

**WYROK**

**z dnia 23 czerwca 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Anna Packo**

**Protokolant: Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 czerwca 2014 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 czerwca 2014 r. przez wykonawcę

**T. B. i G. P. prowadzących działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej GPVT Pracownia Architektoniczna s.c.**

**ul. Pamiątkowa 2/37, 61-512 Poznań**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Ośrodek Sportu i Rekreacji w Łodzi ul. Ks. Skorupki 21, 90-532 Łódź**

przy udziale wykonawcy **D. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą KOSZT-BUD D. M. ul. Dworcowa 10/3, 44-190 Knurów** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokończenie czynności wyjaśnienia wysokości ceny w ofercie złożonej przez T. B. i G. P. prowadzącego działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej GPVT Pracownia Architektoniczna s.c. z siedzibą w Poznaniu, opisanej w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych,**

**2. kosztami postępowania obciąża Ośrodek Sportu i Rekreacji w Łodzi i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez T. B. i G. P. prowadzących działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej GPVT Pracownia Architektoniczna s.c. tytułem wpisu od odwołania,**
- 2.2. zasądza od Ośrodka Sportu i Rekreacji w Łodzi na rzecz T. B. i G. P. prowadzących działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej GPVT Pracownia Architektoniczna s.c. kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

**Przewodniczący: .....**

**Sygn. akt: KIO 1166/14**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Ośrodek Sportu i Rekreacji w Łodzi prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „wykonanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej na budowę stadionu żużlowego przy ul. 6-go Sierpnia 71 w Łodzi” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 23 kwietnia 2014 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 87707-2014. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący – T. B. i G. P. prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą GPVT Pracownia Architektoniczna s. c. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty odwołującego ze względu na rażąco niską cenę w sytuacji, gdy wyjaśnienia złożone przez odwołującego wskazują, że zaoferowana cena jest ceną rynkową, że odwołujący może wykonać zamówienie w zaoferowanej cenie, wykonywał już podobne zamówienia w cenach niższych bądź podobnych, a tym samym, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską,

2. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasady obowiązku zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego w sytuacji niewykazania przez zamawiającego rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez odwołującego.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania i stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, które miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia,

2. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

3. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,

4. powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, ponowne przeprowadzenie badania i oceny ofert,

5. uznanie oferty odwołującego za najkorzystniejszą,

6. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania,

7. ewentualnie unieważnienie zawartej umowy.

Odwołujący podniósł, że zamawiający wezwał go do wyjaśnienia co do wysokości zaoferowanej ceny, wskazując, że jest on zobowiązany do wyjaśnienia powodów

zaoferowanej ceny oraz wskazania stanu faktycznego uwzględniającego np. oszczędne metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, koszty osobowe, wybrane rozwiązania organizacyjne itp.

W odpowiedzi na wezwanie odwołujący wskazał szereg informacji uzasadniających oferowaną cenę. Powołał osiem wykonanych przez niego zamówień na podobne obiekty, których ceny za wykonanie były niższe w stosunku do ceny zaoferowanej w niniejszym postępowaniu. Pięć z nich spełniało parametry odpowiadające warunkom udziału w postępowaniu tj. wykonania obiektu sportowego, którego wartość kosztorysowa przekraczała 20 mln zł, zgodnie z punktem 5.1.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia; natomiast pozostałe były obiektami publicznymi o dużym skomplikowaniu technicznym i technologicznym, wartości kosztorysowej znacząco przekraczającej wartość prac realizowanych na podstawie dokumentacji będącej przedmiotem zamówienia, a wykonanych za mniejszą kwotę. Wykonywane dotychczas projekty dotyczyły obiektów o porównywalnej lub większej powierzchni użytkowej, podobnym lub większym skomplikowaniu i podobnych parametrach technicznych, co uzasadnia uznanie, że zaproponowana cena nie jest rażąco niska. Zamówienia zostały wykonane należycie, na dowód czego odwołujący przedstawił odpowiednie dokumenty. Dla celów porównawczych odwołujący wyliczył stosunek ceny do wartości kosztorysowej zrealizowanych już projektów, który jest znacznie niższy niż w przedmiotowym postępowaniu, w którym wynosi on:  $340.000 \text{ zł (zaoferowana cena)} \times 100 \div 20.000.000 \text{ zł (porównywalna wartość inwestycji spełniająca warunek specyfikacji istotnych warunków zamówienia pkt 5.1.2)} = 1,7\%$ .

