestującego ceny za m² w tym postępowaniu. W dalszej części wskazuje, iż zaoferowana przez niego cena w rzeczywistości odbiega od wartości przewidzianej przez zamawiającego na realizację tego zamówienia o 37,5 %. Przy okazji nadmienia, iż oferta najdroższa odbiegała od kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia o 140 %. Wskazuje to zdaniem Protestującego (rozpiętość cenowa), iż nieprecyzyjnie został przygotowany opis zamówienia przez Zamawiającego, nie zaś na różnicę między bazowymi stawkami cenowymi stosowanymi przez Wykonawców. Protestujący wskazuje także na publikację „Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń zespołów arbitrów wydanych na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (UZP, W-wa 2006,A. Kurowska, M. Sarnowski, G. Wicik, P. Wiśniewski, str. 170), w której stwierdzono, że wskazanie krytycznej różnicy pomiędzy ceną ofertową a wartością przedmiotu zamówienia, która powinna powodować wszczęcie procedury wyjaśniającej opisanej w art. 90 ust.1 Pzp, nie jest jednolita i waha się między 10%,20%,25-30%,30%,40% od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT. W związku z powyższym i w oparciu o stanowisko Zamawiającego, Protestujący wywodzi, iż de facto tylko ofertę nr 4 (3.122.712 zł brutto) można by uznać za nie zawierającą rażąco niskiej ceny, czyli tę która de facto przekraczała kwotę, jaka Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia.

Protestujący podnosi, iż jego oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny, co wykazał w wyjaśnieniach z 15.02.2008 r., jak i w proteście, a nawet gdyby uznać iż była rażąco niska, to wyjaśnienia powinny obejmować nie tylko jego ofertę.

Odnosząc się do uzasadnienia odrzucenia oferty i zawartego tam stwierdzenia podającego w wątpliwość rzetelność Protestującego jako firmy architektonicznej wskazuje, iż zrealizował m.in. takie projekty, jak: 1)Centralny Szpital Kliniczny Ministerstwa Spraw

Wewnętrznych i Administracji w Warszawie, ul. Wołoska 137 (pow. 22 tys. m², budynek wysoki); 2) Szkołę Główną Handlową Gmach „C” – Multimedialne Centrum Konferencyjno Dydaktyczne Szkoły Głównej Handlowej w Warszawie (pow. 10 tys. m², budynek wysoki); 3) Polską Akademię Nauk – Nową Siedzibę instytutu Podstawowych Problemów Techniki – „Brzozowy Gaj” w Warszawie przy ul. Pawińskiego 5 – obiekt realizowany w ramach Nowego Campusu PAN Warszawa ochota (pow. 10 tys. m²); 4) Laboratoria Badań Farmaceutycznych i Analizy Chemicznej Temepahrm – na terenie Akademii Medycznej Uniwersytetu Warszawskiego, ul. Żwirki i Wigury w Warszawie (pow. 2 tys. m²). Podkreśla, że wszystkie wymienione w proteście projekty prezentują równy lub wyższy poziom od określonego przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu stopień skomplikowania projektowego w zakresie funkcji, technologii i wyposażenia. Wskazuje, że zostały zrealizowane w czasie ostatnich 3 lat i w oparciu o niższe stawki projektowe (średnio od 10 do 30%), niż podane w ofercie. Przyniosły zysk na poziomie 9 %. Wyjaśnia, iż odpowiednia kalkulacja miała miejsce przy ustalaniu ceny ryczałtowej do przedmiotowego postępowania. Kierował się Protestujący pod tym względem zasadami konkurencyjności w stosunku do innych podmiotów, niskich kosztów własnych osiągniętych dzięki sprawnemu zarządzaniu i odpowiedniej organizacji projektu, a także wysokim przerobem.

Protestujący podnosi również, iż okoliczność, że zaoferowana cena w sposób istotny odbiega od szacunkowej wartości zamówienia, dokonanej przez Zamawiającego, nie może stanowić podstawy do uznania, że jest ona rażąco zaniżona. Powołuje się przy tym na orzeczenie Zespołu Arbitrów z dnia 13.04.2006 r., sygn. akt. UZP/ZO/0-1056/06 zgodnie z którym: „Rzeczą naturalną i pożądaną jest, zdaniem Arbitrów, konkurencja cenowa pomiędzy podmiotami startującymi w przetargu, występowanie istotnych różnic cenowych pomiędzy ofertami, a nawet błędy w szacowaniu wartości zamówienia nie mogą stanowić wystarczającej podstawy do odrzucenia jakiegokolwiek oferty”. Stwierdza także, iż zgodnie z sentencją z w/w orzeczenia, jeżeli Zamawiający twierdzi, iż cena jest rażąco zaniżona, winien odnieść cenę zaoferowaną przez Wykonawcę do przedmiotu zamówienia i wykazać, że jest ona poniżej kosztów własnych oferenta. Zdaniem Protestującego uzasadnienie Zamawiającego w swej istocie to domysły i domniemanie, a nie rzetelna ocena, w tym odnosząca się do faktycznych cen rynkowych.

