

Sygn. akt: KIO 476 /11

WYROK
z dnia 22 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 7 marca 2011 r. przez **Lafrentz Polska Sp. z o.o., 60-359 Poznań, ul. Zbąszyńska 29** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Dróg Wojewódzkich, 85-085 Bydgoszcz, ul. Fordońska 6**

przy udziale **AUTOSTRADA II Sp. z o.o., 40-467 Katowice, ul. 73 Pułku Piechoty 1** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po Zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Lafrentz Polska Sp. z o.o., 60-359 Poznań, ul. Zbąszyńska 29** i nakazuje:
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Lafrentz Polska Sp. z o.o., 60-359 Poznań, ul. Zbąszyńska 29**.

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Lafrentz Polska Sp. z o.o., 60-359 Poznań, ul. Zbąszyńska 29** na rzecz **Zarządu Dróg Wojewódzkich, 85-085 Bydgoszcz, ul. Fordońska 6**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Bydgoszczy**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „opracowanie dokumentacji projektowej dla zadania: Przebudowa drogi wojewódzkiej Nr 548 Stolno - Wąbrzeźno od km 0+005 do km 29+619 z wyłączeniem węzła autostradowego w m. Lisewo od km 14+144 do km 15+146 (nr postępowania ZDW.N4.361 - 51/2010”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, w dniu 29 października 2010 r., pod nr 2010/S 211-323049.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Autostrada II Sp. z o.o. (dalej „Przystępujący”) oraz zaniechania odrzucenia oferty tegoż wykonawcy, jako zawierającej rażąco niską cenę. Odwołujący wskazuje na naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.):

- a) art. 7 ust. 1 i 3 poprzez nie przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców i udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy;
- b) art. 90 ust. 2 i 3 poprzez błędną ocenę złożonych wyjaśnień i uznanie, iż oferta wykonawcy Autostrada II nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- c) art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt. 4 poprzez nie odrzucenie oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- A. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- B. ponownego dokonania czynności oceny ofert, w tym w szczególności oceny wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, złożonych przez wykonawcę Autostrada II;
- C. odrzucenia oferty wykonawcy Autostrada II wobec braku wykazania, że ich oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- D. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazuje, iż we wcześniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Odwołujący wskazał wówczas, iż limit kwotowy jaki Zamawiający przeznaczył na realizację przedmiotowego zamówienia wynosił 1.750.000,00 zł. W postępowaniu swoje oferty złożyło 20 wykonawców, których ceny ofert opiewały na kwoty od 739.320,00 zł do 2.593.354,00 zł, zaś średnia wartość wszystkich ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu wyniosła ok. 1.366.189,00 zł. Odwołujący wskazał równocześnie, iż ceny najniższe w przedmiotowym postępowaniu były niższe od cen rynkowych i odpowiadały poziomem cenom ofert na mniejszy zakres opracowania.

Odwołujący zwrócił również uwagę na fakt, iż cena oferty Wykonawcy, która wybrana została najkorzystniejszą stanowiła zaledwie 42% limitu, jaki wyznaczył Zamawiający na realizację zamówienia oraz 54% średniej cen w postępowaniu. Zauważył tym samym, iż cena oferty wybranego Wykonawcy w sposób znaczący odbiegała od cen rynkowych tego rodzaju zamówień. Wskazane dwa czynniki - tj. limit Zamawiającego oraz średnie ceny w tym samym postępowaniu, wyznaczały w sposób nie budzący wątpliwości średnią wartość cen rynkowych obowiązujących dla danego charakteru zamówienia.

Zamawiający uznał w całości za uzasadnione zarzuty przedstawione w odwołaniu, zaś Przystępujący nie wniósł sprzeciwu wobec powyższej czynności.

Odwołujący powołuje się na przepis art. 90 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp i wywodzi, że to wykonawca, wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, powinien wykazać, co spowodowało obniżenie ceny oraz w jakim stopniu wskazane przez niego elementy ceny wpłynęły na jej obniżenie, jak również przedstawić dowody ma potwierdzenie zaistnienia podnoszonych okoliczności. Udzielone wyjaśnienia mają bowiem potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana. Nie jest bowiem wystarczającym złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, ale wyjaśnień odpowiednio umotywowanych i przekonujących, iż zaproponowana cena nie jest ceną rażąco niską. To na wykonawcy spoczywa obowiązek udowodnienia prawdziwości swoich twierdzeń (wyrok KIO z dnia 26.11.2010 r., sygn. akt KIO/2498/10).

Odwołujący zwraca uwagę, iż w podobnym tonie wypowiada się w swoim Komentarzu do ustawy Jerzy Pieróg (rok 2010, C.H. Beck, wydanie 10), który wyraźnie stwierdza, iż „czynności podejmowane w sprawie rażąco niskiej ceny mają cechy postępowania wyjaśniającego, ale ciężar dowodowy w praktyce przeniesiony został na wykonawcę. Pośrednio wynika to z ust. 3, a zupełnie jednoznacznie z ust. 4. To wykonawca ma przedstawić dowody, że jego cena nie jest rażąco niska albo że udzielona mu pomoc publiczna jest zgodna z prawem. Jeżeli tego nie wykaże albo nie udzieli wyjaśnień, jego oferta zostanie odrzucona”. Wykonawca składający wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny ma więc obowiązek wskazania obiektywnych czynników, czy też elementów mających wpływ na zaoferowaną cenę, ale i dowodów na potwierdzenie tych okoliczności. Zamawiający ma natomiast obowiązek dokonania obiektywnej oceny złożonych przez niego wyjaśnień, biorąc pod uwagę wszystkie wskazane w nich okoliczności (patrz wyrok KIO z dnia 26.11.2010 r., sygn. akt KIO/2498/10).

Same wyjaśnienia, zawierające niekonkretne i ogólnikowe stwierdzenia można uznać za niezłożone (wyrok SO w Częstochowie z dnia 12.08.2005 r., sygn. akt VI Ca 464/05), bowiem to na wykonawcy spoczywa obowiązek złożenia wyczerpujących wyjaśnień, które pozwoliłyby Zamawiającemu na ocenę, czy dana cena nie jest rażąco niska, samo bowiem zestawienie wyjaśnień poszczególnych elementów ceny, które złożyły się na ogólną cenę oferty, nie pozwala

na dokonanie prawidłowej oceny tego, czy zawiera ona rażąco niską cenę (wyrok KIO z dnia 26.11.2010 r., sygn. akt KIO/2498/10).

Odwołujący podkreśla, iż orzecznictwo traktuje na równi niezłożenie wyjaśnień w ogóle, ze złożeniem wyjaśnień niewystarczających i ogólnikowych. To bowiem na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że zaoferowana cena obliczona została z należyłą starannością i zawiera wszystkie koszty świadczenia, inaczej bowiem należy uznać takie wyjaśnienia za niewystarczające i ofertę odrzucić (wyrok SO w Częstochowie z dnia 12.08.2005 r. sygn. akt VI Ca 464/05). Oferta wykonawcy, który złożył wyjaśnienia niewystarczające powinna więc podlegać odrzuceniu, lecz nie w związku z konstatacją, że cena jest rażąco niska, ale na podstawie domniemania wynikającego ze złożenia niedostatecznych wyjaśnień. Lakoniczne, ogólnikowe i pozbawione konkretnych danych wyjaśnienia nie mogą przekonać Zamawiającego, że podana cena nie jest rażąco niska, a wręcz przeciwnie, utwierdzają go w podejrzeniu, iż cena jest rażąco niską (wyrok KIO z dnia 20.05.2010 r., sygn. akt KIO 730/10).