W przypadku, gdy wartość kosztorysowa inwestycji byłaby większa i dochodziłaby do maksymalnej wartości wskazanej w opisie przedmiotu zamówienia, tj. ok. 50 mln zł brutto wraz z wyposażeniem i umeblowaniem, to cena również jest ceną rynkową i wynosi 0,84%. Nadal jest więc porównywalny do zrealizowanych zamówień, np. do wielofunkcyjnej hali widowiskowej w Ostrołęce, gdzie współczynnik ten wynosił 0,82%.

Bazując na własnym doświadczeniu odwołujący planuje zaproponować zamawiającemu projekt spełniający jego wymagania oraz jednocześnie uwzględniający oszczędne metody realizacji i przyjętych rozwiązań technicznych, co pozwoli na obniżenie wskazanej wartości kosztorysowej.

Uzasadniając odrzucenie oferty zamawiający w sposób lakoniczny stwierdził: „Powyższe wyjaśnienia utwierdziły komisję w przekonaniu, iż zaproponowana cena nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia”. Takie motywy uzasadnienia rozstrzygnięcia przetargu i odrzucenia oferty odwołującego naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, co pozwala na uznanie, iż procedura przetargowa prowadzona była w sposób niewłaściwy i niezgodny z wymogami ustawy. Nie można bowiem uznać, iż wskazane powyżej

uzasadnienie zamawiającego wypełnia wymogi ustawy przy uzasadnieniu odrzucenia oferty, tym bardziej bez odniesienia się do wskazywanego przez odwołującego jego dorobku zawodowego przy podobnych inwestycjach.

Zamawiający nie może wywodzić, iż każda niższa cena wypełnia przesłankę „rażącego zaniżenia”. Celowo w ustawie użyto sformułowania „rażąco”, by odrzucenie oferty z tej przyczyny miało miejsce w sytuacji ewidentnego, oczywistego zaniżenia ceny, co uzasadniałoby hipotezę, że cena ta nie pozwoli na rzetelne i prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. W niniejszym postępowaniu zamawiający tego nie wykazał, a odwołujący dowiódł, iż za porównywalną bądź mniejszą cenę wykonał w sposób należyty wiele projektów, w tym kilka będących odpowiednikiem przedmiotu zamówienia. W związku z tym odpadła obawa nienależytego wykonania przedmiotu zamówienia. To na zamawiającym spoczywa obowiązek wykazania rażąco niskiej ceny.

W swoich wyjaśnieniach odwołujący wykazał również kalkulację kosztów z wykazanym przewidywanym odpowiednim zyskiem, którą w odwołaniu uszczegółowił (wartości brutto):

1. sporządzenie koncepcji 34.000 zł, w tym sporządzenie badań, ekspertyz, analiz 8.000 zł, pozyskanie materiałów przedprojektowych, mapy do celów projektowych, badań geotechnicznych 16.000 zł, wykonanie koncepcji 10.000 zł,
2. sporządzenie wszystkich wymaganych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia projektów budowlanych wraz z uzyskaniem wszystkich niezbędnych opracowań, dokumentów, uzgodnień i zezwoleń koniecznych do uzyskania pozwolenia na budowę 140.000 zł, w tym: wykonanie projektu zagospodarowania terenu 15.000 zł, wykonanie projektu branży architektonicznej 40.000 zł, branży konstrukcyjnej 35.000 zł, branży sanitarnej 24.000 zł, branży elektrycznej 8.000 zł, branży teletechnicznej 8.000 zł, branży drogowej 10.000 zł,
3. sporządzenie wszystkich wymaganych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia projektów wykonawczych 50.000 zł, w tym: wykonanie projektu zagospodarowania terenu 5.000 zł, branży architektonicznej 10.000 zł, branży konstrukcyjnej 12.000 zł, branży sanitarnej 10.000 zł, branży elektrycznej 4.000 zł, branży teletechnicznej 4.000 zł, branży drogowej 5.000 zł,
4. sporządzenie specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych 3.000 zł,
5. sporządzenie przedmiarów 2.000 zł,
6. sporządzenie kosztorysów inwestorskich 3.000 zł,
7. sprawowanie nadzoru autorskiego 34.000 zł,
8. pozostałe elementy 6.000 zł,
9. przewidziany zysk 68.000 zł.

Każdy z wyżej wymienionych elementów zawiera w sobie koszty wynagrodzeń projektantów odpowiedzialnych za wykonanie zamówienia, koszty prowadzenia biura i obsługi

zamówienia, koszty wydruków, koszty uzyskania materiałów wyjściowych, koszty pośrednie. Pracownia obecnie realizuje wiele projektów i koszty związane z poszczególnymi elementami np. prowadzenia biura są kosztem łącznym dla wszystkich realizowanych jednocześnie zamówień.

