

Sygn. akt: KIO 2288/16

Wyrok
z dnia 15 grudnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Aleksandra Zielonka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 grudnia w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 grudnia 2016 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Portal-PP Sp. z o.o., Sp. k., ul. Bł. Królowej Jadwigi 47/9, 70-300 Szczecin** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Gorzów Wielkopolski, ul. Sikorskiego 3-4, 66-400 Gorzów Wielkopolski**

orzeka

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert z udziałem oferty odwołującego

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Miasto Gorzów Wielkopolski, ul. Sikorskiego 3-4, 66-400 Gorzów Wielkopolski**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Portal-PP Sp. z o.o., Sp. k., ul. Bł. Królowej Jadwigi 47/9, 70-300 Szczecin** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od zamawiającego **Miasto Gorzów Wielkopolski, ul. Sikorskiego 3-4, 66-400 Gorzów Wielkopolski** na rzecz odwołującego **Portal-PP Sp. z o.o., Sp. k., ul. Bł. Królowej Jadwigi 47/9, 70-300 Szczecin** kwotę 19 206,00 (dziewiętnaście tysięcy dwieście sześć) złotych tytułem zwrotu kosztów uiszczzonego wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztu dojazdu pełnomocników na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gorzowie Wielkopolskim**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Miasto Gorzów Wielkopolski ul. Sikorskiego 3-4, 66-400 Gorzów Wielkopolski dalej zwany „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *„Wykonanie koncepcji wstępnych funkcjonalno-przestrzennych, koncepcji docelowej, wielobranżowej dokumentacji projektowej oraz pełnienie nadzoru autorskiego w ramach zadania inwestycyjnego p.n. „Centrum Edukacji Zawodowej” w Gorzowie Wielkopolskim.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało ogłoszone w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod nr 2016/S141-255847 z dnia 23/07/2016r. Wartość zamówienia jest powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 24 listopada 2016r Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze najkorzystniejszej oferty za którą została uznana oferta złożone przez Demirug Sp. z o.o. Sp. k w Poznaniu.

Od takiej czynności Zamawiającego wykonawca Portal - PP Sp. z o.o. i Sp. K. w Szczecinie (dalej zwany „Odwołującym”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej .

We wniesionym odwołaniu zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt. 4 przez uznanie, że oferta Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- art. 90 ust 3 PZP w zw. z art. 90 ust. 1 PZP przez uznanie, że Wykonawca nie złożył wyjaśnień wymaganych przez Zamawiającego, a złożone wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę;
- art. 7 PZP w związku z naruszeniem zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, gdyż Zamawiający w sposób nie równy traktuje Wykonawców biorących udział w postępowaniu uznając oferty porównywalne cenowo w jednym przypadku za rażące niskie powodujące konieczności ich odrzucenia w innym za prawidłowe nie zawierające rażąco niskiej ceny.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Portal-PP Sp. z o.o. Sp. K. w Szczecinie;
- 2) unieważnienia czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Demirug Sp. z o.o. Sp. IC w Poznaniu;
- 3) dokonania ponownego badania i oceny ofert;

Odwołujący w uzasadnieniu zarzutu niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego z powodu nie wykazania iż złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny podał, że w dniu 21 września 2016r. Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp wezwał odwołującą się Spółkę do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. W dniu 26 września 2016r. Odwołujący złożył Zamawiającemu wyjaśnienia w sprawie poziomu zaproponowanej ceny. W treści wyjaśnień wskazano na doświadczenie w realizacji prac projektowych oraz korzystne warunki związane z lokalizacją inwestycji. Odwołał się do umów o wzajemnej współpracy, sytuacji finansowej, cen rynkowych, wskazał na sposób zarządzania oraz harmonogram prac projektowych. W załączeniu do złożonych wyjaśnień Odwołujący przedstawił szczegółową kalkulację cenową dotyczącą realizacji inwestycji, w tym określił spodziewany zysk na poziomie 76 980,00 zł netto. Złożona kalkulacja była zgodna z wezwaniem Zamawiającego z dnia 21.09.2016r., bowiem zawierała wszystkie kalkulacje kosztowe szczegółowo wymagane wezwaniem