Jak podkreśla Odwołujący, zwrócić uwagę należy również, iż w składaniu wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, nie chodzi o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich, które w sposób nie budzący wątpliwości pozwalają na ocenę oferty danego wykonawcy pod względem zaoferowania rażąco niskiej ceny. Wskazówką dla wykonawcy składającego wyjaśnienia winien być przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, w którym jest mowa nie tylko o złożonych wyjaśnieniach, ale również o dowodach na ich potwierdzenie (wyrok KIO z dnia 14.06.2010 r., sygn. akt KIO 965/10; KIO 962/10).

Zdaniem Odwołującego, wszczęcie procedury wyjaśniającej przez Zamawiającego (co do której Przystępujący się zgodził) ustanawia domniemanie prawne zaoferowania przez wzywanego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a obowiązkiem wykonawcy jest następnie obalenie tego domniemania.

Odwołujący stoi na stanowisku, iż Zamawiający bezpodstawnie uznał wyjaśnienia złożone przez Przystępującego za prawidłowe. Już na samym wstępie swoich wyjaśnień Przystępujący wskazuje, iż zadanie będzie realizować własnymi siłami, za wyjątkiem zlecenia podwykonawcy wykonania dokumentacji geotechnicznej, geologiczno - inżynierskiej wraz z badaniami konstrukcji nawierzchni, co pozostaje w sprzeczności z dalszą treścią pisma, z której jednoznacznie wynika, że zlecone podmiotom zewnętrznym będzie również przeprowadzenie inwentaryzacji przyrodniczej (patrz pkt. II f niniejszego pisma), jak i przygotowanie operatu wodno-prawnego (patrz pkt. II g).

Odwołujący podnosi, iż Przystępujący stwierdza również w sposób bardzo ogólny, że „wycena została dokonana w oparciu o zasady wynagradzania pracowników przyjęty w firmie oraz harmonogram rzeczowo - finansowy, określający ramy czasowe niezbędne dla wykonania poszczególnych elementów opracowania”, nie wyjaśniając powyższych kwestii ani, co najważniejsze, nie przedkładając żadnych dowodów na potwierdzenie swoich twierdzeń. Należy

więc uznać za nieprawidłowe wyjaśnienia mówiące o zasadach wynagradzania pracowników oraz harmonogramie rzeczowo - finansowym, o których mowa w piśmie wykonawcy, bowiem nie tylko nie wyjaśnia on, co jest zawarte w tychże dokumentach, nie opisuje, ani nawet nie przybliża, jakie są zasady wynagradzania jego pracowników, jak również nie opisał, ani nie przedstawił owego harmonogramu. Niezałączenie tych dokumentów było błędne i winno skutkować odrzuceniem takich wyjaśnień przez Zamawiającego, bowiem nie wiadomo na jakiej podstawie i w jaki sposób Zamawiający miał się zapoznać z ich treścią i ocenić zasady w nich zawarte, a następnie odnieść je do wyceny prac za wykonanie poszczególnych elementów oferty wykonawcy Autostrada II.

Zdaniem Odwołującego, również w zakresie sposobu kalkulacji ofertowej na mapy do celów projektowych oraz dokumentacji formalno - prawnej (patrz pkt. II b i c), wykonawca Autostrada II nie zawarł żadnych szczegółowych wyjaśnień, ani nie załączył dowodów, które świadczyłyby i potwierdzały przede wszystkim, iż posiada on 3 zespoły dwuosobowe w zakresie geodezji. Zamawiający nie miał możliwości uzyskania wiedzy o takich okolicznościach w żadnym innym sposobie, stąd wykonawca powinien ten fakt udowodnić, bowiem samo oświadczenie jest w tym przypadku niewystarczające. Wykonawca wskazał przy tym, iż koszt wykonania omawianych elementów uwzględnia wynagrodzenia pracowników, koszt ich delegacji oraz wywiadu branżowego, po czym wskazał jedną ogólną sumę za wykonanie mapy oraz odrębnie za wykonanie podziałów nieruchomości. Jednakże wykonawca winien wskazać szczególną oszczędność metody wykonania danego elementu, czy też jakieś szczególne i wyjątkowe rozwiązania techniczne lub też sprzyjające warunki wykonania dostępne tylko jemu, które pozwoliły na skalkulowanie danego elementu opracowania za podaną kwotę. Nadto, oczywiście winien on swoje oświadczenia i wyliczenia udokumentować. Wykonawca Autostrada II nie wskazał bowiem, jaki jest koszt wynagrodzenia pracowników, jaki jest czas i procent ich zaangażowania w realizację przedmiotowego projektu, jaki jest koszt delegacji, czy też tzw. „wywiadu branżowego”, którego znaczenia nie wyjaśnił. Oświadczył jedynie, iż koszt ten opiewać będzie w przypadku mapy do celów projektowych na sumę 84.000,00 zł netto, zaś podziałów nieruchomości na kwotę 55.000,00 zł netto. Dodatkowo Odwołujący zwraca uwagę, iż wartość łączna podanych prac przez wykonawcę wynosi 145.000,00 zł netto, zaś w Tabeli opracowań projektowych wskazał on tę wartość na sumę 130.000,00 zł netto. Patrząc na tak dokonane wyjaśnienia, zdaniem Odwołującego, można mieć spore wątpliwości co do ich prawidłowości oraz rzetelności, bowiem żadne sumy nie zgadzają się wyliczeniami złożonymi w ofercie, a nadto żadne ze stwierdzeń, zawartych w wyjaśnieniach, nie zostało udowodnione, ani nawet bliżej wyjaśnione.

Odnosząc się do kolejnego elementu, który próbował wyjaśnić wykonawca Autostrada II, tj. dokumentacji geotechnicznej, geologiczno-inżynierskiej wraz z badaniem konstrukcji nawierzchni (patrz pkt. II e), Odwołujący wskazuje, iż Przystępujący stwierdził, iż element ten opracowuje podwykonawca, stale współpracujący z wykonawcą, co pozwala uzyskiwać znacząco

niższe ceny na wykonanie poszczególnych elementów od cen panujących na rynku. Jednakże wcześniej sam Przystępujący wskazywał, iż to zatrudnianie własnych pracowników pozwala na obniżenie kosztów i uzyskanie cen niższych od cen rynkowych. Wystąpiła więc w tym samym piśmie znacząca sprzeczność argumentacji, co wskazuje, iż wykonawca nie potrafi w żaden sposób udowodnić tak niskiej ceny swojej oferty. Używanie tego samego argumentu dla udowodnienia niskiej ceny swojej kalkulacji, w sytuacji dwóch sprzecznych ze sobą przesłanek - własny personel kontra zewnętrzny - powinna również skłonić Zamawiającego do powzięcia wątpliwości co do zasad wyceny oferty wykonawcy Autostrada II i spowodować odrzucenie jego oferty jako zawierającej rażąco niską cenę. Przystępujący nie wykazał również skąd wynika taka a nie inna cena złożona przez podwykonawcę, na jakich konkretnych danych została ona obliczona, a co najważniejsze, rzekoma oferta tego podwykonawcy nie została przedłożona, podobnie, jak umowa o współpracy wraz z jakimkolwiek dowodem wcześniejszej współpracy przy innych opracowaniach.

Nadto, Odwołujący zauważa, iż wykonawca Autostrada II wskazał, iż oferta jego podwykonawcy opiewa na kwotę 128.000,00 zł netto, zaś w Tabeli opracowań projektowych załączonej do oferty wskazał wykonanie tego elementu za kwotę 38.000,00 zł netto. Pokazuje to znaczną sprzeczność, trudną do racjonalnego wytłumaczenia, której wykonawca nie podjął, a której Zamawiający nie zauważył, bądź też nie uwzględnił.