Odnosnie dysproporcji ceny zaoferowanej przez Protestującego względem wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego, podnosi iż nie tylko jego oferta (poniżej o 60,71 %) różni się od niej, ale także cena oferty wybranej ostatecznie (poniżej o 37,5 %), jak i oferta najdroższa (powyżej o 140 %). Przywołuje w tym miejscu orzeczenie Zespołu Arbitrów z dnia 31.01.2006 r., sygn. akt. UZP/ZO/0-226/06 zgodnie z którym: „Nie może o rażąco niskiej cenie świadczyć fakt, iż jest to cena niższa niż kwota którą Zamawiający podał przed otwarciem ofert.” Podnosi dalej, iż zgodnie z dalszym uzasadnieniem tego

orzeczenia, Zamawiający nie może domniemywać, na podstawie samej tylko ceny oferty, okoliczności, którymi podpira się podejmując decyzję o odrzuceniu oferty, jako rażąco zaniżonej, w szczególności w sytuacji, gdy opierając się na wiedzy uzyskanej od Wykonawcy w trybie art. 90 ust.1 Pzp, nie dysponuję taką wiedzą uzyskaną od innych Wykonawców uczestnik wiedzy uzyskanej od Odwołującego się w treści jego wyjaśnień, ponieważ nie miał wiedzy w tym zakresie odnośnie innych ofert. Zdaniem Protestującego okoliczności, które mają świadczyć o zniżonej cenie oferty w większym stopniu wynikają z domniemań Zamawiającego, a nie jego pozytywnej wiedzy.

Względem zarzutu Zamawiającego odnoszącego się do wyjaśnień Wykonawcy udzielonych na zapytanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, gdzie Wykonawca podał skalkulowaną wartość zamówienia w przeliczeniu na 1 m², wynoszącą 85 zł netto, podnosząc dodatkowo, iż obiekty podane w treści wyjaśnień są zdecydowanie mniej skomplikowane niż przedmiot niniejszego zamówienia. Zamawiający zdaniem Wykonawcy pomija, że cena obiektów przedstawionych w wyjaśnieniach w przeliczeniu na 1 m² jest wyraźnie niższa niż cena zaproponowana w przedmiotowym postępowaniu, w odniesieniu do poszczególnych obiektów dwu- i trzykrotnie, co jest podyktowane mniejszym stopniem skomplikowania niezbędnych do wykonania czynności projektowych. Protestujący uważa, iż Zamawiający dowolnie interpretuje uzyskane od niego informacje.

Protestujący podnosi, iż ocena Zamawiającego nie może opierać się wyłącznie na danych pozyskanych od Wykonawcy, ale powinna być zobiektywizowana i odnosić się do realiów panujących na rynku, obowiązujących cen itp., do czego wprost zobowiązuje art. 90 ust. 2 Pzp. Powołuje także w tym względzie orzeczenie Zespołu Arbitrów z dnia 09.05.2006 r., sygn. akt. UZP/ZO/0-1286/06, zgodnie z którym ocena oferty jako zawierającej rażąco niską cenę nie może opierać się wyłącznie na wyjaśnieniach udzielonych przez Wykonawcę, choćby miały charakter dość ogólny. Arytmetyczne porównanie cen wskazanych w ofertach może stanowić co najwyżej przesłankę wskazującą na domniemanie zaistnienia rażąco zaniżonej ceny. Protestujący wskazuje w tym miejscu, iż Zamawiający przypisuje istotne znaczenie różnicy cen pomiędzy poszczególnymi ofertami, nie wyjaśniając na czym opiera swoje stanowisko.

Dodatkowo wykazując realność zaoferowanej w przedmiotowym postępowaniu ceny powołuje się na fakt złożenia oferty w przetargu nieograniczonym organizowanym przez Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie, na wykonanie projektu budowlanego wykonawczego obejmującego wszystkie branżę związane z realizacją budynku Regionalnego Centrum Informatycznego UWM w Olsztynie podkreślając, iż skala trudności tego przedsięwzięcia była porównywalna do przedmiotu niniejszego zamówienia. Podkreśla, iż cena oferty uznanej w tym postępowaniu za najkorzystniejszą wynosiła 62.17 zł neto za 1 m², jego zaś oferta opiewała 102 zł netto za 1 m². Powyższe świadczy zdaniem

Protestującego o błędnym stanowisku Zamawiającego. Załącza jako dowód powiadomienie o wyborze wskazanej oferty z dnia 14.02.2008 r., doręczone Wykonawcy w dniu 19.02.2008 r. Informuje, iż z uwagi na otrzymanie informacji 19.02.2008 r. nie mógł użyć niniejszego argumentu w wyjaśnieniach z dnia 15.02.2008 r.