Zauważył, że w treści informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty Zamawiający wskazał, że w jego ocenie wykonawca nie złożył wyjaśnień w wymaganym przez niego zakresie, w związku z czym jego oferta podlega odrzuceniu. Z treści pisma można wywnioskować, że podstawą odrzucenia oferty jest brak przedstawienia dokumentów potwierdzających, że zaoferowana cena jest ceną rynkową i realną dla wykonania przedmiotu zamówienia. Z takim stanowiskiem Zamawiającego nie można się zgodzić, gdyż w ocenie Odwołującego złożone wyjaśnienia są w pełni wystarczające dla potwierdzenia, że zaoferowana cena jest ceną rynkową i realną do wykonania zamówienia. Dodatkowo Odwołujący podał, że obliczenie ceny było oparte na czynnikach kalkulacyjnych, takich jak sposób wykonania zamówienia, czas pracy jego pracowników w kalkulowanych w koszty pracy, które powinny zostać ocenione na podstawie zindywidualizowanych okoliczności.

Podkreślił także, iż w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty odwołującej się Spółki Zamawiający w ogóle nie podjął rozważań w przedmiocie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego. Zamawiający nie podjął żadnych działań zmierzających do ustalenia, czy oferta zawiera rzeczywiście rażąco niską cenę, nie dokonał oceny złożonych wyjaśnień. Zamawiający uznał, że brak załączenia dokumentów do złożonych wyjaśnień przesądza o konieczności odrzucenia oferty co jest w ocenie Odwołującego postępowaniem wadliwym bowiem brak oceny złożonych wyjaśnień nie może prowadzić do wniosków takich, do jakich doszedł Zamawiający.

W ocenie Odwołującego podstawowe znaczenie miał brak analizy przez Zamawiającego kosztorysu, który Odwołujący oraz który traktował jako dowód najistotniejszy - kalkulację cenową załączoną do wyjaśnień. Zamawiający nie wskazał jakie elementy z przedstawionej

kalkulacji są w jego ocenie nierealne do osiągnięcia, nie wskazał też, aby cena oferty Odwołującego była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Odwołującego argumentacja Zamawiającego opierała się tylko i wyłącznie na różnicy między ceną ofertową Odwołującego, a jego kalkulacją dotyczącą kwoty na jaką oszacował zamówienie. Odwołujący wskazał, że powodem odrzucenia oferty nie może być sam brak złożenia szczegółowych wyjaśnień czy brak załączenia dokumentów, ale rażąco niska cena w stosunku do przedmiotu zamówienia. Natomiast zaoferowana cena nie odbiega od ceny rynkowej podanej przez innych oferentów. Podkreślił, iż Zamawiający niewątpliwie przeszacował wartość Zamówienia, do takiego wniosku prowadzi wprost postępowanie Zamawiającego, gdyż na siedem złożonych ofert Zamawiający zwrócił się do 6 Wykonawców z żądaniem złożenia wyjaśnień co do podanej przez nich ceny ofertowej.

Nadto wskazał, iż Zamawiający traktuje wykonawców w sposób nie równy. Oferta wykonawcy uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejsza nie odbiega w sposób znaczny od oferty Odwołującej się Spółki. Ponadto oferty te nie są porównywalne z uwagi na to, że wyjaśnienia w szczególności kosztorys złożony przez wykonawcę, którego oferta uznana została za najkorzystniejszą nie zawiera wszystkich elementów, które Zamawiający wskazał w wezwaniu. Dokumenty złożone przez tego oferenta jako załącznik do wezwania o wyjaśnienie ceny są w większości bez znaczenia dla oceny tej oferty, bowiem dotyczą potwierdzenia wykonania projektów - co mogłoby być ewentualnie oceniane pod kątem spełnienia warunków udziału w postępowaniu, stanowią np. dowody posiadania pojazdu mechanicznego lub zakupu kawy czy odświeżacza powietrza.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości i podniósł, że Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy Portal - PP Sp. z o.o. Sp. k. o złożenie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, przy jednoczesnym wskazaniu wyliczeń sporządzonych w oparciu o zakres przedmiotowy zamówienia opisany w SIWZ, obejmujących wszelkie niezbędne czynności podejmowane w celu należytego wykonania usługi. W szczególności Zamawiający żądał by Odwołujący podał kalkulacje kosztów odnośnie 46 wymienionych w wezwaniu zakresów usługi. Odwołujący zobowiązany był także wskazać oszczędność metody wykonania zamówienia i wybranych rozwiązań, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla niego, koszty pracy, których wartość przyjęto do ustalenia ceny.