Odwołujący wskazał, że posiada bogate doświadczenie w projektowaniu obiektów w całej Polsce, które są obecnie realizowane, co umożliwia łączenie kosztów z prowadzonych inwestycji i projektów w danym regionie kraju. Wskazał też na posiadanie wykwalifikowanej kadry inżynierskiej z wieloletnim doświadczeniem projektowym, która w szybszym niż u konkurencji czasie jest w stanie realizować zadania projektowe.

Odwołujący realizuje na przestrzeni ostatnich lat najwięcej inwestycji publicznych ze wszystkich pracowni projektowych w województwie wielkopolskim i jest wiodącym wykonawcą w Polsce. Oferowane ceny są rynkowe, pozwalają na osiągnięcie odpowiedniego zysku. Odwołujący załączył listę zrealizowanych i trwających zamówień publicznych na przestrzeni lat 2007-2014.

Doświadczenie odwołującego pozwala mu na rzetelną wycenę prac projektowych, oferowanie konkurencyjnych, rynkowych cen, nie powodujących strat wykonawcy, co potwierdza załączone zestawienie przychodów i kosztów za lata 2007-2014, według którego coroczny zysk to od 241.015,44 zł do 751.602,08 zł. Dowodzi to, że oferowane ceny pozwalają na osiągnięcie odpowiedniego dochodu.

Odwołujący w sposób rzeczowy wykazał, że proponowana cena nie jest rażąco niska i nie może ponosić odpowiedzialności za to, że inne podmioty zawiązyły cenę.

Informacja o odrzuceniu oferty powinna zawierać nie tylko uzasadnienie prawne, ale i faktyczne oceny dokonanej przez zamawiającego. Zamawiający jest zobowiązany w toku badania ofert ustalić, że powołana przesłanka odrzucenia oferty na gruncie konkretnej sprawy zaktualizowała się, a następnie poinformować o poczynionych ustaleniach wyjaśniając, dlaczego uważa, iż za zaoferowaną cenę nie jest możliwe wykonanie zamówienia.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Zdaniem zamawiającego odwołujący nie wskazał na okoliczności, które mogłyby pozwolić na skuteczne zakwestionowanie oceny jego oferty przez zamawiającego w kontekście zaniżenia ceny, a zarzuty odwołania nie znajdują uzasadnienia w stanie faktycznym sprawy. Przytoczone przez odwołującego argumenty na poparcie tezy, iż zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską, opierają się jedynie na zestawieniu cen dokumentacji projektowej dla obiektów o innym charakterze niż obiekt w postaci stadionu żużlowego, Zestawienie to nie ma zatem nawet potencjalnej zdolności wykazania tezy o rzetelności odwołujących przy określaniu ceny ich oferty.

Pojęcie „rażąco niskiej ceny” nie zostało zdefiniowane. Ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i wartości prac, zakładająca wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. występującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są poprzez postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów na nim działających. Ceną rażąco niską jest cena niepokrywająca wydatków wykonawcy związanych z realizacją zamówienia, cena nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, cena niewiarygodna, oderwana od realiów rynkowych. O rażąco niskiej cenie można mówić także wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne, jak oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy, albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości.

Wykładnia językowa art. 90 ust. 1-3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że wartość przedmiotu zamówienia stanowić będzie punkt odniesienia dla porównania zaoferowanej ceny, zatem to realna, rynkowa wartość danego, konkretnego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu.

Zamawiający w celu ustalenia, czy zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską, powinien odnieść zaoferowaną cenę do ustalonej przez siebie wartości szacunkowej zamówienia, a następnie do cen innych ofert.

Wykonawca, składając wyjaśnienia, powinien wskazać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny oraz stopień, w jakim cena została obniżona dzięki wskazanym czynnikom. Odpowiedź wykonawcy nie może być lakoniczna i powierzchowna.

Zastosowanie procedury z art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych oznacza, że w odniesieniu do danej oferty powstaje domniemanie zniżenia w niej ceny, a jego obalenie leży po stronie wykonawcy kwestionującego to domniemanie. Co jednak najistotniejsze, wykonawca winien przedstawić dowody na poparcie stanowiska o realności ceny. Ciężar udowodnienia braku rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, nie zaś na zamawiającym, zaś wyjaśnienia muszą być poparte dowodami. Wykonawca udzielając wyjaśnień winien określić obiektywne czynniki, które umożliwiły mu zaoferowanie ceny na danym poziomie, która z jednej strony umożliwi mu należyte wykonanie całego przedmiotu zamówienia na warunkach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a z drugiej strony pozwoli na ich sfinansowanie wyłącznie ze środków uzyskanych z danego zamówienia.

Zamawiający wypełnił swoją ustawową powinność przeprowadzając postępowanie wyjaśniające po powzięciu wątpliwości odnośnie do realności ceny zaoferowanej przez odwołującego.

