

Sygn. akt: KIO/UZP 1339/10

WYROK
z dnia 8 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Klaudia Szczytowska - Maziarz**

Członkowie: **Małgorzata Stręciwiłk**

Ryszard Tetzlaff

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **7 lipca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **„Energoprojekt-Gliwice” S.A., 44-101 Gliwice, ul. Zygmunta Starego 11** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PGE Elektrownia Opole S.A., 46-021 Brzezie, Brzezie koło Opola**, protestu z dnia **7 czerwca 2010 r.**

przy udziale wykonawcy **Centrum Projektowe Polimex-Mostostal Sp. z o.o., 44-121 Gliwice, ul. Sowińskiego 11**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża „Energoprojekt-Gliwice” S.A., 44-101 Gliwice, ul. Zygmunta Starego 11**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero

groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez „**Energoprojekt-Gliwice**” S.A.,
44-101 Gliwice, ul. Zygmunta Starego 11,

- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz „**Energoprojekt-Gliwice**” S.A.,
44-101 Gliwice, ul. Zygmunta Starego 11.

UZASADNIENIE

W postępowaniu przetargowym o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem, którego przedmiotem jest wyłonienie wykonawcy dokumentacji technicznej do uzyskania pozwolenia na budowę bloków 5 i 6 w PGE Elektrowni Opole S.A. (ogłoszenie o zamówieniu sektorowym - Dz. Urz. UE 2009/S 189-272557 z dnia 01.10.2009r., wykonawca Energoprojekt Gliwice S.A. (dalej „protestujący” lub „odwołujący”) złożył protest, a następnie - wobec jego oddalenia przez zamawiającego - odwołanie, na czynności zamawiającego - PGE Elektrownia Opole S.A., polegające na wyborze oferty firmy Centrum Projektowe Polimex - Mostostal Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, mimo, iż oferta ta winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) (dalej „ustawa” Pzp), jako oferta zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co narusza zasady udzielania zamówień publicznych, czym zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Protestujący wniósł o:

1. unieważnienie decyzji o wyborze oferty firmy Centrum Projektowe Polimex - Mostostal Sp. z o.o. (dalej także „CPPM”),
2. odrzucenie oferty firmy CMMP jako nie spełniającej wymogów z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp,
3. ponowny wybór oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu protestu protestujący wskazał, że zakres przedmiotu zamówienia jest ogromny, a skala inwestycji powoduje, że właściwe jego zaprojektowanie będzie wymagało zatrudnienia najwyższej klasy specjalistów w szeregu branżach.

Zdaniem protestującego żadna polska firma inżynierska nie dysponuje wystarczającym potencjałem do samodzielnego wykonania dokumentacji technicznej będącej przedmiotem przetargu, każda musi posłużyć się podwykonawcami.

Powołując się na swoje informacje z rynku (w ocenie protestującego wiarygodne ze względu na fakt, że działa w dziedzinie będącej przedmiotem przetargu od ponad 60 lat) stwierdził, że ceny na niektóre tylko specjalistyczne opracowania, konieczne do wyłączenia do wniosku o wydanie pozwolenia na budowę dla inwestycji o rozmiarze planowanej w Elektrowni Opole, kształtują się następująco:

- układ wody chłodzącej i surowej - 600-650 tys. zł netto,
- układ elektryczny 110 kV i 400 kV - 600 tys. zł netto,
- opracowania środowiskowe - ok. 300 tys. zł netto,
- badania geologiczne - ok. 300 tys. zł netto,

co łącznie daje kwotę na poziomie 1,8 mln zł netto a 2,2 mln zł brutto.

W ocenie odwołującego oferta złożona przez Centrum Projektowe Polimex - Mostostal Sp. z o. o. w zakresie ceny jest niewiarygodnie niska, gdyż nie ma żadnej możliwości, ażeby przedmiot postępowania wykonać za kwotę 3.299 mln zł brutto, uwzględniając, że jego nie największa część będzie kosztować około 2,2 mln zł. Jej przyjęcie oznaczałoby, że CPPM wykona najważniejsze elementy opracowania za kwotę nieco większą niż 1 milion złotych brutto.

Podniósł, że oferta wykonania zamówienia za cenę stanowiącą ok. 16% kwoty jaką zamawiający przeznaczył na zrealizowanie zadania jest ofertą z ceną rażąco niską.

Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 09.11.2009 r. o sygn. akt: KIO/UZP1362/09

Zamawiający protest oddalił.

W uzasadnieniu oddalenia protestu zamawiający stwierdził, że fakt, iż przedstawiona przez wykonawcę w ofercie cena odbiega w dużym stopniu od szacunków dokonanych przez zamawiającego i cen zawartych w ofertach innych wykonawców, nie zawsze musi oznaczać, iż nosi ona znamiona ceny rażąco niskiej, ponieważ możliwe jest również niewłaściwe oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia przez samego zamawiającego. Może to także, zdaniem zamawiającego, wynikać ze szczególnej specyfiki, charakteru przedmiotu zamówienia, a nadto aktualnej na moment składania ofert sytuacji na rynku danych zamówień publicznych.

