

Sygn. akt: KIO 864/18

WYROK
z dnia 21 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Zuzanna Idzkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 maja 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **02.05.2018 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Drogowa Inżynieria Spółka z o.o. Spółka komandytowa, ul. J. Matejki 7, 22-100 Chełm** oraz **M. D.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **Biuro Opracowywania Programów i Projektów Inżynierii Komunikacyjnej LISPUS M. D., ul. J. Matejki 7, 20-100 Chełm** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego - **Skarb Państwa, Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** – prowadzący postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, ul. Irysowa 2, 91-857 Łódź w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Wykonanie dokumentacji projektowej dla przedsięwzięcia „Rozbudowa drogi krajowej nr 48 na odcinku od skrzyżowania z DP4349E w km 1+222 do skrzyżowania z DG116649E w km 3+608”” (nr referencyjny O/Ł.D3.2413.3.2018.dpw)

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz w zakresie zarzutu art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

nakazuje uwzględnienie ww. oferty w ramach oceny i badania ofert, jak również nakazuje Zamawiającemu respektowanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie minimalnych cen jednostkowych oraz danych wyjściowych kalkulacji wynagrodzenia ujętych w wyjaśnieniach z dnia 12.04.2018 r. W pozostałym zakresie oddala zarzuty zawarte w odwołaniu.

2. kosztami postępowania w wysokości **11 714 zł 58 gr** (słownie: jedenaście tysięcy siedemset czternaście złotych i pięćdziesiąt osiem groszy) obciąża Zamawiającego - **Skarb Państwa, Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Drogowa Inżynieria Spółka z o.o. Spółka komandytowa, ul. J. Matejki 7, 22-100 Chełm** oraz **M. D.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **Biuro Opracowywania Programów i Projektów Inżynierii Komunikacyjnej LISPUS M. D., ul. J. Matejki 7, 20-100 Chełm** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od Zamawiającego - **Skarb Państwa, Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Drogowa Inżynieria Spółka z o.o. Spółka komandytowa, ul. J. Matejki 7, 22-100 Chełm** oraz **M. D.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **Biuro Opracowywania Programów i Projektów Inżynierii Komunikacyjnej LISPUS M. D., ul. J. Matejki 7, 20-100 Chełm** kwotę w wysokości **11 714 zł 58 gr** (słownie: jedenaście tysięcy siedemset czternaście złotych i pięćdziesiąt osiem groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania, zastępstwa przed Izba oraz kosztów dojazdu na posiedzenie z udziałem Stron.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e
do wyroku z dnia 21 maja 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 864/18

Zamawiający – Skarb Państwa, Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa – prowadzący postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, ul. Irysowa 2, 91-857 Łódź prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wykonanie dokumentacji projektowej dla przedsięwzięcia „Rozbudowa drogi krajowej nr 48 na odcinku od skrzyżowania z DP4349E w km 1+222 do skrzyżowania z DG116649E w km 3+608”” (nr referencyjny O/Ł.D3.2413.3.2018.dpw)

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 15.02.2018 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone przez Zamawiającego w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 518255-N z dnia 15.02.2018 r.

W dniu **27.04.2018 r.** Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **02.05.2018 r.** od czynności Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu polegającej na odrzuceniu w dniu 27 kwietnia 2018 r. złożonej przez Konsorcjum Oferty na wykonanie przedmiotu zamówienia.

1. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1.1. błąd w ustaleniach faktycznych, polegający na:

1.1.1. uznaniu, iż oferta złożona przez Konsorcjum zawiera rażąco niską cenę w sytuacji, w której:

- podane przez Wykonawcę kwoty pozwalają na rzetelne i poprawne wykonanie przedmiotu zamówienia,

- a wątpliwości Zamawiającego nie dotyczyły globalnej ceny oferty, a jedynie ceny jednostkowej wskazanej dla dokumentacji geodezyjnej i kartograficznej oraz ROŚ, które to ceny nie wpływały w sposób istotny na wartość oferty ogółem.

1.1.2. stwierdzeniu, iż wykonawca "nie podał szczegółowego uzasadnienia i nie wskazał wpływu czynników umożliwiających obniżenie ceny oferty", w sytuacji, w której podane przez Wykonawcę w treści wyjaśnień informacje były szczegółowe i rzetelne;

1.1.3. przyjęciu, iż złożone przez Konsorcjum pismo "nie może być uznane jako złożenie wyjaśnień potwierdzających, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia" w sytuacji, w której na 21 stronach Konsorcjum w sposób szczegółowy wyjaśniło wszystkie istotne elementy cenotwórcze;

1.1.4. uznaniu, iż oferta Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, gdyż "jest niższa od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert o 67,18 %" (przy średniej cenie brutto wyliczonej z ofert złożonych w postępowaniu oszacowanej przez Zamawiającego na kwotę 1 284 017,50 zł), w sytuacji, w której poprawnie przeprowadzone działania arytmetyczne nakazują przyjąć, iż średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert wynosi 767212,50 zł (45,07% różnicy), a średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert niezawierających błędu w obliczeniu ceny – 587.786,25 zł tj. 28.31 % różnicy

1.1.5. uznaniu, iż oferta Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, gdyż "jest niższa od ceny ustalonej przez Zamawiającego wartości zamówienia, powiększonej o należny podatek od towarów i usług, o 40,32 %", w sytuacji, w której Zamawiający dla ww. obliczeń nie porównał ceny z oferty Konsorcjum z oszacowaną wartością zamówienia, lecz z kwotą, jaką zamierzał przeznaczyć na jego realizację. Są to natomiast dwie różne wartości.

1.1.6. polegający na bezpodstawnym uznaniu, iż nie jest możliwe wykonanie Raportu Oddziaływania na Środowisko za wynagrodzenie w kwocie 1000 zł, pomimo, iż treść ww. dokumentu powieliła znaczną część informacji opracowaną uprzednio na potrzeby Karty Informacyjnej Przedsięwzięcia.

1.2. Rażące naruszenie:

1.2.1. art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Ustawy pzp: poprzez Odrzucenie Oferty Wykonawcy pomimo, iż nie zawierała ona rażąco niskiej ceny w rozumieniu ww. przepisu, a nadto, poprzez uznanie iż oferta zawiera "globalnie" rażąco niską cenę w sytuacji, w której zakwestionowane zostało jedynie kilka cen jednostkowych, nie rzutujących w sposób istotny na globalną wartość oferowanej usługi

1.2.2. art. 90 ust. 1 Ustawy Pzp w zw. z art. art. 90 ust 1a Ustawy Pzp poprzez bezpodstawne założenie "domniemania rażąco niskiej ceny" obligującego Wykonawcę do jego obalenia, w sytuacji, w której:

- Zamawiający nie zakwestionował ogólnej wartości prac projektowych, a jedynie dwie ceny jednostkowe nie rzutujące w sposób istotny na kwotę oferty ogółem
- do porównania wartości ofert Zamawiający przyjął błędne kwoty
- oferta złożona przez innego Wykonawcę, tj. przez YOUR INVESTMENT Sp. z o.o, opiewała na kwotę podobną, co potwierdza możliwość wykonania zadania w ww. cenie;

1.2.3. art. 90 ust. 1a Ustawy Pzp poprzez:

- uznanie, iż cena Oferty Konsorcjum jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych Ofert, pomimo iż ww. rozbieżność wynikała z okoliczności oczywistych, które nie wymagały wyjaśnienia. Jako jedyna - Spółka Highway Sp. z o. o. złożyła ofertę ponad dwukrotnie wyższą od pozostałych ofert złożonych w postępowaniu (oraz od kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia), popełniając liczne błędy w obliczeniu ceny, co w sposób istotny i oczywisty zawiążyło średnią wszystkich ofert,

- instrumentalne wykorzystanie ww. instytucji wezwania do wyjaśnień celem odrzucenia Oferty Wykonawcy - pomimo, iż globalna cena oferty nie powinna budzić żadnych wątpliwości Zamawiającego;

1.2.4. art. 90 ust 1a Pzp poprzez obliczenie średniej arytmetycznej wszystkich Ofert złożonych w toku postępowania z uwzględnieniem wartości ofert odrzuconych z uwagi na błąd w obliczeniu ceny. Jakkolwiek treść ww. przepisu nakazuje obliczenie średniej "wszystkich" złożonych ofert (także odrzuconych), jednak porównywanie zaproponowanej przez Wykonawcę ceny z ceną obliczoną w sposób oczywiście wadliwy i niezgodny z SIWZ stoi w oczywistej sprzeczności z funkcją i celem powyższej normy; Nie można bowiem zestawiać ze sobą wartości ofert rzetelnych z tymi, które w sposób istotny nie odpowiadają treści SIWZ;

1.2.5. art. 7 Ustawy pzp poprzez stroniczne i subiektywne odrzucenie wszystkich Ofert złożonych w postępowaniu za wyjątkiem jednej oferty złożonej przez firmę lokalną.

a z ostrożności, także naruszenie:

1.3. art. 90 ust. 1a pkt. 1 oraz art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 Ustawy pzp poprzez nieprecyzyjne i niejasne opisanie wymagań Zamawiającego co do treści oczekiwanych wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w piśmie z dnia 27 kwietnia 2018 r. oraz poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie kosztów podziału działek (pozycja 3.3.1) oraz dokumentacji geodezyjnej, jeżeli złożone wyjaśnienia Zamawiający uznał za niepełne;

1.4. art. 7 ust. 1 i 2 w zw. z art. 8 ust. 1 Ustawy pzp poprzez przekazanie Konsorcjum informacji o odrzuceniu oferty w dniu 27 kwietnia 2018 r. (w piątek) o godz. 15.44 po południu, co - z uwagi na długi majowy weekend, daje Konsorcjum zaledwie jeden dzień roboczy (30 kwietnia b.r.) na opracowanie i wniesienie niniejszego Odwołania. 5 dniowy termin na zaskarżenie czynności Zamawiającego upływa bowiem w dniu 2 maja 2018 r., w którym to dniu Odwołanie musi zostać dostarczone do siedziby KIO;

1.5. art. 8 ust.3 Ustawy pzp poprzez odmowę objęcia ochroną jak dla tajemnicy przedsiębiorstwa informacji przekazanych Zamawiającemu wraz z pismem z dnia 12 kwietnia 2018 r.

2. Wskazując na powyższe Odwołujący wniosk:

- o przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści niniejszego odwołania - w tym dowodu z opinii biegłego celem ustalenia faktycznej liczby roboczogodzin niezbędnych dla przeprowadzenia podziału nieruchomości gruntowych;

- o uwzględnienie niniejszego odwołania, a w konsekwencji, o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia w dniu 27 kwietnia 2018 r. złożonej przez Konsorcjum Oferty,
2. dokonania ponownej oceny złożonych Ofert, z uwzględnieniem zastrzeżeń zgłoszonych w niniejszym piśmie, z zachowaniem zasad równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji,
3. objęcie ochroną przewidzianą dla tajemnicy przedsiębiorstwa informacji przekazanych Zamawiającemu wraz z pismem z dnia 12 kwietnia 2018 r.

Ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą wszystkich zarzutów przedstawionych poniżej, wnoszę o zobowiązanie Zamawiającego do wezwania Konsorcjum do złożenia dodatkowych wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, z precyzyjnym wskazaniem przez Zamawiającego elementów, które budzą jego wątpliwości co do rażąco niskiej ceny.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wniosk o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości oraz o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy, a nadto, o przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w treści niniejszego odwołania, na okoliczność ich treści.