Rolą wezwania do złożenia wyjaśnień odnośnie do elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny jest rozwianie tych wątpliwości, więc wyjaśnienia mają być konkretne i precyzyjne oraz opierać się na dowodach przedłożonych przez wykonawcę.

Rolą zamawiającego jest ocena tych wyjaśnień, w szczególności przy uwzględnieniu obiektywnych kryteriów wskazanych w ust. 2 art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wykonawca złożył wprawdzie wyjaśnienia, jednakże w ocenie zamawiającego potwierdziły one, że cena jest ceną rażąco niską. Odwołujący nie sprostął obowiązkowi wykazania, że zaoferowana cena jest ceną rzetelnie skalkulowaną rynkową pozwalającą na pokrycie wszelkich kosztów wykonania zamówienia. Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach nie przedstawili jakichkolwiek obiektywnych czynników, które pozwoliłyby na zaoferowanie ceny na poziomie 340.000 zł. Wyjaśnienia winny umożliwić zamawiającemu dokonanie weryfikacji poprawności wyliczenia ceny. Odpowiedź odwołującego na wezwanie jest na tyle ogólnikowa, że faktycznie tę weryfikację uniemożliwiła i upewniła zamawiającego w zasadności tezy o zaniżeniu ceny oferty. Wyjaśnienia odwołującego w złożonym kształcie, z uwagi na duży stopień ogólnikowości, mogą równie dobrze dotyczyć każdego wykonawcy z branży.

W szczególności brak urealnienia czasu wykonania zamówienia z jego kosztami. Termin realizacji umowy określono na 2 miesiące od dnia zawarcia umowy (wykonanie koncepcji wraz z wizualizacją i makietą) oraz do 28 listopada 2014 r. (wykonanie pozostałej dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem pozwoleń na budowę i/lub brak sprzeciwu organu budowlanego na zgłoszenie o zamiarze wykonania robót budowlanych). Zatem konieczne byłoby skierowanie do jego realizacji pracowników dla potrzeb głównie tego zadania. Tymczasem w wyjaśnieniach odwołujący wskazał, że wykonanie zamówienia byłoby dla niego szczególnie dogodnie z uwagi na realizację inwestycji w okolicach miejsca realizacji inwestycji, której dotyczy zamówienie. Jako okoliczność sprzyjającą wykonaniu zamówienia według zaoferowanej ceny wskazano również zatrudnienie wykwalifikowanej kadry inżynierskiej i zasoby techniczne. Odwołujący zaniechali jednak wykazania, jak chociażby wykwalifikowana kadra inżynierka i zasoby techniczne wpłynęły na możliwość zaoferowania niższej od rynkowej ceny.

Kalkulacje współczynnika wartości kosztorysowej do ceny, dokonane przez odwołującego, opierają się na mechanicznym zestawieniu ze sobą obiektów o różnym charakterze. W wyjaśnieniach odwołujący nie rozwiązał żadnych wątpliwości dotyczących ceny, a jedynie udokumentował doświadczenie zawodowe odwołującego. W tym stanie rzeczy trudno uznać, aby wyjaśnienia mogły być uznane za wiarygodne i znoszące uzasadnione



wątpliwości co do rażącego zaniżenia zaoferowanej ceny. Opieranie się przez odwołującego na dokumentacji opracowanej na potrzeby innego postępowania świadczy o pewnym automatyzmie w kalkulowaniu ceny w złożonej ofercie i tym samym nierzetelności jej określenia. Nie ma podstaw do dokonywania porównań z cenami oferowanymi przez odwołującego za inny przedmiot zamówienia, o odmiennych parametrach, rodzaju przeznaczenia i wnioskowania na tej podstawie o rzetelności skalkulowanej ceny.

Biorąc pod uwagę ustaloną z należytą starannością szacunkową wartość zamówienia, a także wysokość ceny zaoferowanej przez konkurenta w postępowaniu trudno uznać, że cena ta pozwala na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Cena wskazana w ofercie odwołującego jest równoznaczna, w ocenie zamawiającego, z wykonywaniem usługi poniżej faktycznych kosztów jej świadczenia, co uzasadnia tezę o jej zaniżeniu i konieczności odrzucenia oferty odwołującego. Wyjaśnienia odwołującego zostały w ocenie zamawiającego ocenione prawidłowo jako w istocie dowodzące, że cena zaproponowana przez odwołującego jest rażąco niska.

Przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił D. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą KOSZT-BUD popierając stanowisko zamawiającego.

**W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła też, że stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami.