Protestujący uważa również, iż dla oceny, czy oferta zawiera rażąco zaniżoną cenę, ma znaczenie przede wszystkim odniesienie ceny będącej przedmiotem badania do realnej wartości rynkowej zamówień tego rodzaju, nie zaś do ceny innych ofert, czy też oszacowanej przez Zamawiającego wartości zamówienia. Tylko wtedy, gdy Zamawiający wykaże rażące zaniżenie ceny w stosunku do czynników obiektywnych i odrzuci ofertę można mówić o zachowaniu wymagań przewidzianych w art. 90 ust. 1-3 Pzp. Przykładowo dla poparcia tej tezy wskazuje Protestujący orzeczenie Zespołu Arbitrów z dnia 13.02.2006 r., sygn. akt. UZP/ZO/0-358/06, gdzie stwierdza, iż: „o cenie rażąco niskiej możemy mówić analizując całość zaoferowanej przez Wykonawcę ceny w stosunku do realnej wartości rynkowej prac”. Inne orzeczenie Zespołu Arbitrów z dnia 01.02.2006 r., sygn. akt. UZP/ZO/0-239/06 mówi, iż: „za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, czyli cenę odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt wykonywania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia”.

Zdaniem Protestującego, ocena Zamawiającego jest błędna, nie opiera się na zobiektywizowanych przesłankach, jest sprzeczna z ustawą, stanowi wynik nieuzasadnionego i krzywdzącego postrzegania Protestującego jako niewiarygodnej i nierzetelnej.

W dniu 03.03.2008 r. Zamawiający faxem przekazał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 6.03.2008 r. faxem (14.03.2008 r. pisemnie) do Zamawiającego wpłynęło pismo od Wykonawcy PM GROUP Killakee Mouse Belgrad Square Tallaght Dublin 24 Ireland, zwanym dalej Przystępującym, zawierające przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. W treści przystąpienia Przystępujący podzielił argumenty podniesione przez Zamawiającego w odrzuceniu firmy KONTRAPUNKT V-PROJEKT oraz zgłosił nowe zarzuty w zakresie odrzucenia firmy „Spółka Projektowania Architektonicznego Sadowski Sadowska”. Przystępujący wniósł o odrzucenie oferty z uwagi na rażąco niską cenę oraz nie spełnienie wymagań stawianych w SIWZ względem proponowanych projektantów. Wnosząc o powtórzenie czynności wyboru ofert i w konsekwencji odrzucenia ofert Protestującego, jak i uznanej za najkorzystniejszą przez Zamawiającego.

Zamawiający dnia 14.03.2008 r. poinformował Protestującego o rozstrzygnięciu protestu – poprzez jego oddalenie. Podtrzymał swoją wcześniejszą decyzję uznając, iż zaferowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający powołuje się na treść protestu (3 strona) wskazując, iż zaprezentowane inwestycje należą do 3 kategorii złożoności, według tabeli nr 1 wskazanej w załączniku do rozporządzenia, powyższe jednoznacznie wskazuje, zdaniem Zamawiającego, że zaproponowane wyjaśnienia nie odnoszą się do opisanego przedmiotu zamówienia z uwagi na to, iż obiekt, którego zaprojektowanie jest przedmiotem zamówienia, należy do kategorii 5. Inaczej mówiąc Zamawiający nie zamierza zbudować budynku niskiego o małym stopniu trudności, o prostej jednorodnej funkcji, z podstawowym wyposażeniem instalacyjnym i technologicznym, a przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie budynku wielofunkcyjnego oraz o bardzo złożonych wymaganiach funkcjonalnych, instalacyjnych i technologicznych, wymagających szczególnych rozwiązań inżynierskich.

