

Sygn. akt: KIO 1562/11

**WYROK**  
z dnia 4 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Sylwester Kuchnio  
Ewa Rzońca  
Ewa Sikorska

**Protokolant:** Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2011 r. przez **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego NR 2 „WROBIS” S.A. we Wrocławiu** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Wrocławskie Centrum Badań EIT+ Sp. z o.o. we Wrocławiu**.

przy udziale **PB Inter-System Sp. z o.o. we Wrocławiu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Wrocławskiemu Centrum Badań EIT+ Sp. z o.o. we Wrocławiu unieważnienie odrzucenia oferty Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego NR 2 „WROBIS” S.A. we Wrocławiu i dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego NR 2 „WROBIS” S.A. we Wrocławiu

2. kosztami postępowania obciąża **Wrocławskie Centrum Badań EIT+ Sp. z o.o. we Wrocławiu** i :

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego NR 2 „WROBIS” S.A. we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Wrocławskiego Centrum Badań EIT+ Sp. z o.o. we Wrocławiu** na rzecz **Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego NR 2 „WROBIS” S.A. we Wrocławiu** kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołanie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr z 2010 r. 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 we **Wrocławiu**.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

sygn. akt KIO 1562/11

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający, Wrocławskie Centrum Badań EIT+ Sp. z o.o. we Wrocławiu, prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia

publicznego na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych budynku nr 9A we Wrocławiu przy ul. Stabłowickiej 147-149.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 04.01.2011 r. w Dz.U. UE pod numerem 2011/S 1-001220

W dniu 12.07.2011 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty PB Inter-System Sp. z o.o. we Wrocławiu jako najkorzystniejszej oraz m.in. o odrzuceniu oferty Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego NR 2 „WROBIS” S.A. we Wrocławiu (zwana dalej „Wrobis”) jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) oraz zawierającej cenę rażąco niską.

W dniu 22.07.2011 r. Wrobis wniosła odwołanie wobec ww. czynności zrzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, mimo że jej treść nie jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. art. 90 ust. 2 Pzp przez błędną ocenę wyjaśnień odwołującego i uznanie, że zaoferował on rażąco niską cenę,
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, mimo że cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia,
4. art. 91 ust. 1 Pzp przez wybór oferty, która nie jest najkorzystniejsza w świetle kryteriów oceny ofert określonych w siwz.

(zarzuty referowane w zakresie popieranym następnie przez odwołującego).

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o wnosi o nakazanie unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie dokonania powtórnej oceny ofert z uwzględnieniem jego oferty.

W uzasadnieniu odwołania odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy wskazano, iż w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, zamawiający podniósł, że jest ona niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków

zamówienia, ponieważ odwołujący nie wypełnił dyspozycji rozdziału 29 siwz. W dalszej części uzasadnienia, Zamawiający zarzucił Odwołującemu brak wskazania w ofercie, że zamierza on powierzyć podwykonawcom wykonanie części zamówienia obejmującej stworzenie projektu, mimo że Odwołujący we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu powołał się na zasoby podmiotów trzecich w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem osobowym. Zdaniem Zamawiającego, udział tych podmiotów w realizacji zamówienia musi polegać na podwykonawstwie. Brak wskazania, że Odwołujący powierzy podwykonawcom część zamówienia „właściwą” dla podmiotów udostępniających zasoby stanowi, zdaniem Zamawiającego, sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ. Zamawiający na poparcie decyzji o odrzuceniu oferty stwierdził także, że Odwołujący w wyjaśnieniach składanych w trybie art. 90 Pzp wskazał innego projektanta, aniżeli w składanym wcześniej wniosku.

Według Odwołującego za nieprawidłowością takiego rozumowania Zamawiającego przemawia szereg argumentów. O sprzeczności oferty z SIWZ uzasadniającej jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 Pzp można mówić jedynie wówczas, gdy merytoryczna treść oferty jest sprzeczna z merytorycznymi wymaganiami zamawiającego. Postanowienia SIWZ, na które powołuje się Zamawiający, brzmią następująco:

Rozdz. 29. Podwykonawstwo: Zamawiający żąda wskazania przez Wykonawcę części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom. Wskazanie podwykonawców musi nastąpić również - zgodnie z wcześniej złożonym wnioskiem o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu - w Formularzu Oferty załącznik nr 1 do SIWZ - pod rygorem odrzucenia oferty.

Zgodnie z art. 36 ust. 4 pzp, Zamawiający ma obowiązek żądać wskazania części zamówienia, której wykonanie ma być powierzone podwykonawcom. Przepis ten skierowany jest do zamawiającego i określa obligatoryjny element specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Brak wskazania, że dana część zamówienia będzie powierzona podwykonawcy, jest równoznaczny ze złożeniem przez wykonawcę oświadczenia, że tę część zamówienia wykona samodzielnie. Odwołujący w ofercie wskazał, że zamierza powierzyć podwykonawcom: Część robót budowlanych, Roboty elektryczne, Roboty sanitarne, Roboty związane z zagospodarowaniem terenu (pkt 4 ppkt 10 formularza oferty). Tym samym, zgodnie z ofertą

Odwołującego, prace projektowe wykona on bez posługiwania się podwykonawcami. Odwołujący w pełni podtrzymuje oświadczenie w tym przedmiocie złożone w ofercie. Zdaniem Odwołującego, nie ma podstaw do twierdzenia, że cytowane powyżej postanowienie SIWZ nakłada na wykonawcę obowiązek powierzenia części prac podwykonawcom, jeżeli może to wynikać z treści wniosku składanego na pierwszym etapie postępowania. Tym bardziej nie ma podstaw do twierdzenia, że brak wskazania w ofercie powierzenia części prac podwykonawcom stanowi podstawę do jej odrzucenia. Identyczne zapatrywanie wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 10 września 2009 r., KIO/UZP 1117/09, w którym stwierdziła: *...niewypełnienie nawet prawidłowo wyrażonych, tj. zgodnych z art. 36 ust. 4 ustawy żądań zamawiającego dotyczących wskazania zakresu podwykonawstwa (np. nie podanie informacji o planowanym podwykonawstwie w przypadku gdy w rzeczywistości wykonawca zamierza wykonywać zamówienie lub jego część z pomocą podwykonawców) pozbawione jest jakichkolwiek negatywnych konsekwencji prawnych dla wykonawcy wyrażonych w ustawie, tj. nie jest sytuacją opisaną w dyspozycjach art. 24 lub 89, na podstawie których wykonawca może jedynie pozbawiony zostać możliwości uzyskania zamówienia.*

Tymczasem Zamawiający łączy sprzeczność oferty Odwołującego z SIWZ z niewykazaniem jako podwykonawców osób, na których zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz potencjału osobowego powołał się Odwołujący. Według Zamawiającego stwierdzenie w rozdziale 29 SIWZ, że wskazanie podwykonawców powinno nastąpić zgodnie z wcześniej złożonym wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest równoznaczne z nałożeniem na wykonawców obowiązku wskazania w ofercie części zamówienia, której realizacja będzie powierzona podwykonawcom, jeżeli istnienie stosunku podwykonawstwa wynika z dokumentów dołączonych do wniosku.

Zamawiający nie sprecyzował w uzasadnieniu rozstrzygnięcia, które konkretnie podmioty powinny jego zdaniem być podwykonawcami Odwołującego. Z całokształtu rozstrzygnięcia można natomiast wywnioskować, że chodzi tu o podmioty, na których wiedzę i doświadczenie Odwołujący powołał się w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, odnoszących się do zamówienia na prace polegające na opracowaniu dokumentacji projektowej oraz o osoby, które Odwołujący wskazał jako Kierownika zespołu projektowego-architekta, Projektanta w

specjalności konstrukcyjno-budowlanej, Projektanta w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci i instalacji sanitarnych oraz Projektanta w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych.

Odnosząc się do obydwu zagadnień, Odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

a) Wymagania dotyczące wiedzy i doświadczenia

W celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał przede wszystkim zrealizowania przez wykonawcę w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej jednego zamówienia obejmującego swoim przedmiotem prace polegające na opracowaniu dokumentacji projektowej obiektu (budowa, przebudowa lub rozbudowa) o charakterze naukowo-badawczym, o powierzchni nie mniejszej niż 5000 m<sup>2</sup> i łącznej powierzchni laboratoriów netto nie mniejszej niż 2 000 m<sup>2</sup> [punkt III.2.3.2.A.d ogłoszenia o zamówieniu]. Odwołujący wykazał spełnienie tego podstawowego warunku, legitymując się należyтым wykonaniem Projektu budowlanego wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę oraz projektów wykonawczych wszystkich branż dla Ośrodka Badawczo-Naukowo-Dydaktycznego Dolnośląskiej Farmacji we Wrocławiu na rzecz Akademii Medycznej we Wrocławiu (poz. 4 wykazu robót stanowiącego załącznik nr 4 do wniosku Odwołującego). W tym zakresie Odwołujący nie powoływał się na zasoby podmiotów trzecich. Tym samym, Odwołujący samodzielnie spełnił podstawowe warunki udziału w postępowaniu potwierdzając jego zdolność do realizacji zamówienia objętego niniejszym postępowaniem.

Zamawiający przyznawał wnioskowi dodatkowe punkty, jeżeli wykonawca potwierdził wykonanie więcej niż jednego zamówienia obejmującego swoim przedmiotem prace polegające na opracowaniu dokumentacji projektowej budowy lub przebudowy laboratoriów, szpitali lub budynków przemysłu chemicznego o powierzchni użytkowej min. 2 000 m<sup>2</sup> [punkt IV.1.3.7.2.d ogłoszenia o zamówieniu]. W tym zakresie Odwołujący powołał się na wiedzę i doświadczenie podmiotów trzecich w odniesieniu do następujących zamówień, wskazanych w punktach 1-4 na s. 4-5 wykazu stanowiącego załącznik nr 5 do wniosku ( załącznik nr 4 do Odwołania- tabela a) Z uwagi na szczególny charakter wiedzy i doświadczenia, podstawowe znaczenie dla realnego udostępnienia tych zasobów ma współpraca konkretnych osób,

posiadających odpowiednie kompetencje i doświadczenie, z wykonawcą powołującym się na te zasoby. Zgodnie z poglądem dominującym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, korzystanie z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego wymaga udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia, choć niekoniecznie w roli podwykonawcy (tak między innymi w wyrokach: z 17 maja 2010 r., KIO 790/10, z 13 lipca 2010 r., KIO 1288/10, z 14 lipca 2010 r., KIO 1333/10, z 23 sierpnia 2010 r., KIO 1741/10, z 3 września 2010 r., KIO 1821/10, z 18 listopada 2010 r., KIO 2407/10, z 25 listopada 2010 r., KIO 2451/10, z 16 lutego 2011 r., KIO 249/11, z 8 marca 2011 r., KIO 346/11, z 8 marca 2011 r., KIO 356/11, jak również z 21 kwietnia 2011 r., KIO 734/11). Nie ma podstaw do twierdzenia, że w przypadku podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie w zakresie wykraczającym poza obligatoryjne wymagania Zamawiającego, konieczny jest jego udział w realizacji zamówienia w roli podwykonawcy. Zarówno Pan Adrian S, jak i Pracownia projektowa „Arkada” s.c., zadeklarowali udział w realizacji zamówienia, jeżeli zostanie ono udzielone Odwołującemu. Odwołujący przewiduje zawarcie umów bezpośrednio z Panem Adrianem S i Panią Martą H i Urszulą T, które są współniczkami Pracowni projektowej „Arkada” s.c. Tym samym, Odwołujący będzie bezpośrednio dysponował osobami legitymującymi się wiedzą i doświadczeniem. Osoby te niewątpliwie wezmą udział w realizacji zamówienia, jednak udział ten nie będzie wiązał się z podwykonawstwem.

b) Wymagania dotyczące potencjału osobowego.