3. Kopia niniejszego odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 2 maja 2018 r. na dowód czego w załączeniu przedkładam otrzymane od Zamawiającego w ww. dacie potwierdzenie nadania korespondencji e-mail;

4. Termin dla wniesienia odwołania

Odwołujący wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia odwołania powziął w dniu 27 kwietnia 2018 r., w którym to dniu Zamawiający przesłał do Konsorcjum drogą elektroniczną Informację o Odrzuceniu Oferty.

Uwzględniając powyższe, termin na wniesienie niniejszego odwołania, o którym mowa w art. 182 ust 1 w. zw. z art. 14 ust. 2 Ustawy Pzp został dochowany.

5. Interes we wniesieniu niniejszego odwołania

Konsorcjum posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, albowiem w przypadku uwzględnienia wniosków wskazanych powyżej, Oferta Konsorcjum zostanie poddana dalszej ocenie, zgodnie z przedstawionym w treści SIWZ kryterium oceny ofert, w wyniku której może - a w ocenie Wykonawcy zostanie na pewno - uznana za najkorzystniejszą z ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu.

Zaproponowana przez Konsorcjum cena wykonania zamówienia była bowiem najniższą z wartości przedstawionych przez innych Oferentów. Okres rękojmi (76 miesięcy) był natomiast identyczny jak u pozostałych wykonawców.

Odwołujący podkreślił, iż do odrzucenia Oferty Wykonawcy doszło przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej tj. przed przyznaniem punktów w ramach wyszczególnionych w treści SIWZ kryteriów). Odrzucenie Oferty Konsorcjum na tym etapie postępowania pozbawia zatem Konsorcjum prawa do poddania Ocenie jego Oferty i zestawieniu należnych mu pkt z drugą ofertą pozostawioną w postępowaniu, a w konsekwencji, pozbawia go prawa możliwości uzyskania zamówienia.

Powyższe w sposób bezsporny dowodzi interesu Odwołującego i w myśl art. 179 ust. 1 Ustawy Pzp legitymuje do wniesienia odwołania.

Uzasadnienie

W niniejszym postępowaniu, zgodnie z treścią opublikowanej w dniu 23 lutego 2018 r. Informacji z Otwarcia Ofert, o udzielenie Zamówienia ubiegało się sześć podmiotów:

- 1.) Odwołujący się, z proponowaną ceną realizacji zamówienia 421 398,00 zł
- 2.) HIGHWAY Sp. z o.o. 80-297 Banino, ul. Złota 20 z ceną ofertową 1 553 244,00 zł
- 3.) YOUR INVESTMENT Sp. z o.o. z ceną ofertową 428 778,00 zł
- 4.) Konsorcjum Firm Lider konsorcjum: URBAN MEDIA, E. U. z ceną ofertową 698 886,00 zł
- 5.) ARKAS - PROJEKT Sp. z o.o. sp.k - z ceną ofertową 769 980,00 zł
- 6.) oraz BUDOVIA Sp. z o.o. sp.k., oferująca wykonanie przedmiotu zamówienia za kwotę 730 989,00 zł.

Zamawiający oświadczył, iż na realizację przedmiotu zamówienia zamierza przeznaczyć 706 096,05 zł brutto.

Oferta firmy HIGHWAY Sp. z o o pismem z dnia 27 kwietnia 2018 r. została odrzucona z uwagi na niezgodność z treścią SIWZ W treści informacji o odrzuceniu Oferty Zamawiający wskazał, iż została ona sporządzona w sposób wadliwy gdyż przekracza ona limity określone przez Zamawiającego w treści SIWZ (pkt. 15 Instrukcji dla Wykonawców). Z tej samej przyczyny odrzucono także ofertę złożoną przez URBAN MEDIA.

ARKAS - PROJEKT Sp. z o.o. sp.k nie wyraził zgody na wydłużenie terminu związania ofertą, a ofertę złożoną przez firmę YOUR INVESTMENT Sp. z o.o. odrzucono z uwagi na (rzekomo) rażąco zaniżenie ceny. W konsekwencji - po odrzuceniu oferty Odwołującego się, w postępowaniu "została" jedynie lokalna firma BUDOVIA Sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Łodzi, z ceną ofertową 730 989,00 zł.

Z uwagi jednak na dość niespójną argumentację przedstawioną w treści ww. pisma z dnia 27 kwietnia 2018 r., wniesienie niniejszego odwołania jest konieczne i uzasadnione. Wykluczenie wszystkich Oferentów zaangażowanych w niniejsze postępowanie wskazuje bowiem na stronniczość i brak obiektywizmu Zamawiającego, który - w odniesieniu do Konsorcjum - instrumentalnie wykorzystując instytucję badania "rażąco niskiej ceny", w sposób naruszający wskazane w petitum odwołania przepisy Ustawy pzp pozbawił Odwołującego się możliwości ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

I. STAN FAKTYCZNY SPRAWY

Pismem z dnia 5 kwietnia 2018 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1a pkt. 1 oraz art. 87 ust. 1 Ustawy pzp, w celu ustalenia, czy oferta "zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ".

W treści ww. pisma Zamawiający wezwał Wykonawcę m.in. do wyjaśnień, czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w Opisie Przedmiotu Zamówienia, a cena ofertowa zawiera wszystkie związane z tym niezbędne do poniesienia koszty. W szczególności Zamawiający zwrócił uwagę na konieczność podania:

- 1.) oszczędności metody wykonania zamówienia
- 2.) wybranych rozwiązań technicznych
- 3.) wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia
- 4.) oryginalności projektu wykonawcy
- 5.) kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę
- 6.) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
- 7.) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 8.) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 9.) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zamawiający zwrócił się nadto o wyjaśnienie szczegółów dotyczących kosztów wskazanych etapów i opracowań projektowych, wyszczególnionych pod pozycją 3.2, 3.2.1, 3.3.2 i 3.6.

Podkreślić przy tym należy, iż ww. wezwanie zostało skierowane do Wykonawcy z uwagi na fakt, iż cena brutto oferty Wykonawcy w porównaniu ze średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert była rzekomo niższa od średniej arytmetycznej o 67,18 % (przy średniej cenie brutto wyliczonej z ofert złożonych w postępowaniu oszacowanej przez Zamawiającego na kwotę 1 284 017,50 zł). Zamawiający jednak - obok oczywistych błędów rachunkowych w obliczeniu ww. wartości, która prawidłowo powinna wynieść 45,07% (średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert wynosi 767 212,50 zł), nie dostrzegł, że najwyższa z Ofert złożonych w postępowaniu na kwotę 1 553 244,00 zł została odrzucona z uwagi na niezgodność treści oferty z założeniami wskazanymi w SIWZ. Przy uwzględnieniu zaś wyłącznie ofert, których cena została obliczona w sposób prawidłowy, Zamawiający powinien przyjąć, iż wartość oferty Konsorcjum niższa była o 28 %. Z uwagi na powyższe, brak było podstaw do przyjęcia domniemania, iż oferta zawiera cenę rażąco niską.

Powyższe wskazuje wyraźnie, iż Zamawiający podejmował decyzje w przekonaniu, iż Oferta złożona przez Konsorcjum odbiega od średniej o ponad 67 %. co mogło stworzyć błędne wrażenie jej wadliwości. W rzeczywistości jednak różnica pomiędzy poszczególnymi ofertami, które zostały sporządzone poprawnie, zgodnie z treścią SIWZ. nie jest znaczna. Zwłaszcza biorąc pod uwagę charakter usługi na której cenę w znacznej mierze składają się koszty osobowe) oraz ogólnokrajowy charakter zamówienia - w przetargu wzięły udział firmy z kilku województw pomorskie, małopolskie, łódzkie, warmińsko-mazurski, lubelskie. Oczywistym jest zatem, iż przyjmowane stawki za roboczogodziny w poszczególnych regionach będą się od siebie różnić. Wątpliwości Zamawiającego co do realności ceny oferty były zatem nieuzasadnione.

Pomimo powyższego, pismem z dnia 12 kwietnia r. Wykonawca w odpowiedzi na ww. wezwanie przesłał do Zamawiającego obszernie, 21-stronicowe wyjaśnienia, i ustosunkował się do wszystkich wątpliwości Zamawiającego. Wykonawca podkreślił przy tym w treści ww. pisma, iż zaproponowana przez niego cena uwzględnia wszystkie elementy opisane w SIWZ oraz że nie jest rażąco niska. Wraz z ww. oświadczeniem, Konsorcjum przedstawiło bardzo szczegółowe wyliczenia, podając ceny jednostkowe kosztów składających się na globalną wartość oferty.

W dniu 27 kwietnia 2018 r. Odwołujący się otrzymał od Zamawiającego informację wskazującą, iż jego oferta Wykonawcy została odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 Ustawy pzp.

W treści ww. Informacji wskazano, iż Wykonawca nie złożył szczegółowych wycień kosztowych, pomimo, iż Zamawiający takich wyjaśnień wymagał. Nie dzielając dość niespójnej i nielogicznej argumentacji przedstawionej w ww. piśmie oraz dostrzegając szereg uchybień proceduralnych, wskazanych w petitum niniejszego pisma, Konsorcjum nie zgadza się z wynikami dokonanej oceny i podnosi, co następuje:

II. ZARZUT BŁĘDU W USTALENIACH FAKTYCZNYCH, POLEGAJĄCY NA UZNANIU, IŻ OFERTA WYKONAWCY ZAWIERA RAŻĄCO NISKĄ CENĘ.

W pierwszej kolejności Odwołujący się wskazuje, iż zgodnie z przyjmowaną w doktrynie definicją, ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. W orzecznictwie wielokrotnie podkreślano, że o cenie rażąco niskiej można mówić jedynie wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. (Tak przykładowo: Prawo zamówień publicznych red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak).

Cena ofertowa zaproponowana przez Odwołującego się nie jest nierealistyczna, nierynkowa czy też oderwana od realiów, gdyż odpowiada wartościom przyjmowanym w innych, podobnych przetargach, po wygraniu których Wykonawca realizował prace podobne.

W treści wyjaśnień Konsorcjum wskazało, iż m.in. lecz nie wyłącznie, brało udział w realizacji zamówienia na wykonanie prac projektowych dla dróg oznaczonych numerem:

DW 671 - zadanie polegało na rozbudowie drogi wojewódzkiej o długości 5km (sieci kanalizacja deszczowa, elektryczna, oświetlenie, podziały działek - 9szt) - kwota 162 360,00 brutto

DW 992 - zadanie polegało na budowie nowego odcinka drogi wojewódzkiej o dł. ~2,1 km, (sieci: kanalizacja deszczowa, wodociągowa, , teletechniczna, elektryczna (średniego napięcia, niskiego), oświetlenie, podziały działek 102szt. - kwota 293 355,00 brutto

DW 309 - zadanie polegało na rozbudowie drogi wojewódzkiej o długości ~1.5km (sieci: kanalizacja deszczowa, sanitarna , wodociągowa, , teletechniczna, elektryczna (średniego napięcia, niskiego), podziały działek 64szt - kwota 270 600,00 brutto

Zakres zadań realizowanych w ramach ww. postępowań był podobny do czynności koniecznych do podjęcia w ramach postępowania objętego niniejszym sporem. W oparciu o zdobyte doświadczenie Wykonawca potrafi zatem oszacować faktyczny koszt wykonania podziału nieruchomości czy opracowania ROŚ. Niezaprzeczalnym i mającym odzwierciedlenie w treści dokumentacji przetargowej jest zatem fakt, że Wykonawca wykonał uprzednio podobne prace projektowe, co świadczy o doświadczeniu w projektowaniu podobnych inwestycji, a zatem i doświadczeniu w kalkulacji ich wartości.