Zamawiający wskazuje, iż po analizie załącznika nr 2 rozporządzenia, tj. 7 grupy funkcjonalnej (Nauka), w ramach której są 4 podgrupy funkcjonalne. Pierwsza obejmuje obiekty zakwalifikowane do 3 kategorii złożoności. Druga obiekty o 4 kategorii złożoności. Trzecia o 5 kategorii złożoności. Czwarta do 6 kategorii złożoności. Z treści powyższego rozporządzenia i SIWZ wynika, iż inwestycja będąca przedmiotem zamówienia jest obiektem o 5 kategorii złożoności. Przyjęcie przez Protestującego 3 kategorii złożoności przy wycenie było zdaniem zamawiającego błędem mającym bezpośredni wpływ na rażąco niską wycenę usługi projektowej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Mając powyższe na uwadze zdaniem Zamawiającego bezzasadne jest odnoszenie kosztów sporządzenia dokumentacji projektowej w powyższym postępowaniu do kosztów zaprezentowanych w wyjaśnieniach złożonych w dniu 15.02.2008 r. Wskazuje on, iż zgodnie z opinią UZP rozporządzenie jest punktem wyjścia dla kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej. Tym samym całkowicie usprawiedliwione jest wywodzenie tezy o zaniżonych kosztach wykonania usługi, w przypadku gdy jej cena w rażący sposób odbiega od ceny ustalonej przez Zamawiającego za przedmiot zamówienia.

Zamawiający uznaje zarzut nieprecyzyjności przedmiotu zamówienia za niezasadny. Wskazuje na brak pytań odnośnie przedmiotu zamówienia w toku procedury. Złożenie oferty mimo nieprecyzyjności opisu przedmiotu zamówienia wiązałoby się z dużą dozą ryzyka wykonania zamówienia dla potencjalnych Wykonawców. Zauważa, iż złożenie ceny najdroższej nie stanowi podstawy jej odrzucenia. Odnosząc się do oferty wybranej za najkorzystniejszą, stwierdza, iż nie jest to przedmiotem postępowania, a żądanie nie mieści się w interesie prawnym Protestującego.

Względem wskazanych czterech zrealizowanych inwestycji przez Protestującego Zamawiający stwierdza, iż żadna ze wskazanych inwestycji nie została zobrazowana

kalkulacja cenową sporządzenia dokumentacji. Poza tym, nie rozumie dlaczego została ona wskazana dopiero w proteście. Zamawiający nie kwestionuje zysku na poziomie 9 %, ale podnosi, iż inna była przesłanka odrzucenia oferty Protestującego i nie miał nic wspólnego z ceną dumpingową, czyli odrzuceniem z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Zamawiający podaje za Ustawodawcą, iż oferta z rażąco niską ceną nie musi być ceną dumpingową, tj. może zawierać zysk, natomiast za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień (opinia prawna UZP – na ww.uzp.gov.pl – dział aktualne opinie prawne).

Wskazane przez Protestującego czynniki (zasady), uznaje Zamawiający za hasła nie poparte żadnymi dowodami potwierdzającymi zastosowanie wskazanych zasad przy wycenie oferty. Podnosi ciągle brak kalkulacji, wskazuje, iż Wykonawcy zobowiązani są do złożenia jednoznacznych, przekonywujących wyjaśnień, pozwalających Zamawiającemu podjęcie racjonalnych decyzji.

Przeciwstawia twierdzeniu Protestującego, iż „okoliczność, że zaoferowana cena w sposób istotny odbiega od szacunkowej wartości zamówienia, dokonanej przez Zamawiającego, nie może stanowić podstawy do uznania, że jest rażąco zaniżona” opinie prawną UZP: „Jak wynika z treści art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy punktem odniesienia dla kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej jest ustalona przez zamawiającego cena za przedmiot zamówienia. Ceną ustaloną przez zamawiającego, która będzie stanowiła punkt odniesienia do stwierdzenia, czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną, będzie wartość przedmiotu zamówienia ustalona przez zamawiającego powiększona o podatek VAT. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 wyraźnie bowiem wskazuje, iż chodzi o odniesienie ceny do przedmiotu zamówienia. W chwili oceny ofert, jedynym obiektywnym wyznacznikiem tego, czy cena może być uznana za rażąco niską jest wartość zamówienia z podatkiem VAT. Wydaje się, iż punktem odniesienia nie może być sama wartość zamówienia, a więc wartość bez podatku VAT (art. 32 ust. 1), bowiem zgodnie z art. 2 pkt 1 w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach, cena podawana przez wykonawców w swojej ofercie musi uwzględniać stawkę podatku VAT”. Zamawiający dalej uznaje, iż Protestujący nie uzasadnił zaoferowanej ceny, a nawet, iż cena jest wynikiem błędnego przyjęcia założenia co do złożoności przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wskazuje, iż nie oparł swojej decyzji ona domysłach. Wykonawca nie złożył stosownej kalkulacji. Zamawiający nie wziął pod uwagę czynników obiektywnych wskazanych w art. 90 ust. 2 Pzp lub innych, gdyż żadne takie nie zostały wskazane w wyjaśnieniach.

Odnosząc się do jednego ze wskazanych orzeczeń przez Protestującego, sygn. akt. UZP/ZO/0-226/06, Zamawiający stwierdza, iż cena podawana przed otwarciem ofert jest inna niż wartość przedmiotu zamówienia i w związku z tym ta wartość nie była w żaden sposób odnoszona przez Zamawiającego do kwestii rażąco niskiej ceny.