Zdaniem zamawiającego po ustaleniu wartości przedmiotu zamówienia nastąpiła zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenia, ponieważ zamawiający uzyskał bardzo szczegółowe opracowanie techniczne rozwiązujące zdecydowaną większość zagadnień technologicznych, koniecznych do opisanego w projekcie budowlanym, który

udostępnił wykonawcom, co zmniejszyło w znacznym stopniu zakres przedmiotu zamówienia w porównaniu z zakresem, jaki brano pod uwagę przy ustalaniu wartości zamówienia. Nadto nastąpiło zmniejszenie zakresu pierwotnego przedmiotu zamówienia na skutek:

1. opracowania raportu Oddziaływania na Środowisko i przejęcia przez zamawiającego obowiązku uzyskania decyzji środowiskowej, opracowania operatów wodno - prawnych i uzyskania przez zamawiającego decyzji wodno - prawnych na wykonanie urządzeń wodnych dla ujęć wody surowej z rzek Mała Panew i Odra - elementów niezbędnych do uzyskania pozwolenia na budowę, które jest m.in. przedmiotem niniejszego zamówienia,
2. przejęcia przez zamawiającego wykonania projektów przekładek sieci i rozbiórek na terenie planowanej inwestycji,
3. przejęcia przez zamawiającego obowiązku dostarczenia map terenu podstawowego planowanej inwestycji,
4. częściowego przygotowania terenu inwestycji przez przeprowadzenie przez zamawiającego prac rozbiórkowych większości istniejących obiektów budowlanych na terenie planowanej inwestycji.

Zamawiający wyjaśnił, że z uwagi na długo trwające procedury uzyskiwania zgód korporacyjnych na zmianę planów finansowych, mimo zaistnienia nowych okoliczności mających wpływ na wartość zamówienia nie zweryfikował tej wartości, uznając, iż pierwotnie ustalona wartość zamówienia została ustalona na poziomie zabezpieczającym priorytetową potrzebę zapewnienia niezakłóconego przebiegu zasadniczego przetargu na budowę bloków 5 i 6.

Zamawiający przyznał, iż w przedmiotowym postępowaniu występuje bardzo duża złożoność i obszerność przedmiotu zamówienia mimo przeprowadzonych wyżej wyłączeń, uznając że wskazuje to nie tyle na wystąpienie ofert z wysokimi cenami, co na możliwą ich różnorodność.

Odnosząc się do różnicy ceny oferty najkorzystniejszej w stosunku do innych ofert zamawiający wskazał, że z art. 90 ustawy Pzp nie wynika, iż w każdej sytuacji, kiedy inny wykonawca uważa, że cena jego konkurenta jest rażąco niska, zamawiający musi wzywać tego przedsiębiorcę do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny. Uznał, że cena w wybranej ofercie nie jest niewiarygodna, jest realistyczna przy istniejących na rynku tych usług rozbieżnościach cen. Wskazał, że ceny są wynikiem nie tylko kalkulacji kosztów, ale również gry rynkowej, uwzględniającej relację podaży i popytu w momencie składania oferty.

Zdaniem zamawiającego protestujący nie wykazał, iż przedmiotowe zamówienie nie może być wykonane za wybraną cenę, a sam fakt, że cena odbiega swą wysokością od cen pozostałych wykonawców nie uprawnia do twierdzenia, że cena jest rażąco niska.

Można bowiem twierdzić - wedle zamawiającego - że ceny podane przez pozostałych wykonawców są zawyżone w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ocenie zamawiającego zostało to potwierdzone przez przystępującego do postępowania protestacyjnego po stronie zamawiającego wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, który podniósł, iż:

- jego cena wynika m.in. z oszczędności metody wykonania zamówienia i sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy w porównaniu z pozostałymi wykonawcami,
- kalkulacja ceny zapewnia nie tylko pokrycie kosztów, ale również odpowiednią marżę zysku,
- oferowana cena nie odbiega od ceny innych prac o podobnym charakterze a wykonanych przez tę firmę w ostatnim czasie,

a także podał przykłady różnorodności cen na rynku usług takich samych lub podobnych co przedmiot zamówienia i to na różnych etapach jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający powołał się na wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 13.06.2007 r. o sygn. akt: UZP/ZO/0-666/07.