Z daleko idącej ostrożności Wykonawca w tym miejscu podkreśla, iż w treści złożonych przez siebie wyjaśnień wskazał, że w toku wyceny oferty posiłkował się wartościami podanymi w „Środowiskowych Zasadach Wycen Prac Projektowych”, które nie są co prawda oficjalnym cennikiem tego typu usług, niemniej jednak bez wątpienia, jako pochodzące od renomowanej, funkcjonującej na rynku od wielu lat instytucji, winny być rzeczowym punktem odniesienia przy ocenie realności podanych przez Wykonawcę kosztów. Zamawiający nie zakwestionował w treści przesłanego do Wykonawcy pisma możliwości oparcia obliczeń o elementy cenotwórcze wskazane w ww. opracowaniu (różnicującym ceny w zależności od długości drogi oraz parametru trudności/klasy drogi), a zatem nie można uznać, by oszacowana na tej podstawie kalkulacja kosztów pracy była zaniżona. Wątpliwości Zamawiającego sprowadzały się raczej do ilości przyjętych godzin pracy.

Zamawiający nie wskazał jednak, dlaczego podaną przez Wykonawcę liczbę godzin uznał za nierealną. Lapidarnie jedynie uznał, iż "zaniżony jest również czas pracy zespołu przeznaczony na prace kameralne w biurze" Szacowana przez Wykonawcę liczba roboczogodzin poświęconych na wykonanie, jakby nie patrzeć, powtarzalnych i rutynowych czynności określonych w pozycji nr 3.3.1 podana została w sposób rzetelny i poprawny.

Z uwagi na powyższe Wykonawca w tym miejscu z daleko idącej ostrożności wnosi o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego celem ustalenia rzeczywistej liczby godzin koniecznych dla wykonania robot określonych w pkt. 3.3.1.

Nie można zgodzić się także z argumentacją Zamawiającego, jako "nie podano kosztów stałych, materiałowych, amortyzacji sprzętu i zakładanego zysku". Wyjaśnienia w tym zakresie zostały złożone bowiem na karcie 8 - 12 pisma z dnia 12 kwietnia 2018 r.

Zamawiający nie wziął także pod uwagę "nadwyżek" z innych pozycji kosztorysowych, które wynikały z minimalnego poziomu procentowego poszczególnych pozycji oferty. Jedynie przykładowo wskazać należy, iż szacując czas pracy na udzielenie odpowiedzi na etapie

procedury przetargowej na wykonawcę robót na 40 rbg, Wykonawca przyjął koszty na poziomie niespełna 2 000 zł netto. W kwocie oferty uwzględniono jednak wartość 20 000 zł netto - pomimo, iż konsultacje na etapie realizacji robót z całą pewnością nie będą tyle kosztować.

Zamawiający całkowicie zbagatelizował także fakt, iż obok wyjaśnienia poszczególnych pozycji składających się na globalną cenę brutto Wykonawca wskazał na wiele okoliczności towarzyszących, które rzutują na wysokość wynagrodzenia, a to m.in.:

- liczne dotacje z urzędem pracy, które obniżają w sposób istotny koszty pracy - specjalistyczne oprogramowanie przyspieszające i usprawniające pracę projektantów na etapie realizacji zadania, m.in. Civil 3D (specjalistyczne programowanie do projektowania obiektów inżynierii wodnej i lądowej oraz tworzenia dokumentacji budowy) oraz NormaPro
- posiadanie autorskiego programu do projektowania organizacji ruchu, inwentaryzacji zieleni, analiz ruchu, badań geotechnicznych itd. (szerszy opis części programu dostępny na stronie internetowej Wykonawcy http://www.lispus.pl/znaki_drogowe.php]

W konsekwencji, uzasadniony jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Ustawy pzp polegający na nieuprawnionym odrzuceniu Oferty Wykonawcy pomimo, iż nie zawierała ona rażąco niskiej ceny w rozumieniu ww. przepisu, gdyż po pierwsze, odpowiadała ona wartościom rynkowym, pod drugie - gdyż Wykonawca wykazał, że cenę oszacował należycie.

III. ZARZUT BŁĘDU W USTALENIACH FAKTYCZNYCH POLEGAJĄCY NA PRZYJĘCIU, IŻ ZŁOŻONE PRZEZ KONSORCJUM PISMO "NIE MOŻE BYĆ UZNANE JAKO ZŁOŻENIE WYJAŚNIEŃ POTWIERDZAJĄCYCH, ŻE OFERTA NIE ZAWIERA RAŻĄCO NISKIEJ CENY W STOSUNKU DO PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA'*

Odwołujący nie może nadto zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, iż w odpowiedzi na otrzymane zapytanie nie udzielił szczegółowych informacji, pozwalających na rozwianie wątpliwości Zamawiającego co do rażąco niskiej ceny.

Przede wszystkim nie można zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego zamieszczonym na k. 6 ww. Informacji z dnia 27 kwietnia 2014 r., iż wyjaśnienia Wykonawcy nie były dostatecznie umotywowane i przekonujące. Stopień szczegółowości podanych na 21 stronach wyjaśnień uznać należy bowiem za co najmniej wystarczający.

Nie można zatem uznać, by podane przez Wykonawcę w treści wyjaśnień informacje nie pozwały na stwierdzenie, iż cena oferty została skalkulowana w sposób należyty.

IV. ZARZUT BŁĘDU W USTALENIACH FAKTYCZNYNCY POLEGAJĄCY NA UZNANIU, IŻ OFERTA WYKONAWCY ZAWIERA RAŻĄCO NISKĄ CENĘ, GDYŻ "JEST NIŻSZA OD ŚREDNIEJ ARYTMETYCZNEJ CEN ZŁOŻONYCH OFERT O 67,18 %"

Niezależnie od powyższego Konsorcjum dodatkowo podnosi zarzut błędu w ustaleniach faktycznych polegający na uznaniu, iż oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, gdyż "jest niższa od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert o 67,18%".

Przypomnieć należy, iż zamawiający dokonał powyższych ustaleń, przyjmując że średnia cena brutto wyliczonej z ofert złożonych w postępowaniu oszacowanej przez Zamawiającego wynosi 1 284 017,50 zł. Poprawnie przeprowadzone działania arytmetyczne nakazują natomiast przyjąć, iż średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert wynosi 767212.50 zł (45,07% różnicy), a średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert niezawierających błędu w obliczeniu ceny - 587786.25zł tj. 28.31 % różnicy.

Powyższe błędy świadczą bądź to o pośpiechu/niechlujności Zamawiającego, co z kolei rzutuje na rzetelność dokonanej oceny ofert ogółem, bądź to o intencjonalnym działaniu mającym na celu stworzenie wrażenia znacznej różnicy cenowej, uzasadniającej odrzucenie oferty. Poprawnie przeprowadzone obliczenia wskazują bowiem, iż różnica pomiędzy poszczególnymi ofertami nie była znaczna.

V. ZARZUT BŁĘDU W USTALENIACH FAKTYCZNYNCY POLEGAJĄCY NA UZNANIU, IŻ OFERTA WYKONAWCY ZAWIERA RAŻĄCO NISKĄ CENĘ, GDYŻ "JEST NIŻSZA OD CENY USTALONEJ PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO WARTOŚCI ZAMÓWIENIA, POWIĘKSZONEJ O NALEŻNY PODATEK OD TOWARÓW I USŁUG, O 40,32 %"

Zamawiający błędnie przyjął, że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, gdyż "jest niższa od ceny ustalonej przez zamawiającego wartości zamówienia, powiększonej o należny podatek od towarów i usług, o 40,32 %"

Podnieść należy, że Zamawiający dla ww. obliczeń nie porównał ceny z oferty Konsorcjum z oszacowaną wartością zamówienia, lecz z kwotą, jaką zamierzał przeznaczyć na jego realizację. Są to natomiast dwie różne wartości.

VI. ZARZUT BŁĘDU W USTALENIACH FAKTYCZNYNCY POLEGAJĄCY NA BEZPODSTAWNYM UZNANIU, IŻ NIE JEST MOŻLIWE WYKONANIE RAPORTU ODDZIAŁYWANIA NA ŚRODOWISKO ZA WYNAGRODZENIE W KWOCIE 1000 zł.

Zamawiający ponadto bezpodstawnie uznał iż nie jest możliwe wykonanie Raportu Oddziaływania na Środowisko za wynagrodzenie w kwocie 1000 zł. Konsorcjum ponownie jednak wskazuje i podkreśla, że treść ww. dokumentu powieliła znaczną część informacji opracowaną uprzednio na potrzeby Karty Informacyjnej Przedsięwzięcia.

Nie można w tym zakresie zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, iż "ROS porusza kilka nowych zagadnień, nie poddanych analizie na etapie KIP-u

- kompensacje przyrodnicze
- analiza oddziaływania na zabytki
- odniesienie do strategicznych dokumentów
- analiza korytarzy ekologicznych itd.",

Żaden element dokumentacji przetargowej nie wskazuje, by w okolicy znajdowały się zabytki, w stosunku do których należałoby ocenić oddziaływanie prowadzonej inwestycji. Przez teren inwestycji nie przebiegają także żadne korytarze ekologiczne, które wymagałyby analizy. Zarzuty Zamawiającego co do nie uwzględnienia w kosztach wyceny ceny opracowania ww. elementów są zatem bezpodstawne.

Z ostrożności Wykonawca w tym miejscu wskazuje, iż opracowania KIP w praktyce zawodowej realizuje w zakresie szerszym niż jest wskazany w rozporządzeniu, które zawiera jedynie informacje o minimalnej treści ww. dokumentu. Wykonawca w ramach ww. analizy przeprowadza inwentaryzację przyrodniczą z której czerpie wnioski do KIP, na podstawie którego składany jest wniosek o wydanie decyzji środowiskowej. Szeroki zakres opracowania KIP wielokrotnie pozwolił Wykonawcy na przekonanie organu do odstąpienia od sporządzania ROŚ, dlatego też taka praktyka jest stosowana niemalże przy każdej inwestycji. Z uwagi na powyższe, całkowicie uprawnione i usprawiedliwione jest twierdzenie Wykonawcy, iż koszt uzupełnienia KIP o niezbędne dane celem wytworzenia ROŚ (o ile będzie wymagane) nie powinien przekroczyć 1 000 zł.

VII. ZARZUT NARUSZENIA ART. 90 UST. 1A USTAWY PZP POPRZEZ OBLICZENIE ŚREDNIEJ ARYTMETYCZNEJ WSZYSTKICH OFERT ZŁOŻONYCH W TOKU POSTĘPOWANIA Z UWZGLĘDNIENIEM WARTOŚCI OFERT ODRZUCONYCH Z UWAGI NA BŁĄD W OBLICZENIU CENY.