Podał, że Odwołujący złożył stosowne wyjaśnienia, lecz nie zawierały one wyjaśnień w zakresie wymaganym przez Zamawiającego. Złożone przez Odwołującego wyjaśnienia nie usunęły wątpliwości Zamawiającego co do zaoferowanej ceny, gdyż Odwołujący nie wykazał i rzetelnie nie udokumentował, że cena oferty nie jest „rażąco niska”. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia stosownych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, ponieważ cena oferty Odwołującego była o 72,90% niższa od szacunkowej wartości zamówienia

powiększonej o podatek VAT, oraz o 31,70 % niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie sprostął wymaganiom postawionym w wezwaniu przedstawiając ogólne twierdzenia, które nie dały Zamawiającemu możliwości weryfikacji poprawności kalkulacji ceny ofertowej. Stwierdził, że wbrew twierdzeniom Odwołującego powodem odrzucenia jego oferty nie był brak przedstawienia dokumentów potwierdzających, że zaoferowana cena jest ceną rynkową. Zamawiający, uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego wskazał, iż w złożonych wyjaśnieniach brak chociażby analiz własnych, wyjaśniających jak wskazane przez Wykonawcę okoliczności przekładają się na koszt realizacji zamówienia i w jaki sposób wyróżniają go spośród pozostałych Wykonawców. Aby usprawiedliwić wysokość swojej ceny Odwołujący był zobowiązany przedstawić wymierne i realne oszczędności wynikające z doświadczenia w realizacji prac projektowych obiektów podobnych oraz lokalizacji inwestycji, umów o wzajemnej współpracy, sytuacji finansowej firmy oraz inwestycji w roku 2016, sposobu zarządzania oraz harmonogramowania prac projektowych. Odwołujący zaproponował niezwykle ogólne twierdzenia, kiedy to powinien przedstawić materiał dowodowy w sposób niezbity i wyczerpująco wskazujący słuszność jego.

Stwierdził jednakże, iż Odwołujący co prawda przedstawił także tabelę, która mogłaby rekompensować ogólnie twierdzenia zawarte w części opisowej wyjaśnień, jednak również w tabeli nie wskazał żadnej kalkulacji podanych tam kwot. W związku z tym Zamawiający uznał, że *de facto* Odwołujący nie przedstawił wyjaśnień. W uzasadnieniu Zamawiający powołał się między innymi na Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 października 2014 r. (KIO 2031/14), wskazujący, iż zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem złożenie wyjaśnień, które nie rozpraszają wątpliwości Zamawiającego, co do rynkowego charakteru ceny oferty, zrównane jest w skutkach z niezłożeniem wyjaśnień. Za bezpodstawny uznał również zarzut Odwołującego, iż Zamawiający nie wykazał jakie elementy z przedstawionej kalkulacji są w jego ocenie nierealne do osiągnięcia, nie wykazał też aby cena odwołującej się Spółki była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Po pierwsze Odwołujący nie przedstawił żadnej kalkulacji w złożonych przez siebie wyjaśnieniach, a po drugie przepis art. 90 ust. 2 Pzp, wskazuje wykonawcę, jako podmiot, który jest zobowiązany do udowodnienia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Przerzucanie ciężaru dowodu w tym zakresie na zamawiającego jest pozbawione podstaw prawnych. Podkreślił także, że chybiony jest także zarzut Odwołującego, iż Zamawiający w ogóle nie podjął rozważań w przedmiocie wyjaśnień złożonych przez odwołującą się Spółkę jak i nie podjął żadnych działań zmierzających do ustalenia, czy oferta zawiera rzeczywiście rażąco niską cenę, czy też nie dokonał oceny wyjaśnień złożonych przez odwołującą się Spółkę. Jest to stwierdzenie nieuprawnione, gdyż jak wynika z przesłanego Odwołującemu uzasadnienia

odrzućenia jego oferty, Zamawiający dokonał takiej oceny wyjaśnień, na jaką pozwalała ich treść.