W przystąpieniu do postępowania wywołanego protestem wykonawcy Energoprojekt Gliwice S.A., CMMP:

1. oświadczył, że jego kalkulacja oferty jest prawidłowa,
2. wyjaśnił, że Centrum Projektowe Polimex Mostostal sp. z o.o. powstało z połączenia dwóch dużych biur projektowych o różnych profilach działalności tj. Energotechnika Projekt sp. z o.o. [projektowanie w branży energetycznej] oraz Biprokwas sp. z o.o.[projektowanie w branży chemicznej], co umożliwiło działania wielobranżowe i zapewniło różnorodność pracowni, wykonujących we własnym zakresie większość zadań objętych ofertą; jako przykład podał, że posiada, jako jedyny z oferentów, własną pracownię wodną zdolną samodzielnie wykonać powołane w uzasadnieniu protestu, jako wymagające podwykonawstwa, projekty układu wody chłodzącej i surowej; w przeciwieństwie do składającego protest, który wskazał wyłącznie jednego podwykonawcę tj. Energoprojekt Warszawa S.A. - oferującego jedne z najwyższych cen na rynku, CPPM przewidziało w swojej ofercie po dwóch alternatywnych podwykonawców, co gwarantuje możliwość negocjowania z nimi cen usług i wybór oferty najkorzystniejszej cenowo,
3. stwierdził, że szczegółowo skalkulował ofertę w oparciu o stawki godzinowe projektantów zatrudnionych w CPPM oraz podwykonawców w sposób

zapewniający nie tylko pokrycie kosztów, ale również odpowiednią marżę zysku, a zamawiający w SIWZ nie wymagał przedstawienia kalkulacji ilości godzin i ich stawki, zaś protestujący nie zadawał, na odpowiednim ku temu etapie postępowania, pytań zamawiającemu,

4. oświadczył, że zapoznał się w sposób szczegółowy z uwarunkowaniami technicznymi, geologicznymi i geodezyjnymi inwestycji, co było tym łatwiejsze, że w/w spółka zatrudnia projektantów, którzy uczestniczyli w projektowaniu i budowie Elektrowni Opole na wcześniejszych etapach, co wpływa w sposób istotny na ograniczenie zakresu koniecznych prac, a tym samym ich wartość,
5. wyjaśnił, że działając w ramach grupy kapitałowej Polimex - Mostostal CPP nabył doświadczenia pozwalające zarówno na oszczędne projektowanie jak i oszczędzanie w procesie projektowania, co umożliwia spółce ekonomiczne funkcjonowanie w trudnych warunkach rynkowych branży energetycznej.

W odwołaniu odwołujący ponowił zarzuty zawarte w proteście oraz zażądał:

1. unieważnienia decyzji o wyborze oferty firmy Centrum Projektowe Polimex -Mostostal Sp. z o.o.,
2. powtórzenia czynności badania i oceny oferty firmy Centrum Projektowe Polimex - Mostostal Sp. z o.o. w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia zgodnie z treścią art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp,
3. odrzucenia oferty firmy Centrum Projektowe Polimex - Mostostal Sp. z o.o. jako nie spełniającej wymogów z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp,
4. dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej,
5. dopuszczenia dowodu z opinii biegłego ds. budownictwa energetycznego lub z zakresu budownictwa energetycznego z Izby Projektowania Budowlanego z siedzibą Al. Jerozolimskie 87, 02-001 Warszawa na okoliczność rażąco niskiej ceny zawartej w wybranej przez zamawiającego w ofercie Centrum Projektowe Polimex Mostostal i braku możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za taką kwotę,
6. dopuszczenia dowodu z przesłuchania stron (za Energoprojekt Gliwice S.A. Artura Mermona - Prezesa zarządu lub Zbigniewa Gruszczyńskiego - Wiceprezesa zarządu),
7. zasądzenia od zamawiającego kosztów postępowania przed KIO na rzecz odwołującego wg norm przepisanych lub wg przedłożonego spisu kosztów.

Odwołujący podniósł, że w związku z podnoszonymi przez siebie wątpliwościami i bardzo znaczną różnicą między wartością przedmiotu zamówienia określoną przez zamawiającego, a przedstawioną w ofercie CPPM (oferta stanowi ok. 16% kwoty jaką

przeznaczył zamawiający na realizację zamówienia), zamawiający był zobligowany do zrealizowania procedury przewidzianej w art. 90 Pzp.

Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14.08.2008 r. o sygn. akt: KIO/UZP 790/08, z dnia 09.11.2009 r. o sygn. akt: KIO/UZP 1362/09.

Odwołujący wyjaśnił, że oferta CPPM wykonania zamówienia za cenę 3.299 mln zł stanowi ok. 16% kwoty, jaką przeznaczył zamawiający na zrealizowanie tego zadania (18,33 mln zł - informacja Sekretarza Komisji Przetargowej po otwarciu ofert w dniu 27.05.2010 r.).

Wskazał, że zamawiający w piśmie oddalającym protest, podał, że rzeczywista wartość przedmiotu zamówienia uległa zmniejszeniu w trakcie postępowania.