W punktach III.2.3.B.h do III.2.3.B.k ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający postawił wymaganie, aby wykonawca dysponował Kierownikiem zespołu projektowego-architektem, Projektantem w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, Projektantem w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci i instalacji sanitarnych oraz Projektantem w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, o wskazanych w ogłoszeniu kwalifikacjach.

W wykazie osób stanowiącym załącznik nr 6 do wniosku, Odwołujący wskazał kolejno: Pana Adriana S (Kierownik zespołu projektowego-architekt), Pana Marcina R (Projektant w specjalności konstrukcyjno-budowlanej), Panią Dorotę S (Projektant w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci i instalacji sanitarnych) i Pana Norberta M (Projektant w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych). W załączniku nr 14 do wniosku, Odwołujący

przedłożył zobowiązania wszystkich tych osób do udostępnienia swojej osoby w celu pełnienia odpowiedniej roli. Tym samym, Odwołujący będzie bezpośrednio dysponował osobami posiadającymi odpowiednie doświadczenie i kompetencje, zdolnymi do realizacji zamówienia. Bezpośrednie dysponowanie osobami nie może być natomiast utożsamiane z podwykonawstwem (tak w wyroku KIO z 28 lipca 2010 r., KIO 1491/10).

Ponadto nawet jeżeli uznać (zdaniem Odwołującego – nietrafnie), że z treści SIWZ istotnie wynikał obowiązek powierzenia części zamówienia podwykonawcom, jeżeli wskazuje na to treść dokumentów dołączonych do wniosku, Odwołujący nie uchybił takiemu obowiązkowi. Jak wskazano powyżej, w dołączonych do wniosku wykazach i zobowiązaniach dotyczących: Pana Adriana S, Pracowni Projektowej Arkada s.c., Pana Marcina R, Pani Doroty S i Pana Norberta M w żadnym miejscu nie pojawia się stwierdzenie o wykonywaniu części prac objętych zamówieniem w roli podwykonawcy.

Ponadto, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, spełnienie warunków udziału w postępowaniu oceniane jest na etapie oceny wniosków, w oparciu o załączone do nich dokumenty. W niniejszym postępowaniu, Zamawiający potwierdził spełnienie przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, zapraszając go do składania ofert. Nie ma podstaw do dwukrotnego żądania wykazania spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu (na etapie składania wniosków oraz na etapie składania ofert), a do tego sprowadza się rozumowanie Zamawiającego, skoro podstawową przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego jest nieprzypisanie roli podwykonawców podmiotom wskazanym we wniosku w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W świetle powyższego, nie mogą być uznane za trafne argumenty Zamawiającego odnoszące się do odpowiedzialności projektanta za projekt budowlany, wynikającej z art. 20 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane. Przede wszystkim Odwołujący podkreślił, że brak powierzenia prac projektowych podwykonawcy nie oznacza, że będą one realizowane przez osobę nieposiadającą uprawnień do projektowania. Wykonawca może swobodnie decydować o tym, jaką formę prawną przybiorą jego stosunki z osobą wykonującą prace projektowe. Z punktu widzenia dyspozycji art. 20 ustawy Prawo budowlane, podstawowe znaczenie ma posiadanie



uprawnień przez określoną osobę fizyczną. Istnienie obowiązków projektanta wskazanych w art. 20 powołanej ustawy i jego odpowiedzialność za ich realizację nie jest w żaden sposób uzależniona od tego, jakiego rodzaju stosunek istnieje między wykonawcą robót, a twórcą projektu – może to być umowa o pracę z osobą fizyczną, umowa cywilnoprawna z osobą fizyczną, czy też umowa z podmiotem zatrudniającym projektanta. Jak wykazano powyżej, Odwołujący będzie bezpośrednio dysponował, dla potrzeb realizacji zamówienia osobami legitymującymi się odpowiednimi uprawnieniami. Tym samym, Odwołujący zapewni realizację prac projektowych przez uprawnione osoby bez korzystania z podwykonawców.

Według odwołującego niezasadny jest również argument zgodnie z którym za odrzuceniem oferty Odwołującego przemawia rzekoma „zmiana” projektanta, mająca wynikać z wskazania w wyjaśnieniach dotyczących ceny innego podmiotu, niż Pan Adrian S prowadzący działalność pod firmą Pracownia projektowa AA\_Studio, oraz innego niż Pracownia projektowa Arkada s.c. Jedną z metod, jaką może zastosować wykonawca przygotowujący ofertę, w celu ustalenia prawidłowej wyceny prac, jest kierowanie zapytań ofertowych do różnych podmiotów. Między innymi taką właśnie metodę przyjął Odwołujący, kiedy kalkulował cenę dla potrzeb oferty składanej w niniejszym postępowaniu. Kierowanie się pomocniczo przez wykonawcę ofertami podmiotów trzecich przy dokonywaniu wyceny planowanych prac nie rodzi jednak obowiązku skorzystania z usług tych podmiotów w przypadku uzyskania zamówienia publicznego. Celem wyjaśnień składanych w trybie art. 90 pzp jest wskazanie, że cena zaoferowana przez wykonawcę nie jest rażąco zaniżona, czyli niewiarygodna, nierealistyczna w stosunku do przedmiotu zamówienia. Istotnie, Odwołujący załączył do wyjaśnień składanych w piśmie z dnia 27 czerwca br. ofertę Autorskiej Pracowni Architektury Hubka. Załączenie oferty APA Hubka, będącej odpowiedzią na wstępne zapytanie ofertowe Odwołującego, miało na celu jedynie unaocznienie, że przyjęta w ramach kalkulacji cenowej wartość prac projektowych nie odbiega od warunków panujących na rynku. W żadnym wypadku fakt załączenia tej oferty do wyjaśnień Odwołującego nie powinien być utożsamiany z wskazaniem „nowego” podwykonawcy. Odwołujący rozważył skorzystanie z usług APA Hubka, jednak ostatecznie zdecydował o podjęciu współpracy z innymi osobami zdolnymi do realizacji zamówienia.

W przedmiocie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 2 i art. 90 ust. 3 Pzp wskazano, iż drugą podstawą odrzucenia oferty odwołującego był zarzut zawarcia w niej rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Uzasadnienie decyzji Zamawiającego w tym przedmiocie sprowadzało się do następujących argumentów:

- a) Cena niższa od szacunkowej wartości zamówienia o 42% jest rażąco niska.
- b) Odwołujący powinien był przedstawić takie dowody na brak okoliczności wystąpienia rażąco niskiej ceny, aby nie pozostawić żadnej wątpliwości w tym zakresie, a zdaniem Zamawiającego Odwołujący tego nie uczynił, więc jego wyjaśnienia są niewystarczające.
- c) W wyjaśnieniach Odwołującego błędnie zsumowano cząstkowe elementy kalkulacji łącznej ceny oferty.
- d) Wszystkie firmy budowlane stosują ceny inne niż ceny katalogowe, a zatem bez znaczenia są przedstawione w wyjaśnieniach faktury potwierdzające możliwość nabywania materiałów po korzystnych cenach.
- e) Rozbieżność pomiędzy cenami w ofertach podwykonawców dołączonych do wyjaśnień i kwot przyjętych ostatecznie w kalkulacji oferty sugeruje zamiar nieetycznego postępowania w stosunku do podwykonawców.
- f) Załączone do wyjaśnień oferty podwykonawców nie obejmują całości robót.
- g) Przedstawiona kalkulacja nie obejmuje zysku Odwołującego.
- h) Załączona do wyjaśnień oferta w zakresie prac projektowych nie pochodzi od osób, na których zasoby Odwołujący powołał się we wniosku w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu.
- i) Koszty ogólne w wysokości ok. 2% łącznej ceny są nierealnie niskie, albowiem realna ich wysokość powinna wynosić od 5 do 10% łącznej ceny.
- j) Wykonawca nie wykazał wpływu na cenę niektórych czynników wymienionych w art. 90 ust. 2 pzp.
- k) Nie ma podstaw do twierdzenia, że Zamawiający nieprawidłowo oszacował wartość zamówienia.

Odrzucając ofertę na tej podstawie, gdy wykonawca po wezwaniu w trybie art. 90 ust. 1 pzp złożył wyjaśnienia, zamawiający ma obowiązek wykazać okoliczności uzasadniające odrzucenie oferty i nie może ograniczyć się tylko do kwestionowania

wyjaśnień (np. wyrok KIO KIO z 24 czerwca 2010 r., KIO 1157/10 i z 10 maja 2011 r., KIO 834/11). Żadne z twierdzeń zawartych w uzasadnieniu rozstrzygnięcia nie spełnia powyższych wymagań.

Odwołujący w pełni podtrzymał stanowisko wyrażone w obszernych wyjaśnieniach zawartych w piśmie z 27 czerwca br., iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 102 448 863,50 zł netto (126 012 102,05 zł brutto). W postępowaniu oferty złożyło trzech wykonawców: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego nr 2 „WROBIS” S.A. (Odwołujący), wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Budimex S.A. i Ferrovia Agroman S.A. oraz P.B Intersystem sp. z o.o. ( załącznik nr 4 do Odwołania- tabela b) Różnica między najtańszą a najdroższą ofertą wyniosła 12 391 520 zł, podczas gdy różnica między ceną najtańszej oferty a szacowaną wartością zamówienia wyniosła aż 53 504 102,05 zł. W postępowaniu złożono zatem trzy oferty, których ceny nie odbiegały istotnie od siebie (cena oferty Odwołującego jest niższa o 14,6% od ceny najdroższej oferty), natomiast we wszystkich ofertach podano ceny istotnie niższe od szacunkowej wartości zamówienia (o 32,6%-42,5%). Już sam fakt niewielkich różnic między cenami poszczególnych ofert wskazuje, że wysokość cen jest rezultatem mechanizmów konkurencyjnych, a nie rażącego obniżenia ceny przez któregokolwiek z wykonawców. Średnia poszczególnych cen pokazuje także, jaki jest rzeczywisty rynkowy poziom cen, kalkulowanych w konkretnych okolicznościach dla potrzeb konkretnego zamówienia. Średnia cena w niniejszym postępowaniu wyniosła 76 907 483,33 zł, co oznacza, że oferta Odwołującego odbiega od niej o zaledwie 5,72%. Nie sposób więc uznać, że jest ona nierynkowa.