Nadto dodał, że podnoszony zarzut nierównego traktowania Wykonawców jest nieprawdziwy i nieuzasadniony. Wyjaśnienia pozostałych Wykonawców, złożone na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp były znacznie bardziej szczegółowe i zawierały rzeczywistą kalkulację. Pozostali Wykonawcy załączyli również dowody, które miały potwierdzać prawdziwość ich oświadczeń i rzetelność obliczeń. Co prawda, niektóre z tych dowodów można uznać za zbędne, jednak całokształt wyjaśnień upewnił Zamawiającego, iż proponowana przez nie cena nie jest rażąco niska lub, jak w przypadku Wykonawcy PROBUD Firma Projektowo-Budowlana z siedzibą w Szczecinie, pozwolił stwierdzić, że jego cena ofertowa jest rażąco niska, ponieważ m.in. została skalkulowana w oparciu o nierealne założenia czasowe.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, a w szczególności po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Odwołującego oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, wyjaśnieniami odwołującego i wybranego wykonawcy w zakresie zaistnienia w ich ofertach przesłanek rażąco niskiej ceny w złożonych ofertach, a także po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych na piśmie ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, doszła do przekonania, iż sformułowany przez Odwołującego zarzut niezasadnego odrzucenia jego oferty z powodu uznania zaoferowania w niej rażąco niskiej ceny, nie znajduje oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu najkorzystniejszą ofertę. W przypadku zaś uwzględniania odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Osią sporu w przedmiotowym odwołaniu jest kwestia zasadności odrzucenia oferty Odwołującego z powodu zaistnienia przesłanki z art. 89 ust.1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust.3 Pzp.

Na wstępie wskazać należy, iż przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP przewiduje sankcję odrzucenia oferty w przypadku, gdy zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ponieważ decyzja podejmowana przez Zamawiającego o odrzuceniu oferty powinna być poprzedzona żądaniem od Wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy PZP, zaś odrzucenie oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp może nastąpić tylko po uzyskaniu wyjaśnień od Wykonawcy i tylko wówczas, gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp). Zamawiający powinien zatem mieć możliwość uzyskania w ramach wyjaśnień składanych przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, pełnię wiedzy umożliwiającej mu podjęcie decyzji co do istnienia podstaw (bądź ich braku) do odrzucenia oferty stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Należy zdaniem Izby podkreślić fakt, że Zamawiający oczekując wyjaśnień od wykonawcy winien brać pod uwagę kwestie związane ze specyfiką danego zamówienia opisaną w przedmiocie zamówienia. Inna jest możliwość szczegółowego wykazania sposobu kalkulacji ceny w przypadku zamówień, gdzie decydującym czynnikiem kosztowym jest nabywanie przez wykonawcę - dla wykonania zamówienia, określonych materiałów czy urządzeń, a inną w sytuacji, kiedy podstawowym kosztem wykonania usługi jest koszt pracy ludzkiej. Przy zamówieniach gdzie nabywane są określone materiały czy urządzenia, np. materiały budowlane, to na rynku istnieje pewien wzorzec w postaci ceny tych materiałów dostępnych każdemu ich nabywcy. W takim przypadku możliwe i niezbędne dla wykazania prawidłowego skalkulowania ceny jest wykazanie, dlaczego danemu wykonawcy dostępne są ceny dużo niższe od tych powszechnie stosowanych na danym rynku oraz, jaki to ma wpływ na cenę danej oferty.

Natomiast w sytuacji tego postępowania, gdzie przedmiot zamówienia obejmuje usługę przygotowania koncepcji wielobranżowej, dokumentacji koncepcyjnej i projektowej oraz pełnienia w zakresie opracowania nadzoru autorskiego, to podstawowym kosztem wykonania zamówienia są koszty osobowe – koszty zatrudnienia kadry o określonych kwalifikacjach i posiadanych uprawnieniach. Co do zasady w takich zamówieniach koszty materiałowe, koszty administracyjne oraz koszty zewnętrzne dla świadczącego tego typu usługę oscylują w okolicach kilkunastu procent (niezwykle rzadko przekraczają 20%) ceny całkowitej. Powyższe oznacza, że wykonawca kalkulując cenę za tego typu usługi bierze pod uwagę przede wszystkim koszty pracy osób je realizujących, które ze względu na specyfikę tych kosztów mogą być bardzo różne dla poszczególnych wykonawców. Tego typu kosztów nie da się bowiem w sposób jednoznaczny „zweryfikować” i poddać analizie – poza kosztami

minimalnego wynagrodzenia za pracę, który to aspekt nie stanowił jednak podstawy odrzucenia oferty Odwołującego. Wynika to z faktu, iż przy kosztach osobowych praca lub usługa, jest warta tyle na ile wycenia ją osoba je świadcząca, lub tyle za ile jej wykonanie pracodawca płaci pracownikowi. Ten koszt jest z reguły pochodną nasycenia rynku specjalistami określonej branży (podażą), możliwościami ich zatrudnienia przez miejscowe firmy (popytem), a także polityką kadrowo- płacową firmy składającej ofertę na wykonanie danego zamówienia. Czynniki te niewątpliwie z powodu brak pewnego wzorca cenowego w tym zakresie, powodują znaczne trudności z wykazaniem, dlaczego dany wykonawca jest w stanie wykonać dane zamówienie taniej niż inny, a także ogranicza możliwości weryfikacji ceny zaoferowanej przez poszczególnych wykonawców (podobnie wyrok KIO 1737/16)