W zakresie wyjaśnień odnoszących się do materiałów do decyzji środowiskowej Odwołujący podnosi, iż Przystępujący nie wskazał przede wszystkim, że ten element zamierza zlecić podmiotowi zewnętrznemu, tj. p. Ryszardowi Miętkiewiczowi, który współpracuje z firmą na umowę o współpracy, lecz twierdził wcześniej, iż ten element opracowania wykonuje własnymi siłami. Ponadto, nie przedstawił żadnych podstaw oszacowania tego opracowania za taką a nie inną kwotę, zasad jej wyliczenia, podstaw kalkulacji, ani też nie załączył oferty p. Miętkiewicza, która potwierdzałaby jego zobowiązanie do wykonania omawianego opracowania za wskazaną cenę. Przystępujący nie udowodnił też, ani nie wykazał wcześniejszej, rzekomej współpracy, nie przedkładając umowy z p. Miętkiewiczem, ani wcześniejszych opracowań, które miał on opracowywać dla wykonawcy.

Zauważa po raz kolejny znaczącą różnicę w wartości, jaką podaje w wyjaśnieniach wykonawca Autostrada II. Stwierdza on bowiem, iż wykonanie omawianego elementu opiewać będzie na kwotę 40.000,00 zł netto, podczas gdy wartość podana w Tabeli opracowań projektowych opiewa na sumę 20.000,00 zł netto. Trudno po raz kolejny wytłumaczyć tak znaczną różnicę pomiędzy poszczególnymi elementami, a przede wszystkim trudno uzasadnić prawidłowość i rzetelność przygotowania oferty i kalkulacji jej ceny przygotowanej przez Przystępującego.

Również w zakresie ostatniego z wyjaśnianych elementów oferty Przystępującego, tj. projektu budowlanego i wykonawczego w zakresie wszystkich branż występujących w

przedmiotowym projekcie, zdaniem Odwołującego, należy powziąć wątpliwości co do rzetelności oraz prawidłowości oświadczeń wykonawcy. Stwierdził on bowiem lakonicznie, że koszty opracowania dokumentacji zostały ustalone w oparciu o: wewnętrzną kalkulację biura, poziom wynagrodzeń, sposób wynagradzania pracowników. Z kolei wykonanie dokumentacji projektowej w studium analizy BRD, projektu wstępnego, budowlano-wykonawczego oraz tymczasowej i docelowej organizacji ruchu wycenione zostanie w oparciu o zasady wynagradzania pracowników oraz harmonogram rzeczowo - finansowy. Dodatkowo Wykonawca wskazał, iż prace wykona przy pomocy programów komputerowych ułatwiających i przyspieszających pracę. W zakresie żadnego z ww. elementów nie określił, ani nie przybliżył zasad wynagradzania pracowników, zasad kalkulacji pracy biura, czy też sposobu wynagradzania pracowników. Posłużył się ogólnymi stwierdzeniami, nic nie wnoszącymi, które nie dają żadnej wiedzy ani o ilości pracowników, ich wynagrodzeniu, poziomie oraz czasie zaangażowania w wykonanie poszczególnych elementów projektowych. Wykonawca nie przedstawił na potwierdzenie powyższych okoliczności żadnych dowodów potwierdzających ich rzeczywiste istnienie, ani także nie dokonał opisu i wyjaśnienia wskazanych zasad, bądź zawartości tychże dokumentów.

Wykonawca posłużył się uproszczoną kalkulacją podając wartość opracowania poszczególnych elementów branżowych, również nie wykazał skąd pochodzą wskazane sumy, na czym opierała się ich kalkulacja, jakie szczególnie rozwiązania techniczne pozwoliły mu na zaproponowanie takich cen lub też, jakie wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia, dostępne tylko jemu, pozwoliły mu na oszacowanie tych elementów dokumentacji na podanym poziomie.

W negatywny sposób należy Odwołujący odnosi się i ocenia wyjaśnienia wykonawcy Autostrada II, zawarte przez niego na końcu pisma, w których oświadcza on, iż „ceny zaproponowane przez nasze biuro w odpowiednich pozycjach tabeli opracowań projektowych nie koniecznie muszą odpowiadać rzeczywistej wartości opracowań, a związane są bardziej z możliwym terminem ich sprzedaży, co znacząco wpływa na utrzymanie płynności finansowej firmy”. Oświadczenie tej treści *de facto* zaprzecza wszystkim wyjaśnieniom zawartym w jego piśmie, całkowicie je przekreślając i czyniąc nieużytecznymi oraz nie mającymi żadnego znaczenia dla kalkulacji ceny oferty. Skoro bowiem wykonawca Autostrada II oświadcza, że ceny z Tabeli opracowań projektowych nie odpowiadają ich rzeczywistej wartości, to próbował on wprowadzić w błąd Zamawiającego podczas składania oferty, bowiem wiedział, że ceny tam podane nie mają żadnego umocowania w kalkulacji jego oferty. Nie znajdują one też odzwierciedlenia w ofertach podwykonawców, ani przedstawionych oświadczeniach o wartości prac własnego zespołu. Żaden z elementów ceny oferty wykonawcy Autostrada II nie został wyjaśniony w sposób, który umożliwiłby Zamawiającemu prawidłową ocenę, czy jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający winien na mocy art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp odrzucić ofertę Autostrady II, jako zawierającej rażąco niską cenę. Złożone bowiem przez wykonawcę wyjaśnienia mają charakter lakoniczny, ogólnikowy i pozbawiony konkretnych danych, wyliczeń i dowodów, które pozwoliłyby, czy też umożliwiłyby Zamawiającemu uznać, że podana cena nie jest rażąco niska. Stwierdzić wręcz należy, że cena ta jest rażąco niska, zaś wykonawca Autostrada II nie potrafi wyjaśnić podstaw jej obliczenia, nie wskazuje bowiem na żadną szczególną oszczędność metody wykonania zamówienia, nie wskazuje jakichś wyjątkowych rozwiązań technicznych, ani wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia, dostępnych wyłącznie dla niego. Nie wskazuje także na oryginalność swojego projektu, ani na wpływ pomocy publicznej, tj. na elementy, które zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp zobowiązany był udowodnić, aby Zamawiający oceniając jego wyjaśnienia, mógł rzetelnie ocenić jego ofertę oraz to, czy nie zawiera ona ceny rażąco niskiej. Wykonawca nie przedstawił na domiar złego także żadnych dowodów na potwierdzenie swoich oświadczeń, które jak się na końcu okazuje, są i tak ze sobą wzajemnie sprzeczne.

Do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie wykonawca Autostrada II, wnosząc o oddalenie odwołania. Przystępujący podnosi, iż Zamawiający w toku postępowania wezwał go do przedstawienia kalkulacji cenowej dotyczącej elementów złożonej oferty, mającej wpływ na wysokość ceny zaoferowanej za wykonanie przedmiotu zamówienia. Taką kalkulację Przystępujący przedstawił wykazując, że oferowana cena nie posiada znamion ceny rażąco niskiej i uwzględnia wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, a także zakłada osiągnięcie zysku.

Przystępujący wyjaśnia, iż jednym z podstawowych praw ekonomii jest prawo popytu i podaży, z którego wynika, iż w sytuacji, gdy na rynku funkcjonuje wiele firm świadczących usługi tego samego typu, a ilość środków przeznaczanych na ich realizację (w których te usługi są wykorzystywane) jest ograniczona, a wręcz drastycznie zmniejszona w stosunku do lat ubiegłych (boom budownictwa komunikacyjnego w latach 2006-2008) ceny usług na opracowanie dokumentacji muszą ulec obniżeniu. Tak dzieje się w każdej dziedzinie rynku w przypadku spadku popytu i utrzymania się wysokiej podaży. Prawa ekonomii w tej materii są nieubłagane i to one w znacznym stopniu regulują poziom cen panujących na rynku. Podnosi, że złożona przez Przystępującego oferta nie odbiegała cenowo od cen oferowanych przez innych wykonawców, w tym także od ceny oferowanej przez Odwołującego. Znamienne jest także, iż w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wartość składanych ofert zazwyczaj kształtuje się na znacznie niższym poziomie, niż kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na ich realizację.