Pismem z dnia 20 czerwca br. Zamawiający wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Odwołujący przedstawił wyjaśnienia i dowody w piśmie z dnia 27 czerwca br. Zamawiający uznał te wyjaśnienia wraz z załączonymi dowodami za niewystarczające. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że Odwołujący nie zadośćuczynił jego wezwaniu. Wyjaśnienia Odwołującego wraz z dowodami pozwalają bowiem prześledzić jego czynności prowadzące do ustalenia ceny oferty, przyjęte założenia oraz podstawy do tych

założeń. Na s. 8 pisma z 27 czerwca br. Odwołujący umieścił następującą kalkulację: (Załącznik nr 4 do Odwołania- tabela c) Powyższa tabela pozwala bez trudu stwierdzić, jakie elementy składają się na łączną cenę podaną w ofercie i w jaki sposób Odwołujący dokonał wyceny, która doprowadziła do zaoferowania ceny brutto 72 508 000 zł. W pierwszym kroku, Odwołujący dokonywał wstępnej wyceny w oparciu o wiedzę uzyskaną z ofert podmiotów trzecich oraz własne kalkulacje. Kwoty określone tą metodą, umieszczone w kolumnie „wartość netto”, nie były ostatecznymi kwotami przyjętymi dla potrzeb ustalenia ceny ofertowej. Ponieważ oferty zbierane od podmiotów, które mogłyby podjąć współpracę z Odwołującym, nie były ostateczne (nie doszło do zawarcia wiążących umów podwykonawczych), w niektórych wypadkach Odwołujący przewidywał możliwość dalszego obniżenia cen o kilka procent w drodze negocjacji. W odniesieniu do prac, co do których Odwołujący obawiał się wzrostu kosztów (np. w zakresie prac projektowych), ryzyko to zostało uwzględnione w kalkulacji. Tak zmodyfikowane kwoty, umieszczone w kolumnie „do oferty przyjęto”, stanowiły drugi etap kalkulacji. Po ich podsumowaniu, Odwołujący zwiększył je o podatek VAT zgodnie z obowiązującymi przepisami, a następnie przyjął udzielenie niewielkiego, dodatkowego rabatu, ustalając ostateczną cenę. W dalszej części wyjaśnień, Odwołujący wskazał jakie i na jakiej podstawie przyjął założenia w celu oszacowania wartości robót w zakresie zagospodarowania terenu oraz sieci zewnętrznych. Odwołujący konsultował się z projektantami w celu oszacowania metrażu terenów utwardzanych i sieci: (załącznik nr 4 do Odwołania- tabela d). Tak ustalony metraż stał się podstawą do własnych obliczeń Odwołującego i do przesłania zapytań ofertowych podmiotom trzecim. Ponownie zatem wyjaśnienia złożone w piśmie z 27 czerwca br. pozwalają na prześledzenie toku rozumowania Odwołującego i wyraźnie pokazują, że ustalając cenę oferty kierował się on obiektywnymi przesłankami. Tym samym, wypełniają dyspozycję art. 90 ust. 1-2 pzp. Odwołujący przyznał, że w wyniku oczywistej omyłki rachunkowej błędnie zsumował wartości pozycji w kolumnach „wartość netto” i „do oferty przyjęto”, zawartych w tabeli na s. 8 pisma z 27 czerwca br. Prawidłowe sumy powinny wynosić odpowiednio 59 550 852 zł i 58 965 000 zł. Omyłka ta nie ma jednak żadnego wpływu na merytoryczną treść wyjaśnień i dowodów przedstawionych w tym piśmie, tym bardziej że chodzi o omyłki o ułamek punktu procentowego (dla rubryki „wartość netto” o 0,44%, dla rubryki „do oferty przyjęto” o 0,016%).

Niezależnie od powyższego, Odwołujący wskazał także na szereg obiektywnych czynników, które pozwoliły mu na obniżenie ceny. Przede wszystkim z uwagi na pozycję na rynku, Odwołujący ma możliwość wynegocjowania korzystnych cen materiałów budowlanych, co bezpośrednio przekłada się na koszty realizacji zamówienia objętego niniejszym postępowaniem. Również okoliczność realizowania w tym samym czasie, w tym samym mieście jak i okolicach robót budowlanych, tj. m.in. : - Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach budowy „Dolnośląskiego Centrum Materiałów i Biomateriałów Wrocławskiego Centrum Badań EIT+”. Budynek 1 część „B” i „C” wraz z zagospodarowaniem i uzbrojeniem terenu we Wrocławiu przy ul. Stabłowickiej 147-149”. - Budowa Środowiskowej Biblioteki Nauk Ścisłych i Technicznych na potrzeby Innowacyjnej Gospodarki, zlokalizowanej przy Pl. Grunwaldzkim we Wrocławiu- część działki nr 20/1, AM 34, obręb Pl. Grunwaldzki i nr 25/1, AM 34, Pl. Grunwaldzki. - Budowa obiektu magazynowego we Wrocławiu, ul. Gazowa - Budowa budynku produkcyjnego oraz technicznego (pomocniczego) przy ul. Mokronoskiej/Tynieckiej we Wrocławiu- Etap I - Budowa zespołu budynków mieszkalnych OAZA przy ul. Nyskiej 70 we Wrocławiu - Budowa dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych we Wrocławiu- przy ul. Leonarda da Vinci- Brochów - Budowa budynku biurowego przy pl. Strzeleckim we Wrocławiu - Centrum Biurowo -Usługowe Legnickiego Parku Technologicznego- Letia Business Center - Projekt i budowa basenu przyszkolnego w Żarowie- zaprojektuj i wybuduj - Budowa Narodowego Forum Muzyki we Wrocławiu - Budowa budynków mieszkalnych wielorodzinnych przy ul. Hallera we Wrocławiu - Budowa budynków mieszkalnych A7 i B7 wielorodzinnych z garażami podziemnymi, usługami i infrastrukturą przy ul. Antoniego Vivaldiego we Wrocławiu - Budynek magazynowy z częścią socjalną i garażami przy ul. Gazowej 3 B we Wrocławiu, pozwala Odwołującemu obniżyć część kosztów ogólnych, w szczególności związanych z utrzymaniem kadry i części sprzętu (brak kosztów transportu, delegacji itp.).

Zgodnie z wezwaniem, Odwołujący przedstawił także dowody na potwierdzenie, że kwoty przyjęte przez niego w ramach kalkulacji ceny są realne. Przede wszystkim do pisma z 27 czerwca br. dołączone zostały oferty podmiotów trzecich, obrazujące wysokość cen oczekiwanych przez te podmioty w razie przyjęcia przez nie roli podwykonawców. Nie mają podstaw argumenty Zamawiającego, że oferty te nie udowadniają realnego charakteru cen przyjętych przy kalkulacji, ponieważ brak w nich wyceny części prac objętych PFU. Załączone do wyjaśnień oferty nie określają

ostatecznego zakresu obowiązków oferenta na wypadek przyjęcia przez niego roli podwykonawcy. Tym bardziej nie wynika z nich, że Odwołujący nie wycenił lub nie zamierza wykonywać całości prac objętych PFU. W przypadku umowy o roboty budowlane prowadzone w modelu „zaprojektuj i wybuduj”, przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia, Zamawiający nie jest uprawniony do przypisywania wiążącego charakteru jakimkolwiek kalkulacjom cen jednostkowych przyjętych przez wykonawcę, tym bardziej że nie wymagał przedstawienia takich kalkulacji wraz z ofertą. Odwołujący podtrzymał oświadczenie złożone 27 czerwca br., iż wyceny dokonano z najwyższą starannością, z uwzględnieniem wszystkich elementów PFU. Sugestie Zamawiającego, jakoby przyjęcie przez Odwołującego dla potrzeb kalkulacji niższych cen, niż ceny zaoferowane przez potencjalnych podwykonawców, sugerowało zamiar powstrzymania się od zapłaty wynagrodzenia, „samodzielne uzgodnienie” obniżenia kwot ujętych w ofertach czy „arbitralne” pozbawienie podwykonawców części zysku, opierają się na całkowitym nieporozumieniu. Odwołujący podkreślił, że załączone do wyjaśnień oferty nie stanowią wiążących umów pomiędzy Odwołującym a oferentami. Po pierwsze, mogą one podlegać dalszym negocjacjom i Odwołujący, biorąc pod uwagę swoją pozycję rynkową, spodziewa się uzyskać dodatkowe upusty. Po drugie, jak to ma miejsce w szczególności w odniesieniu do prac projektowych, Odwołujący nie ma obowiązku przyjmowania tych ofert i zawierania umów z tymi właśnie oferentami.

Na marginesie Odwołujący powtórzył, że w świetle powyższych rozważań nie ma podstaw do opierania zarzutów na tym, że do wyjaśnień dołączono ofertę innego architekta, niż wskazany we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Oferty przekazane w odpowiedzi na zapytania Odwołującego ułatwiły mu dokonanie kalkulacji ceny. Mając na uwadze, że pochodzą one od podmiotów niezależnych od Odwołującego, stanowią one obiektywny czynnik potwierdzający realność cen zaoferowanych w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący przedstawił wraz z wyjaśnieniami także faktury na niektóre rodzaje materiałów budowlanych, wraz z wydrukami z katalogu Sekocenbud, udowadniając w ten sposób, że dysponuje rabatami pozwalającymi mu nabywać materiały budowlane po cenach niższych od średniej. Podstawą do odrzucenia oferty Odwołującego nie może być ogólne stwierdzenie Zamawiającego, jakoby posługiwanie się cenami odbiegającymi od katalogowych „jest stosowane przez

wszystkie firmy budowlane”. Oczywistym jest, że w gospodarce rynkowej każdy przedsiębiorca może swobodnie kształtować swoją politykę cenową. Katalogi, takie jak Sekocenbud, obrazują średnie ceny rynkowe. Dla oceny rażącego obniżenia ceny nie ma znaczenia to, co robią „wszystkie firmy budowlane”, ale to, jaka jest sytuacja Odwołującego. Przedstawione faktury i wydruki z Sekocenbud, których prawdziwości Zamawiający nie zakwestionował, potwierdzają możliwość nabywania przez Odwołującego materiałów po cenach niższych od średnich o kilkanaście lub kilkadziesiąt procent. Należy podkreślić, że Odwołujący nie miał obowiązku przedstawiać dowodów na dysponowanie rabatami na wszystkie materiały budowlane, jakie mogą być użyte dla potrzeb realizacji niniejszego zamówienia (tak np. w wyroku KIO z 24 czerwca 2010 r., KIO 1157/10). Nie byłoby to zresztą możliwe, skoro na etapie postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia, wobec zastosowania modelu „zaprojektuj i wybuduj”, nie jest znany ostateczny kształt budynku, który ma być zrealizowany.

Zamawiający w uzasadnieniu rozstrzygnięcia skupił się na kilku szczegółowych elementach kalkulacji, którym zarzuca rażące zaniżenie. Według ugruntowanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, rażące obniżenie ceny należy odnosić do całej ceny wskazanej w ofercie, a nie jej poszczególnych składników (tak np. wyrok KIO z 28 lutego 2010 r., KIO/UZP 123/08 i wyrok KIO z 25 marca 2010 r., KIO/UZP 287/10). Zamawiający nie ma oceniać poprawności wyliczeń dokonanych przez wykonawcę, ani też poszczególnych składników, jakie składają się na cenę oferty (np. wyrok KIO z 22 października 2010 r., KIO 2179/10). Pogląd ten jest tym bardziej aktualny w przypadku robót budowlanych prowadzonych w modelu „zaprojektuj i wybuduj”, z uwagi na wyznaczoną jedynie granicami Programu Funkcjonalno-Użytkowego swobodę wykonawcy w ostatecznym ukształtowaniu zakresu robót budowlanych. Tymczasem uzasadnienie decyzji Zamawiającego w żadnym miejscu nie odnosi się do rzekomego rażącego zaniżenia całej ceny podanej w ofercie Odwołującego.