Zamawiający uważa, iż to sam Projektant zestawiał cenę za 1 m² oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu z cenami wyszczególnionych w proteście usług. Protestujący sam wskazał, iż zaprezentowane usługi i ich ceny są nieadekwatne do złożonej oferty, potwierdzając stwierdzenie Zamawiającego, że ceny 1 m² obiektów są podyktowane właśnie mniejszym stopniem skomplikowania.

Zamawiający powołując się na protest podnosi, iż wynika z niego, że zaoferowane ceny za 1 m² w „mniej skomplikowanych obiektach” (139,44 netto i 99,92 netto) są wyższe niż cena 1 m² zaoferowana w przedmiotowym postępowaniu. Stwierdził także, że nie odnosił się do cen najniższych podanych w zestawieniu, z uwagi na fakt, że nie są znane żadne okoliczności ich złożenia. Głównym wyznacznikiem oceny wyjaśnień Projektanta był nieadekwatny wykaz usług przedstawiony w zaprezentowanej tabeli.

Odnosząc się do powołanego postępowania prowadzonego przez Uniwersytet Warmińsko-Mazurski, Zamawiający stwierdził, iż Protestujący w żaden sposób nie udowodnił swoich twierdzeń, dlatego oparł swoją wiedzę w tym zakresie na informacjach zawartych na stronach internetowych UWM. Na tej podstawie stwierdził, iż po pierwsze zlecone w tym postępowaniu prace nie zawierają w sobie laboratoriów w rozumieniu laboratoriów planowanych w zlecanym przez Zamawiającego budynku Biotechnologii, po drugie obiekt ten mieści się w 2 podgrupie, czyli 4 kategorii złożoności, po trzecie budynki dydaktyczne nie mają nic wspólnego z wymaganiami dotyczącymi pracy w laboratoriach oraz w pracowniach aparaturowych.

Zamawiający podnosi, iż nie może w nieskończoność prosić Wykonawcę o dostanie rzetelnej kalkulacji. Powyższy musi ponosić konsekwencje negatywne swoich nierzetelnych działań.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych przez Protestującego uważa, iż zostały one zgłoszone po terminie. Ponadto, przekraczają zakresem zarzuty wynikające z protestu. Wskazuje, iż termin na składanie ewentualnego protestu minął 04.03.2008 r., w związku z powyższym zarzuty tam zawarte podlegają odrzuceniu bez merytorycznego rozpatrzenia.

W dniu 17.03.2008 r. do Urzędu Zamówień Publicznych przesłano odwołanie (wpłynęło 25.03.2008 r.) z dnia 17.03.2008 r. złożone przez wcześniejszego Protestującego odtąd Odwołującego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów wskazanych w proteście i wnosząc o:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę,
- 2) nakazanie Zamawiającemu ponownego badania i oceny wszystkich złożonych w postępowaniu ofert;
- 3) obciążenie kosztami postępowania Zamawiającego, w tym w zakresie uzasadnionych kosztów obejmujących wydatki związane ze stawiennictwem na posiedzeniu oraz wynagrodzenie pełnomocnika.

W ramach uzasadnienia Odwołujący powtórzył argumentację zawartą w proteście, w szczególności odnosząca się do wieloletniego doświadczenia Odwołującego, zrealizowanych i realizowanych prac projektowych, niższych stawek projektowych w stosunku do stawek zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu. Zysku osiąganego Wskazanych czynników wpływających na zaofferowana cenę ryczałtową. Podtrzymał argumentacja oparta o wskazane w proteście orzeczenia arbitrażowe oraz dysproporcje między zaofferowanymi cenami.

Odnosząc się do argumentów Zamawiającego odnośnie 3 i 5 kategorii złożoności porównywanych obiektów. Wyjaśnia, iż nie było intencją odwołującego przekonywanie, że obiekty porównawcze, wskazujące na zasadność zaproponowanej ceny mają być odnoszone do przedmiotu niniejszego zamówienia, czy też, że należą do tej samej kategorii. Wręcz przeciwnie Odwołujący podnosi, iż ze względu na niższy stopień skomplikowania oraz odpowiadającą mu cenę w przeliczeniu na 1m² Odwołujący wykazał, że cena zaproponowana w ofercie zawiera cenę realną, opierającą się na rzetelnej kalkulacji oraz adekwatną do realiów rynku. Zwraca uwagę, iż Zamawiający pomija fakt, iż ceny wybrane dla owych obiektów porównawczych, należących do trzeciej kategorii, były wydatnie niższe aniżeli cena zaproponowana przez Odwołującego w niniejszym postępowaniu, którą uznano za rażąco niską. Przedstawia swoje intencje, zgodnie z którymi skoro ceny obiektów o mniejszym stopniu skomplikowania były dwu- lub trzykrotnie niższe od ceny zaofferowanej w ofercie, a przy tym jest to miernik najbardziej adekwatny, bo zweryfikowany przez rynek i nie obarczony ryzykiem błędu, to złożone wyjaśnienia będą w pełni przekonujące dla Zamawiającego i wyłącznie z tego powodu poprzestano na ich przedstawieniu w wyjaśnieniach, nie odwoływano się natomiast do innych obiektów. Zaznacza także, iż niektóre wskazane w proteście obiekty należą do 6 kategorii złożoności zgodnie z rozporządzeniem.