Zgodnie z komentarzem do ustawy o zamówieniach publicznych (red. St. Babiaryz, str. 427, wyd. 2010 r.) „rażąco niską ceną nie jest zwykle taka cena która w sposób znaczny odbiega poziomem od cen zaoferowanych przez innych wykonawców, wykazanie samej różnicy nie spełnia wymogu możliwości uznania danej ceny za rażąco niską. Za rażąco niską cenę należy uznać taką cenę która jest niewiarygodna dla wykonania przedmiotu zamówienia i jest całkowicie oderwana od

realiów rynkowych. Możemy mówić o wystąpieniu takiej sytuacji gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie zamówienia przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne, dlatego też wykonawca winien wykazać - na wezwanie zamawiającego, że mimo zaoferowania tak niskiej ceny w stosunku do innych ofert wykonanie zamówienia będzie dla niego ekonomicznie opłacalne. Fakt wystąpienia przesłanek do uznania zaoferowanej w ofercie ceny jako rażąco niskiej należy odnosić do całości oferty, jednakże wątpliwości w tym zakresie mogą wynikać ze sposobu skalkulowania poszczególnych elementów cenotwórczych oferty."

Ponadto, Przystępujący stwierdza, że przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp nie nakłada na wykonawcę obowiązku przedstawienia wraz z wyjaśnieniami określonych dowodów. Wyjaśnienia, do których nie załączono dowodów w postaci dokumentów, z mocy prawa nie upoważniają Zamawiającego do odrzucenia oferty. Oświadczenie Wykonawcy co do prawidłowości kalkulacji oferty podlega wnikliwej ocenie przez Zamawiającego. W sytuacji, jeśli Zamawiający nie uwzględniłby złożonych wyjaśnień zobowiązany byłby do wykazania powodów nie uwzględnienia tych wyjaśnień oraz odrzucenia z tego powodu oferty Wykonawcy. W niniejszej sprawie, w sytuacji, gdy Przystępujący w wyjaśnieniach wskazywał, iż przedmiotowe zadanie będzie realizował praktycznie w całości własnym zespołem, trudno byłoby oczekiwać, iż przedstawi dowód w postaci umów o pracę zawieranych z pracownikami, gdyż dane te są danymi poufnymi. Tak samo jak umowy łączące Przystępującego z jego stałymi współpracownikami.

W dalszej kolejności Przystępujący odwołuje się do uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 listopada 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 2289/10, LexPolonica nr 2422839, w którym stwierdzono, iż: „Pomimo istnienia obszernego w tym zakresie zarówno orzecznictwa sądów oraz Krajowej Izby Odwoławczej to jednak brak jest możliwości ustalenia jednolitych zasad oceny wystąpienia lub nie rażąco niskiej ceny, oraz zasad dokonania oceny czy złożone wyjaśnienia wykonawcy są wystarczające do uznania iż wykazana w ofercie cena jest ceną rażąco niską. Wynika to z bezwzględnej konieczności indywidualnej oceny przez zamawiającego każdego takiego przypadku. (...) Przepisy prawa zamówień publicznych nie ustanawiają zarówno dla zamawiającego jak i wezwanego wykonawcy (oprócz wyliczenia przykładowego z art. 90 ust. 2 ustawy pzp) nakazów, co winno zawierać wyjaśnienie wezwanego wykonawcy jak również jakimi kryteriami winien kierować się zamawiający oceniając złożone wyjaśnienie. Tym samym należy stwierdzić, że zamawiający winien ocenić złożone wyjaśnienie w oparciu o zasady prawa zamówień publicznych kierując się potrzebą wykazania, czy przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez tego konkretnego wykonawcę za zaoferowaną cenę jest dla niego opłacalne. Nieopłacalność, czyli próba wykonania zamówienia za cenę niepokrywającą kosztów realizacji zamówienia grozi zamawiającemu niebezpieczeństwem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia i tym samym równocześnie stwarza niebezpieczeństwo „zmarnowania” środków publicznych przeznaczonych na realizację zamówienia. Wobec powyższego to na zamawiającym dokonującym oceny złożonych wyjaśnień ciąży odpowiedzialność starannej i obiektywnej oceny możliwości

wykonania przez danego wykonawcę zamówienia, przy zachowaniu reguł uczciwej konkurencji wobec innych uczestników postępowania."

Zdaniem składu orzekającego w ww. sprawie „odwołujący kwestionujący działania zamawiającego w zakresie uznania iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska, winien w sposób niebudzący wątpliwości wykazać, że za zaoferowaną cenę nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia przez tego wykonawcę. Próba wykazania tego faktu poprzez kwestionowanie tylko treści wyjaśnień jest zwykle nieskuteczna, ponieważ o zaistnieniu przesłanki skutkującej uznaniem złożonych wyjaśnień za wystarczające decyduje wyłącznie zamawiający. (...) Wobec tego to odwołujący, powołując się na zbyt ogólnikowe wyjaśnienia wykonawcy winien wykazać, iż biorąc po uwagę istniejące realia rynkowe, potencjał techniczny wykonawcy, wskazane technologie wykonania, itp. że wykonanie przedmiotu zamówienia za oferowaną cenę jest niemożliwe, lub wymaga subsydiowania przez tegoż wykonawcę. Tym samym stanowi czyn nieuczciwej konkurencji mający na celu wyeliminowanie innych wykonawców od wykonania danego zamówienia." Taki rozkład ciężaru dowodu potwierdza także m.in. Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/2007 (Zamówienia Publiczne w Orzecznictwie Zeszyt nr 2 poz. 33), w którym stwierdził, że „Jeżeli zamawiający nie stwierdzi rażącego zaniżenia ceny, to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe, w tym art. 6 k.c., zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie która z faktu tego wywodzi skutki prawne".

Odwołujący się podnosił także to, iż oferta złożona przez Przystępującego znacznie odbiegała cenowo od szacunkowej wartości zamówienia, a zatem jego oferta zawiera rażąco niską cenę. Z zarzutem tym Przystępujący nie można się zgodzić. Jak wynika z obszernego orzecznictwa KIO „odnoszenie się do wartości szacunkowej zamówienia nie może stanowić wyłącznego argumentu dla stwierdzenia, że cena ofertowa jest rażąco niska. Faktu tego nie można wywieść na podstawie określenia poziomu różnicy pomiędzy cenami ofert i wartością oszacowania zamówienia, aby od jego przekroczenia można było mówić o cenie rażąco niskiej" (wyrok KIO z dnia 12 lutego 2009 r. KIO/UZP 126/09, LexPolonica nr 2065088).

Zdaniem Przystępującego nie ma też wpływu na ocenę jego wyjaśnień podnoszona przez Odwołującego sprzeczność pomiędzy zapisem Tabeli opracowań projektowych a wartością oferty podwykonawcy. Przyjęcie poszczególnych cen stanowi założenie polityki cenowej zarządu spółki, który ocenia całokształt działalności spółki, w tym także inne zadania realizowane w tym samym okresie oraz zakładany harmonogram płatności. Istotne znaczenie w niniejszej sprawie ma cena końcowa oferty, obejmująca wynagrodzenie za wykonanie całego przedmiotu zamówienia, a w szczególności, czy tak wskazana cena pozwala wykonawcy na osiągnięcie zysku, a nie wskazana wycena poszczególnych elementów oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt 3 ppkt 3.2 SIWZ przedmiot zamówienia obejmuje: ocenę wpływu BRD dla istniejącego odcinka drogi oraz audyt BRD dla projektu, badania konstrukcji istniejącej nawierzchni i

podłoża gruntowego, opracowanie projektów budowlanych i wykonawczych, opracowanie dokumentacji przetargowej wraz z kosztorysem inwestorskim, opracowanie i uzyskanie zatwierdzenia projektów stałej i tymczasowej, na czas prowadzenia robót, organizacji ruchu, uzyskanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji przedsięwzięcia, uzyskanie decyzji na wycinkę drzew, uzyskanie zaświadczenia organu odpowiedzialnego za monitorowanie obszarów sieci NATURA 2000, uzyskanie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej, pełnienie nadzoru autorskiego w czasie realizacji robót wykonywanych w oparciu o powyższą dokumentację projektową.