Wskazać także należy, iż Zamawiający dokonywał dwukrotnego wyboru najkorzystniejszej oferty, ponieważ pierwszy wybór został unieważniony. Jednakże Zamawiający po pierwszym wyborze najkorzystniejszej oferty nie wzywał Odwołującego do złożenia jakichkolwiek wyjaśnień zarówno w zakresie rażąco niskiej ceny złożonej oferty, czy też uszczegółowienia wyjaśnień już złożonych. Pierwsze wezwanie zostało skierowane do Odwołującego w sytuacji kiedy cena jego oferty była o 72,90% niższa od szacunkowej wartości zamówienia i niższa o 31,70% od średniej arytmetycznej złożonych ofert. W związku z faktem, iż po unieważnieniu czynności pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty dwóch wykonawców nie przedłużyło terminu związania oferta to sytuacja w tym zakresie uległa zmianie i oferta Odwołującego stała się niższa od średniej arytmetycznej ofert pozostałych w postępowaniu o 18%, oraz niższa od oferty wybranej o 10,5%. Tak więc uległa zasadniczej zmianie sytuacja, dotycząca zaistnienia przesłanek do obligatoryjnego wzywania wykonawców do złożenia wyjaśnień zaoferowanej ceny (art. 90 ust. 1 Pzp).

W zakresie różnic cenowych pomiędzy ofertami, na rozprawie Odwołujący podał, iż biorąc pod uwagę złożone przez wykonawcę wybranego Demiurg oraz Odwołującego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, należy zwrócić uwagę na fakt, iż obaj wykonawcy założyli w cenie ofertowej inną kwotę zysku. Odwołujący wskazał zysk na poziomie około: - 76 980 zł, a Demiurg 136 955 złotych. Odejmując wskazaną przez obu wykonawców kwotę zysku od ceny ofertowej to wg. wyliczeń Odwołującego koszt wytworzenia produktu, czyli wykonania zamówienia w ofercie Odwołującego i ofercie wybranej (Demiurg) jest podobny, ponieważ różnica w koszcie wykonania zamówienia wynosi 7 440 zł, co stanowi około 1% różnicy pomiędzy ofertą wybraną, a ofertą Odwołującego. Zdaniem Izby kwestia ta może być potraktowana tylko jako element poglądowy dla cen ofertowych, gdyż brak jest podstaw do stwierdzenia, iż podana kwota zysku nie zawiera rezerwy na pokrycie innych kosztów wprost nie ujętych w kalkulacji, czy też mogących ujawnić się w trakcie realizacji zamówienia.

Izba analizując zarówno treść informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty jak i stanowisko prezentowane przez Zamawiającego uznaje, że dokonana przez Zamawiającego ocena złożonych przez Odwołującego wyjaśnień nie obejmuje merytorycznej oceny istotnych punktu widzenia treści art. 90 ust. 3 Pzp elementów, tj. wykazania, że dokonana ocena złożonych wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Stanowisko Zamawiającego w tym zakresie nie zawiera żadnego odniesienia się do cen podanych w załączonym do wyjaśnień zestawieniu kosztów, lecz skupia się na ocenie szczegółowości udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień w porównaniu z wyjaśnieniami udzielonymi przez wykonawcę Demiurg. Ta analiza sprowadza Zamawiającego do przyjęcia stanowiska co wskazał zarówno w odpowiedzi na odwołanie, jak i do protokołu rozprawy, iż oceniając treść złożonych wyjaśnień „Zamawiający uznał, że *de facto* Odwołujący wyjaśnień nie przedstawił(...) „Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego w oparciu przepis art. 93 ustawy Pzp z powodu, iż wykonawca nie udzielił właściwych wyjaśnień”. Tak więc stwierdzić należy, iż Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z powodu niezłożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty.