Za niezrozumiały uznał fakt, że nie zasygnalizowano tego wykonawcom i nie zweryfikowano podanej wartości przedmiotu zamówienia. Oceniał, iż wskazane w oddaleniu protestu przejęcie przez zamawiającego części obowiązków zawierających się w przedmiocie zamówienia nie może być podstawą do twierdzenia, że zakres przedmiotu zamówienia zmniejszył się w znacznym stopniu, ponieważ wymienione prace, które przejął na siebie zamawiający mogły zmniejszyć wartość przedmiotu zamówienia o 998 950 zł, zgodnie z poniższą analizą:

1. opracowanie Raportu Oddziaływania na Środowisko dla planowanej budowy bloków 5 i 6 to koszt ok. 500 000 zł, uzyskanie decyzji wodno-prawnych to koszt ok. 80 000 zł,
2. projekt przekładek sieci i rozbiórek na terenie planowanej inwestycji został zlecony do Energoprojektu Gliwice S.A. - wartość 330 000 zł netto,
3. koszt zakupu aktualnych map z aprobatą geodezyjną dla terenu planowanej budowy bloków 5 i 6 to ok. 50 000 zł,
inne:
 - a. 6 000 - koszt zakupu map dla PB bloku gazowo parowego 420 MW w Elektrowni Stalowa Wola,
 - b. 32 950 - koszt zakupu map dla PB bloku gazowego 40 MW w KGHM (w tym mapy dla PB instalacji gazowej na terenie KGHM),
4. teren planowanej budowy bloków 5 i 6 był zawsze rezerwowany pod przyszłą rozbudowę i stały na nim jedynie obiekty tymczasowe zaplecza budowy Elektrowni.

Uwzględniając powyższe odwołujący stwierdził, że wartość kwoty, jaką zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia zmniejszyła się do kwoty nie mniejszej niż 17 mln zł, a więc nieznacznie co do kwoty ogłoszonej przez zamawiającego - 18 mln zł.

Odwołujący nie zgodził się z wyliczeniami wykonawcy, który według zamawiającego przedstawił najkorzystniejszą ofertę, wskazując, że kalkulacja ceny prac projektowych jest sprawą wewnętrzną firm projektowych oraz, że w celu określenia ceny optymalnej z punktu widzenia firmy projektowej dokonywane są wielopłaszczyznowe analizy:

1. analiza kosztów prac projektowych zgodnie z Rozporządzeniem 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); wyjaśnił, że Rozporządzenie to jest jedynym prawnym dokumentem wskazującym jak należy kalkulować koszt prac projektowych przy podejmowaniu decyzji inwestycyjnych wymagających stosowania Prawa zamówień publicznych,
2. kalkulacja kosztów wykonania prac projektowych; podał, że podstawowym obowiązkiem osób odpowiedzialnych za kształtowanie ceny jest wyliczenie kosztów wykonania prac po to, aby oferowana cena nigdy nie była od nich niższa, gdyż to stanowiło by dumping niezgodny z prawem oraz, że posiada wypracowane metody kalkulacji kosztów prac projektowych zgodne z zasadami międzynarodowej księgowości, które polegają na:
 - oszacowaniu ilości przewidywanych roboczogodzin pracowników na poszczególnych stanowiskach pracy,
 - przemnożeniu ich przez wyliczone na podstawie planu rocznego stanowiskowe stawki godzinowe,
 - doliczeniu narzutów na koszty ogólne oraz na podwykonawców,
 - doliczeniu oczekiwanego zysku (załączył kalkulację nakładu pracy i wyliczenie ceny oferty zgodnie ze standardami Energoprojektu Gliwice, w której uwzględniono udział Energoprojekt Warszawa jako podwykonawcy usług projektowych na poziomie ok. 40%, konieczność wykonania specjalistycznych badań gruntowych w wysokości 240 tys., konieczność zaprojektowania nowego układu drogowo - torowego za kwotę ok. 120 tys. zł (dodatkowe badania geologiczne w obrębie turbin w wysokości ok. 50 tys. zł w ramach podwykonawstwa Energoprojektu Warszawa), przewidywany nakład pracy na wszystkie pozostałe prace projektowe to ok. 40 000 godz.; wyjaśnił że kalkulował konieczny nakład pracy z uwzględnieniem wiedzy i doświadczenia licznych projektantów, którzy uczestniczyli w projektowaniu Elektrowni Opole w okresie jej budowy oraz niezwykle bogatych i cennych zasobów archiwalnych obejmujących pełną dokumentację projektową obiektów istniejącej Elektrowni Opole, do których to obiektów i instalacji przyłączane

będą nowo projektowane bloki 5 i 6; zgromadzona wiedza o istniejących instalacjach, warunkach gruntowych i hydrotechnicznych może, z daniem odwołującego, znakomicie usprawnić wykonanie prac w stosunku do innych firm, które takimi zasobami nie dysponują.