Odnosnie braku załączenia kalkulacji, Odwołujący stwierdza, iż Zamawiający pomija fakt, iż obowiązuje go przede wszystkim kryteria natury obiektywnej, związane z odniesieniem oferowanej ceny do warunków panujących na rynku usług objętych zamówieniem. Te właśnie czynniki stanowiły podstawę skalkulowania ceny zamówienia przez Odwołującego, która została odniesiona do innych realizowanych przez niego obiektów, a także zweryfikowana przez dotychczasowe doświadczenia wniesione z uczestnictwa w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący stwierdza, iż kalkulacja opierająca się na subiektywnym przekonaniu oferenta, często determinowanym subiektywnymi przesłankami związanymi ze specyfika poszczególnych działalności, nad odniesienie cen do kryteriów czysto rynkowych, obiektywnie sprawdzalnych i zweryfikowanych przez praktykę. Przykładem tego jest według Odwołującego rozrzut cenowy ofert złożonych. Wskazuję, iż wyjaśnienia z dnia 15.02.2008 r. stanowiły

uzasadnienie skalkulowania ceny w oparciu o czynniki rynkowe.

Odwołujący nie zgadza się z twierdzeniami Zamawiającego odnośnie nadania szacowanej wartości zamówienia punktu odniesienia dla uznania ceny za rażąco nisko. Kwestionuje prawidłowość jej oszacowania, na co wskazuje jego zdaniem rozrzut cenowy złożonych ofert. Podważa także zasadność wyboru oferty najkorzystniejszej. Odnosząc się do postępowania na UWM, Odwołujący przyznaje, iż w tym przetargu ich przedmiotem były obiekty o 4 kategorii złożoności (w przedmiotowym postępowaniu – 5 kategorii). Cena najkorzystniejsza w tym przetargu stanowiła 62, 17 zł netto za 1 m², czyli w przedmiotowym postępowaniu cena oferowana była o 27 % wyższa. Podnosi, iż ta różnica można tłumaczyć z powodzeniem różnym stopniem skomplikowania obiektów. Podkreśla wynikające z powyższego konsekwencję, realność i rzetelność zaproponowanej ceny potwierdzonej kryteriami natury obiektywnej, przede wszystkim czynnikami rynkowymi, które zostały odpowiednio wykazane.

W dalszej części powołuje ponownie orzeczenia Zespołów Arbitrów z protestu. Na koniec Odwołujący informuje, iż przyłącza się do zarzutu innego uczestnika postępowania protestacyjnego, który przyłączył się do protestu. Odnośnie braku uprawnień dwóch projektantów tworzących zespół wykonawcy, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu faxem w dniu 17.03.2008 r.

W dniu 18.03.2008 r. Zamawiający wezwał uczestnika postępowania protestacyjnego faxem do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesionego odwołania.

Do postępowania odwoławczego nie było żadnych przystąpień.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, w szczególności zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu stron na rozprawie ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby, zgadza się ze stanowiskiem zaprezentowanym w Wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 19.06.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/-1711/06, iż: „Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie definiują pojęcia „rażąco niska cena”. Słownik Języka Polskiego PWN opisuje przymiotnik „rażący” jako dający się łatwo stwierdzić, wyraźny, oczywisty, niewątpliwy, bezsporny. A zatem oferta podlega odrzuceniu o ile zawiera cenę wyraźnie i w oczywisty, bezsporny sposób zaniżoną. Tę zaniżoną cenę odnosić należy do

przedmiotu zamówienia i ustalonej dla tego przedmiotu zamówienia wartości. Samo porównanie cen: ustalonej przez zamawiającego oraz oferty wykonawcy, której cena znacznie odbiega od tej ustalonej przez zamawiającego nie uprawnia do odrzucenia oferty. Przepis art. 90 Pzp ustala procedurę postępowania mającą na celu ustalenie, czy zaproponowana cena jest rażąco niska. Nakazuje zamawiającemu zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie dotyczące powodów zaproponowania niskiej ceny. Na podstawie wyjaśnień zamawiający ocenia, czy zaproponowana cena rzeczywiście jest ceną zaniżoną. Przepis art. 90 ust. 2 Pzp w sposób przykładowy wymienia obiektywne czynniki, które mogą mieć wpływ na zaproponowaną przez wykonawcę cenę. Wyczerpanie trybu ustalonego w przepisie art. 90 Pzp jest dla zamawiającego obligatoryjne przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty z powodu rażąco niskiej ceny”.