Niezależnie od powyższego, Zamawiający nie miał merytorycznych podstaw do kwestionowania wyjaśnień Odwołującego w odniesieniu do poszczególnych elementów ceny. We wcześniejszej części pisma Odwołujący odniósł się do zarzutów dotyczących rzekomych zamiarów nieetycznego zachowania wobec podwykonawców i braku wyceny wszystkich elementów PFU. Nie ma również

podstaw twierdzenie Zamawiającego, jakoby cena podana w ofercie Odwołującego nie obejmuje zysku. Przede wszystkim w wyjaśnieniach zawartych w piśmie z 27 czerwca br. wprost wskazano, omawiając założenia przyjęte dla potrzeb kalkulacji cen za zagospodarowanie terenu i sieci zewnętrzne, że przewidywany zysk w tym zakresie ma wynieść 4%. Ponadto, rozważania Zamawiającego, które dotyczą ujęcia zysku w „minimalnej wysokości 1%” w ramach kosztów ogólnych, oparte są jedynie na arbitralnych założeniach. Odwołujący oświadcza, że ujął swój zysk zarówno w ramach wyceny kosztów ogólnych, jak i w ramach wyceny prac konstrukcyjnych i prac wykończeniowych (zagospodarowania terenu). Odnosząc się do rzekomego zaniżenia kosztów ogólnych, Odwołujący pragnie przede wszystkim oświadczyć, że kwota przyjęta dla potrzeb wyceny obejmuje wszystkie czynności niezbędne do prawidłowej realizacji robót budowlanych. Niezrozumiałe są przy tym sugestie Zamawiającego, zawarte w uzasadnieniu rozstrzygnięcia, jakoby koszty ogólne powinny wynosić pomiędzy 5 a 10% ceny ofertowej. W postępowaniu dotyczącym tego samego kompleksu budynków o bardzo zbliżonym stopniu skomplikowania, prowadzonym przez Zamawiającego w 2010 r. w trybie przetargu nieograniczonego na Roboty budowlane w ramach projektu PN: „Dolnośląskie Centrum Materiałów i Biomateriałów Wrocławskie Centrum Badań EIT+” (ogłoszenie o zamówieniu opublikowane 27 marca 2010 r., 2010/S 61-090310), procentowy udział kosztów ogólnych w całości ceny ofertowej wynosił odpowiednio: a) dla oferty Polimex-Mostostal S.A.: 1,41% (2 575 298,00 zł kosztów ogólnych przy 182 423 034,02 zł łącznej ceny), b) dla oferty Skanska S.A.: 0,13% (274 500,00 zł kosztów ogólnych przy 212 279 998,80 zł łącznej ceny), c) dla oferty Porr S.A.: 2,01% (4 618 346,60 zł kosztów ogólnych przy 229 826 827,94 zł łącznej ceny) a w ofertach podmiotów biorących udział w niniejszym postępowaniu: d) dla oferty Odwołującego: 1,79% (3 660 000,00 zł kosztów ogólnych przy 204 282 549,60 zł łącznej ceny) e) dla oferty Budimex S.A.: 2,40% (4 792 777,09 zł kosztów ogólnych przy 199 826 603,65 zł łącznej ceny), f) dla oferty PB Inter-System sp. z o.o.: 0,31% (687 267,48 zł kosztów ogólnych przy 219 389 280,39 zł łącznej ceny). Skoro w przetargu prowadzonym przez tego samego Zamawiającego na roboty budowlane obejmujące między innymi wzniesienie tego samego budynku, co budynek który ma być zrealizowany w ramach zamówienia udzielanego w niniejszym postępowaniu, koszty ogólne wynosiły od 0,13% do 2,4% łącznych cen, nie ma podstaw do stawiania Odwołującemu zarzutu przyjęcie nierealistycznej wysokości tych kosztów.



Argumentem uzasadniającym odrzucenie oferty Odwołującego nie może być także wskazanie, że inwestycja, której dotyczy zamówienie, ma wysoką rangę i prestiżowy charakter. Czynniki te mają pierwszoplanowe znaczenie przy opisywaniu przedmiotu zamówienia (w tym wypadku: podczas tworzenia Programu Funkcjonalno-Użytkowego) i przy określaniu istotnych warunków umowy. W ramach tych czynności, Zamawiający może uwzględnić swoje potrzeby związane z prestiżem i rangą planowanej inwestycji oraz zadbać o kontraktowe zabezpieczenie swoich interesów i oczekiwań związanych z jakością prac. Zamawiający nie może jednak na tej podstawie oczekiwać, że wykonawcy zaprzestaną konkurencji cenowej. Fakt zawarcia we wszystkich ofertach ceny istotnie niższej od szacunków zamawiającego stanowi dowód na działanie mechanizmów konkurencyjnych w niniejszym postępowaniu. Zaoferowanie niskiej ceny nie może być przesłanką do uznania, jak czyni to Zamawiający, że zamówienie nie zostanie wykonane należycie. Obowiązkiem wykonawcy jest natomiast złożenie wyjaśnień pokazujących, że zaoferowana przez niego cena jest realna. Odwołujący zadośćuczynił temu obowiązkowi w piśmie z 27 czerwca br. Obok złożenia wyczerpujących wyjaśnień, Odwołujący jednoznacznie oświadczył, że ujął w kalkulacji wszystkie elementy PFU, uwzględnił zastosowanie nowoczesnych technologii i konieczność zachowania wysokiej jakości, zapewnienia bezpieczeństwa, zgodności z przepisami prawa i konieczność zapewnienia funkcjonalności i komfortu użytkowania wszystkich materiałów w okresie gwarancji. Zamawiający nie przedstawił żadnych rzeczowych argumentów, które przeczyłyby prawdziwości tego oświadczenia.

Odnosząc się do twierdzeń Zamawiającego, jakoby realizacja zamówienia za cenę wynoszącą ok. 57% szacunkowej wartości zamówienia groziła jego nienależytym wykonaniem, Odwołujący powołał się – obok przykładów wymienionych w piśmie z 27 czerwca br. – na przykład zamówienia na projekt inwestycyjny Laboratorium Biotechnologii Uniwersytetu Opolskiego, zrealizowany przez Odwołującego. Budżet Zamawiającego wynosił 20.702.866,66 zł brutto, natomiast oferta Odwołującego zawierała cenę 11.792.468,21 zł brutto, czyli także 57% budżetu Zamawiającego. Odwołujący uzyskał przedmiotowe zamówienie i zrealizował je należycie, co potwierdza referencja z dnia 12 maja 2011 r.

Nie ma też podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego z tej przyczyny, że nie udowodnił on zaistnienia niektórych czynników wymienionych w art. 90 ust. 2 pzp.

Przede wszystkim należy wskazać, że przepis ten jest adresowany do zamawiającego i nakazuje mu uwzględnianie wymienionych w nim okoliczności przy ocenie, czy cena jest rażąco obniżona. Ponadto, żaden przepis nie nakazuje wykonawcy odnoszenia się do wszystkich okoliczności wymienionych w art. 90 ust. 2 pzp. Tym bardziej nie ma podstaw do łączenia braku odniesienia się do wszystkich tych okoliczności z sankcją odrzucenia oferty. Obowiązkiem wykonawcy wezwanego w trybie art. 90 ust. 1 pzp jest złożenie wyjaśnień potwierdzających, w świetle zobiektywizowanych czynników, że jego cena jest realna i pozwala zrealizować zamówienie. Wykonawca może odnieść się zarówno do okoliczności wymienionych w art. 90 ust. 2 pzp, jak i do innych zobiektywizowanych wskaźników (tak np. w wyroku KIO z 24 sierpnia 2009 r., KIO/UZP 1038/09). W niniejszym postępowaniu Odwołujący uzasadnił stosowane ceny zarówno panującymi warunkami rynkowymi (co udowodnił przy pomocy ofert złożonych przez potencjalnych podwykonawców), jak i korzystną sytuacją Odwołującego, polegającą na możliwości uzyskania niższych cen na materiały budowlane (co udowodnił fakturami i wydrukami z katalogu Sekocenbud) oraz na możliwości obniżenia kosztów z uwagi na efekt skali, wynikający z równoległej realizacji we Wrocławiu innych obiektów, w tym w szczególności realizacji dla Zamawiającego w kompleksie budynków położonych na tym samym terenie Budynku 1 część B i C w ramach wygranego przez Odwołującego przetargu na: Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach budowy „Dolnośląskiego Centrum Materiałów i Biomateriałów Wrocławskiego Centrum Badań EIT+”. Budynek 1 część „B” i „C” wraz z zagospodarowaniem i uzbrojeniem terenu we Wrocławiu przy ul. Stabłowickiej 147-149”.

Decyzję w przedmiocie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 pzp i, w konsekwencji, w przedmiocie odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający podjął w oparciu o rozbieżność pomiędzy szacowaną wartością zamówienia a ceną oferty Odwołującego. Jak wskazano powyżej, rozbieżności pomiędzy cenami wszystkich trzech ofert a szacunkami Zamawiającego są zdecydowanie większe, aniżeli rozbieżności między cenami poszczególnych ofert. Już ta okoliczność powinna skłonić Zamawiającego do weryfikacji, czy prawidłowo oszacowano wartość zamówienia.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem, cenę badanej oferty należy odnieść do wartości przedmiotu zamówienia pod warunkiem, iż został on oszacowany przez

zamawiającego z należytą starannością (np. wyrok KIO z 17 września 2009 r., KIO/UZP 1135/09). Zdaniem Odwołującego, w niniejszym postępowaniu Zamawiający wadliwie oszacował wartość przedmiotu zamówienia. Uchybienia Zamawiającego można wskazać na kilku płaszczyznach: a) Jak pośrednio przyznał sam Zamawiający, szacując wartość zamówienia oparto się na średnich cenach ofert złożonych w unieważnionym postępowaniu na kompleks budynków obejmujący także budynek nr 9a, którego realizacja jest wyłącznym przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu. Obliczoną średnią powiększono o wskaźnik wzrostu cen na roboty budowlane za rok 2010-2011, opublikowany przez Główny Urząd Statystyczny, wzrost stawki VAT oraz konieczność przygotowania nowej dokumentacji projektowej, ponieważ unieważnione postępowanie prowadzone było w modelu „wybuduj”, czyli w oparciu o gotowy projekt, a nie PFU. Taka „procedura wyceny” została opisana jednolicie w oświadczeniach dr inż. Barbary K i mgr. inż. Antoniego Poterałowicza, dołączonych do wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny.

b) Stosownie do art. 33 ust. 1 pkt 2 pzp, w przypadku robót budowlanych w modelu „zaprojektuj i wybuduj”, wartość zamówienia określa się na podstawie planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym. Metody i podstawy obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym zostały określone 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. Powyższe przepisy nie przewidują szacowania wartości zamówienia w oparciu o średnie ceny ofert. Tym samym, sam fakt zastosowania „procedury” opisanej w oświadczeniach dołączonych do wezwania przesądza o naruszeniu przez Zamawiającego zasad prawidłowego szacowania wartości zamówienia.