Odwołujący podniósł, że przyjmując 40 000 godz. jako niezbędny nakład pracy i hipotetycznie zakładając, że CPPM podzleci inne prace za ok. 500 000 zł łatwo wyliczyć, że stawka godzinowa pracownika CPPM musiałaby wynosić ok. 55 zł/godz., która jest nieprawdopodobnie niska stawka jak na usługi inżynierskie. Wskazał, że według informacji rozpowszechnianych przez kierownictwo CPPM wynagrodzenia personelu technicznego tej firmy są wyższe niż w Energoprojekcie Gliwice. Wyjaśnił, że wynagrodzenia stanowią standardowo około 50% kosztów usługi jaka jest przedmiotem zamówienia objętego przedmiotowym przetargiem, co przy stawce godzinowej 55 zł/godz. oznacza, że nie byłoby możliwe pokrycie kosztów działalności firmy, zatem zastosowana przez CPPM cena jest ceną poniżej kosztów.

3. analiza cen rynkowych podobnych prac projektowych; załączył Wykaz zamówień publicznych dotyczących wykonania prac inżynierskich dla dużych obiektów energetycznych udzielonych w latach 2009 - 2010 wraz z kopiami ogłoszeń o udzielenie zamówienia, jako materiał porównawczy do oferty CPPM, jako dowód wykazujący rażąco niską cenę tej oferty,
4. wyliczenie ceny na podstawie Środowiskowych zasad wycen prac projektowych, opracowanych przez Radę koordynacyjną biur projektowych przy Izbie projektowania budowlanego; wyjaśnił, że nie wykonywano takiej wyceny dla pełnego zakresu projektu budowlanego z uwagi na jej pracochłonność i małą przydatność - wstępna wycena projektu budowlanego samego budynku kotłowni wynosi 908 000 zł.

Odnosząc się do twierdzeń CPPM przedstawionych w postępowaniu wszczętym na skutek protestu Energoprojektu Gliwice S.A odwołujący stwierdził, że nieprawdą jest, iż oferowana cena na projekt budowlany i uzyskanie pozwolenia na budowę bloków 5 i 6 w Elektrowni Opole nie odbiega od ceny innych prac o podobnym charakterze a wykonanych przez CPPM w ostatnim okresie, gdyż CPPM takich prac nie wykonywało.

Stwierdził także, że nieprawdą jest, iż zatrudnienie projektantów, którzy uczestniczyli w projektowaniu i budowie Elektrowni Opole na wcześniejszych etapach wpływa w istotny sposób na ograniczenie zakresu koniecznych prac, a tym samym ich wartość, ponieważ CPPM zatrudnia prawdopodobnie jednego projektanta uczestniczącego w projektowaniu Elektrowni Opole w okresie jej budowy i nie dysponuje żadną dokumentacją z tego okresu.

Odwołujący oświadczył, że dysponuje pełnym archiwum dokumentacji projektowej Elektrowni Opole oraz kilkunastu pracownikami, którzy rzeczywiście uczestniczyli w projektowaniu Elektrowni Opole w okresie jej budowy i zostało uwzględnione przy kalkulacji wielkości nakładu pracy.

Jako niewłaściwy i nieadekwatny uznał przykład zamówienia publicznego pod nazwą „Pełnienie funkcji Doradcy Technicznego przy wyborze wykonawcy bloku energetycznego o mocy ok. 1000 MW” prowadzonym przez Kozienice II sp. z o.o., ponieważ zakres powtórnie zorganizowanego przetargu był ograniczony w stosunku do pierwotnego między innymi o kosztowne obowiązki Doradcy Prawno-Handlowego, a nadto zakres i szczegółowość projektu budowlanego jest ściśle definiowany prawem, podczas gdy funkcja Doradcy Technicznego jest każdorazowo definiowana przez Zamawiającego.

Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 09.11.2009 r. o sygn. akt: KIO/UZP1362/09 oraz z dnia 27 lipca 2009 r. o sygn. akt: KIO/UZP 895/09.

Stwierdził, że wykonanie przedmiotu przetargu za taką cenę musiałoby oznaczać nieakceptowalnie niską jakość, która z pewnością stanowiłaby ogromne zagrożenie dla powodzenia wymagającego projektu, jakim jest budowa pierwszych bloków węglowych o tak dużej skali w Polsce, a zamawiający zostałby narażony na ryzyko poważnych błędów, znacznego przedłużenia procesu budowlanego, najprawdopodobniej również na konieczność powtórzenia projektu budowlanego.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a także oświadczeń i stanowisk stron oraz przystępującego, złożonych ustnie do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp oraz aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie (rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów: z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327) i z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.) w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Izba ustaliła także, że odwołujący posiadał interes prawny do wniesienia tak protestu, jak i odwołania, ponieważ potwierdzenie się zarzutu, że zamawiający bezprawnie zaniechał odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą, oznaczałoby dla odwołującego szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, ponieważ odwołujący się zaoferował w tym postępowaniu najniższą cenę po cenie wykonawcy, którego odrzucenia oferty żąda, zaś cena stanowi, zgodnie z Częścią I pkt 15.1. SIWZ, jedyne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka niezbędna do rozpoznania odwołania, wynikająca z przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby ustalił także:

1. zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia w dniu 06.08.2009 r. - część ogólna protokołu ZP-1 pkt 2, nie ujawniając jednak tej kwoty w protokole,
2. cena stanowi jedyne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej (pkt 15.1. SIWZ),
3. zamawiający przed otwarciem ofert podał kwotę 18 300 tys. zł brutto (15 mln zł netto) jako kwotę, którą zamierza przeznaczyć na *sfinalizowanie* zamówienia (część VII Protokołu nr 8 z prac Komisji Przetargowej do postępowania 2549/09,
4. termin składania ofert ostatecznych został wyznaczony na dzień 27.05.2010 r.,
5. oferty ostateczne, spośród czterech zaproszonych, złożyło trzech wykonawców, proponując następujące ceny (ZP-12):
 - Centrum Projektowe Polimex - Mostostal Sp. z o.o. Gliwice: 3 299 000,00 zł,
 - Energoprojekt - Katowice S.A.: 7 856 800,00 zł,
 - Energoprojekt - Gliwice S.A.: 5 891 615,46 zł,
6. zamawiający nie zwracał się do wykonawcy Centrum Projektowe Polimex - Mostostal Sp. z o.o. Gliwice z prośbą o złożenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W proteście odwołujący podniósł dwa argumenty przesądzające, w ocenie odwołującego, o zaoferowaniu przez przystępującego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego rażąco niskiej ceny:

1. konieczność posłużenia się przy realizacji przedmiotowego zamówienia podwykonawcami, za których specjalistyczne opracowania należy uwzględnić cenę na poziomie 2 200 tys. zł brutto; wśród tych opracowań odwołujący ujął opracowanie dotyczące układu wody chłodzącej i surowej w wysokości 600 - 650 tys. zł brutto; zestawienie cen opracowań, tj. na poziomie 2 200 tys. zł brutto z ceną ofertową przystępującego, tj. 3 299 tys. zł brutto oznacza, wedle odwołującego, brak możliwości wykonania większej niż stanowią wskazane opracowania części zamówienia za pozostałą kwotą, tj. 1 099 tys. zł brutto; wiarygodność cen

- poszczególnych opracowań jako cen rynkowych odwołujący uzasadniał 60-cio letnim działaniem w dziedzinie będącej przedmiotem przetargu,
2. relację ceny ofertowej przystępującego (3 299 tys. zł) do kwoty, jaką zamawiający przeznaczył na zrealizowania przedmiotowego zamówienia (18,3 mln zł) - cena ta stanowi, wedle wyliczeń odwołującego, 16% kwoty wskazanej przez zamawiającego).

W odwołaniu odwołujący weryfikował realność ceny ofertowej przystępującego, porównując ją do kalkulacji nakładu pracy i wyliczenia ceny ofertowej, dokonanych zgodnie ze standardami odwołującego, a także odwołując się do analizy cen rynkowych podobnych do objętego przedmiotowym zamówieniem prac projektowych, zaoferowanych w 7 postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych w 2008 oraz w 2009 roku, w których ogłoszenia o udzieleniu zamówienia opublikowano w 2009 i 2010 roku. Ceny zaoferowane w tych 7 postępowaniach wynosiły netto: 28 170 tys. zł, 36 695 tys. zł, 2 200 tys. zł, 7 885 tys. zł, 18 500 tys. zł oraz brutto: 2 903 600 zł i 21 960 tys. zł.

Izba dopuściła dowód z:

1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, opracowanej przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, załączonej do akt sprawy w potwierdzonej przez zamawiającego „za zgodność z oryginałem” kopii,
2. protokołu postępowania o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych wraz z załącznikami (ZP-1),
3. Protokołu nr 8 z prac Komisji Przetargowej do postępowania 2549/09,
4. oferty wykonawcy wybranego,
5. oferty odwołującego,
6. pisma zamawiającego z dnia 31.05.2010 r. o wyborze oferty (pismo znak: HP/RM/5142/10),
7. protestu z dnia 07.06.2010 r.,
8. przystąpienia wykonawcy wybranego do postępowania protestacyjnego z dnia 09.06.2010 r.,
9. rozstrzygnięcia protestu z dnia 17.06.2010 r.,
10. odwołania z dnia 25.06.2010 r. z wyjątkiem załącznika nr 5, sporządzonego w języku angielskim,
11. przystąpienia wykonawcy wybranego do postępowania odwoławczego z dnia 30.06.2010 r.,

12. odpowiedzi na odwołanie z dnia 08.04.2010 r.,
13. „Podsumowania ekonomicznego”, złożonego na rozprawie przez odwołującego (załącznik nr 5 do odwołania), sporządzony w języku polskim,
14. ogłoszeń o udzielenie zamówienia - zamówienia sektorowe: 2009/S 3-003253, 2009/S 3-003250, 2009/S 46-066450, 2009/S 117-168959, 2009/S 237-339372, 2009/S 183-263330, 2010/S 94-141332, złożonych na rozprawie przez odwołującego,
15. przesłuchania w charakterze strony Jana Schaforza,
16. przesłuchania w charakterze strony Zbigniewa Gruszczyńskiego.