Z daleko idącej ostrożności Wykonawca w tym miejscu dodatkowo wskazuje, iż jakkolwiek w treści art. 90 ust. 1 pkt. 1 zd. 2 jest mowa o konieczności obliczenia średniej arytmetycznej cen "wszystkich złożonych ofert", to jednak zakładając racjonalność ustawodawcy nie można uznać, by oczekiwał on porównywania cen ofert poszczególnych wykonawców z ofertami odrzuconymi z uwagi na błędy w obliczeniu ceny. Oferta, która została w sposób oczywisty

skalkulowana w sposób sprzeczny z oczekiwaniami Zamawiającego co do dopuszczalnych limitów poszczególnych pozycji kosztorysowych nie może w tym przypadku stanowić punktu odniesienia dla innych Wykonawców. Literalna wykładnia ww. przepisu w niniejszym kontekście sytuacyjnym prowadzi do absurdalnych i nielogicznych wniosków, stąd też w oparciu o wykładnię celowościową (teleologiczna), skupiającą się na celu, jaki ma realizować przepis, uznać należy, iż przepis dotyczy średniej arytmetycznej wszystkich Ofert złożonych w postępowaniu (bez względu na ich merytoryczną czy formalną poprawność), jeżeli tylko ich cena została skalkulowana zgodnie ze SIWZ.

W ocenie Wykonawcy, przy obliczaniu średniej arytmetycznej, jako wymiernej wartość/miary położenia rozkładu i miary tendencji centralnej, dla uzyskania poprawnego wyniku, wszystkie podane w liczniku dane powinny być poprawne. Podanie przy obliczeniu średniej ceny ofert złożonych w postępowaniu (w celu obliczenia średniej wartości ceny usługi) powinno zatem uwzględniać, z przyczyn oczywistych, jedynie ceny usług obliczone w sposób poprawny. Tylko bowiem takie ceny powinny są wymiernym punktem odniesienia dla oceny realności podanych w treści ofert wartości. Ceny oczywiście wadliwe - m.in. z uwagi na wskazywane przez Zamawiającego w treści pisma z dnia 27 kwietnia 2018 r. niezgodności (m.in. oferta HIGHWAY Sp. z o o), nie powinny być liczone.

Nie bez powodu nowelizacją Ustawy Pzp z 2016 r. ustawodawca do wyżej wymienionej obligatoryjnej przesłanki skutkującej koniecznością wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, dodał zastrzeżenie, że rozbieżności wynikające z okoliczności oczywistych nie będą wymagały wyjaśnienia.

Powyższe potwierdza nadto zasadność postawienia Zamawiającemu zarzutu naruszenia art. 90 ust 1a Ustawy Pzp poprzez uznanie, iż cena Oferty Konsorcjum jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych Ofert, pomimo iż ww. rozbieżność wynikała z okoliczności oczywistych, które nie wymagały wyjaśnienia.

Jako jedyna - Spółka Highway Sp. z o o złożyła ofertę ponad dwukrotnie wyższą od pozostałych ofert złożonych w postępowaniu (oraz od kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia), co w sposób istotny i oczywisty zawiążyło średnią wszystkich ofert. Okoliczność ta powinna być wzięta pod uwagę przez Zamawiającego.

VIII. ZARZUT BŁĘDU W USTALENIACH FAKTYCZNYCH, POLEGAJĄCY NA STWIERDZENIU, IŻ WYKONAWCA PRZYJĘCIU, ŻE WYKONAWCA "NIE OBALIŁ DOMNIEMANIA, ŻE OFERTA ZAWIERA RAŻĄCO NISKĄ CENĘ W STOSUNKU DO PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA ",

W ocenie Odwołującego, w niniejszej sprawie, na skutek nieuprawnionego i zbyt formalistycznego zastosowania art. 90 ust. 1a pkt. 1 zd. 2 Ustawy pzp, wadliwie przyjęto, iż cena jest rażąco niska, a w konsekwencji, że istnieje domniemanie "rażąco niskiej ceny".

W treści wezwania do udzielania wyjaśnień Zamawiający wskazał, iż powziął podejrzenie rażącego zaniżenia ceny w oparciu o kryterium, dla którego punktem odniesienia jest średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert. Zamawiający nie wskazał jednak, by uważał globalną cenę oferty za rażąco niską w rozumieniu art. 90 ust. 1 Ustawy pzp, a jedynie że cena Oferenta odbiega od średniej arytmetycznej obliczonej nota bene z uwzględnieniem wartości oferty odrzuconej z uwagi na błędy w obliczeniu ceny. Zakwestionowano natomiast jedynie część cen jednostkowych, które - jakkolwiek obliczone poprawnie - nie były istotne dla całej wartości zadania.

W ocenie Wykonawcy, o rażąco niskiej cenie (i domniemaniu rażąco niskiej ceny) można mówić jedynie w sytuacji, w której zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Powyższe wynika wprost z treści art. 90 ust. 1 Ustawy Pzp. Sama różnica wartości ofert, przy uwzględnieniu średniej arytmetycznej, obliguje jedynie Zamawiającego do wyjaśnienia ww. kwestii, jednak nie stwarza ex lege domniemania, o którym mowa powyżej. Zwłaszcza, jeżeli zakwestionowane części składowe nie były istotne.

W orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, iż obowiązek złożenia wyjaśnień przez wykonawcę wynika ze zmiany rozkładu ciężaru dowodu, związanym ze wzruszalnymi domniemaniami dotyczącymi ceny lub kosztu oferty: "Co do zasady istnieje domniemanie poprawności kalkulacji ceny zawartej w złożonej ofercie jak i domniemanie co do tego, że nie ma ona charakteru rażąco niskiej. To domniemanie zakłada, że oferty wskazują ceny za wykonanie zamówienia skalkulowane w sposób rynkowy, obejmujące wszystkie koszty wykonania zamówienia ponoszone przez wykonawcę a także pewien zysk. Jednakże, z momentem powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do tego, czy w konkretnej sytuacji cena nie ma charakteru rażąco niskiej, i wyrażenia tej wątpliwości w formie wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 PrZamPubl. powyższe domniemanie zostaje obalone i to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że cenę skalkulowano w sposób rynkowy. Rzeczą wykonawcy jest - w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 PrZamPubl - udzielenie wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny, a brak tych wyjaśnień czy też złożenie wyjaśnień nieprzekonujących, że cena w danej sytuacji nie ma charakteru rażąco niskiej, skutkować

winny odrzuceniem oferty na podstawie art 90 ust 3 PrZamPubl" (wyr. KIO z 1.7.2013 r., KIO 1439/13).

Również w uzasadnieniu orzeczenia KIO z dnia 14.5.2013 r. (KIO 960/13) wskazano, iż "Wszczęcie procedury określonej w art. 90 ust. 1 Ustawy Pzp ustanawia domniemanie zaoferowania przez wykonawcę ceny rażąco niskiej", jednak dla wszczęcia ww. procedury niezbędne jest powzięcie tychże wątpliwości co do realności ceny. Samo wypełnienie obowiązku z art. 90 ust. 1a nie stwarza w ocenie Wykonawcy ww, domniemania, a w konsekwencji, nie nakłada na wykonawcę obowiązku jego obalenia. Domniemanie powstaje bowiem jedynie w przypadku powzięcia wątpliwości co do realności ceny, a takie wątpliwości w toku niniejszego postępowania nie powstały. Zamawiający nie wskazał bowiem na żadne okoliczności by bądź to globalna cena oferty, bądź to istotne części składowe. były za niskie. Powyższe świadczy nadto o naruszeniu przez Zamawiającego art. art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust 3 ustawy pzp poprzez jego wadliwą wykładnię skutkującą bezpodstawnym uznaniem, iż treść ww. przepisu uprawnia czy też wręcz obliguje Zamawiającego do przyjęcia a priori domniemania rażąco niskiej ceny z uwagi na ponad 30 % różnicę w średniej arytmetycznej ofert, w sytuacji, w której ww. przepis nakazuje jedynie Zamawiającemu uzyskanie wyjaśnień (przyjrzenie się sprawie).

Z uwagi na powyższe, nie można obciążyć Wykonawcy konsekwencjami "nieobalenia" ww. domniemania. W konsekwencji, w sytuacji, w której w ocenie Zamawiającego Wykonawca powinien uzupełnić złożone wyjaśnienia o poszczególne kwestie, powinien go do tego dodatkowo wezwać (o czym dalej).

IX. ZARZUT NARUSZENIA ART. 90 UST. 1A PKT. 1 ORAZ ART. 87 UST. 1 W ZW. Z ART. 7 USTAWY PZP ORAZ ART. 92 UST. 1 PKT. 3 W ZW. ART. 89 UST. 1 PKT. 2 I 4 USTAWY PZP POPRZEZ NIEPRECYZYJNE I NIEJASNE OPISANIE WYMAGAŃ ZAMAWIAJĄCEGO CO DO TREŚCI OCZEKIWANYCH WYJAŚNIEŃ W PRZEDMIOCIE RAŻĄCO NISKIEJ CENY

Z daleko idącej ostrożności Odwołujący się podnosi, iż Zamawiający wymagał od niego jedynie, by wskazał elementy kalkulacji ceny odnoszące się do:

- geotechnicznych warunków posadowienia obiektów budowlanych
- dokumentacji geodezyjnej i kartograficznej związanej z przejęciem na rzecz SP nieruchomości (poz. 3.3.1, 3.3.2)
- Raportu Oddziaływania na środowisko

Wykonawca udzielił odpowiedzi na ww. pytania oraz dodatkowo wyjaśnił wszystkie istotne elementy cenotwórcze. Pomimo powyższego, Zamawiający zarzucił Wykonawcy, że

przedstawione przez niego informacje są niekompletne lub wadliwe. Zamawiający nie wymagał przy tym - przykładowo - by Wykonawca podał "koszty stałe, materiałowe, amortyzacji sprzętu", stąd też nie może czynić z ww. tytułu Wykonawcy zarzutu.

Jeżeli Zamawiający wymagałby wyjaśnienia poszczególnych cen aż w takim stopniu szczegółowości, to w ocenie Odwołującego się, powyższe powinno precyzyjnie zostać opisane w treści otrzymanego zawiadomienia. Wykonawcy nie mogą się bowiem domyślać się podstaw decyzji zamawiającego ani domniemywać zakresu stwierdzonych przez niego nieprawidłowości w złożonych dokumentach. (Tak też: Wyrok KIO z dnia 20 lipca 2015 r., KIO 1429/15]. Uzasadnienie, a także podstawa prawna dokonanej przez zamawiającego czynności, które pozostawiają daleko idący niedosyt informacyjny, co do tego uzasadnienia, czyni zasadnym zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907]. (Por. Wyrok KIO z dnia 17 czerwca 2015, KIO 1117/15].