c) Oświadczenia p. K i p. Poterałowicza, mimo bardzo licznych podobieństw, różnią się znacznie wysokością średniej ceny ofert w postępowaniu z 2010 r. – w świetle pierwszego z nich średnia cena wyniosła 87 754 921 zł, natomiast w świetle drugiego średnia wyniosła 114 824 286,20 zł brutto. Zamawiający oszacował wartość

zamówienia na kwotę 102 448 863,50 zł netto (126 012 102,05 zł brutto). Odtwarzając tok rozumowania Zamawiającego, prowadzący ostatecznie do oszacowania wartości zamówienia na poziomie 126 012 102,05 zł brutto, Wykonawca dokonał następujących operacji: ( załącznik nr 4 do Odwołania- tabela e) Tym samym, odtwarzając tok rozumowania opisany w oświadczeniach p. K i p. Poterałowicza, Odwołujący uzyskał kwoty równe szacunkowej wartości zamówienia przyjętej przez Zamawiającego. Potwierdził tym samym, że Zamawiający oszacował wartość zamówienia opierając się na ustalonej przez siebie „uśrednionej” cenie ofert w postępowaniu prowadzonym w 2010 r., którego przedmiotem była realizacja budynku nr 9a i szeregu innych robót budowlanych.

d) Zamawiający arbitralnie uznał, że „średnia cena” ofert na realizację robót zbieżnych z robotami objętymi niniejszym postępowaniem, wynosiła w unieważnionym przetargu 114 824 286,20 zł. W postępowaniu z 2010 r., o którym tu mowa, czyli w przetargu nieograniczonym na roboty budowlane w ramach projektu PN: „Dolnośląskie Centrum Materiałów i Biomateriałów Wrocławskie Centrum Badań EIT+”, wykonawcy składali oferty nie tylko na budowę budynku 9a, ale także na roboty budowlane polegające na remoncie i przebudowie budynku nr 1 część B i C, przebudowie i rozbudowie budynku nr 7 oraz przebudowie budynku nr 9. Przedmiot zamówienia obejmował także koordynację i wykonanie robót budowlanych związanych z dostawami, montażem i rozruchem aparatury naukowo-badawczej wraz z wyposażeniem laboratoriów zlokalizowanych w budynkach nr 1 cz. B i C oraz nr 7, 9 i 9a, realizowanymi i/lub nadzorowanymi przez podmioty zewnętrzne. Całość realizowana była w modelu „wybuduj”, w oparciu o projekt wykonawczy z 2006 r., które – jak wykazał Odwołujący w wyjaśnieniach zawartych piśmie z 27 czerwca br. – istotnie różnią się od siebie. Tym samym, postępowanie z 2010 r. i niniejsze postępowanie są nieporównywalne, a ustalenie „średniej ceny” na realizację robót zbieżnych z robotami objętymi niniejszym postępowaniem wymagałoby przyjęcia szeregu całkowicie arbitralnych założeń, w szczególności założenia, że określony ułamek kosztów wspólnych wszystkim robotom objętym postępowaniem z 2010 r. należy przypisać do prac związanych z budynkiem nr 9a. e) Wreszcie, co wprost wynika z uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający przewidując redukcję cen na skutek przetargu, podał jako szacunkowy koszt robót budowlanych kwotę między 85 000 000,00 zł a 90 000 000,00 zł. Istotnie, taka kwota została podana w ogłoszeniu o profilu nabywcy dotyczącym niniejszego

postępowania, opublikowanym na stronie internetowej Zamawiającego [<http://www.eitplus.pl/download/1117/>]. Niewątpliwie chodzi tu o kwotę brutto, skoro Zamawiający odnotował w uzasadnieniu rozstrzygnięcia, że cena oferty PB Inter-System sp. z o.o. (84 899 520,00 zł brutto) nie odbiega od tych szacunków. Mając na uwadze, że szacunkowa wartość zamówienia to, zgodnie z art. 32 ust. 1 pzp, całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością, należy przyjąć, że skoro Zamawiający w rzeczywistości spodziewał się, że kwota ta nie przekroczy ostatecznie 90 000 000 zł brutto, szacunki opiewające na 102 448 863,50 zł netto (126 012 102,05 zł brutto) są rażąco zawyżone.

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron i przystępującego, a także dowody, złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.**

Jak wynika z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia - Druk ZP-PO, pkt. 2.2, wartość szacunkową przedmiotowego zamówienia ustalono na kwotę 102 448 863 zł i 45 gr (netto).

Przedmiot zamówienia w formule „projektuj i buduj” opisano w części III siwz, na którą składały się część III/1 „Opis ogólny” oraz cz. III/2 „Program Funkcjonalno-Użytkowy Budynek 9A”.

Termin składania i otwarcia ofert przypadał na dzień 13.06.2011 r.

W przetargu złożono następujące oferty (pkt 12 ZP-PO):

1. Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 WROBIS S.A. we Wrocławiu – cena 72 508 000 zł (brutto),
2. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Budimex S.A. w Warszawie i Ferrovia Agroman S.A. w Madrycie, Hiszpania – cena 73 314 930 zł (brutto),
3. P.B Inter-System Sp. z o.o. we Wrocławiu – cena 84 89 520 zł (brutto).

We wniosku Wrobis o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia znalazło się oświadczenie p. Adriana S, architekta, zobowiązującego się

do udostępnienia swojej wiedzy, doświadczenia i potencjału technicznego wykonawcy oraz oświadczającego, iż w przypadku udzielenia zamówienia Wrobis będzie brał udział w realizacji części zamówienia. Ponadto do wniosku załączono oświadczenie analogicznej treści podpisane przez p. Martę H i p. Urszulę Trebaszko (Pracownia Projektowa „ARKADA”).

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), w rozdz. 29 „Podwykonawstwo”, wskazano: „Zamawiający żąda wskazania przez Wykonawcę części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom. Wskazanie podwykonawców musi nastąpić również – zgodnie z wcześniej złożonym wnioskiem o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu – w Formularzu Oferty załącznik nr 1 do siwz – pod rygorem odrzucenia oferty”.

We wzorze formularza oferty stanowiącym załącznik nr 1 do siwz, w pkt 4 ppkt 10) wymagano podania części zamówienia, którą wykonawca zamierza powierzyć do podwykonania.

W ofercie Wrobis, w pkt 4 ppkt 10), w tabeli, wskazano części zamówienia, które wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom – prac projektowych w tym miejscu nie wskazano.

W dniu 20.06.2011 r. działając na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp zamawiający wezwał Wrobis S.A. do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jej oferty. W wezwaniu zamawiający wskazał, iż prowadzona przez niego inwestycja jest jest szczególnie skomplikowana, prestiżowa oraz cały jej szeroki zakres winien zostać wykonana z najwyższą starannością. Ponadto zamawiający oszacował wartość swoje zamówienia na kwotę 126 012 102,05 zł (z VAT 23%), a prawidłowość szacowania została potwierdzona przez Kierownika Inwestycji WCB EIT+ oraz Inżyniera Kontraktu. Tymczasem cena oferty Wrobis stanowi 57% wartości szacunkowej zamówienia. Zamawiający zaznaczył, iż wyjaśnienia wykonawcy powinny być precyzyjne, jednoznaczne oraz potwierdzone dowodami.

Pismem z dnia 27.06.2011 r. Wrobis złożyła wyjaśnienia w przedmiocie kalkulacji ceny w jej ofercie. Wykonawca podkreślił, iż jego oferta i jej cena obejmuje cały zakres przedmiotu zamówienia oraz uwzględnia jego specyfikę i wszystkie wymagania zamawiającego.

Ponadto w ww. piśmie wskazano, iż szacowanie wartości zamówienia odbyło się niezgodnie z przepisami rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004

r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzenia kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. Nr 130, poz. 1389) i tym samym wartość ta jest zawyżona. W szczególności wykonawca podkreślił nieporównywalność opisywanego projektem budowlanym budynku 9A zamawianego w uprzednim przetargu, a budynku zamawianego obecnie i opisanego PFU (wskazując różnice generujące obniżenie kosztów). Dobierając zgodne z PFU własne, sprawdzone rozwiązania wykonawca mógł zoptymalizować swoją cenę ofertową. Przy czym zamawiający powołując się na średnią ofert z poprzedniego postępowania siłą rzeczy doliczył do wartości budynku 9A (zamawianego obecnie) również wartość robót związanych z innymi częściami zamówienia, które przedmiotowym zamówieniem objęte już nie są. Tym samym według wyliczeń wykonawcy jego cena ofertowa nie odbiega tak istotnie od realnej szacunkowej wartości zamówienia, którą winien przyjąć zamawiający.

Ponadto Wrobis w swoich wyjaśnieniach przedstawiła tabelę z kalkulacją swojej ceny ofertowej, z rozbić robót na dziewięć pozycji, które wyceniono odrębnie (projekt, koszty ogólne budowy, roboty rozbiórkowe, konstrukcja, roboty wykończeniowe, instalacje i sieci elektryczne, instalacje i sieci mechaniczne, instalacje gazów technicznych, zagospodarowanie terenu), podając przy tym sposób wyceny poszczególnych pozycji, przy czym pozycje wyceniane na podstawie ofert podmiotów trzecich obecnych na rynku poparto załączonymi do wyjaśnień ofertami tych podmiotów (datowanymi przed terminem składania ofert w postępowaniu). Podano również rzeczową wielkość elementów robót przyjętą na podstawie PFU, nakłady robocizny, materiału i sprzętu zgodnie z KNR, stawkę roboczogodziny, koszty pośrednie i zysk.

Wykonawca przedstawił również porównanie średnich cen materiałów budowlanych publikowanych przez wydawnictwo Sekocenbud z cenami, które Wrobis uzyskuje na rynku. Na dowód czego załączono wydruki zestawień Sekocenbud oraz faktury za materiały, które otrzymuje wykonawca.

W wyjaśnieniach powołano się na szereg okoliczności związanych z kondycją wykonawcy, jego doświadczeniem i pozycją na rynku, aktualnie prowadzonymi robotami, położeniem siedziby.... etc..

W informacji o odrzuceniu oferty Wrobis, odnośnie odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z siwz, zamawiający wskazał, iż powołanie się na wiedzę i inny potencjał podmiotów trzecich dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu jest tylko możliwe w przypadku, gdy podmioty te będą następnie wykonywały zamówienie w charakterze podwykonawców. Tymczasem pomimo tego, iż Wrobis we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykazywał spełnianie warunków doświadczenia w projektowaniu przy pomocy podmiotów trzecich, w ofercie nie wskazał, iż usługa projektowa zostanie powierzona podwykonawcom. Ponadto w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny wykonawca wskazał inną firmę architektoniczną i innego projektanta niż we wniosku. Powyższe zamawiający ocenił jako niezgodne z postanowieniami rozdz. 29 siwz.

Odnosnie odrzucenia oferty Wrobis z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny powtórzono twierdzenia z wezwania do wyjaśnień na temat prestiżu, rangi oraz stopnia komplikacji inwestycji. Wskazano również, iż zamawiający oceniając wyjaśnienia wykonawcy wziął pod uwagę obiektywne czynniki wymienione w art. 90 ust. 2 Pzp, a także „wskazanie, że rzetelność kalkulacji, nie grozi nienależytym wykonaniem (w tym nieuzasadnionym przerwom w trakcie wykonywania zamówienia) lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości”.

W ocenie zamawiającego wykonawca w swoich wyjaśnieniach nie wykazał ww. czynników. W szczególności wykonawca winien przedstawić dowody, które nie pozostawiłyby żadnych wątpliwości w przedmiocie wystąpienia ceny rażąco niskiej, czego w swoich wyjaśnieniach nie uczynił. Wywody i dowody przedstawione przez odwołującego zamawiający ocenił jako niewiarygodne i wybiórcze. Zakwestionował pomyłki w obliczeniach cen przyjętych do oferty, zasadność odniesień do cen Sekocenbudu, zaoferowanie cen niższych niż ceny zaoferowane przez podwykonawców, brak objęcia ofertami podwykonawców pełnego zakresu zamówienia, zbyt niskie koszty ogólne (na poz. 2% ceny oferty).