W wyjaśnieniach złożonych na wezwanie zamawiającego, dotyczących kalkulacji ceny zaproponowanej w ofercie, odwołujący jako główny czynnik świadczący o realności zaproponowanej przez niego ceny wskazał ceny podobnych, według niego, realizacji, które opisał w zakresie przedmiotu, kubatury, powierzchni, wartości inwestycji, ceny dokumentacji projektowej i stosunku wartości prac projektowych do robót budowlanych oraz załączył referencje ich należytego wykonania. Co najistotniejsze jednak, odwołujący odniósł się do elementów ceny budujących cenę ofertową, która w ofercie została przedstawiona jako cena globalna, ryczałtowa.

Odwołujący wskazał na następujące elementy kosztotwórcze:

1. sporządzenie koncepcji 34.000 zł brutto,
2. sporządzenie wszystkich wymaganych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia projektów budowlanych wraz z uzyskaniem wszystkich niezbędnych opracowań, dokumentów, uzgodnień i zezwoleń koniecznych do uzyskania pozwolenia na budowę 140.000 zł brutto,
3. sporządzenie wszystkich wymaganych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia projektów wykonawczych 50.000 zł brutto,
4. sporządzenie specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych 3.000 zł,
5. sporządzenie przedmiarów 2.000 zł brutto,
6. sporządzenie kosztorysów inwestorskich 3.000 zł brutto,
7. sprawowanie nadzoru autorskiego 34.000 zł brutto,
8. pozostałe elementy 6.000 zł brutto,
9. przewidziany zysk 68.000 zł brutto.

W informacji o wyniku postępowania zamawiający podał następujące uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty odwołującego: „Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy, ponieważ zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Powyższe wyjaśnienia utwierdziły komisję w przekonaniu, iż zaproponowana cena nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia.”

Biorąc pod uwagę argumentację odwołującego oraz porównanie jej z argumentami zamawiającego przywołanymi w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego oraz podczas rozprawy – a raczej brak jakiegokolwiek uzasadnienia przez zamawiającego tego odrzucenia, Izba stwierdziła, iż odwołanie należy uwzględnić.

W postępowaniu przetargowym zamawiający, przed podjęciem decyzji o odrzuceniu lub nieodrzućeniu danej oferty, powinien rozstrzygnąć, czy w tej ofercie ma do czynienia z ceną rażąco niską, czy też nie. Warunkiem koniecznym tego jest dokonanie przez zamawiającego prawidłowej oceny wyjaśnień wykonawcy, a do tego z kolei konieczne jest prawidłowe przeprowadzenie procedury wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jak zaś wynika z uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający nie przeprowadził tych wyjaśnień i ich oceny prawidłowo. Co więcej, jeżeli nawet dokonał jakiegokolwiek oceny udzielonych wyjaśnień, nie dał temu wyrazu w publicznym uzasadnieniu swojej decyzji, jak też na rozprawie.

Przede wszystkim należy podkreślić, iż – pomimo że taki „skrót myślowy” jest czasem stosowany w orzecznictwie i piśmiennictwie – na gruncie prawa polskiego i europejskiego nie istnieje żadne domniemanie prawne ani faktyczne, że cena oferty jest ceną rażąco niską. Żądanie wyjaśnień przez zamawiającego w trybie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych co najwyżej powoduje takie „domniemanie”, że wykonawca może domniemywać, iż zamawiający rozważy odrzucenie jego oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i to odrzucenie nastąpi, jeśli zamawiający nie uzyska satysfakcjonujących go wyjaśnień.

Nie można też czynić założenia, że cena jest rażąco niska w stosunku do podmiotów, które profesjonalnie uczestniczą w rynku z założeniem osiągnięcia zysku ze swojej działalności. Należy raczej zakładać, że ich oferty są przemyślane i „poważne”.

Art. 55 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi w ustępie 2. wskazuje na istotną kwestię, w jaki sposób wyjaśnienia powinny być prowadzone: „przez konsultacje z oferentem instytucja zamawiająca weryfikuje składowe elementy oferty, uwzględniając dostarczone dowody.” Oznacza to, że zamawiający powinien tę ofertę z wykonawcą niejako „omówić”, żeby wyjaśnić niejasności i wątpliwości.