Powyższe uzasadnia wniosek - w przypadku niepodzielenia przez KIO argumentacji wskazanej na wstępie pisma, o zobowiązanie Zamawiającego do ponownego wezwania Wykonawcy do wyjaśnienia treści złożonej przez niego Kalkulacji Kosztów, jeżeli w ocenie Zamawiającego w jakimś zakresie nie spełniła ona jego dość niejasno opisanych oczekiwań. Wszak w treści wyroku KIO z dnia 12 maja 2014 r. (KIO 785/14] wskazano wprost, iż wyjaśnienia nie muszą być jednoetapowe, gdyż w miarę uzyskiwania wyjaśnień mogą powstać kolejne pytania." Podobnie, w wyroku z dnia 7 kwietnia 2014 r. (KIO 572/14] wskazano, iż w sytuacji, w której "wezwanie zamawiającego było niejasne lub miało charakter ogólny, skutkiem czego wyjaśnienia wykonawcy nie są dostateczne, Zamawiający może zadać dodatkowe pytanie". W podobnym tonie wypowiedział się Sąd Okręgowy w Olsztynie w Wyroku z dnia 9 grudnia 2010 r. (V Ga 122/10], podnosząc, iż dopuszczalne jest badanie poszczególnych elementów złożonych w ww. trybie wyjaśnień. Zaniechanie Zamawiającego "dopytania" Wykonawcy o ewentualne kwestie, które w jego ocenie czyniły złożone wyjaśnienia "niepełnymi" czy "niejasnymi", także stanowi istotne uchybienie proceduralne.

X. ZARZUT NARUSZENIA ART. 90 UST. 1A PKT. 1 ORAZ ART. 87 UST. 1 W ZW. Z ART. 7 USTAWY PZP POPRZEZ ZANIECHANIE WYKONAWCY DO ZŁOŻENIA WYJAŚNIEŃ W PRZEDMIOCIE KOSZTÓW PODZIAŁU DZIAŁEK (POZYCJA 3.3.1) ORAZ DOKUMENTACJI GEODEZYJNEJ, JEŻELI ZŁOŻONE WYJAŚNIENIA ZAMAWIAJĄCY UZNAŁ ZA NIEPEŁNE

Z uwagi na powyższe, Wykonawca podnosi, iż nie został wezwany do złożenia dodatkowych wyjaśnień w przedmiocie kosztów podziału działek oraz dokumentacji geodezyjnej, pomimo że Zamawiający uznał wcześniej złożone wyjaśnienia za niepełne.

W orzecznictwie podkreśla się, że „w sytuacji, gdy wezwanie zamawiającego było niejasne lub miało charakter ogólny, skutkiem czego wyjaśnienia wykonawcy nie są dostateczne, zamawiający może zadać dodatkowe pytanie. W podobnym tonie wypowiedział się także Sąd Okręgowy w Olsztynie w cytowanym już wyroku z dnia 9 grudnia 2010 r. (V Ga 122/10). Zdaniem Izby dopuszczalne jest również dodatkowe badanie poszczególnych elementów wyjaśnień, lecz nie uzupełnianie wyjaśnień”. Wyrok KIO z 7 kwietnia 2014 r. (KIO 572/14) (por. Wyrok KIO z 12 maja 2014 r. (KIO 785/14)

W sprawie niniejszej, Zamawiający zaniechał wezwania do uzupełnienia wyjaśnień i nie zadał wykonawcy dodatkowych pytań, pomimo iż uznał, iż wyjaśnienia w ww. zakresie były niepełne.

XI. ZARZUT NARUSZENIA ART. 7 UST. 1 I 2 W ZW. Z ART. 8 UST. 1 USTAWY PZP POPRZEZ PRZEKAZANIE KONSORCJUM INFORMACJI O ODRZUCENIU OFERTY W DNIU 27 KWIETNIA 2018 R. (W PIĄTEK) O GODZ. 15.44 PO POŁUDNIU, CO - Z UWAGI NA DŁUGI MAJOWY WEEKEND, DAJE KONSORCJUM ZALEDWIE JEDEN DZIEŃ ROBOCZY (30 KWIETNIA BR) NA OPRACOWANIE I WNIESIENIE NINIEJSZEGO ODWOŁANIA. 5 DNIOWY TERMIN NA ZASKARŻENIE CZYNNOŚCI ZAMAWIAJĄCEGO UPŁYWA BOWIEM W DNIU 2 MAJA 2018 R.

Przesłanie zawiadomienia w ww. terminie w ocenie Konsorcjum działa na szkodę wszystkich wykluczanych z postępowania wykonawców, którzy od ww. decyzji chcieliby się odwołać. Termin dla należytego opracowania zarzutów i analizy akt sprawy - w tym w szczególności innych ofert i sposobu obliczenia przez innych wykonawców poszczególnych pozycji kosztorysowych, w kontekście poniesionych przez Zamawiającego wątpliwości, był zbyt krótki.

Potwierdza to chociażby fakt, iż do dnia dzisiejszego Wykonawca nie otrzymał od Zamawiającego kserokopii zażądanych do wzglądu w piśmie z dnia 30 kwietnia 2018 r. dokumentów, które pozwoliłyby dodatkowo podeprzeć argumentację wskazaną w treści niniejszego odwołania.

W ocenie Wykonawcy, na Zamawiającym ciąży ustawowy Obowiązek nie tylko wyznaczania realnych terminów na wykonanie poszczególnych czynności w toku postępowania, tj. terminów możliwych do dotrzymania przez wykonawcę działającego z należytą starannością, lecz także podejmowania innych działań mających na celu umożliwienie Wykonawcom dochowania terminów ustawowych - m.in. poprzez zaniechanie wysyłania zawiadomień w

piątki po godzinie 15.00. Wynika z art. 7 ust. 1 p.z.p., który nakazuje zamawiającemu przeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

XII. ZARZUT NARUSZENIA ART. 8 UST.3 USTAWY PZP POPRZEZ ODMOWĘ OBJĘCIA OCHRONĄ JAK DLA TAJEMNICY PRZEDSIĘBIORSTWA INFORMACJI PRZEKAZANYCH ZAMAWIAJĄCEMU WRAZ Z PISMEM Z DNIA 12 KWIETNIA 2018 R.

Niezależnie od powyższego Konsorcjum wskazuje, iż pismem z dnia 27 kwietnia 2018 r. Zamawiający w sposób nieuprawniony oświadczył, iż ujawni zastrzeżone przez Konsorcjum Informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jakkolwiek ww. czynność nie podlega odrębnemu zaskarżeniu, to jednak z całą stanowczością należy wskazać, iż w toku niniejszego postępowania wskazane w treści wyjaśnień dane nie powinny być ujawnione osobom trzecim.

Wszelkie bowiem wyjaśnienia wykonawcy zawierające kalkulację składników ceny oferty oraz szczegółowy opis w tym zakresie, a ponadto opis czynników wpływających na cenę oferty co do metody wykonania zamówienia, warunków wykonania zamówienia itp, które nie są powszechnie dostępne, mają charakter handlowy, a przez to posiadają istotną wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy (tak przykładowo, zamiast wielu: uzasadnienie Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lutego 2013 r. KIO 293/1, Wyrok KIO: z dnia 1 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 995/12, Wyrok KIO z dnia 20 lipca 2012 r., sygn. akt KIO 1432/12J.W sytuacji zatem, w której zostały zastrzeżone przez Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa, nie powinny być ujawniane innym Oferentem.

Wobec powyższego, Konsorcjum dodatkowo w tym miejscu wnosi o zobowiązanie Zamawiającego do zapewnienia stosownej ochrony przekazanych w treści ww. pisma danych.

W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej jest zasadne i zasługuje na pełne uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Odwołującego oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu

się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę, która została odrzucona przez Zamawiającego. W ramach środka ochrony prawnej Odwołujący podniósł zarzuty zmierzające do zakwestionowania czynności podjętej przez Zamawiającego. W przypadku zaś uwzględnienia odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego.

Izba dopuściła również dowody zawnioskowane przez Odwołującego, a także dowody zawnioskowane i złożone przez Zamawiającego na rozprawie, w tym obejmujące korespondencję z Regionalną Dyрекcją Ochrony Środowiska w Łodzi.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zamawiający wartość szacunkową zamówienia ustalił na poziomie 574.061,83 zł (druk ZP-PN).

W treści SWIZ w Rozdziale 15 zatytułowanym „Opis sposobu obliczenia ceny oferty” w pkt 15.10 Zamawiający wskazał, że: Wynagrodzenie ofertowe za poszczególne etapy Umowy nie może przekroczyć limitów określonych w Zbiorczym Zestawieniu Wynagrodzenia (Formularz 2.1.1a). W przypadku przekroczenia limitów określonych w Zbiorczym Zestawieniu Wynagrodzenia, oferta zostanie odrzucona.

Odwołujący w niniejszym postępowaniu złożył ofertę z ceną ofertową wynoszącą 421.398,00 zł brutto. Ceny pozostałych wykonawców kształtowały się na poziomie:

1. HIGHWAY Spółka z o.o. – 1.553.244,00 zł brutto;
2. YOUR INVESTMENT Spółka z o.o. – 428.778,00 zł brutto;
3. Konsorcjum URBAN MEDIA i REM PROJEKT 698.886,00 zł brutto (po dokonaniu poprawienia ceny przez Zamawiającego 3.864.906,00 zł brutto);
4. ARKAS – PROJEKT Spółka z o.o. Spółka komandytowa – 769.980,00 zł brutto.
5. BUDOVIA Spółka z o.o. Spółka komandytowa – 730.989,00 zł brutto.

Zamawiający w piśmie z dnia 05.04.2018 r. zwrócił się do Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp o złożenie wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. W ramach uzasadnienia wezwania Zamawiający wskazał, co następuje.

Zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r., poz. 1579), zwanej dalej: ustawą Pzp”, w celu ustalenia, czy zaoferowana cena zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ, zwraca się o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny w Państwa ofercie. Zamawiający powziął podejrzenie rażącego zaniżenia ceny w oparciu o kryterium średniej arytmetycznej, dla którego punktem odniesienia jest różnica pomiędzy ceną Państwa oferty, a średnią arytmetyczną wyliczoną z cen złożonych ofert oraz w oparciu o kryterium, dla którego punktem odniesienia jest wartość zamówienia ustalona przez Zamawiającego wraz z podatkiem VAT.

Wątpliwości Zamawiającego wymagające wyjaśnienia budzi niska wartość za wykonanie całości zamówienia, poniżej wymienione elementy oferty.

Cena oferty wynosi 421 398,00 zł brutto, średnia cena wyliczona z ofert złożonych w postępowaniu wynosi 1 284 017,50 zł brutto, natomiast wartość zamówienia ustalona przez Zamawiającego wraz z podatkiem VAT wynosi 706 096,05 zł.

Cena oferty jest niższa od ustalonej przez Zamawiającego wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług 0 40,32% oraz jest niższa od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert 0 67,18%.

W związku z powyższym Zamawiający wniósł o podanie szczegółów dotyczących elementów mających wpływ na wysokości skalkulowanej ceny za wykonanie dokumentacji projektowej

dla przedsięwzięcia: „Rozbudowa drogi krajowej nr 48 na odcinku od skrzyżowania z DP4349E w km 1+222 do skrzyżowania z DG116649E w km 3+608” wraz ze wskazaniem czynników, które zdaniem Wykonawcy mają wpływ na wysokość skalkulowanej ceny oferty wraz z przedstawieniem dowodów, że podane ceny są realne i wiarygodne, jak również wskazania i opisu obiektywnych czynników mających wpływ na wysokość zaoferowanych cen, a w szczególności w zakresie: oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla Wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (DZ. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265), pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zamawiający podkreślił, że przekazane wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i powinny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, a także winny być poparte stosownymi dowodami, tak, aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowości wyliczenia ceny. W szczególności należy wskazać elementy kalkulacji ceny odnoszące się do poszczególnych składowych części zamówienia:

Podsumowując, Zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów składowych oferty mających wpływ na wysokość wyceny, w szczególności wskazania argumentów potwierdzających realność, opłacalność i rynkowość dokonanej wyceny. Prosimy o jednoznaczne wyjaśnienie czy Wykonawca przewiduje wykonanie zamówienia bez poniesienia strat finansowych oraz bez konieczności finansowania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne.