Uwzględniono w charakterze dowodów i oceniono powołane przez odwołującego:

1. Kosztorys ofertowy – Część konstrukcyjna, z obliczoną wartością kosztorysową 13 251 940,56 zł (bez VAT),
2. Kosztorys ofertowy – Instalacje elektryczne, z obliczoną wartością kosztorysową, 4 873 187,41 zł (bez VAT),



3. Kosztorys ofertowy – Roboty wykończeniowe, z obliczoną wartością kosztorysową 16 668 160,68 zł (bez VAT)
4. Oferty cenowe na materiały budowlane złożone Wrobis przez Geromag Wrocław Sp. z o.o. we Wrocławiu, Woodcote Poland Sp. z o.o., Saint-Gobain Dystrybucja Materiałów Budowlanych Sp. z o.o. Raab Karcher Materiały Budowlane, JD Beton Sp. z o.o. w Opolu oraz pismo Woodcote Poland Sp. z o.o. z dnia 02.06.2011 r. w sprawie rabatów cenowych na materiały budowlane dla Wrobis S.A.
5. Oświadczenia: OBIS Chichocki i Ślązak Sp. Jawna we Wrocławiu, Rolech Service Sp. z o.o. we Wrocławiu, Kielart Konserwacja Zabytków Sp. z o.o. w sprawie zakresu zamówienia, których dotyczyły ich oferty złożone Wrobis.
6. Korespondencję e-mailową pomiędzy p. Teresą Witkowską, a p. Antonim Poterałowiczem (pracownikami zamawiającego) w sprawie szacunkowej wartości zamówienia i cen zaoferowanych przez wykonawców.
7. Wydruki oznaczone przez odwołującego nr 11 i 12 stanowiące wyjaśnienia i oceny Inżyniera Kontraktu, Grontmij Polska Sp. z o.o. w przedmiocie wyliczenia szacunkowej wartości zamówienia i cen ofertowych zaproponowanych przez wykonawców.

Uwzględniono w charakterze dowodów i oceniono przedstawione przez zamawiającego: Oświadczenie z dnia 17.06.2011 r. Dyrektora Oddziału we Wrocławiu Grontmij Polska Sp. z o.o., p. Barbary K, znajdujące się w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego w sprawie sposobu sporządzenia wyceny szacunkowej przedmiotowego zamówienia.

1. Oświadczenie z dnia 20.06.2011 Kierownika Inwestycji WCB EIT+, p. Antoniego P, znajdujące się w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego w sprawie sposobu sporządzenia wyceny szacunkowej przedmiotowego zamówienia.
2. Wniosek nr 240 o zakup towarów/materiałów/usług stanowiący dokument wewnętrzny zamawiającego poprzedzający wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia, gdzie w części „Metody i podstawy obliczania planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych” wskazano, iż planowane koszty robót budowlanych dla zadania zostały obliczone metodą wskaźnikową, na podstawie wartości szacunkowej zamówienia

przeprowadzonego w okresie marzec-wrzesień 2010 r. oraz przedstawiono tabelę zawierającą, do której przeniesiono wartości kosztorysowe (kosztorys inwestorski) dla poszczególnych zagregowanych części zamówienia.

Uwzględniono w charakterze dowodu i oceniono powołany przez przystępującego, wyciąg z „Biuletynu cen obiektów budowlanych BCO, część I – obiekty kubaturowe”, Zeszyt 31/2011 (1284), wyd. SEKOCENBUD, gdzie na stronie 5, dla obiektu 1362 – Budynek dydaktyczno-badawczy, podano cenę jednostkową metra kwadratowego powierzchni użytkowej – 5623 zł.

### **Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Podając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy podstawę prawną rozstrzygnięcia należy wskazać, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i siwz wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3. Ponadto według przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Natomiast zgodnie z kolejnymi jednostkami redakcyjnymi art. 90 ustawy:

1. Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.
2. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

3. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Według dyspozycji art. 22 ust. 1 Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:

- 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
- 2) posiadania wiedzy i doświadczenia;
- 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
- 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Ponadto zgodnie z art. 26 ust. 2a ustawy wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1.

Natomiast zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Według przepis § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) – zwanego dalej „rozporządzeniem” – jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów

wymienionych w § 2 (dokumentów dotyczących wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy).

Następnie, tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie. Mianowicie zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne. Ponadto powyższe skorelowane jest z ekonomiką postępowania przed Izbą wynikającą z dyspozycji art. 189 ust. 1 Pzp określającego piętnastodniowy termin na rozpoznanie odwołania.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z siwz ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w siwz oraz zobowiązania oferowanego w ofercie tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie pomieszczone w siwz); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami siwz.

Tym samym punktem wyjścia dla ustalenia i stwierdzenia niezgodności oferty z treścią siwz jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań tego dokumentu. Ogólnie wskazać tu należy, podzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10,

iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70<sup>1</sup> § 3 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to siwz należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie siwz jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w siwz. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm siwz, jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Znowu w ślad za ustalonym orzecznictwem można tu wskazać, iż wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji w związku z niezastosowaniem się do niejasnych wymagań siwz, a wszelkie wątpliwości interpretacyjne w tym zakresie winny być rozstrzygane na korzyść wykonawców. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Konkludując podnieść należy, iż zamawiający nie będzie uprawniony do odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z siwz jeżeli adekwatnych postanowień siwz, z którymi oferta miałaby być niezgodna, nie sformułował.

Tymczasem właśnie w rozpatrywanym przypadku zachodzi wyżej opisana okoliczność – z postanowień przedmiotowej siwz nie wynika wcale jasny obowiązek jakoby wszystkie osoby czy podmioty wskazane we wniosku dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, miały być wskazane w ofercie jako podwykonawcy.

Jednakże przed oceną postanowień i wymagań siwz w tym zakresie należy odnieść się do znaczenia przywołanych przepisów ustawy dotyczących wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu, a także ustalić ich skutki prawne dla kształtu przyszłego zobowiązania wykonawcy, w szczególności sposobu realizacji zamówienia.

W tym zakresie wskazać należy, iż ustawa nie statuuje wynikającego z samych przepisów prawa zobowiązania wykonawcy do określonego sposobu wykonywania zamówienia, którego wykonania się podjął, w szczególności prawnego obowiązku posługiwania się w trakcie

realizacji zamówienia potencjałem, który wykazywał na potwierdzenie i zobrazowanie swojej kondycji, cech czy statusu kwalifikujących go podmiotowo do ubiegania się o dane zamówienie (art. 22 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy). Wykonawca nie musi posługiwać się sprzętem, osobami, pieniędzmi, których posiadanie warunkuje ocenę jego zdolności wykonania zamówienia – obowiązek dysponowania tego typu zasobami pośrednio gwarantuje oczywiście jego zdolność wykonania zamówienia, nie oznacza jednak wcale, że wykonawca nie może wykonać prawidłowo danego zamówienia przy pomocy zasobów innych, dysponują przy tym jednocześnie zasobami, które wykazał. Dla przykładu: w trakcie realizacji robót budowlanych wykonawca wcale nie musi stosować na budowie narzędzi i urządzeń, których posiadanie wykazał w trakcie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. (Vide wyrok Izby z dnia 8 czerwca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 663/09 i wyrok Sądu Okręgowego w Suwałkach z dnia 21 lipca 2009 r. sygn. akt Ca 137/09). Najlepiej powyższe rozdzielenie cech podmiotowych wykonawcy od jego przyszłego zobowiązania ofertowego uwidacznia się w przypadku dwustopniowych trybów udzielania zamówień, takich jak np. przetarg ograniczony, gdzie powyższe rozpatruje się na zupełnie różnych etapach postępowania, w tym zakresie od siebie rozdzielnych. Wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu samo w sobie nie jest ofertą w rozumieniu art. 66 Kodeksu cywilnego. Innymi słowy: wykazanie dysponowania określonym potencjałem w ramach wykazania spełniania podmiotowych warunków udziału w postępowaniu, nie oznacza wcale zobowiązania się do jego wykorzystywania w trakcie realizacji zamówienia.

Zobowiązanie takie może jednak powstać na mocy oświadczenia woli zamawiającego określającego warunki przetargu złożonego w odpowiednim dokumencie przetargowym, którym uczestnicy postępowania są związani (na zasadzie art. 70<sup>1</sup> § 3 Kodeksu cywilnego). Jeżeli więc opisując swój przedmiot zamówienia zamawiający postawi wymóg posługiwania się przy realizacji zamówienia konkretnym potencjałem wykazanym w ramach spełniania warunków udziału w postępowania, wykonawca składający ofertę w postępowaniu będzie takim wymaganiem związany. Nie jest oczywiście wykluczone, iż w konkretnych okolicznościach danej sprawy tego typu wymaganie zamawiającego zostanie uznane za ograniczające uczciwą konkurencję i tym samym naruszające art. 7 ust. 1 Pzp, jednakże co do zasady brak podstaw do generalnego odmówienia zamawiającemu swobodnego ukształtowania warunków wykonania jego zamówienia (umowy) w tym zakresie. Zaznaczyć przy tym należy, iż tego typu postanowienia siwz nie są kreowaniem żadnej nowej przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy, ale konkretnym wymaganiem co do sposobu wykonania zamówienia w określony sposób czy przy pomocy określonych sił i środków, stanowiącym w

istocie jeden z aspektów opisu przedmiotu zamówienia, które sankcjonowane jest przez dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

W zakresie opisanego powyżej rozdzielenia sfery warunków udziału w postępowaniu i wykonywania zamówienia (udziału w jego wykonaniu), oddzielnie omówić należy instytucję wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu przy pomocy potencjału podmiotów trzecich. W tym przypadku należy oprzeć się na warunkującej powyższe regulacji art. 26 ust. 2b ustawy, gdzie wprost wskazuje się obowiązek wykazania przez wykonawcę dysponowania i uzyskania niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Należy wskazać tu na zasadniczą różnicę pomiędzy samodzielnym spełnianiem warunków udziału w postępowaniu (przypisanym wykonawcy, osobistym potencjałem czy przypisanymi mu nierozzerwalnie cechami takimi jak jego wiedza czy doświadczenie), a powoływaniem się w tym celu na potencjał i właściwości podmiotów trzecich i różnicę w gwarancjach wyłonienia wiarygodnego wykonawcy, które są z tym związane. Należy podkreślić postulowaną w doktrynie i orzecznictwie realność udostępnienia i dysponowania określonymi zasobami na czas realizacji zamówienia. Zwłaszcza w zakresie dysponowania wiedzą i doświadczeniem, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp niemożliwe jest uznanie realności takiego udostępnienia bez jakiegokolwiek udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Powyższe nie wynika wcale z mających rzekomo wynikać bezpośrednio z ustawy konkretnych zobowiązań cywilnoprawnych, ale z samej istoty dzielenia się wiedzą i doświadczeniem – doświadczeniem nie można podzielić się tylko w sferze abstrakcyjnego zobowiązania bez jego zastosowania w praktyce. Bez zagwarantowania stosownych form zaangażowania podmiotu udostępniającego swój potencjał w tym zakresie, przy realizacji zamówienia, możliwość dysponowania danym potencjałem należało będzie uznać za iluzoryczną. Również w przypadku posiadania wymaganych prawem uprawnień do wykonywania określonej działalności (art. 22 ust. 1 pkt 1) fikcyjne jest ich „udostępnienie” bez wykonania czynności, do których uprawnienia są wymagane.