Szacunkowa wartość niniejszego zamówienia została ustalona na kwotę 1.814.853,40 zł, zaś kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 1.750.000 zł brutto (DRUK ZP-1 protokołu postępowania). W niniejszym postępowaniu złożono 20 ofert z następującymi cenami brutto (DRUK ZP-12 protokołu postępowania): a) 739.320,00 zł, b) 824.110,00 zł, c) 826.563,85 zł, d) 840.580,00 zł, e) 944.097,00 zł, f) 972.340,00 zł, g) 997.960,00 zł, h) 1.026.019,88 zł, i) 1.082.140,00 zł, j) 1.179.130,00 zł, k) 1.395.680,00 zł, l) 1.464.000,00 zł, m) 1.546.594,00 zł, n) 1.567.578,00 zł, o) 1.582.950,00 zł, p) 1.750.700,00 zł, r) 1.826.950,00 zł, s) 2.022.760,00 zł, t) 2.141.770,00 zł, u) 2.593.354,00 zł.

Biorąc pod uwagę rozpiętość cenową złożonych ofert oraz kwotę przeznaczoną przez Zamawiającego na realizację zamówienia, Odwołujący wniósł odwołanie wobec zaniechania wezwania do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny wykonawców, którzy zaoferowali najniższe ceny w niniejszym postępowaniu. Zamawiający uwzględnił odwołanie, zaś Przystępujący nie wniósł wobec decyzji Zamawiającego sprzeciwu. Konsekwencją powyższego było wezwanie m.in. Przystępującego i Odwołującego do przedstawienia szczegółowej kalkulacji cenowej, dotyczącej elementów oferty, złożonej na opracowanie dokumentacji projektowej dla niniejszego zadania, mającej wpływ na wysokość ceny zaoferowanej za wykonanie przedmiotu zamówienia (pismo z dnia 15 lutego 2011 r.).

W odpowiedzi (pismo z dnia 21 lutego 2011 r.) Przystępujący złożył wyjaśnienia wskazując, iż zaoferowana cena nie ma znamion ceny rażąco niskiej, uwzględnia wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia. Przystępujący podniósł, iż przedmiotowe zadanie będzie realizować praktycznie w całości własnym zespołem, a jedynym elementem, który zostanie zrealizowany przy pomocy podwykonawcy będzie dokumentacja geotechniczna lub geologiczno - inżynierska wraz z badaniami konstrukcji nawierzchni. Stąd, wycena została wykonana w oparciu o zasady wynagradzania pracowników, przyjęte w firmie oraz harmonogram rzeczowo - finansowy, określający ramy czasowe, niezbędne dla wykonania poszczególnych elementów opracowania.

Przystępujący przedstawił sposób kalkulacji ceny w odniesieniu do poszczególnych jej elementów. I tak, Przystępujący wyjaśnił, że opracowanie mapy do celów projektowych oraz wykonanie niezbędnych podziałów nieruchomości zostanie wykonane przez geodetów

oraz asystentów geodetów zatrudnionych w jego spółce w oparciu o umowę o pracę. Na etapie wykonywania mapy do celów projektowych, założył skierowanie 3 zespołów dwuosobowych do wykonywania pomiarów w terenie. Z uwagi na zlokalizowanie większości trasy w terenach niezabudowanych, tj. ok. 22 km, szacowany czas na wykonanie pomiarów w terenie wraz z narysowaniem mapy i przygotowaniem operatów geodezyjnych do ośrodka to okres ok. 2 miesiące. Koszt bezpośredni wykonania mapy uwzględniający: wynagrodzenia pracowników, delegacje wyjazdowe (zakwaterowanie, wyżywienie pracowników, koszty przejazdu), wywiad branżowy oraz koszty ośrodka wynosi 84.000,00 zł netto. Do aktualizacji mapy do celów projektowych przyjęto ok. 280 ha terenu do pomiaru. Na zapytania ofertowe złożone do firm geodezyjnych na etapie kalkulacji ceny ofertowej, Przystępujący otrzymał oferty na opracowania mapy w średniej kwocie ok. 120.000,00 zł netto. Stąd wniosek, że własna komórka geodezyjna w strukturze biura projektowego, realizującego dokumentację techniczną na cele przebudowy lub budowy dróg, pozwala na obniżenie kosztów związanych z wykonaniem prac geodezyjnych.

W przypadku opracowania projektów podziału nieruchomości, niezbędnych do wniosku o wydanie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej, kalkulacja ceny wypada dużo korzystniej niż w przypadku mapy do celów projektowych. Związane jest to przede wszystkim z zaangażowaniem tylko dwóch zespołów geodezyjnych oraz znacząco krótszym pobytem geodetów na delegacji w terenie, w stosunku do wykonywania mapy. Koszt opracowania dokumentacji podziałowej, z uwzględnieniem wszystkich niezbędnych nakładów finansowych wynosi 55.000,00 zł. Podsumowując, całość kosztów związanych z opracowaniami geodezyjnymi oraz zakupem map własnościowych, wypisów z rejestru gruntów wynosi łącznie 145.000,00 zł netto.

Dokumentację geotechniczną lub geologiczno - inżynierską wraz z badaniem konstrukcji nawierzchni wykona firma stale współpracująca z Przystępującym, co pozwala na uzyskanie niższych kwot za opracowania od cen rynkowych. Ilość otworów została ustalona w oparciu o Instrukcję badań podłoża gruntowego budowli drogowych i mostowych - GDDP Warszawa 1998 r. Założono wykonanie łącznie ok. 1000 mb bieżących otworów geotechnicznych po uzgodnionej jednostkowej cenie 85,00 zł/m (netto), co daje kwotę 85.000,00 zł netto. W przypadku badań ugięć konstrukcji nawierzchni, przyjęto wariant droższy, tj. wykonanie pomiarów dynamicznych ugięciomierzem dynamicznym FWD z częstotliwością co 50 m, na obu pasach ruchu i pobocza bitumicznego, z obliczeniem modułów sprężystości (lub sztywności) warstw konstrukcyjnych. Koszt wykonania takich badań wynosi 1.500,00 zł za jeden kilometr trasy (oferta IBDiM Warszawa). Łączny koszt opracowania dokumentacji geotechnicznej lub geologiczno - inżynierskiej wraz z badaniami konstrukcji nawierzchni wynosi 128.000,00 zł netto.

Odnosnie materiałów do decyzji środowiskowej, inwentaryzacji przyrodniczej oraz przygotowania operatu wodno-prawnego, Przystępujący wyjaśnia, iż opracowania związane z pozyskaniem decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, zgody na realizację przedsięwzięcia, opracowuje biegły z listy Wojewody Małopolskiego w zakresie sporządzania ocen oddziaływania na środowisko p. Ryszard M, współpracujący z Przystępującym w oparciu o stałą umowę współpracy. Zasady tej umowy określają, że wszystkie opracowania z zakresu środowiska i inwentaryzacji przyrodniczych, towarzyszące dokumentacjom projektowym wykonywanym przez Przystępującego, opracowuje p. Ryszard M, a ceny za poniższe usługi określone zostały na początku każdego roku z uwzględnieniem kilku warunków brzegowych takich jak, długość trasy, jej położenie w stosunku do terenów Natura 2000 i kilku innych elementów. W przypadku opracowania dokumentacji projektowej dla przebudowy DW nr 548 Stolno - Wąbrzeźno koszt wszystkich opracowań z zakresu środowiska wynosi 40.000,00 zł netto.