Odwołujący pismem z dnia 12.04.2018 r. (objętym zastrzeżeniem jako tajemnica przedsiębiorstwa) wskazując, m.in., że wycena została dokonana na podstawie wygranych i wykonanych zamówień zgodnych programowo z zamówieniem Inwestora – Zamawiającego oraz Środowiskowych Zasad Wyceny Prac Projektowych (dalej: ŚZWPP). Odwołujący w wyjaśnieniach zawarł opis przyjętych rozwiązań, wskazał na umowy odnoszące się do dofinansowania zakupu urządzeń i oprogramowania, wskazał na brak zaległości w opłacaniu składek i podatku, posiadanie zasobów finansowych, wyliczył średnią cenę opracowania dokumentacji dla 1 km, uwzględnienie postanowień Zarządu Rady Koordynacyjnej przy wyliczeniu stawki za jednostkę nakładu pracy, wskazano na zastosowanie specjalistycznego

oprogramowania autorskiego, wskazano na wprowadzenie kosztów rezerwowych dla kilku pozycji, gdzie istnieją trudności w precyzyjnym szacowaniu nakładów i cen jednostkowych (wydatki nieprzewidziane wskazano na str. 14 – 19). Jako dowody zostało przedstawionych 17 załączników, w tym m.in. 5 umów z Powiatowym Urzędem Pracy w Chełmie odnoszących się do dofinansowania oraz referencji dotyczących wskazanych w wyjaśnieniach realizacji.

Zamawiający odrzucił w postępowaniu 5 ofert z wyjątkiem oferty BUDOVIA Spółka z o.o. spółka komandytowa.

W piśmie z dnia 27.04.2018 r. Zamawiający przedstawił argumentację w zakresie odrzucenie oferty Odwołującego. W pkt 5 ww. pisma zostało wskazane, co następuje.

Konsorcjum Firm Lider konsorcjum: Drogowa Inżynieria Sp. z o.o. sp. k. ul. Matejki 7 Chełm 22 - 100 Partner konsorcjum: Biuro Opracowywania Programów i Projektów Inżynierii Komunikacyjnej „LISPUS” M. D. ul. Matejki 7 Chełm 22 — 100 (Oferta nr 5).

Oferta została odrzucona na podstawie przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Po przeprowadzonej analizie i ocenie wstępnej oferty Wykonawcy, Zamawiający powziął podejrzenie rażącego zaniżenia ceny. Wątpliwości Zamawiającego, wymagające wyjaśnienia, budziła zarówno cena oferty ogółem, jak również poszczególne, elementy oferty mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Cena oferty Wykonawcy ogółem, wynosi 421 398,00 PLN brutto, średnia cena wyliczona z ofert złożonych w postępowaniu wynosi 1 284 017,50 zł brutto, natomiast wartość zamówienia ustalona przez Zamawiającego wraz z podatkiem VAT wynosi 706 096,05 zł. Zatem cena oferty jest niższa od ustalonej przez Zamawiającego wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług 0 40,32% oraz jest niższa od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert 0 67,18%.

Zamawiający pismem z dnia 05.04.2018 r. (znak: O/Ł.D3.2413.3.2018.dpw) zwrócił się do Wykonawcy, na podstawie art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, o udzielenie wyjaśnień czy zaoferowana cena zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ, oraz o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny w ofercie.

W wezwaniu Zamawiający prosił o przedłożenie przez Wykonawcę szczegółów dotyczących elementów mających wpływ na wysokości skalkulowanej ceny za wykonanie dokumentacji projektowej dla przedmiotowego przedsięwzięcia wraz ze wskazaniem czynników, które zdaniem Wykonawcy mają wpływ na wysokość skalkulowanej ceny oferty oraz z przedstawieniem dowodów, że podane ceny są realne i wiarygodne, jak również wskazania i

opisu obiektywnych czynników mających wpływ na wysokość zaoferowanych cen, a w szczególności w zakresie: oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla Wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (DZ. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265), pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zamawiający poprosił również o wskazanie elementów kalkulacji ceny w odniesieniu c1Q poszczególnych składowych części zamówienia oraz zysku wykonawcy oraz wskazał, że przekazane wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i powinny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, a także winny być poparte stosownymi dowodami, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowości wyliczenia ceny, w szczególności powinny zawierać wskazania argumentów potwierdzających realność, opłacalność i rynkowość dokonanej wyceny. Wykonawca został zobowiązany do dostarczenia wystarczającego materiału do sformułowania przez Zamawiającego oceny zaoferowanej w ofercie kwoty, za którą ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia.

W odpowiedzi Wykonawca w dniu 12.04.2018 r. złożył wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty.

Wykonawca, na wstępie pisma, przedstawił podstawę skalkulowania wyceny oraz podał szeroką argumentację (z przywołaniem Wyroków KIO) dotyczącą zasadności uznania, bądź nie ceny oferty za rażąco niską.

W dalszej części pisma, wykonawca przedstawił szczegółowe wyjaśnienia i dowody potwierdzające rzetelność dokonanej wyceny.

Jak wskazał Zamawiający wykonawca podaje, że duże oszczędności w wykonaniu zamówienia będą wiązały się z zastosowaniem nowoczesnych technologii takich jak: GPS geodezyjny, aparaty cyfrowe z GPS, kamery DVD, dalmierze laserowe, komputery typu laptop, tablety, oprogramowanie specjalistyczne oraz z zastosowaniem nowoczesnych technologii projektowania w systemach komputerowych z uwzględnieniem oprogramowania do projektowania dróg, oprogramowanie do kosztorysowania i inne oprogramowania autorskie. Skutkuje to obniżeniem realizacji zamówienia o ok. 10%. Ponadto biuro projektowe nabyło wysokiej jakości i wydajności urządzenia, które znacznie ograniczają koszty eksploatacyjne oraz znacznie zmniejszają czas poświęcony na wytworzenie dokumentacji

projektowej. Skutkuje to obniżeniem kosztów realizacji zamówienia o ok 10%. (jako dowód podano umowy z Powiatowym Urzędem Pracy w Chełmie).

Wartość kosztów pracy, którą przyjęto do ustalenia ceny nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia, a zmniejszenie kosztów prac w stosunku do kwot ogólnie przyjętych za tego rodzaju zamówienia jest związane z stawkami minimalnego wynagrodzenia jakie obowiązują w woj. Lubelskim i są znacząco niższe od pozostałej części kraju. Według Wykonawcy skutkuje to obniżeniem kosztów realizacji zamówienia o ok. 15%. Konsorcjum przestrzega przepisów wynikających z prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym. (jako dowód deklaracje rozliczeniowe ZUS DRA, ZUS RCA, zaświadczenia z ZUS o niezaleganiu z płatnością składek, zaświadczenia z Urzędu Skarbowego o niezaleganiu z płatnością podatków).

Wykonawca podaje, że wykonał już dokumentację projektową o podobnym zakresie prac za kwotę odpowiadającą wyjaśnieniom, dokumentacje były wykonane rzetelnie, profesjonalnie i w terminie umownym. (jako dowód referencje dotyczące rozbudowy i budowy drogi wojewódzkiej)

Wykonawca jest w posiadaniu środków finansowych na koncie bankowym pozwalającym w całości sfinalizować przedmiot zamówienia ze środków własnych, w związku z tym nie będzie zmuszony do korzystania z kredytów bankowych, a to skutkuje obniżeniem kosztów realizacji zamówienia o ok. 10%. (jako dowód opinia bankowa)

Brak zatrudnienia osób tworzących koszty pośrednie tj. sprzętaczek, pracowników technicznych według Wykonawcy skutkuje obniżeniem kosztów realizacji zamówienia o ok. 5%.

Wykonawca posiada ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej na kwotę 1 000 000,00 zł z tytułu następstw błędów projektowych oraz wad w dokumentacji, mogących powstać w toku realizacji zamówienia. (jako dowód polisa ubezpieczeniowa odpowiedzialności cywilnej zawodowej). Wykonawca podaje również kalkulację kosztów pracy.

W zakresie poz. 3.3.1 Dokumentacja geodezyjna i kartograficzna związana z przejęciem na rzecz Skarbu Państwa nieruchomości i ograniczeniem sposobu korzystania z nieruchomości w tym:

- projekty podziału nieruchomości (123 projektów podziału x 500 PLN/ 1 proj. podziału)

Pozycja 3.3.1. w zakresie projektów podziału nieruchomości nie została wystarczająco wyjaśniona. Łączny czas pracy przedstawiony przez Wykonawcę w zakresie wykonania prac polowych, przy podziale 123 działek, nie odzwierciedla faktycznie potrzebnego czasu na wykonanie w/w prac. Zaniżony jest również czas pracy zespołu przeznaczony na prace kameralne w biurze. Ponadto w wyjaśnieniu nie podano kosztów stałych, materiałowych, amortyzacji sprzętu, zakładanego zysku. Powyższe dotyczyć winno również podwykonawstwa w przypadku korzystania z niego.

W zakresie poz.3.3.2 Dokumentacja geodezyjna i kartograficzna związana z przejęciem na rzecz Skarbu Państwa nieruchomości i ograniczeniem sposobu korzystania z nieruchomości w tym: - ograniczeniem korzystania z nieruchomości (30 działek x 200 PLN/ 1 działka)

Proponowana cena za dokumentację w zakresie ograniczenia sposobu korzystania z nieruchomości jest niższa o ponad 30% od wyceny Zamawiającego. Wykonawca nie przedłożył wyjaśnień uzasadniających przyjętą wartość.

W zakresie poz.3.6. Raport oddziaływania na środowisko w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko

Stwierdzenie, że wykonawca jest w stanie wykonać ROŚ za 1000 zł nie jest argumentem wystarczającym do uznania kwoty zaoferowanej w zamówieniu. Materiały niezbędne do uzyskania DŚU można wykonać za deklarowane 35 000 PLN jednakże kwoty te nie są rozbite na poszczególne czynności niezbędne do przeprowadzenia inwentaryzacji, obliczeń, pracy kartograficznej, terenowych i biurowych. Nie można twierdzić, że ROŚ jest powieleniem materiału opracowanego wcześniej na potrzeby KIP. Raport jest znacznie obszerniejszy niż KIP. Przerobienie KIP na odpowiednie rozdziały ROŚ wymaga szczegółowej analizy i dużego nakładu pracy. Z tego powodu cena 1000 zł jest nie adekwatna do czasu wykonania tego opracowania, ROŚ wymaga opracowania aż 20 rozdziałów, ze szczegółowością znacznie przewyższającą zawarte w KIP informacje. Dodatkowo ROŚ porusza kilka nowych zagadnień, nie poddanych analizie na etapie KIPu:

- kompensacje przyrodnicze,
- analiza oddziaływania na zabytki,
- odniesienie do strategicznych dokumentów,
- kartograficzne ujęcie analizowanych zagadnień,
- analiza konfliktów społecznych,
- monitoring porealizacyjny,
- oddziaływanie skumulowane z inwestycjami w rejonie drogi,
- analiza korytarzy ekologicznych.