Skład orzekający Izby oddalił wniosek odwołującego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego ds. budownictwa energetycznego z Izby Projektowania Budowlanego na okoliczność rażąco niskiej ceny zawartej w ofercie przystępującego / braku możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za taką kwotę, ponieważ w tym zakresie nie są wymagane wiadomości specjalne, a jedynie analiza rynku usług będących przedmiotem zamówienia, której skład orzekający Izby dokonał na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym w szczególności „Analizy cen rynkowych podobnych prac projektowych”, dokonanej przez odwołującego.

Skład orzekający Izby uznał, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego brak było podstaw do odrzucenia oferty przystępującego ze względu na zaoferowanie przez przystępującego rażąco niskiej ceny oraz brak było podstaw do poprzedzenia decyzji zamawiającego o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej postępowaniem wyjaśniającym w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Przywołany przepis nakłada na zamawiającego obowiązek wystąpienia do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w sytuacji gdy cena ofertowa ma charakter ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Tak sformułowany przepis przesądza o konieczności zestawienia, porównania badanej ceny do wyceny przedmiotu zamówienia.

W doktrynie i orzecznictwie przyjęło się, że brak tak ustawowego, jak i zawartego w dyrektywach unijnych zdefiniowania pojęcia: „cena rażąco niska” - co podnosił zamawiający w toku rozprawy, oznacza przede wszystkim konieczność porównania ceny ofertowej do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia, powiększonej o wartość podatku VAT oraz do cen innych ofert złożonych w postępowaniu, jak również do cen rynkowych danych usług, dostaw czy robót budowlanych, objętych przedmiotem zamówienia.

Skład orzekający Izby podziela w pełni to stanowisko, zastrzegając jednak konieczność każdorazowo indywidualnego podejścia do zarzutu zaoferowania ceny rażąco niskiej.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający ani protokole ZP-1, ani w rozstrzygnięciu protestu oraz odpowiedzi na odwołanie nie podał wartości szacunkowej zamówienia.

W rozstrzygnięciu protestu zamawiający podał, nie wskazując jednak żadnej kwoty, że „*mimo zaistnienia nowych okoliczności mających wpływ na wartość zamówienia nie zweryfikował tej wartości, uznając, iż pierwotnie ustalona kwota została ustalona na poziomie zabezpieczającym priorytetową potrzebę zapewnienia niezakłóconego przebiegu zasadniczego przetargu na budowę bloków 5 i 6*” oraz wskazywał na to, że „*możliwa jest również okoliczność polegająca na niewłaściwym oszacowaniu wartości przedmiotu zamówienia przez samego zamawiającego*”. Wartości szacunkowej zamówienia zamawiający nie podał nadto na rozprawie.

W tym stanie rzeczy wątpliwości Izby budzi w ogóle to, jaka w istocie wartość szacunkowa zamówienia została w dniu 06.08.2009 r. ustalona przez zamawiającego.

Faktem jest, że zamawiający - przed otwarciem ofert - podał kwotę, którą zamierza przeznaczyć na „*sfinalizowanie zamówienia*” (18 300 tys. zł), jednak brak jest podstaw prawnych, aby kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, wskazywaną na podstawie art. 86 ust. 3 ustawy Pzp (skład orzekający Izby przyjął, że taką właśnie kwotę miał na myśli zamawiający, posługując się sformułowaniem „*sfinalizowanie zamówienia*”) utożsamiać z wartością szacunkową zamówienia ustaloną przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisu art. 32 ust.1 ustawy Pzp i w tym przypadku powiększoną o podatek od towarów i usług VAT. Wartości te mogą się różnić, tj. zarówno kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia może być większa, jak i mniejsza od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT. Ryzyko decyzji co do przyjęcia kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, będącej kwotą równą, mniejszą lub większą od wartości szacunkowej zamówienia, powiększonej o podatek VAT, obciąża zamawiającego.

Sam zamawiający nie oświadczył, że kwota, jaką przeznaczył na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia jest tożsama z wartością szacunkową zamówienia, powiększoną o podatek VAT, choć wydaje się, że takie było jego stanowisko.

Zwrócić należy nadto uwagę na fakt, że przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte na początku października 2009 roku, a termin składania ofert upłynął w maju 2010 roku, tj. niemal 9 miesięcy później. Pomiędzy tymi zdarzeniami upłynął zatem dość długi okres, który może wiązać się z dezaktualizacją przyjętej wartości, zakładając, że jest to 15 mln zł (brutto 18 300 tys. zł).

W ocenie składu orzekającego Izby zarówno brak znajomości wartości szacunkowej zamówienia, jak i jej nieaktualność powoduje nieuchronność sięgnięcia po inne mierniki

porównania, tj. do cen zawartych w innych ofertach, złożonych w przedmiotowym postępowaniu oraz do cen rynkowych.