Podobne zasady tyczą się wszystkich opracowań z zakresu hydrologii. Przystępujący podpisał umowę o stałej współpracy z uprawnionym hydrologiem p. Adrianem S, który świadczy dla niego wszelkie usługi w zakresie opracowań z dziedziny hydrologii. Koszt przygotowanie dokumentacji hydrauliczno - hydrologicznej wraz z przygotowaniem operatu wodno-prawnego oraz z uzyskaniem decyzji wynosi 25.000,00 zł netto.

Co do kosztów projektów budowlanych i wykonawczych, w zakresie wszystkich branż występujących w przedmiotowym projekcie, koszty opracowania dokumentacji zostały ustalone w oparciu o wewnętrzną kalkulację biura, poziom wynagrodzeń oraz sposób wynagradzania pracowników. Koszt wykonania dokumentacji projektowej w stadium analizy BRD, projektu wstępnego, projektu budowlano - wykonawczego oraz tymczasowej oraz docelowej organizacji ruchu, określono w oparciu o zasady wynagradzania pracowników oraz harmonogram rzeczowy - finansowy (czasowe zaangażowanie pracowników). Koszt opracowania dokumentacji technicznej wynosi: 80.000,00 zł dla branży drogowej (dł. trasy: 28,6, cena za 1 km: 2797,20 zł), 25.900,00 zł dla branży sanitarnej (dł. tasy – 28,6, cena za 1 km: 905,59 zł), 6.000,00 zł dla branży konstrukcyjnej (ryczałt), 35.000,00 zł dla branży elektrotechnicznej i teletechnicznej (dł. trasy: 28,6, cena za 1 km: 1223,77 zł), 32.000,00 zł przejazd kolejowy (ryczałt), 7.120.000,00 zł przygotowanie materiałów przetargowych (dł. trasy: 28,6, cena za 1 km: 248,95 zł), 10.180,00 zł koordynacja i decyzja ZRID (ryczałt). Realizacja dokumentacji odbywa się przy pomocy programów komputerowych ułatwiających i przyspieszających pracę asystentów i projektantów, takich jak Civil 3D, generujący przekroje charakterystyczne w przypadku branży drogowej, czy program BestCad, ułatwiający zestawiania materiałów, wykonując projekty wykonawcze branży mostowej. Łączny koszt bezpośredni oraz pośredni opracowania dokumentacji projektowej w stadium opisanym powyżej wynosi łącznie 196.200,00 zł netto.

Podsumowując, koszt bezpośredni i pośredni przygotowania dokumentacji projektowej wynosi 534.200, 00 zł netto, koszty ogólne przypadające na temat wynoszą 24.600,00, zakładany zysk w wysokości od 4,5 - 5% kształtuje się na poziomie 27.200,00 zł. Łączny koszt opracowania dokumentacji projektowej, bez nadzorów autorskich, wynosi łącznie 586.000,00 tys. zł netto.

Nadto Przystępujący w wyjaśnieniach zawarł informację, iż ceny przez niego zaproponowane w odpowiednich pozycjach tabeli opracowań projektowych niekoniecznie muszą odpowiadać rzeczywistej wartości opracowań, a związane są bardziej z możliwym terminem ich sprzedaży, co znacząco wpływa na utrzymanie płynności finansowej firmy. Niemniej jednak sumaryczna kwota zaoferowana za całość dokumentacji projektowej została określona w sposób rzetelny, gwarantujący wykonanie zakresu zamówienia w cenie zaoferowanej.

Przedmiotowe wyjaśnienia Zamawiający uznał za wystarczające i dokonał wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Zgodnie z dyspozycją normy prawnej zawartej w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę zawierającą rażąco niską cenę. W celu ustalenia tych okoliczności zamawiający zwraca się do wykonawców o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp). Ocena zamawiającego, jak wskazuje ustawodawca w przepisie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, ma być dokonana w oparciu o obiektywne czynniki, których przykładowe wyliczenie zawarto w powołanym przepisie. Zatem, rolą zamawiającego jest ustalenie, czy w istocie wskazane w wyjaśnieniach czynniki mają charakter obiektywny i w jakim zakresie wpływają na cenę oferty. Jedynie stwierdzenie tych okoliczności może prowadzić do prawidłowej oceny oferty w aspekcie rażąco niskiej ceny.

Zadanie to częstokroć nastrocza wielu trudności. Przyczyn takiego stanu rzeczy można upatrywać nie tylko w redakcji wyjaśnień, składanych przez wykonawców, ale również, a może przede wszystkim w ocenie, czy przedstawione czynniki mają charakter obiektywny. Zauważyć bowiem należy, iż niezmiernie rzadko wykonawcy wskazują na takie czynniki, jak wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia, dostępne jedynie dla danego wykonawcy, czy też wpływ pomocy publicznej, którym obiektywizmu odmówić nie można. Powstaje zatem pytanie, w jaki sposób należy ocenić te czynniki, które w sposób oczywisty charakteru obiektywnego nie mają. W ocenie Izby, uwzględniając wykładnię gramatyczną tego pojęcia, obiektywne czynniki to takie, które odpowiadają rzeczywistości. W tych warunkach jawi się kolejne pytanie, jakie czynniki i w jakich okolicznościach należy w taki właśnie sposób zakwalifikować. W każdym wypadku konieczne jest odniesienie się do

warunków konkretnego zamówienia, przy uwzględnieniu wiedzy, doświadczenia życiowego i zasad logicznego rozumowania. Oznacza to, iż zamawiający musi ustalić, czy dany czynnik ma w ogóle wpływ na cenę w określonym stanie faktycznym oraz, czy sposób kalkulacji tego czynnika (wartość) ma realne uzasadnienie. Praktyka pokazuje, iż jakkolwiek zazwyczaj nie budzi wątpliwości, czy podany przez wykonawcę czynnik (rodzaj) ma wpływ na cenę, bowiem determinowany jest on rodzajem zamówienia (dostawy, usługi roboty budowlane) i z tych przyczyn łatwo weryfikowalny. Znacznie większe problemy rodzi zaś jego kalkulacja i ocena jej w aspekcie obiektywizmu (realności). Pomocne w tym względzie jest odwołanie się do doświadczenia wykonawcy, warunków rynkowych, a przede wszystkim ofert (i wyjaśnień) innych wykonawców.

Jednocześnie zauważyć należy, iż ustawodawca nie określił żadnych wymogów co do zakresu udzielanych wyjaśnień, ograniczając się jedynie do wskazania, że ich przedmiotem są właśnie te obiektywne czynniki, mające wpływ na cenę oferty (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp). Wskazany przepis nie kreuje obowiązku przedstawienia dowodów na tę okoliczność. Istotne jest natomiast, żeby złożone wyjaśnienia dały możliwość dokonania oceny przez zamawiającego.

Izba stoi na stanowisku, iż porównanie ceny oferty z wartością szacunkową zamówienia nie może prowadzić do uznania, że mamy do czynienia z ceną rażąco niską. Podobnie, jak porównanie cen ofert innych wykonawców. Występujące dysproporcje, które zdają się zamawiającemu nieuzasadnione, mogą jedynie prowadzić do wdrożenia procedury wezwania do złożenia wyjaśnień (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp).

Dopiero rzetelna analiza wyjaśnień pozwala na ocenę, czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Stwierdzenie rażąco niskiej ceny jest możliwe po ustaleniu, że na jej kształt nie miały wpływu obiektywne czynniki (zarówno co do rodzaju, jak i poziomu kosztu). Okoliczności te z kolei dają podstawy do wyciągnięcia wniosku, czy cena oferty jest ceną realną, za którą jest możliwe zrealizowanie zamówienia, czy też taką ceną nie jest.