Przekazane wyjaśnienia pozwalają stwierdzić, że oferta Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę. A ponadto:

Wykonawca nie podał szczegółowego uzasadnienia i nie wskazał wpływu czynników umożliwiających obniżenie ceny oferty. Wykonawca wdał się w polemikę dotyczącą zasadności uznania, bądź nie ceny oferty za rażąco niską z szeroką argumentacją i przywołaniem Wyroków KIO. Zamawiający stwierdza, że porównania do innych zadań dokonane przez Wykonawcę, mające uzasadnić niską cenę oferty są chybione z uwagi na to, że zadania na które powołuje się Wykonawca nie do końca odpowiadają zakresem przedmiotowi zamówienia. Nie sposób zatem, na podstawie takiego porównania, stwierdzić, że istnieje możliwość realizacji przedmiotowego zamówienia za cenę zaproponowaną w

ofercie Wykonawcy. Wykonawca w sposób obszerny udziela wyjaśnień do pozycji, których wyjaśnienia Zamawiający nie wskazywał.

Nie sposób w oparciu o powyższe stwierdzić, iż Wykonawca złożył szczegółowe wyliczenia kosztowe, pomimo, że Zamawiający takich wymagał.

Przesłane pismo nie może być uznane jako złożenie wyjaśnień potwierdzających, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 PZP oznacza dla wykonawcy obowiązek wykazania, że zaproponowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej. Na wykonawcy ciąży więc obowiązek wskazania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i sposobu w jakich dokonano ich kalkulacji, a więc udowodnienia, że zaproponowana cena nie jest rażąco niska. W przypadku nieudowodnienia, że cena ustalona z uwzględnieniem okoliczności wymienionych w art. 90 ust. 1 Pzp, potwierdzonych załączonymi dowodami, nie jest rażąco niska, zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty wykonawcy, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę. Co więcej, Zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana oceną wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 3 Pzp).

Dokonując badania złożonych wyjaśnień i oceniając je w zakresie możliwości uznania ich za dowód, iż cena oferty nie jest rażąco niska Zamawiający przyjął za własne stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie wyrażone w uzasadnieniu wyroku z 5 stycznia 2007 r. (sygn. akt V Ca 2214/06), że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, podobne stanowisko zostało wyrażone przez ten sąd również w wyrokach z: 13 lutego 2014 r. (sygn. akt V ca 3765/13) oraz 17 lutego 2014 r. (sygn. akt V Ca 3547/13). Za własne przyjął także orzecznictwo KIO stanowiące, że takie wyjaśnienia powinny wskazywać zarówno co spowodowało obniżenie ceny, jak również w jakim stopniu dany czynnik wpłynął na jej obniżenie (vide uzasadnienie wyroku z 18 grudnia 2012 r., sygn. akt KIO 2659/12).

Jak wskazał Zamawiający zdaniem Sądu Okręgowego w Olsztynie z 13 marca 2015 r. (sygn. akt: IX Ca 39/15), „celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Jak wynika z art. 90 ust. 2 ustawy wyjaśnienia mają być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z tego powodu powinny być one wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą

miały charakter jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość cen, co może uzasadniać obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z tego względu dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień, które będą odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. /.../ Oznacza to, że wykonawca podając konkretne przykłady powinien je dokładnie opisać i wskazać, jak wpływają one na obniżenie ceny. /.../ Wykonawca, składając wyjaśnienia do ceny oferty, powinien wskazać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny, ale również, w jakim stopniu dzięki wskazanym czynnikom cena została obniżona.”

Zdaniem Zamawiającego, co więcej, jak wskazuje orzecznictwo, jeśli wyjaśnienia wykonawcy nie wskazują na indywidualne, dostępne wyłącznie temu wykonawcy, uzasadniające wysokość zaoferowanej ceny, należy uznać, że wyjaśnienia spełniające wymagania przepisów ustawy, ogóle nie zostały złożone (np. wyrok KIO z 9 lutego 2015 r., sygn. akt: KIO 189/15; wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z 13 marca 2015 r., sygn. akt: IX Ca 39/15).

Na zakończenie uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołujący Zamawiający wskazał, że w związku z powyższym przedstawione przez Wykonawcę uzasadnienie rażąco niskiej ceny ofertowej prowadzi jednocześnie do wniosku, iż Wykonawca nie wywiązał się należycie z ciążącego na nim, stosownie do art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, ciężaru dowodu i nie udzielił wyjaśnień spełniających wymogi przepisów ustawy co skutkuje odrzuceniem oferty. Izba ustaliła, iż w ramach przedmiotowego postępowania Odwołujący złożył ofertę z.

Na powyższą czynność Odwołujący wniósł odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują częściowe oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba w sposób łączny rozpoznała zarzuty w postaci **art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 1 i 1a, art. 87 ust. 1 w związku z art. 7 ustawy Pzp** związanych z czynnością wezwania do złożenia wyjaśnień oraz odrzucenia oferty Odwołującego ze względu na zaoferowanie świadczenia za rażąco niską cenę.

Odnosząc się do meritum sporu w pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie dokumentacji projektowej dla rozbudowy drogi krajowej nr 48. Tym samym, co istotne w kontekście badania rażąco niskiej ceny, mamy do czynienia z tzw. usługami miękkimi, tj. z usługami których zasadniczą pozycję kosztową stanowi praca osób realizujących takie usługi uwzględniająca ich kwalifikacje, wykształcenie oraz pozycję na rynku. Koszty materiałowe, koszty stałe oraz koszty zewnętrzne dla świadczącego tego typu usługę oscylują w okolicach kilkunastu procent (niezwykle rzadko przekraczają 20%) ceny całkowitej. Powyższe oznacza, że wykonawca kalkulując cenę za tego typu usługi bierze pod uwagę, po pierwsze koszty pracy osób je realizujących, które ze względu na specyfikę tych kosztów mogą być bardzo różne dla poszczególnych wykonawców. Tego typu kosztów nie da się bowiem w sposób jednoznaczny „zweryfikować” i poddać analizie – poza kosztami minimalnego wynagrodzenia za pracę, który to aspekt nie stanowił jednak podstawy sporu pomiędzy Stronami. Założenie takie jest bowiem wynikiem faktu, iż przy kosztach osobowych praca lub usługa jest warta tyle na ile wycenia ją osoba je świadcząca. To bowiem ona wie najlepiej, ile jest warta praca którą ma świadczyć – ustawodawca zaś w tym zakresie, poza jej minimalną wartością, nie narzuca żadnych średnich stawek lub kosztów. Co do zasady przedmiotem sporu nie była też kwestia pracochłonności poszczególnych etapów przygotowania dokumentacji projektowej, tj. Zamawiający nie kwestionował założeń w tym zakresie wynikających z przyjętych przez Odwołującego normatywów, w szczególności opartych na Środowiskowych Zasadach Wykonania Prac Projektowych (dalej ŚZWPP), czy też przyjętych przez Odwołującego (str. 11 wyjaśnień z dnia 12.04.2018 r.) jednostek nakładu pracy przyjętych przez Zarząd Rady Koordynacyjnej. Stąd też Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego, wnioskowanego w treści odwołania, uznając, że kwestie nakładów zostały ustalone w oparciu o ww. opracowania i ponadto jako takie nie były kwestionowane przez Zamawiającego.

Usługi obejmujące prace projektowe cechują się specyfiką właściwą dla wszystkich usług opartych na pracy intelektualnej wykwalifikowanej kadry – trudnością w przyjęciu szacunkowej wartości takich usług. Powyższe wynika bowiem z faktu, iż o cenie decydują w dużej mierze czynniki niezależne całkowicie od okoliczności związanych z przedmiotem zamówienia - mogących obejmować takie elementy jak: dogodność dla wykonawcy i osób świadczących usługę miejsce realizacji świadczenia, zaangażowanie osób realizujących usługę w inne projekty (efekt skali), doświadczenie wykonawcy, powtarzalność niektórych opracowań, przyjęte metody i techniki pracy, dodatkowe dochody uzyskiwane przez osoby przewidziane do świadczenia tego typu usług (zatrudnienie w ramach innych stosunków, świadczenia emerytalne, rentowe itp.), znajomość miejsca świadczenia usług oraz znajomość innych uczestników procesu budowlanego, w tym znajomość potrzeb i specyficznych oczekiwań podmiotu zamawiającego oraz dysponowanie, jak w tym

przypadku, sprawdzonymi narzędziami informatycznymi. Czynniki te powodują bowiem znaczne trudności z oszacowaniem, oraz w późniejszy etapie procesu ubiegania się o zamówienie publiczne, w weryfikacji ceny zaoferowanej przez poszczególnych wykonawców.

W drugiej kolejności Izba wskazuje, iż w ramach postępowania odwoławczego, mając na uwadze treść art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, ocenie podlegają czynności podmiotu zamawiającego przedsiębrane na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym Izba oceniając podniesione w ramach rozpoznawanego odwołania zarzuty wzięła pod uwagę przedstawione przez Odwołującego dowody i wyjaśnienia, treść złożonej oferty i ocenę tych wyjaśnień oraz dowodów dokonaną przez Zamawiającego.

Powyższe, jak wskazano powyżej, jest wynikiem faktu, że ocenie w ramach postępowania odwoławczego podlegają czynności podmiotu zamawiającego przedsiębrane przez tego ostatniego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Nie oznacza to jednak, że wykonawca wobec którego oferty podniesiono zarzut rażąco niskiej ceny nie może podjąć kroków do obrony swojego stanowiska, w tym przedstawiać w tym zakresie dowodów. Wszakże sam przepis art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp nakłada na takiego wykonawcę ciężar udowodnienia w tym zakresie, tj. że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Istotą bowiem stanowiska wypracowanego przez orzecznictwo jest bowiem to, że wykonawca ten nie może prezentować nowych okoliczności, nowych założeń w kontekście ustalenia ceny ofertowej, lecz winien dowodzić, że na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, sprostął ciężącym na nim obowiązkiem wynikającym z wezwania. W ocenie Izby Odwołujący w ramach postępowania dowodowego nie wyszedł poza wyjaśnienia przekazane Zamawiającemu konsekwentnie trzymając się zawartych tam informacji. Argumenty Odwołującego mieściły się w ramach kierunków nakreślonych w wyjaśnieniach z dnia 12.04.2018 r., tj. referowały do wskazanych tam realizacji podobnych projektów, cen jednostkowych za poszczególne czynności, odnosiły się do zakreślonych przez Zamawiającego procentowych limitów dla poszczególnych etapów przedmiotu zamówienia i wreszcie wskazywały na przyjęte przez Odwołującego w ramach wynagrodzenia rezerwy (nadwyżki) wpływów nad kosztami.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga również, że pojęcie rażąco niskiej ceny jest subiektywne, zaś ustawa Prawo zamówień publicznych nie posiada ustawowo określonego procentowego poziomu, na podstawie którego można uznać automatycznie, kiedy mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie [tak też: postanowienie Sądu Okręgowego z Poznania z dnia 17.01.2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05].