Powyższe potwierdziło orzecznictwo KIO, zgodnie z którym ceną rażąco niską jest: „(.....), (...) ceną nierealną, tj. ceną, za którą nie można zrealizować przedmiotowego zamówienia. Tylko wówczas, zdaniem składu orzekającego Izby, mielibyśmy do czynienia z ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia”. (Wyrok KIO z dn. 28.02.2008 r., sygn. akt. KIO/UZP 123/08). W innym orzeczeniu stwierdzono, iż za: „(...) ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień tj. cenę, wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. Punktem odniesienia dla oceny, czy cena jest rażąco niska, jest przedmiot zamówienia i jego wartość. Nie oznacza to jednak, że każda oferta z ceną niższą od wartości zamówienia, powiększonej o podatek VAT, zawiera rażąco niską cenę”. (Wyrok KIO z dn. 09.01.2008 r., sygn. akt. KIO/UZP 1441/07). Podobnie w dalszym orzeczeniu, gdzie mówi się, iż: „Cenę za rażąco niską można by uznać w wypadku, jeżeli jest ona wyraźnie niższa od pozostałych zaoferowanych cen lub od wartości szacunkowej zamówienia. Zgodnie z internetowym Słownikiem języka polskiego PWN rażący to: rzucający się w oczy, wyraźny, bardzo duży”. (Wyrok KIO z dn. 14.02.2008 r., sygn. akt. KIO/UZP 73/07, KIO/UZP 74/08)

W przedmiotowym stanie faktycznym, należy zgodzić się ze stanowiskiem a także późniejszym działaniem Zamawiającego, który miał prawo domniemywać, iż oferta o najniższej cenie może mieć charakter ceny rażąco niskiej. Należy jednakże zwrócić uwagę, iż zamówienie na wykonanie dokumentacji projektowej charakteryzuje się określoną specyfiką, dlatego oparcie się wyłącznie na odniesieniu cen ofertowych do wartości szacunkowej powiększonej o podatek VAT, stanowi zbytnie uproszczenie. Duży bowiem rozrzut cenowy wśród złożonych ofert może rodzić podejrzenie niedostatecznie dokładnego oszacowania wartości zamówienia względem przedmiotu zamówienia. W takiej sytuacji celowe wydaje się przeprowadzenie analizy zaoferowanej ceny także w stosunku do kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. W przedmiotowej

sprawie zmniejszyło to różnice z ponad 60 % do ponad 30 %. Wspomniana wyżej specyfika przedmiotu zamówienia sprawia także, iż należy odnieść zaoferowane ceny także do rzeczywistych cen rynkowych. Branża usług projektowych charakteryzuje się dużą dozą konkurencyjności i niewskazane jest zakładanie z góry nierzetelnego oszacowania ceny ofertowej. Potwierdzają to m.in. publikacje fachowe, z których wynika, iż wskaźnik zróżnicowania cen zaoferowanych może sięgać nawet 30% (A. Borowicz: „Zamówienia Publiczne w procesie inwestycyjno-budowlanym i gospodarce nieruchomościami”, Łódź 2005, str 94). Skład orzekający Izby, zgadza się jednakże, iż bezsprzecznie powzięta wątpliwość czyniła działanie Zamawiającego, który zwrócił się do Odwołującego z prośbą o wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 Pzp uzasadnione. Powyższe potwierdza także orzeczenie Zespołu Arbitrów z dnia 01.03.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/-546/06, iż: „Skoro cena oferty uznanej za najkorzystniejszą stanowi około 62 % ceny oferty zawierającej najwyższą cenę i około 57 % wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług to w ocenie Zespołu Arbitrów Zamawiający powinien wszcząć postępowanie wyjaśniające w trybie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tak duża rozbieżność cen ofert, jeśli przyjąć, iż wartość szacunkowa zamówienia została ustalona prawidłowo, wskazuje bowiem na ewentualne ryzyko powierzenia zamówienia wykonawcy, który nie będzie w stanie za nią rzetelnie wykonać zamówienia”.