Również w orzeczeniu z 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazał, że zgodnie z art. 55 dyrektywy 2004/18, jeżeli w przypadku danego zamówienia oferty wydają się rażąco niskie względem świadczenia, instytucja zamawiająca przed odrzuceniem tych ofert zwraca się na piśmie o podanie szczegółów, dotyczących składowych elementów ofert, które uważa za istotne. Z powyższych przepisów, sformułowanych w sposób imperatywny, wynika w sposób jasny, że zamiarem prawodawcy unijnego było ustanowienie względem instytucji zamawiających wymogu, by dokonywały one weryfikacji składowych elementów rażąco niskich ofert, poprzez nałożenie na nie w tym celu obowiązku zażądania od kandydatów przedstawienia uzasadnienia koniecznego do wykazania, że oferty te są poważne. W związku z tym zaistnienie, w odpowiednim momencie procedury badania ofert, skutecznej debaty na zasadzie kontradyktoryjności pomiędzy instytucją zamawiającą a kandydatem, aby mógł on wykazać, że jego oferta jest poważna, stanowi wymóg dyrektywy 2004/18 mający zapobiec arbitralności instytucji zamawiającej i zagwarantować konkurencję między przedsiębiorstwami na zdrowych zasadach. Jakkolwiek wyliczenie zawarte w art. 55 ust. 1 akapit drugi dyrektywy 2004/18 nie jest wyczerpujące, to jednak nie jest one czysto informacyjne, i w związku z tym nie pozostawia instytucjom zamawiającym swobody przy ustalaniu, jakie są istotne okoliczności, które należy wziąć pod uwagę, zanim odrzucona zostanie oferta jawiąca się jako rażąco niska. Z wymogu zapewnienia skuteczności art. 55

ust. 1 dyrektywy 2004/18 wynika, że instytucja zamawiająca powinna w sposób jasny sformułować żądanie skierowane do danych kandydatów, celem umożliwienia im uzasadnienia w sposób kompletny i użyteczny poważnego charakteru ich oferty.

Tymczasem zamawiający jako powód odrzucenia oferty podał, iż „wyjaśnienia utwierdziły komisję w przekonaniu, iż zaproponowana cena nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia”. Trudno z tego uzasadnienia wnioskować, jakie konkretnie zastrzeżenia do wyjaśnień miał zamawiający, że dokonał akurat takiej oceny. Odwołujący podał konkretne kwoty elementów składowych ceny, a jeśli zamawiający miał wątpliwości co do ich wysokości czy zakresu prac, które wchodzi w ich skład, powinien przede wszystkim poprosić wykonawcę o ich wyjaśnienie, a nie przyjmować istnienie tych wątpliwości na niekorzyść wykonawcy.

Należy tu zwrócić uwagę, iż wyjaśnienia ceny rażąco niskiej powinny zmierzać do ustalenia stanu faktycznego, aby umożliwić ocenę prawidłowości zastosowanej ceny.

Wyjaśnienia nie muszą być jednoetapowe, gdyż w miarę uzyskiwania wyjaśnień mogą powstawać kolejne pytania. A w przypadku podania w ofercie wyłącznie ceny globalnej (bez jej rozbicia w formularzu ofertowym/cenowym), prawdopodobnie takie nawet być nie mogą. W sytuacji bowiem, w której częścią oferty jest szczegółowy formularz cenowy lub kosztorys, zamawiający może od razu zwrócić się o wyjaśnienie poszczególnych pozycji lub też przedstawić dowody, czy zadeklarowane ceny są realne. W przypadku jednej ceny globalnej oferty takie rozbicie następuje dopiero podczas wyjaśnień – zatem dopiero w tym momencie zamawiający będzie mógł sformułować konkretne pytania co do elementów ceny.

Jeśli wykonawca w ramach wezwania do wyjaśnień otrzyma od zamawiającego konkretne pytania, może udzielić mu szczegółowych odpowiedzi w kwestiach, które najbardziej interesują zamawiającego. Jeśli takich pytań nie otrzyma, udzieli odpowiedzi w zakresie, który on sam uznaje za najbardziej istotny i trudno mu z tego robić zarzut w sytuacji, gdy wyjaśnienia nie są ogólnikowe i wymijające, ale tzw. „merytoryczne”. Wykonawca, jeśli uzna to za celowe, w swoich wyjaśnieniach może także wykraczać poza pytania zamawiającego.

Z treści wyjaśnień odwołującego wynika, że wyjaśnienia te nie były wymijające ani ogólnikowe, a wykonawca starał się udzielić wyczerpującej odpowiedzi.

Jak najbardziej poprawne jest, że wykonawca odniósł wyjaśnienia przede wszystkim do kalkulacji kosztów realizacji zamówienia. Okoliczności takie jak: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz

wpływ pomocy publicznej – podane jako przykład przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, a następnie w dyrektywach i ustawie Prawo zamówień publicznych – choć przy ocenie wyjaśnień nie mogą zostać pominięte, jeśli zostaną wskazane – w praktyce u wykonawców występują dość rzadko, toteż i rzadko w wyjaśnieniach są przywoływane. Muszą też one być stosowne do danego zamówienia – bo jaką metodę oszczędności przy wykonywaniu projektu budowlanego miałby zastosować wykonawca?