Izba odnosząc się do powyższego stwierdza iż niewątpliwym jest, że Odwołujący złożył stosowne wyjaśnienia, załączając do części opisowej kalkulacji cenową obejmującą podanie kosztu jednostkowego dla wszystkich pozycji wskazanych przez Zamawiającego w wezwaniu. Niewątpliwym zdaniem Izby jest także fakt, że udzielone wyjaśnienia nie są zbyt szczegółowe, ale trudno także uznać, iż są tak ogólne, że można mówić o ich nie złożeniu, w szczególności jeśli weźmiemy pod uwagę załączoną do nich w formie tabeli kalkulację kosztów. Nadmienić należy, iż Zamawiający oceniał te wyjaśnienia w kontekście wyjaśnień złożonych przez wykonawcę którego oferta została wybrana. Na rozprawie Zamawiający stwierdził w tym zakresie, że „porównując wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Demiurg z wyjaśnieniami Odwołującego, to jest między nimi ogromna różnica, ponieważ wykonawca Demiurg złożył szczegółowe wyjaśnienia, załączył do nich szereg dowodów mający uzasadniać ich poniesienie w takiej wysokości, nadto wskazał na sposób i metodologię wyliczenia ceny ofertowej”.

Odnosząc się do tej kwestii Izba stwierdza, że nie występują istotne różnice pomiędzy wartością merytoryczną wyjaśnień obu wykonawców. Wyjaśnienia w części ogólnej obu wykonawców mieszczą się na podobnej ilości stron. Ponadto wyjaśnienia Demiurg zawierają odwołania do tez z orzeczeń KIO i sądów, które trudno uznać w przypadku wyjaśnień rażąco niskiej ceny za stanowisko merytoryczne, mogące wyjaśniać prawidłowość skalkulowanej ceny. Wykonawca Demiurg załączył do wyjaśnień szereg pism odnoszących się do jego udziału w innych postępowaniach w których składał wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej ceny. Zdaniem Izby brak jest uzasadnionych przesłanek, aby uznać za miarodajny dowód

wskazujący na prawidłowe skalkulowanie ceny w tym postępowaniu, w oparciu o kalkulacje cen z innych postępowań, mających inny przedmiot zamówienia oraz inny stan faktyczny.

Zdaniem Izby, Zamawiający w sposób niezasadny dokonał odrzucenia oferty Odwołującego bazując na porównaniu treści wyjaśnień wykonawcy wybranego i Odwołującego. Nieuprawnione też jest porównywanie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego z innymi wyjaśnieniami pod kątem kompletności informacji tam zawartych. Podstawą odrzucenia może być tylko sytuacja kiedy wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień takich wyjaśnień nie składa, bądź gdy ocena złożonych wyjaśnień potwierdza, że zaofferowana cena jest rażąco niska. W tym postępowaniu brak jest dowodu na to iż Zamawiający dokonał analizy ceny w oparciu o złożone wyjaśnienia i załączona tabelę. Podkreślić należy także, iż Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień postawił wymóg (poza przepisaniem treści art. 90 ust.1pkt1 Pzp), cyt: „wskazać wyliczenie sporządzone w oparciu o zakres przedmiotowy niniejszego zamówienia opisany w SIWZ” (...) *W wyjaśnieniach należy podać w szczególności kalkulacje kosztów odnośnie:*”, wymieniając zakres zamówienia wynikający z SIWZ. Natomiast w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający na str. 4 ostat. akapit podaje: cyt. „*powodem odrzucenia jego oferty nie był brak przedstawienia dokumentów potwierdzających, że zaofferowana cena jest ceną rynkową,(...). Aby usprawiedliwić wysokość swojej ceny Odwołujący był zobowiązany przedstawić wymierne i realne oszczędności wynikające z doświadczenia w realizacji prac projektowych obiektów podobnych oraz lokalizacji inwestycji, umów o wzajemnej współpracy, sytuacji finansowej firmy oraz inwestycji w roku 2016. sposobu zarządzania oraz harmonogramowania prac projektowych*”. Porównując powyższe stanowisko Zamawiającego do wymagania postawionego w wezwaniu stwierdzić należy, iż w wezwaniu nie ma wskazania oczekiwań Zamawiającego podanych w odpowiedzi na odwołanie, co odrzucenie oferty z tego powodu czyni niezasadnym. Zamawiający nie ma prawa kwestionować wyjaśnień z tego powodu, że nie zawarto w nich informacji, o które wprost nie występował. Jeżeli Zamawiający miał wątpliwości co do prawidłowości skalkulowania danej pozycji kosztów to powinien był wezwać Odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień.

Zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Izba uznała odmiennie niż Zamawiający, iż kwestie w zakresie kalkulacji ceny ofertowej zostały prawidłowo wyjaśnione. Zamawiający odrzucając ofertę nie wykazał, iż zaszły podstawy do odrzucenia oferty i tym samym nakazała Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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