Udostępnienie i dysponowanie zasobami, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp jak najbardziej może natomiast nastąpić bez bezpośredniego udziału udostępniających w realizacji zamówienia. W przypadku tego typu zasobów można wyobrazić sobie szereg form ich udostępnienia bez takiego zaangażowania. Izba również w tym przypadku wskazuje, iż ustawowy wynik dysponowania określonym potencjałem oznacza wykreowanie sytuacji, w której wykonawca z udostępnianego potencjału w razie potrzeby może realnie skorzystać (realnie czyli dysponuje nim przez cały okres realizacji zamówienia i może wykorzystać

udostępniony potencjał do jego wykonania, a nie tylko posługiwać się fikcyjnym zobowiązaniem w celu obejścia przepisów ustawy i stawianych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu), ale nie oznacza, iż wykonawca zawsze zobowiązany jest z niego skorzystać lub że faktycznie musi to zrobić. Tego typu sytuację przewidział sam ustawodawca w powoływanym § 1 ust. 2 rozporządzenia wymagając wykazanie braku okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp jedynie w stosunku do podmiotów, które będą brały udział w realizacji części zamówienia. Należy więc przyjąć, iż ustawodawca dopuścił również sytuację udostępnianie potencjału bez brania udziału w realizacji zamówienia. Inaczej dodatkowa przesłanka w postaci „brania udziału w realizacji części zamówienia” w redakcji ww. przepisu rozporządzenia byłaby zbędna, skoro w każdym przypadku podmioty udostępniające swój potencjał musiałyby brać udział w realizacji zamówienia.

Reasumując wskazać należy, iż obligatoryjny udział podmiotu trzeciego udostępniającego swój potencjał na zasadach art. 26 ust. 2b w realizacji zamówienia należy oceniać i egzekwować w odniesieniu do konkretnych warunków opisanych przez zamawiającego i ich rodzajowych ram zakreślonych w art. 22 ust. 1 Pzp, uwzględniając przy tym rzeczowe znaczenie i treść danego warunku, a nie doktrynalnie powyższe w każdym przypadku postulować. Zwłaszcza biorąc pod uwagę fakt, iż z przepisów ustawy wymóg taki wcale literalnie nie wynika.

Tym samym, skoro brak generalnego wymogu obligatoryjnego udziału podmiotu udostępniającego swój potencjał w realizacji zamówienia, tym bardziej brak jest obowiązku niejako kwalifikowanej formy takiego udziału jaką jest podwykonawstwo. Jakkolwiek skład orzekający Izby nie wyklucza sytuacji, w której realność udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego może zostać zagwarantowana jedynie przez oddanie części czy całości zamówienia do podwykonania podmiotowi udostępniającemu swój potencjał, jednakże są to sytuacje wyjątkowe, wymagające dokładnego omówienia i wykluczenia udostępnienia i tym samym wykorzystania udostępnianego potencjału w inny sposób, niż tylko przez zapewnienie podwykonania zamówienia przez podmiot udostępniający.

Na przykład w wyroku z dnia 23 lipca 2010 r. sygn. akt KIO/1448/10, KIO/1450/10, KIO/1451/10 Krajowa Izba Odwoławcza stanęła na stanowisku, które skład orzekający Izby rozpatrujący niniejsze odwołanie uznanie za własne, iż dla dopuszczalności zastosowania art. 26 ust. 2b ustawy nie jest konieczne, aby podmiot udostępniający swoje doświadczenie na zasadach określonych tym przepisem, brał udział w realizacji zamówienia jako



podwykonawca. W uzasadnieniu wyroku wskazano, iż z dyspozycji normy prawnej wyrażonej w analizowanym przepisie nie wynika, że osoba trzecia będzie miała obowiązek w takiej sytuacji osobiście wykonywać całość bądź określoną część zamówienia jako podwykonawca. Przy czym dodać należy, iż pojęcie „podwykonawcy” nie zostało w ustawie zdefiniowane, jednak niewątpliwie jest pojęciem węższym w stosunku do użytego przez ustawodawcę w art. 26 ust. 2b ustawy sformułowania „dysponowanie zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia”. Przyjmując założenie konsekwentnego posługiwania się przez ustawodawcę różnymi terminami określającymi różne instytucje prawne w tym samym akcie prawnym, należy wskazać, iż ww. przepisie brak pojęcia „podwykonawstwa” występującego np. w przepisach art. 36 ust. 4 i 5 Pzp, co co także przemawia za przyjęciem, iż art. 26 ust. 2b ustawy nie wymaga udziału podmiotu trzeciego w charakterze podwykonawcy podmiotu, z którym zostanie zawarta umowa o zamówienie publiczne.

Również w powołanym wyżej wyroku wskazano, iż udostępnienie potencjału dotyczącego wiedzy i doświadczenia, łączy się z koniecznością uczestniczenia tego podmiotu w realizacji zamówienia. Uczestnictwo to jednak może mieć dowolną, dozwoloną prawem formę (np. podwykonawstwo, doradztwo, konsultacje, udostępnianie know-how, nadzór, ... etc).

W szczególności w przypadku usług projektowych planowanych do wykonania w ramach niniejszego zamówienia, nie jest przesądzone, iż odpowiednio doświadczeni projektanci czy architekci mogą wziąć udział w realizacji zamówienia tylko w charakterze podwykonawców. Równie dobrze mogą zostać zatrudnieni przez wykonawcę na umowę o pracę lub nadzorować osoby przygotowujące i podpisujące projekt.

Ponadto wszelkie celowościowe zabiegi interpretacyjne na lakonicznych w tym względzie przepisach ustawy zmierzające do zagwarantowania generalnego, obligatoryjnego udziału w wykonaniu zamówienia, czy nawet podwykonawstwa, podmiotów udostępniających swój potencjał na zasadzie art. 26 ust. 2b Pzp, zmierzające do zapobieżenia fikcyjnego posługiwania się potencjałem podmiotów trzecich, dla zabezpieczenia interesów zamawiających są właściwie zbędne i przez swą generalizację mogą powodować szereg problemów związanych ze stosowaniem tak rozumianego przepisu. W przypadku każdego postępowania powyższe może zapewnić sam zainteresowany, czyli zamawiający, formułując odpowiednie, adekwatne dla jego przedmiotu zamówienia i warunków udziału w postępowaniu, postanowienia dokumentów przetargowych dotyczące zakresu i sposobu posługiwania się danym potencjałem w trakcie realizacji zamówienia.

Zamawiający w ramach opisu własnego przedmiotu zamówienia (sposobu jego realizacji, warunków umowy...etc), w sposób adekwatny do okoliczności sprawy, wymagać może określonego udziału podmiotów udostępniających swój potencjał w realizacji zamówienia. Powyższe jednakże należy wyartykułować precyzyjnie i wyraźnie oraz na stosownym etapie postępowania.

Postanowienia rozpatrywanego rozdziału 29 siwz nie spełniają powyższych warunków. Po pierwsze nie wynika z nich, iż wszystkie wykazane w celu spełniania warunków udziału w postępowaniu podmioty mają być podwykonawcami w trakcie realizacji zamówienia, co najwyżej, iż w ofercie należy wskazać zakres podwykonawstwa wskazany we wniosku. Ponadto tego typu wymaganie sformułowane w siwz w przetargu ograniczonym należy uznać za spóźnione, albo ocenić je jako fundamentalną zmianę przedmiotu zamówienia, na który składają się wymagania, co do sposobu wykonania zamówienia, jaki ma na siebie przyjąć wykonawca. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu nie podał żadnych informacji, iż będzie wymagał zaciągnięcia w ofercie zobowiązań w przedmiocie określonego sposobu wykonania zamówienia, tj. wykonania go przy pomocy podmiotów udostępniających swój potencjał działających w charakterze podwykonawców. Wykonawcy składając wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie mogli tej okoliczności więc uwzględnić w ich kształcie. W przeciwnym wypadku mogliby swoje wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu sformułować inaczej (np. zrezygnować z wykazywania potencjału podmiotów trzecich), albo zrezygnować z ubiegania się o udzielenie zamówienia, którego w sposób wymagany przez zamawiającego wykonać nie byłoby w stanie.

Uwzględniając powyższe stwierdzić należało, iż brak wskazania podwykonawstwa w zakresie prac projektowych w ofercie Wrobis nie powoduje jej sprzeczności z siwz i tym samym zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp sformułowany w odwołaniu należało uznać za zasadny.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny wskazać należy, iż zgodnie z przepisami ustawy podstawą odrzucenia oferty jest realne wystąpienie zaoferowania ceny o takim charakterze (art. 89 ust. 1 pkt 4) a powyższe ponadto zostaje potwierdzone przez obligatoryjne wyjaśnienia wykonawcy w tym przedmiocie, ewentualnie wyjaśnienia takie mają w ogólnie nie zostać złożone (art. 90 ust. 3).

Procedura badania i ustalania ceny rażąco niskiej przebiega więc w ten sposób, iż nawet przy podejrzeniu granicznym z pewnością czy zgromadzeniu stosownych dowodów, iż zaoferowano cenę o takim charakterze, zamawiający musi na podstawie przepisu art. 90 ust. 1

ustawy dać wykonawcy szansę wykazania okoliczności przeciwnych, m.in. przez wykazanie okoliczności przykładowo wskazanych w art. 90 ust. 2 Pzp.

Dla ustalenia faktu wystąpienia ceny rażąco niskiej konieczne jest zdefiniowanie tego typu pojęcia. Przede wszystkim wskazać tu należy na brzmienie przepisów odnoszących tego typu cenę w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia. Tym samym to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.

Odnosząc się natomiast do rozkładu ciężaru dowodu w przedmiocie wykazania, iż tak zdefiniowana cena rażąco niska wystąpiła, tj. sposobu ustalenia i wykazania faktu jej wystąpienia, wskazać należy, iż w tym zakresie ogólne zasady rozkładu ciężaru dowodu wynikające z wyżej wskazanych przepisów ustawy i Kodeksu cywilnego nie doznają wyłączenia. Danych okoliczności dowodzić więc powinna strona, która je podnosi i na nie się powołuje a także strona, która wystąpienia danych faktów podnosi, a nie im przeczy (*Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*). Generalnie więc fakt wystąpienia ceny rażąco niskiej dla możliwości zastosowania dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp wykazać winien zamawiający, który jak najbardziej może i powinien ustalić realną wartość rynkową swego przedmiotu zamówienia i zasadność ustalenia cen/wartości zamówienia na takim poziomie powinien móc udowodnić. Sama deklaracja oszacowania wartości zamówienia z należytą starannością dowodem takim nie jest. Należyta staranność jest pojęciem zasadniczo odrębnym od dobrej wiary i jej istnienia wcale nie trzeba domniemywać.