Zaś, skuteczne zakwestionowanie oceny dokonanej przez zamawiającego, na podstawie złożonych przez wykonawców wyjaśnień, w przedmiocie rażąco niskiej ceny musi prowadzić, zgodnie z 6 k.c., do wykazania, iż ocena ta jest obarczona błędem i wskazywać przyczyny, które legły u podstaw tak dokonanej oceny.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że poziom szczegółowości wyjaśnień Przystępującego nie może prowadzić do ich dyskwalifikacji, jak chciałby tego Odwołujący. Zauważyć bowiem należy, iż ustawodawca w tym względzie, o czym była mowa wyżej, nie postawił żadnych wymogów. Izba stoi na stanowisku, iż treść wyjaśnień złożonych przez Przystępującego pozwala na dokonanie oceny oferty w aspekcie rażąco niskiej ceny. Ponadto, skoro wyjaśnienia te są weryfikowalne

dla Zamawiającego, to tym bardziej ich ocena nie powinna sprawiać problemów profesjonalnemu wykonawcy, działającemu w analizowanym segmencie rynku.

Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę należy uznać za wystarczające, jeśli pozwalają zamawiającemu na dokonanie ich oceny, gdy zaś są na tyle skąpe, iż dokonanie rozstrzygnięcia w przedmiocie rażąco niskiej ceny nie jest możliwe, dają podstawy do stwierdzenia rażąco niskiej ceny. Wiedza, doświadczenie i zdrowy rozsądek zamawiającego stanowią podstawę weryfikacji tychże wyjaśnień. Jeśli więc wykonawca wskazuje na elementy cenotwórcze, określa ich koszt i podaje źródło tego kosztu, to tak wyspecyfikowane elementy można i należy ocenić w oparciu o przesłanki wskazywane wyżej, tj. czy są to elementy w sposób istotny wpływające na cenę oferty oraz, czy ich wycena jest realna, znajduje oparcie w warunkach rynkowych. Podkreślenia wymaga, iż postępowanie wyjaśniające absolutnie nie może prowadzić, jak chciałby tego Odwołujący, do zaznajomienia Zamawiającego i Odwołującego ze strategią budowania ceny oferty. Nadto, należy zwrócić uwagę, iż ustawodawca wprowadzając procedurę wyjaśnień, daje prymat oświadczeniu wykonawcy, a nie dowodom. Rozwiązanie to jest jak najbardziej uzasadnione biorąc pod uwagę fakt, że częstokroć pozyskanie dowodów na tym etapie postępowania jest znacznie utrudnione i rozciągnięte w czasie. Ponadto, gdyby przyjąć stanowisko Odwołującego, iż każda podana okoliczność wymaga dowodu, postępowania wyjaśniające częstokroć musiałyby trwać od kilku tygodni do kilku miesięcy, biorąc pod uwagę wielkość zamówienia i liczbę złożonych ofert, co spowodowałoby paraliż w udzielaniu zamówień publicznych, a to z pewnością nie legło u podstaw wprowadzenia przedmiotowej regulacji.

Przechodząc do analizy argumentacji przedstawionej przez Odwołującego stwierdzić należy, iż bez znaczenia dla oceny niniejszego stanu faktycznego pozostaje oświadczenie Przystępującego zawarte na pierwszej stronie wyjaśnień, iż „jedynym elementem, który zostanie zrealizowany przy pomocy podwykonawcy to, dokumentacja geotechniczna lub geologiczno – inżynierska, wraz z badaniami konstrukcji nawierzchni”, które pozostaje w sprzeczności z dalszą treścią wyjaśnień, że również inne prace będą powierzone podwykonawcom. W istocie bowiem, ostatecznie jasne jest, że określone elementy będą wykonywały podmioty zewnętrzne, które wskazano z nazwy bądź też podano ich personalia, określono także wartość usługi, którą będą wykonywały. Sama sprzeczność oświadczeń nie może być podstawą do dyskwalifikacji wyjaśnień, jeśli możliwe jest zrekonstruowanie oświadczenia objętego wolą wykonawcy, a to we wskazanych okolicznościach nie następuje jakichkolwiek trudności. Odwołujący mógłby co najwyżej kwestionować realność cen tych usług, ale tego nie uczynił.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż wyjaśnienie, że „wycena została dokonana w oparciu o zasady wynagradzania pracowników przyjęte w firmie oraz harmonogram rzeczowo - finansowy, określający ramy czasowe niezbędne dla wykonania

poszczególnych elementów opracowania” ma charakter ogólny. Odwołujący pomija bowiem, iż jest to formuła wprowadzająca do szczegółowych wyjaśnień, mająca za zadanie określenie ogólnych zasad, które legły u podstaw sporządzonych kalkulacji. Rozwinięcia tej formuły można doszukać się w dalszej części wyjaśnień. I tak dla przykładu, Przystępujący wskazał, iż dla opracowania mapy dla celów projektowych, przyjął konieczność zaangażowania 3 zespołów dwuosobowych, na długości 22 km trasy, przez 2 miesiące. Zaś, kalkulując koszt wykonania poszczególnych dokumentacji technicznych wskazał na elementy cenotwórcze, określając długość trasy i przyjętą cenę za 1 km trasy. W istocie więc przedstawił harmonogram rzeczowo-finansowy w odniesieniu do czynności, które będzie wykonywał własnymi siłami. Przedstawienie umów o pracę wydaje się zbędne, biorąc pod uwagę fakt, że należy oceniać koszt danej usługi, przyjmując za Przystępującym, ilość osób, długość trasy i czas potrzebny do wykonania usługi, a nie analizować koszty wynagrodzenia jego pracowników. Odwołujący, będący przedsiębiorcą działającym w danym segmencie rynku, zdaniem Izby, ma absolutną możliwość oceny, czy założenia poczynione dla kalkulacji poszczególnych elementów oferty mają oparcie w rzeczywistości i w konsekwencji, czy cena nie jest obciążona błędem.

Pozycji wykonawcy składającego wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny nie można utożsamiać z pozycją strony w procesie cywilnym. Nie taki charakter nadał postępowaniu wyjaśniającemu ustawodawca, stąd też nie ma potrzeby, aby prawdziwość oświadczeń zawartych w wyjaśnieniach była poparta dowodami. Za kuriozalne należy uznać twierdzenia Odwołującego, iż postępowaniem dowodowym należałoby objąć nie tylko wysokość wynagrodzenia poszczególnych pracowników, ale również fakt posiadania 3 zespołów dwuosobowych w zakresie geodezji. Z całą stanowczością należy podkreślić, że Zamawiający w postępowaniu wyjaśniającym nie pełni funkcji śledczego, a jedynie weryfikuje treść wyjaśnień przez pryzmat specyfiki danego zamówienia oraz warunków rynkowych, przy uwzględnieniu zasad logiki, zdrowego rozsądku i doświadczenia życiowego. Z tego punktu widzenia ocena dokonana przez zamawiającego ocena podlega weryfikacji przez innych wykonawców.

Nadto, żądania Odwołującego nie tylko nie mają oparcia w przepisach prawa, ale nie zasługują na ochronę zważywszy na fakt, iż Odwołujący w swoich wyjaśnieniach również nie prowadzi dowodów z umów o pracę, a mimo to pozostaje w przekonaniu, że jego wyjaśnienia czynią zadość wymaganiom zawartym w przepisie art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Izba nie dostrzega także sprzeczności w stwierdzeniu Przystępującego, iż zarówno korzystnie z usług podwykonawców, jak i wykorzystanie własnego personelu pozwala na obniżenie kosztów i uzyskanie cen niższych od rynkowych. Odwołujący pomija bowiem, iż Przystępujący mówiąc o oszczędnościach w odniesieniu do korzystania z pomocy podwykonawców, podaje, iż jest to możliwe przy długoterminowej współpracy i w tym

kontekście należy oceniać oszczędności, które nie dla wszystkich wykonawców są dostępne. W innym kontekście, co zrozumiałe, Przystępujący powołuje się na oszczędności związane z zatrudnieniem własnego personelu. Nie powinno to budzić wątpliwości Odwołującego, tym bardziej, iż zaproponował podobny system wykonania zamówienia, zarówno przy wykorzystaniu pracowników własnych, jak i zaangażowaniu podwykonawców. Rolą Odwołującego w niniejszym postępowaniu nie jest, jeśli zmierza do skutecznego zakwestionowania oceny dokonanej przez Zamawiającego, skupienie się na semantycznych aspektach treści wyjaśnień, ale wykazanie okoliczności przeciwnych, tzn. że nie jest możliwe przy założeniach poczynionych przez Przystępującego, wykonanie danego etapu prac lub skalkulowanie ich ceny na wskazanym poziomie. Z tego uprawnienia Odwołujący zaś nie skorzystał.