W ramach procedury weryfikacyjnej Zamawiający otrzymał wyjaśnienia z 15.02.2008 r. o dość ogólnym charakterze, a także na etapie protestu wskazano takie czynniki jak niskie koszty własne osiągnane dzięki sprawnemu zarządzaniu i odpowiedniej organizacji projektu, a także wysoki przerób. W ramach odwołania dodano do powyższego, iż cena została odniesiona do innych realizowanych przez Odwołującego obiektów, a także zweryfikowana przez dotychczasowe doświadczenia wyniesione z uczestnictwa w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający oceniając złożone wyjaśnienia bierze pod uwagę obiektywne czynniki wymienione w art. 90 ust. 2 Pzp, takie jak oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływa pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Powyższy katalog nie ma charakteru zamkniętego. W ust. 3 niniejszego artykułu określono, iż 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.

W przedmiotowym stanie faktycznym należy uznać zasadność oceny złożonych wyjaśnień, które w swej treści w sposób niewystarczający rozwiewały wątpliwości powzięte przez Zamawiającego. Fakt przedłożenia przykładowych protokołów z otwarcia ofert

w ramach wyjaśnień z 15.02.2008 r. innych inwestycji, które mieściły się w innym pułapie, tj. kategorii złożoności obiektu, o którym mowa w stosownym rozporządzeniu, niż obiekt z przedmiotowego postępowania, czyni zaoferowane tam ceny nieweryfikowalnymi odnośnie przedmiotowego postępowania. Brak jest przede wszystkim wszystkich koniecznych danych do takiej weryfikowalności.

Zdaniem składu orzekającego Izby, Zamawiający nie naruszył tym samym art. 90 ust. 3 Pzp. Nie przedstawiono dowodów, których obowiązek przedłożenia wprost wynika z przepisów. Izba nie kwestionuje doświadczenia pracowni projektowej składającej odwołanie, jednakże nie tylko Zamawiający, ale także inni uczestnicy postępowania przetargowego mają obowiązek do należytego wykonywania czynności w toku postępowania. Zamawiający nie może ponosić negatywnych konsekwencji działań uczestników postępowania przetargowego, którzy w sposób niedostateczny realizują przysługujące im prawa. Zgodnie z art. 6 kc na Odwołującym ciąży obowiązek udowodnienia faktu, z którego wywodzi skutki prawne. Izba przyjmuje wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w toku rozprawy, ale nie przedłożył on żadnych wyliczeń, które jak podniósł, każdorazowo są dokonywane zanim zostanie złożona oferta, stanowiących, jak wskazał, wynik kalkulacji cen rynkowych z różnych dziedzin. Mając powyższe na względzie w ocenie Izby, Zamawiający miał prawo uznać, czynniki wskazane także w proteście i odwołaniu za w sposób dostateczny niewykazane i nieudowodnione. Same oświadczenia o zatrudnianiu określonej liczby pracowników, wynagrodzeniu pracowników, wysokim przerobie, czy też posiadaniu niezbędnego zaplecza administracyjno-technicznego, bez wskazania decydującej kalkulacji są niewystarczające. Wykazanie się wieloletnim doświadczeniem Odwołującego i rzetelnością w realizacji wykonywanych kontraktów może tylko stanowić pośrednio o rzetelności przeprowadzonej kalkulacji, nie stanowi natomiast namacalnego dowodu.

Należy uznać, iż inna decyzja Zamawiającego uznająca wyjaśnienia złożone przez Odwołującego za wystarczające wobec ich nieadekwatnego i enigmatycznego charakteru stanowiłoby bezsprzecznie, iż taka decyzja mogłaby być przedmiotem kontroli przez stosowne organy. Zamawiający oceniając złożone wyjaśnienia nie może od nich abstrahować.

Nienaruszenie przez Zamawiającego art. 90 Pzp i uznanie zasadności przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w tym trybie, czyni zasadnym zdaniem składu orzekającego Izby, uznanie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, jako zawierającej cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia za zasadne. Odwołujący nie wykazał tezy przeciwnej.

Wydaje się, iż jedyną negatywną niekonsekwencją w działaniu Zamawiającego była sytuacja, w której wobec Odwołującego przeprowadzono postępowanie wyjaśniające

odnośnie zaoferowanej ceny, a wobec Wykonawcy, którego ofertę Zamawiający ostatecznie wybrał, takiej procedury zaniechano, czym wobec faktu, iż w obu wypadkach cena ofertowa odbiegała od wartości szacunkowej powiększonej o podatek VAT w sposób, który mógł być uznany za rażąco zaniżony, naruszył art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. Wobec powyższego, skład orzekający Izby uznał zasadność zarzuty opartego na niniejszym artykule.

W związku z potwierdzeniem się naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, orzeczono jak w sentencji uznając, iż zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 3 lit. a Pzp z dniem wydania wyroku Izby oferta Odwołującego została skutecznie odrzucona i jako taka nie będzie przedmiotem ponownego badania i oceny.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy z dnia 29.01.2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*