Biorąc pod uwagę to, iż w przedmiotowym postępowaniu wszystkie ceny ofertowe pozostają w dysproporcji do kwoty 18 300 tys. zł, stanowiąc odpowiednio około 18% (cena przystępującego), 32% (cena odwołującego) oraz 43% (cena trzeciego wykonawcy, który złożył ofertę) tej kwoty, stwierdzić należy, że taka wycena przedmiotu zamówienia nie jest trafna i adekwatna.

Porównując natomiast ceny trzech ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stwierdzić należy, że cena najniższa stanowi ok. 42% ceny najwyższej oraz ok. 56% ceny drugiej w kolejności.

Uwzględniając fakt, że w przypadku usług projektowych nie występuje zasadniczo konieczność uwzględnienia kosztów materiałów, bez których dostawy realizacja usługi nie byłaby w ogóle możliwa, uznać należy większą swobodę wykonawców co do kształtowania oferowanych cen, a jednocześnie większą możliwą ich rozpiętość (nazywaną przez zamawiającego i przystępującego „różnorodnością”), limitowaną aktualnym podażą i popytem na usługi danego rodzaju.

Odnosząc się do analizy cen rynkowych podobnych prac projektowych - zestawienia stanowiącego załącznik nr 6 do odwołania, uzupełnionego ogłoszeniami o udzielenia zamówienia publicznego, to stwierdzić należy, że z zestawienia tego wynika tyle tylko, że ich poziom kształtuje się od nieco ponad 2 do ponad 36 mln zł, co w ocenie składu orzekającego Izby przemawia raczej za prawdziwością twierdzenia zamawiającego i przystępującego o „różnorodności” - dużej rozpiętości cen projektowych branży energetycznej.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym zamawiający nie stwierdził rażącego zaniżenia ceny, w sporze z innym wykonawcom (innym niż ten, którego ceny zarzut dotyczy) obowiązują ogólne zasady dowodowe, w tym art. 6 kodeksu cywilnego, zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie (wykonawcy), która z faktu wywodzi skutki prawne. Ponieważ z faktu zaoferowania ceny rażąco niskiej przez przystępującego odwołujący wywodzi skutek prawny w postaci odrzucenia oferty przystępującego, to na odwołującym spoczywa ciężar dowodu.

W ocenie składu orzekającego Izby odwołujący nie przedstawił żadnego przekonującego dowodu na to, że przystępujący zaoferował cenę rażąco niską.

Po pierwsze, odwołujący - poza własnymi twierdzeniami - nie oparł się na żadnych dowodach, potwierdzających zakładany przez odwołującego poziom cen opracowań specjalistycznych, co ze względu na rozbieżności pomiędzy ceną łączną tych opracowań wskazaną przez odwołującego (800 tys. zł) a ceną łączną wskazywaną przez przystępującego (2 200 tys. zł), oznacza, że cena wskazywana przez odwołującego nie

może zostać uznana za miarodajną; podobnie odwołujący nie wykazał, a i nie zaprzeczył, że przystępujący nie posiada własnej pracowni wodnej zdolnej samodzielnie wykonać powołane w uzasadnieniu protestu jako wymagające podwykonawstwa projekty układu wody chłodzącej i surowej (wartość wskazywana przez odwołującego 600 - 650 tys. zł brutto).

Po drugie, kwota 18 300 tys. zł nie może, o czym była mowa powyżej, być uznana za adekwatną do wartości przedmiotu zamówienia.

Po trzecie, brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjęcia kalkulacji nakładu pracy i wyliczenia ceny ofertowej, dokonanych zgodnie ze standardami odwołującego jako miernika - „wzorca” dla innych cen ofertowych; są to standardy obowiązujące odwołującego i jako takie nie mogą być narzucane innym podmiotom; sam odwołujący w odwołaniu przyznał, że „Kalkulacja ceny prac projektowych jest sprawą wewnętrzną firm projektowych”, żadnych reguł kalkulacji ceny nie narzucił także wykonawcom zamawiający w tym postępowaniu.

Po czwarte, dostęp odwołującego do większej niż w przypadku przystępującego liczby projektantów uczestniczących w budowie bloków 1- 4 oraz szerszego dostępu do dokumentacji archiwalnej, przyjmując że odpowiada on stanowi faktycznemu, sam w sobie nie świadczy o zaoferowaniu przez przystępującego rażąco niskiej ceny, a jedynie ewentualnie o możliwości zaproponowania przez odwołującego z tego tytułu niższej ceny w porównaniu z sytuacją braku takiego dostępu.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego brak było podstaw do odrzucenia oferty przystępującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz poprzedzenia decyzji zamawiającego o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, ze względu na przepis art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, postępowaniem wyjaśniającym w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ nie wskazuje na to poziom cen ofertowych zaproponowanych w tym postępowaniu w sytuacji, gdy rynek usług projektowych w branży energetycznej wykazuje ogromne rozpiętości tych cen.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Opolu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....