Odnosząc się do wskazywanych przez Odwołującego rozbieżności między ceną wskazaną w Tabeli opracowań projektowych a ceną podaną w wyjaśnieniach stwierdzić należy, iż nie jest możliwe posłużenie się takim prostym szablonem, z jakiego skorzystał Odwołujący. Zdaniem Izby, takie automatyczne odnoszenie wartości, zawartych w treści wyjaśnień do tych z Tabeli, doprowadziło Odwołującego do fałszywych wniosków. Dla przykładu, w Tabeli opracowań projektowych Przystępujący wycenił opracowanie badań konstrukcji istniejącej nawierzchni i podłoża gruntowego na kwotę 38.000,00 zł netto, zaś w wyjaśnieniach Przystępujący wycenił na kwotę 128.000,00 zł łączny koszt opracowania wskazanych badań oraz dokumentacji geotechnicznej lub geologiczno – inżynierskiej. W związku z faktem, że Przystępujący w swoich wyjaśnieniach nie przedstawił szczegółowej kalkulacji elementów mających wpływ na cenę w takim układzie, jak wynika to z Tabeli opracowań projektów, to zabieg zastosowany przez Odwołującego nie może być uznany za prawidłowy. Rolą Odwołującego było odniesienie się do kalkulacji zawartej w wyjaśnieniach.

Co do kwestionowanej wyceny opracowania dokumentów geodezyjno-prawnych zauważyć należy, iż nie sposób traktować tej kalkulacji, jako podstawy do stwierdzenia rażąco niskiej ceny, skoro cena Odwołującego w tym przedmiocie jest niższa.

Rzetelności wyjaśnień, zdaniem Izby, nie niweczy również oświadczenie Przystępującego, iż „ceny zaproponowane przez nasze biuro w odpowiednich pozycjach tabeli opracowań projektowych niekoniecznie muszą odpowiadać rzeczywistej wartości opracowań, a związane są bardziej z możliwym terminem ich sprzedaży, co znacząco wpływa na utrzymanie płynności finansowej firmy.” Przystępujący wskazał bowiem na czynnik, który w sposób kształtujący może wpływać na cenę w warunkach danego przedsiębiorcy. Może być bowiem tak, że na konkretnym etapie realizacji zamówienia priorytetem nie będzie wypracowanie dużego zysku, a pozyskanie środków pieniężnych na bieżącą działalność firmy. Uwzględnienie czynnika, który jest elementem ważnym dla danego przedsiębiorstwa, nie sposób kwestionować.

Konkludując rozważania w zakresie rażąco niskiej ceny stwierdzić należy, iż domniemanie rażąco niskiej ceny zobowiązany jest obalić wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień. Zasada ta ma zastosowanie na linii wykonawca-zamawiający, nie może być natomiast przenoszona na grunt postępowania odwoławczego. Jeśli zamawiający uzna, iż wykonawca to domniemanie obalił, to rolą odwołującego jest wskazanie przyczyn, dla których taka ocena była nieuprawniona i ich udowodnienie (art. 6 k.c.).

W niniejszym postępowaniu, Odwołujący nie wykazał, iż ocena dokonana przez Zamawiającego była wadliwa. Wręcz przeciwnie, umiejętne rozdysponowanie pracowników i zatrudnienie podwykonawców, pozostających w stałym stosunku zlecenia, daje możliwość prawidłowej realizacji zamówienia i skalkulowania wynagrodzenia na poziomie, który pozwala na zatrudnienie specjalistów, a przy uwzględnieniu okoliczności, że głównym czynnikiem cenotwórczym niniejszego zamówienia są koszty osobowe, wpływa na uzyskanie takich oszczędności, które pozwalają na wygenerowanie zysku i złożenie oferty najkorzystniejszej.

Argumentacja przywołana przez Odwołującego nie znalazła odbicia w analizowanym stanie faktycznym, częstokroć była formułowana w oparciu o analizę fragmentu wyjaśnień Przystępującego, a nie o całość wywodów przedstawionych przez Przystępującego. Nadto, Odwołujący powołuje się na okoliczności, wywodząc z nich negatywne skutki dla Przystępującego, podczas gdy analogiczne podstawy powołuje w swoich wyjaśnieniach.

Z tych względów należy uznać, iż ocena dokonana przez Zamawiającego, że Przystępujący nie zaoferował rażąco niskiej ceny, broni się w świetle złożonych wyjaśnień przez Przystępującego, jak i innych wykonawców oraz doświadczenia życiowego. Zwrócić należy uwagę, iż Zamawiający dokonując oceny wyjaśnień wziął pod uwagę również warunki niniejszego zamówienia. Porównując ceny trzech pierwszych ofert ustalił, iż różnica w cenie pomiędzy ofertą najkorzystniejszą a następnymi wynosi ok. 10%. Już ten argument, biorąc pod uwagę okoliczność, iż na cenę za wykonanie dokumentacji projektowej w istotny sposób wpływają koszty osobowe, przemawia za uznaniem, iż zarzut rażąco niskiej ceny nie może znaleźć uzasadnienia. Porównywanie zaś cen ofertowych do wartości szacunkowej zamówienia jest o tyle nieuzasadnione, iż szacunek ten jest wynikiem działań podjętych zgodnie z wytycznymi, zawartymi w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie 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), bez możliwości uwzględnienia aktualnej sytuacji rynkowej. W tych okolicznościach zarzut naruszenia art. 90 ust. 2 ustawy Pzp należy uznać za chybiony.

Tym bardziej jest nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby, Przystępujący złożył najbardziej wyczerpujące wyjaśnienia. Dodatkowo, złożono

je w taki sposób, który umożliwił dokonanie oceny przez Zamawiającego. Przy czym, ustawodawca nie wymaga każdorazowo przedstawienia dowodów w celu potwierdzenia okoliczności zawartych w wyjaśnieniach. Wskazany przepis, odwołując się do dowodów, kreuje po stronie zamawiającego obowiązek oceny całokształtu materiału zgromadzonego w sprawie rażąco niskiej ceny. Odmienna interpretacja tego przepisu byłaby błędna, zważywszy na fakt, iż po pierwsze, ustawodawca pierwszorzędne znaczenie daje wyjaśnieniom, po drugie, nie zawsze celowe i możliwe jest przedstawianie dowodów. Trudno sobie bowiem wyobrazić, aby procedura wyjaśnień, dla przykładu w niniejszym postępowaniu była tak dalece rozbudowana, aby konieczne stało się pozyskiwanie oświadczeń potencjalnych pracowników co do wysokości proponowanego wynagrodzenia.

Biorąc powyższe pod uwagę, nie sposób uznać, iż cena zaproponowana przez Przystępującego jest rażąco niska. Jak ustalono, jest to cena realna, która pozwala na wykonanie w sposób prawidłowy zamówienia. Tym samym uznać należy, iż zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie znalazł potwierdzenia.

W konsekwencji, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp należało uznać za chybiony.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący:

.....