Ciężar ostatecznego dowodu w przedmiocie charakteru ceny w świetle powołanych regulacji art. 90 ustawy może ulec jednak odwróceniu, a przynajmniej bardziej skomplikowanemu rozłożeniu. Dojść do tego może w przypadku powstania faktycznego domniemania wystąpienia w danych okolicznościach ceny rażąco niskiej (jakichkolwiek domniemań

prawnych w tym zakresie w ustawie nie przewidziano). Nawet więc bez ostatecznego udowodnienia poziomu cen rynkowych i wykazania w ten sposób realnych cen ofertowych, będzie możliwe przyjęcie wystąpienia ceny rażąco niskiej w przypadku wystąpienia szeregu okoliczności pośrednio na nią wskazujących (podstaw domniemania), gdy jednocześnie wykonawca nie wykaże okoliczności przeciwnych. Jednakże również fakty stanowiące podstawę samego domniemania powinny wystąpić/zostać udowodnione. W szczególności podstawą takiego domniemania nie jest samo wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp niewsparte dodatkowymi okolicznościami, np. takimi jak porównanie cen ofertowych złożonych w postępowaniu czy złożeniem niewiarygodnych wyjaśnień w tym zakresie. Odnośnie oceny wyjaśnień wskazanej w art. 90 ust. 3 Pzp zaznaczyć należy, iż jak wynika z literalnego brzmienia przepisu, dla odrzucenia oferty wymagane jest, aby z informacji zawartych w wyjaśnieniach wynikało potwierdzenie zaoferowania ceny rażąco niskiej, przepis nie referuje natomiast do braku wykazania przez wykonawcę, iż cena rażąco niska nie jest. Wyjaśnienia ogólnikowe lub lakoniczne nie będą więc wcale bezpośrednim dowodem potwierdzającym, iż zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, jednakże mogą stać się jedną z podstaw domniemania w tym przedmiocie, uprawniającego do odrzucenia oferty z tej przyczyny.

Ponadto, jak już wskazano idealnym i zupełnym wykazaniem powstania ceny rażąco niskiej jest wykazanie cen danego zakresu zamówienia obowiązujących na rynku. Zresztą wykazanie, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska może polegać na tym samym. Mianowicie w przypadku wykazania, iż cena danej oferty jest ceną rynkową nie ma potrzeby dowodzenia jakichkolwiek okoliczności wskazanych w art. 90 ust. 2 Pzp uzasadniających jej obniżenie w stosunku do kosztów wykonania zamówienia i cen rynkowych w tym zakresie. Zastrzec przy tym należy, iż rynek i dyktowany przezeń poziom cen uznaje się za ostateczną miarę realnej wartości wszelkich dóbr materialnych i dających się wycenić usług.

Odnosząc powyższe do rozpatrywanego postępowania o udzielenie zamówienia, Izba oceniając przedstawione dowody, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz wiarygodność twierdzeń uczestników postępowania odwoławczego w przedmiocie charakteru ceny zawartej w ofercie odwołującego, uznała, iż okoliczność wystąpienia ceny rażąco niskiej w niniejszym postępowaniu nie tylko nie została wykazana, ale również nie wykazano żadnych okoliczności, które pozwalałyby powyższe domniemać.

W pierwszej kolejności należy tu wskazać, iż porównanie cen ofert złożonych w postępowaniu i uśrednienie ich wartości nie daje podstaw do przyjęcia, aby którakolwiek z nich była rażąco

niska, a to właśnie ceny ofertowe w składane w postępowaniach o udzielenie zamówienia mogą stanowić jeden ze znaczników cen rynkowych w danej branży.

Następnie można przyjąć, iż krytyka obliczenia szacunkowej wartości zamówienia dokonana przez odwołującego jest zasadna. Jak wynika z dowodów przedstawionych przez odwołującego i zamawiającego szacunkową wartość zamówienia ustalono w tym przypadku na podstawie porównania i uśrednienia cen ofert złożonych w poprzednim przetargu, w którym przedmiot zamówienia dotyczący tego samego obiektu zamówienia (korespondencja mailowa, oświadczenia). Zamawiający nie wskazał żadnych dowodów, które pozwoliłyby przyjąć, iż wskaźnik cenowy danego składnika kosztów określił na podstawie danych rynkowych lub w przypadku braku takich danych - na podstawie powszechnie stosowanych katalogów i cenników, oraz że ilość jednostek odniesienia określił na podstawie PFU. W szczególności dowodem takim nie jest tabela złączona do wniosku nr 240 zawierająca rozbić ceny na poszczególne, zagregowane składowe. Tabela zawiera jedynie przyjęte i wyliczone, na nie wiadomo jakiej podstawie, liczby/ceny sumujące się do wartości szacunkowej zamówienia. Oświadczenia zamawiającego w przedmiocie ustalenia realnej wartości jego zamówienia, tj. ustalenia szacunkowej wartości zamówienia zgodnie z postanowieniami ww. rozporządzenia Ministra Infrastruktury pozostały więc nieudowodnione. Wobec tego, a także biorąc pod uwagę fakt „zgadzania się” wyliczeń dotyczących cen ofert w poprzednim przetargu i wartości szacunkowej przedmiotowego zamówienia, za gołosłowne i niewiarygodne należało uznać deklaracje zamawiającego czy osób przezeń zatrudnionych w tym przedmiocie. Ponadto na powyższe wskazują różnice jakie występują pomiędzy szacunkową wartością zamówienia i nie tylko cenami ofert odrzuconych, ale także ofertą wybraną. Tym samym nie sposób uznać szacunkowej wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania za jakikolwiek miernik realnej wartości rynkowej tego typu robót.

Ponadto w ocenie Izby wyjaśnienia odwołującego w przedmiocie kalkulacji ceny jego oferty należało uznać za wyczerpujące oraz biorąc pod uwagę cel i moment ich składania - wystarczające. Wykonawca przedstawił kompletną kalkulację poszczególnych elementów jego ceny popartą w części ofertami podmiotów trzecich gotowych za porównywalne ceny dane zakresy zamówień wykonać. Odwołujący wyjaśnił również różnice (niewielkie) pomiędzy cenami tzw. ewentualnych podwykonawców, a cenami przyjętymi do wyceny ofertowej. Przedstawił również i wykazał możliwość nabywania materiałów budowlanych po cenach niższych niż średnie ceny rynkowe. Wyjaśnienia tego typu należy uznać za wystarczające wykazanie braku zaniżenia cen ofertowej w stosunku do poziomu cen rynkowych.

Zamawiający natomiast nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność jakoby kalkulacja cen poszczególnych, zasadniczych elementów zamówienia przedstawiona przez wykonawcę była zaniżona. Brak również podstaw do kwestionowania wiarygodności złożonych Wrobis przed dniem 13.06.2011 r. ofert podmiotów trzecich. Natomiast domaganie się przedstawiana dalszych wyliczeń i dowodów na okoliczność, iż przedstawiające obraz rynku, który rozpoznawał wykonawca przygotowując swoją ofertę, ceny podmiotów trzecich nie są zbyt niskie, można porównać do żądania podania kolejnego, ostatecznego i obiektywnego kryterium prawdy w epistemologii. Na tym poziomie dowodzenia poziomu cen wykonawca na etapie wyjaśnień mógł się zatrzymać. Natomiast zamawiający nie przedstawił ze swej strony jakiegokolwiek dowodu, który wiarygodność, tzn. wysokość cen przyjętych w ofertach podmiotów trzecich, by podważał. Tym samym dalsze weryfikowanie cen zaoferowanych przez tzw. podwykonawców było zbędne – w tym stanie rzeczy należało uznać je za wystarczający środek dowodowy dla zobrazowania cen rynkowych. Ponadto twierdzenia zamawiającego w przedmiocie rzekomego nieobjęcia wyceną przez wykonawcę zasadniczych elementów zamówienia (np. laboratoriów), czy nawet na temat ich wielkiej wartości nie znajdują żadnego oparcia w zgromadzonym materiale dowodowym. W szczególności zamawiający w żaden sposób nie dowiódł, ani nawet nie uprawdopodobnił ile winny kosztować wskazywane prace instalacyjne czy dodatkowe pomieszczenia o specjalnym przeznaczeniu (np. tzw. clean rooms).

Tymczasem wykonawca przy wyjaśnieniach przedstawił nie tylko oferty podmiotów trzecich dotyczące zasadniczych elementów zamówienia, ale również na rozprawie dodatkowe oświadczenia tych podmiotów w przedmiocie zakresu jaki przyjęli do szacowania i wyceny, a także zestawienia cen materiałów budowlanych, które może uzyskać. Sporządził również kosztorysy dla dominujących branż składających się na przedmiot zamówienia. Jakkolwiek kosztorysy tego typu są materiałami własnymi odwołującego, to, co przyznawał sam przystępujący, ceny jednostkowe w nich zastosowane nie odbiegają od rynkowych, a co dodatkowo odwołujący wykazywał przy pomocy ofert cenowych dostawców materiałów, i tym samym mogą zostać uznane za wiarygodne. Jednakże wobec braku informacji i omówienia dowodu przez odwołującego niemożliwe było ostateczne przesądzenie prawidłowości odniesienia wielkości kosztorysowanych do opisu przedmiotu zamówienia, tzn. czy kosztorys odpowiada wielkościom parametrowym i zapotrzebowaniu materiałowemu warunkowanym wymaganiami PFU. Przy czym wobec całokształtu materiału dowodowego sprawa Izba za zbędne uznała powoływanie biegłego, który mógłby przedstawić opinie na okoliczność

zgodności przedłożonych kosztorysów z opisem przedmiotu zamówienia (PFU). Ponadto uczestnicy postępowania nie składali wniosków w tym przedmiocie.

Jedynym dowodem służącym wykazania cen rynkowych, według których powinna być oceniana możliwość wykonania zamówienia za określoną kwotę, powołanym przez przeciwników procesowych odwołującego, był przedstawiony przez przystępującego wyciąg z zestawienia cen metra powierzchni użytkowej różnorodnych obiektów dokonany przez SEKOCENBUD, w tym obiektów dydaktyczno-badawczych. Dowód tego typu wykazuje jednak jedynie ceny uśrednione obecne na rynku. Z istoty średnich cen wynika, iż na rynku są obecne zarówno ceny przekraczające poziom cen średnich, jak i ceny o wartości niższej. Tym samym różnica cenowa rzędu kilku czy kilkunastu procent pomiędzy średnią m.p.u. a ceną m.p.u. wynikającą z oferty odwołującego wcale nie jest rażąca i nie przesądza o powstaniu ceny rażąco niskiej.

Reasumując rozpatrywanie zarzutu w tej kwestii stwierdzić należało, iż w przedmiotowym postępowaniu nie stwierdzono żadnych okoliczności (ustalona konwencjonalnie, w oderwaniu od przedmiotu zamówienia szacunkowa wartość zamówienia, porównanie wzajemne cen ofert złożonych w postępowaniu i wartości szacunkowej, prawdopodobieństwo wystąpienia znacznych różnic pomiędzy cenami rynkowymi a ceną ofertową... etc), które uzasadniałyby nawet podejrzenie wystąpienia ceny rażąco niskiej u któregośkolwiek wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu. Ponadto odwołujący zarówno w wyjaśnieniach składanych w trybie art. 90 Pzp, jak i na rozprawie, przy pomocy dowodów i wyliczeń co najmniej uprawdopodobnił rynkowy poziom wyliczeń ceny przez niego oferowanej, przy jednoczesnym braku dowodów wskazujących na okoliczności przeciwnie. Tym samym zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 90 ust. 3 Pzp należało uznać za zasadny.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 oraz § 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:** .....

.....

.....