Jeżeli po otrzymaniu od odwołującego kosztorysu głównych elementów składowych usługi zamawiający uważa, że przedstawione przez wykonawcę koszty lub założenia (owe 9 punktów przywołane powyżej) są zaniżone, niekompletne czy błędne, powinien wskazać w uzasadnieniu poprawne ich wartości wraz z argumentacją na poparcie swojego stanowiska. A najlepiej – najpierw poprosić o dodatkowe wyjaśnienia.

Zamawiający wskazał podczas rozprawy, że odwołujący nie podał w wyjaśnieniach informacji, czy posiada własne oprogramowanie do projektowania. Pomijając fakt, że takie oprogramowanie obecnie jest raczej standardowym wyposażeniem pracowni architektonicznej niż czynnikiem dostępnym tylko dla konkretnego wykonawcy, pozwalającym mu obniżyć cenę swojej usługi w stosunku do konkurentów – to jeśli akurat ta kwestia szczególnie interesowała zamawiającego, powinien był ją wskazać jako wymagany punkt wyjaśnień.

Zatem należy tu ponownie podkreślić, że zamawiający niewątpliwie uzyskałby interesujące go informacje, gdyby zwrócił się do wykonawcy ze stosownym zapytaniem, więc prawidłowe przeprowadzenie wyjaśnień jest tu zasadniczą kwestią.

Co do samego zapytania skierowanego do wykonawcy – polega ono zasadniczo na przytoczeniu treści art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jest to zapytanie ogólne i o ile jeszcze można je zaakceptować w momencie, gdy zamawiający dysponuje jedynie generalną ceną oferty, to nie wtedy, kiedy ma już konkretne informacje i konkretne wątpliwości.

Warto jeszcze raz zwrócić uwagę na stanowisko Trybunału Sprawiedliwości: instytucja zamawiająca powinna w sposób jasny sformułować żądanie skierowane do danych kandydatów, celem umożliwienia im uzasadnienia w sposób kompletny i użyteczny poważnego charakteru ich oferty.

Wyjaśnienia odwołującego były racjonalne i pomyślane. Odwołujący odniósł się do cen rynkowych, czy też swoich cen, by wskazać rynkowość, realność i rzetelność obliczenia oraz to, że taki poziom cen pozwala mu na należyte wykonanie umowy, co potwierdził

referencjami. Co najważniejsze – wskazał elementy składowe swojej oferty poprzez przedstawienie głównych elementów kalkulacji.

Teraz do zamawiającego należy ocena, czy poziom tej kalkulacji pozwala na pokrycie kosztów wykonania zamówienia, a więc, czy zaproponowana cena wystarczy na opłacenie pracy projektantów, inżynierów, uzyskanie odpowiednich dokumentów, pozwoleń, ekspertyz, potrzebne materiały, wykonanie makiety, obsługę biurową, w tym wydruki, odpowiedni udział projektantów w trakcie nadzoru autorskiego itd.

Przy tym należy zwrócić uwagę, że zamawiający nie musi udowodnić, że cena danej oferty jest rażąco niska – byłby to dość trudny dowód, a w niektórych okolicznościach wręcz niemożliwy – ale ma dokonać oceny. Jednak ocena ta musi być rzetelna, odparta na faktach, umotywowana i przekonująca.

Ocenę tę mają mu umożliwić pytania do wykonawcy, a wątpliwości powinny rozwiewać wyjaśnienia i dowody. Ale aby wykonawca mógł takie wyjaśnienia i dowody przedstawić, zamawiający musi takie wątpliwości mu ujawnić.

Wykonawca, składając wyjaśnienia, powinien wskazać, co spowodowało możliwość zaoferowania danego poziomu ceny, jej obniżenia oraz stopień, w jakim cena została obniżona dzięki wskazanym czynnikom. Jednak zanim zacznie się wyjaśniać przyczyny obniżenia poziomu, należy ustalić „normalny” poziom ceny, bo może akurat poziom zaoferowany przez danego wykonawcę jest „normalny”.

A wyjaśnienia odwołującego zmierzały właśnie w kierunku wykazania, iż jego cena ma poziom zwykły, a nie obniżony z jakichś szczególnych powodów.

Odwołujący przedstawił dowody, które w jego mniemaniu udowodniały jego stanowisko – inne swoje realizacje w podobnych cenach. Zamawiający powinien ewentualnie wskazać inne okoliczności, które wykonawca ma udowodnić. Nie może być tak, że zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty albo wręcz później stwierdzi, że co prawda wykonawca przedstawił dowód na okoliczność X, Y i Z, ale zamawiający miał na myśli zupełnie inne kwestie i tylko wykonawca się nie domyślił, co sobie pomyśli zamawiający.

Ciężar udowodnienia w wyjaśnieniach prawidłowości ceny oferty spoczywa bowiem na wykonawcy, czyli treść wyjaśnień powinna zawierać informacje, które pozwolą zamawiającemu uznać, że zaoferowana cena jest realna. Natomiast wykonawca powinien też wiedzieć, w którym kierunku ten dowód ma przeprowadzić, tj. co budzi wątpliwości zamawiającego. Trudno bowiem przedstawiać dowody na nieokreślone okoliczności. Dlatego na którymś etapie wyjaśnień konieczne są konkretne zapytania czy żądania zamawiającego.

Zamawiający w swojej odpowiedzi na odwołanie podał same ogólniki, w dużej mierze cytaty z różnych wyroków, co powinien wykonawca, ale brak jakichkolwiek konkretów w odniesieniu

do zaproponowanej ceny, np. dlaczego jego zdaniem 140.000 zł brutto za wykonanie projektów to za mało.

Zamawiający wskazał też, że odwołujący w wyjaśnieniach nie przedstawił jakichkolwiek obiektywnych czynników, które pozwoliłyby na zaoferowanie ceny na poziomie 340.000 zł. Jednak nie sprecyzował, jakie obiektywne czynniki ma na myśli, a które mogą zaistnieć przy usłudze projektowania.

Wyjaśnienia powinny umożliwić zamawiającemu dokonanie weryfikacji poprawności wyliczenia ceny – wyjaśnienia odwołującego umożliwiły przynajmniej początek takiej weryfikacji, gdyż wskazywały ceny poszczególnych elementów. Teraz była kolej zamawiającego, by ewentualnie dopytać się lub zażądać dowodów, że dla danego elementu da się osiągnąć taką cenę.

Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia odwołującego w złożonym kształcie, z uwagi na duży stopień ogólnikowości, mogą równie dobrze dotyczyć każdego wykonawcy z branży – zdaniem Izby tak nie jest, gdyż odwołujący odniósł się do cen swoich realizacji oraz sposobu wyliczenia ceny swojej oferty. Zatem można co najwyżej albo poprosić o dodatkowe wyliczenia albo uznać, że kalkulacja jest zaniżona – jeśli oczywiście są ku temu podstawy – ale tego zamawiający nie zrobił. A przynajmniej nie wskazał tego w sposób jawny w uzasadnieniu.

Należy podkreślić, że to właśnie w stanowisku zamawiającego nie było ani jednego konkretnego argumentu dotyczącego poziomu ceny zaproponowanej przez odwołującego. Skoro zamawiający twierdzi, że jego ocena wskazuje, że odwołujący zaoferował cenę usługi poniżej faktycznych kosztów jej świadczenia, to musiał ustalić, jaki jest koszt świadczenia tej usługi.

Ceny rynkowe, ceny konkurencyjnych ofert czy wartość szacunkowa zamówienia mogą posłużyć do wstępnej oceny oferty, tj. do stwierdzenia, czy należy zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia, o których mowa w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych. Natomiast ocenie, czy cena jest rażąco niska, podlega już wyłącznie konkretna oferta.

Wartość szacunkowa zamówienia jest obliczana różnymi metodami, najczęściej pewnie jest to średnia spodziewanych cen albo – przy projektowaniu – stosowny procent wartości robót budowlanych wynikającej z kosztorysu inwestorskiego. Jednak jest to pewien punkt odniesienia, ale nie okoliczność przesądzająca. Podobnie wartość konkurencyjnych ofert.

Należy też zwrócić uwagę, że w niniejszym postępowaniu, choć wpłynęło 20 ofert, ceny tych ofert są niemiarodajne ze względu na ich ogromną rozbieżność: 2.800.000 zł, 553.500 zł, 698.640 zł, 175.890 zł, 1.098.882 zł, 945.132 zł, 905.280 zł, 2.040.000 zł, 340.000 zł, 799.500 zł, 921.279 zł, 426.810 zł, 799.377 zł, 368.000 zł, 540.000 zł, 424.350 zł, 1.474.770 zł, 737.385 zł, 1.712.160 zł, 997.865,79 zł. Jak widać, ceny te są kompletnie

nieporównywalne, więc w żaden sposób nie pozwalają na w miarę obiektywne ustalenie, na jakim poziomie powinno się tę konkretną usługę wycenić.

Istotne jest przy tym, że usługa projektowania jest w większości usługą intelektualną, a więc jej wycena zależy w dużej mierze od tego „na ile się ceni” dany projektant, pracownia czy ekspert.

Izba uznała, że przeprowadzona przez zamawiającego czynność wyjaśnień poziomu ceny oferty odwołującego nie została przeprowadzona prawidłowo (jest niekompletna) i nie pozwala na dokonanie oceny oferty, o której mowa w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego brak. Czynność ta zatem wymaga dokończenia w celu rozstrzygnięcia powstałych wątpliwości.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając odwołanie.

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

**Przewodniczący:** .....