Jak zaś skonstatował Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07, *„o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego*

nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Sam fakt, że cena oferty jest niższa od cen innych ofert złożonych w postępowaniu nie jest wystarczające do uznania danej ceny za rażąco niską. Tym samym dostrzec należy konieczność indywidualnego podejścia do każdej sprawy związanej z zarzutem ceny rażąco niskiej.

Następnie, w kontekście uznania przez Zamawiającego, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę należy odnieść się do działań Zamawiającego podjętych w toku postępowania wobec wykonawcy Konsorcjum URBAN MEDIA i REM PROJEKT, gdzie doszło do „poprawienia” omyłki rachunkowej skutkującej zmianą wynagrodzenia tego wykonawcy z kwoty 698.886 zł na kwotę 3.864.906 zł. Choć kwestia ta pozostaje poza zakresem zaskarżenia, to oceniając podniesione w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp należy mieć na względzie okoliczność, że tego typu działania Zamawiającego mogą budzić uzasadnione wątpliwości, choćby przy uwzględnieniu ustalonej przez tego ostatniego wartości szacunkowej zamówienia. Zarówno zasady racjonalnego rozumowania, jak również samo stanowisko Konsorcjum URBAN MEDIA i REM PROJEKT, w zakresie braku zgody na tego typu zmianę wynagrodzenia uniemożliwiają przyjęcie, że Zamawiający powinien w tym wypadku, kierując się alternatywą ujętą w treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, odnieść wynagrodzenie Odwołującego do średniej arytmetycznej złożonych w postępowaniu ofert, z uwzględnieniem ww. wskazanej „korekty” wynagrodzenia zwiększającej jego wysokość o ponad 550%.

W ramach stosowania instytucji uregulowanej w treści art. 90 ust. 1 – 3 ustawy Pzp rysuje się bowiem problem natury praktycznej. W przypadku błędnego założenia, że istnieją podstawy do postawienia wykonawcy zarzutu rażąco niskiej ceny, przy tak zakreślonym w ustawie ciężarze dowodu (vide art. 90 ust. 2 oraz art. 190 ust. 1a ustawy Pzp) wykazanie realności ceny będzie niosło za sobą znaczne trudności natury dowodowej. Nie sposób bowiem przedstawić dowody na okoliczność zastosowania metod pozwalających uzyskanie znacznych oszczędności, czy też pomocy publicznej lub sprzyjających dla wykonawcy warunków realizacji zamówienia, jeżeli cena zawarta w ofercie jest zwykłą ceną rynkową obliczoną przy wykorzystaniu standardowych metod bez wykorzystania jakichkolwiek nadzwyczajnych okoliczności i technik. Wówczas wykonawca będzie musiał zmierzyć się z koniecznością niejako „poszukiwania” dowodów na potwierdzenie faktów, które nie stanowiły podstaw ustalenia i nie przesądzały o wysokości tego wynagrodzenia. Z taką sytuacją będziemy mieli przede wszystkim do czynienia w przypadku, gdyż jeden z wykonawców zaoferuje realizację przedmiotu zamówienia za wynagrodzeniem rażąco zawyżonym, co doprowadzi do uruchomienia mechanizmu wskazanego w drugiej części alternatywy zawartej w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp wobec pozostałych wykonawców przez niejako sztuczne

„wprowadzenie” ich ofert do poziomu kwalifikującego je do zastosowania art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Z taką sytuacją mieliśmy do czynienia w niniejszym wypadku, gdzie na skutek ww. działań Zamawiającego doszło do wywindowania poziomu cen zawartych w ofertach mimo faktu, iż Zamawiający wartość szacunkową zamówienia ustalił na poziomie 574.061,83 zł. W takim wypadku Zamawiający dokonując wezwania powinien odnieść ceny ofertowe do wartości szacunkowej, nie zaś do średniej arytmetycznej złożonych ofert wyliczonej z uwzględnieniem oferty z ceną nieracjonalnie zawyżoną.

Jednakże, mając na uwadze, że zakres zaskarżenia w postępowaniach poniżej progów UE został określony w treści art. 180 ust. 2 pkt 1 – 6 ustawy Pzp, to mimo przeważającego w orzecznictwie sądów powszechnych tzw. szerokiego rozumienia tego pojęcia w postępowaniach podprogowych możliwość zaskarżenia samego wezwania do złożenia wyjaśnień i zakresu tego wezwania materializuje się zazwyczaj na takim etapie postępowania (albo odrzucenia oferty, jak w tym wypadku, albo wyboru oferty najkorzystniejszej), że zazwyczaj pozostaje on bez wpływu na sytuację podmiotową wykonawcy. W tym bowiem wypadku Zamawiający wobec Odwołującego dokonał już czynności odrzucenia jego oferty, zatem nawet negatywna ocena przez Izbę samej zasadności wezwania do złożenia wyjaśnień, pozostaje bez wpływu na jego sytuację podmiotową, gdyż odrzucenie jest czynnością dalej idącą w odniesieniu do interesu wykonawcy w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Oznacza to, iż mimo dopatrzenia się w czynności wezwania pewnych wad, stała się ona już faktem i w następstwie poskutkowało odrzuceniem oferty, która to czynność w sposób dużo dalej idący przedkłada się na sytuację Odwołującego. Stąd to właśnie ta ostatnia czynności została przez Izbę poddana ocenie zarówno w kontekście złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, jak również częściowo przez pryzmat samej zasadności wezwania.

Izba oceniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności złożone przez Odwołującego obszernie wyjaśnienia, dołączone do nich dowody oraz złożone przez Odwołującego w ramach postępowania odwoławczego dowody z dokumentów uznała, że brak jest podstaw do przyjęcia, że wykonawca ten złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Mając na uwadze wypracowane w orzecznictwie Izby oraz Sądów Okręgowych wytyczne związane z pojęciem rażąco niskiej ceny uznać można jedynie, że wynagrodzenie zaoferowane przez Odwołującego jest na niskim poziomie, co nie powoduje konieczności odrzucenia tej oferty. Odwołujący w składanych wyjaśnieniach odniósł się, co do zasady, do wszystkich kwestii poruszonych przez Zamawiającego.

Odwołujący wraz z wyjaśnieniami przedłożył wyliczenia oraz potwierdzające je dowody pozwalające na szczegółową kontrolę założeń wyliczonego wynagrodzenia. W

dokumencie tym, jak zostało wskazane na rozprawie, Odwołujący przewidział zarówno zysk, jak również dla każdego etapu odrębnie rezerwę kosztową, i jak wskazał w toku wyjaśnień oraz potwierdził na rozprawie, mogą one zostać wykorzystane do pokrycia wszelkich nieprzewidzianych wydatków. Założeniami dla przyjętych stawek były ceny oferowane przez Odwołującego na innych kontraktach obejmujących podobne prace projektowe, w tym wyliczone średnie dla poszczególnych etapów i „przeniesione” dla tego zamówienia z rezerwą. Co do samych cen jednostkowych i sposobu kalkulacji przez Odwołującego wynagrodzenia należy zwrócić uwagę na fakt, że tego typu działania zostały niejako „wymuszone” przez Zamawiającego na skutek wprowadzenia limitów procentowych dla poszczególnych etapów realizacji. Tego typu limitowanie, choć może zapobiegać manipulacjom cenowym, na co zwracał uwagę Zamawiający i co sugerował sam Odwołujący, jednocześnie ogranicza swobodę wykonawców w kształtowaniu wysokości wynagrodzenia za poszczególne czynności i tym samym wymusza nierzadko sztuczne przesuwanie poszczególnych części wynagrodzenia celem dopasowania wprowadzonych przez Zamawiającego limitów do wyliczonej przez poszczególnych wykonawców ceny całkowitej. W tym zakresie Izba podzieliła argumentację Odwołującego uznając ją za spójną i logiczną. Można mieć również wątpliwości, na co zwracał uwagę Odwołujący w toku rozprawy, czy limity te odpowiadają rzeczywistym procentowym relacjom wartościowym poszczególnych etapów.

Dla oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w piśmie z dnia 12.04.2018 r. znaczenie ma również fakt, iż wykonawca ten dysponuje kilkunastoletnim doświadczeniem w realizacji tego typu projektów, posiada specjalistyczną kadre, zaplecze sprzętowe oraz specjalistyczne narzędzia informatyczne – czego potwierdzeniem jest zdobyte przez Odwołującego doświadczenie. Wykonawca ten potwierdził również spełnienie warunków udziału w postępowaniu, czego nie sposób traktować li tylko jako wypełnienie formalnych wymagań związanych z udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wszakże prawidłowa realizacja dotychczasowych projektów potwierdzona przez licznych zamawiających pozwala na przyjęcie założenia, że ceny zaoferowane w tych postępowaniach mogą stanowić podstawę wyliczenia wynagrodzenia w ramach niniejszego zamówienia. Nie sposób również przecenić, na co wskazywał Odwołujący, wysokości i zakresu uzyskanych przez tego wykonawcę dotacji na zakup i sfinansowanie wyposażenia, gdyż bez tych środków wykonawca byłby zmuszony albo korzystać z zaplecza technicznego podmiotów trzecich lub zaciągnąć zobowiązania finansowe w celu ich nabycia. Na powyższą okoliczność Odwołujący na str. 8 i 9 wyjaśnień przedstawił zarówno zestawienie nabytego oprogramowania i sprzętu, jak również wskazał jako dowody szereg umów z Powiatowym Urzędem Pracy w Chełmie. Są to zatem dofinansowania pozwalające na znaczne zredukowanie kosztów działalności i jednocześnie pozwalające na niezależne od

zewnętrznych podwykonawców wykonane przedmiotu zamówienia. Jest bowiem oczywiste, że zakup i posiadanie, w szczególności specjalistyczne oprogramowania, w tym własnych ploterów, jak wskazywał Odwołujący, stanowi o przewadze konkurencyjnej wykonawcy.

Izba za racjonalne uznała również założenia wskazujące na oszczędności na poziomie rzędu 10% związane z posiadanym specjalistycznym oprogramowaniem, w tym oprogramowaniem do projektowania dróg (str. 7 wyjaśnień) oraz oprogramowaniem autorskim do projektowania organizacji ruchu, analizy ruchu, badań ugięć nawierzchni, badań geotechnicznych, obliczeń linii napowietrznych, pomiarów ruchu drogowego oraz inwentaryzacji zieleni (str. 7 wyjaśnień). Wszystkie te dane, w tym potwierdzenia należytego wykonania dotychczasowych zamówień, dysponowanie specjalistycznym autorskim oprogramowaniem, oraz co najważniejsze, uzyskaniem przeszło 100.000 zł dofinansowania zostały potwierdzone stosownymi dowodami. Już tylko sam ten fakt daje wykonawcy namacalną i realną przewagę nad podmiotami, które w zakup powyższych środków musiały zaangażować własne zasoby finansowe lub skorzystać z kredytowania w tym zakresie.

Za racjonalne należy też uznać wyjaśnienia w zakresie niższych kosztów pracy, ze względu na położenie siedziby Odwołującego w województwie lubelskim, gdzie koszty pracy są niższe, co potwierdza dodatkowo zakres dofinansowania działalności gospodarczej uzyskany z Urzędu Pracy. Dość ważkim dowodem prawidłowego funkcjonowania obu przedsiębiorstw (członków Konsorcjum) w zakresie ekonomicznym jest wykazania braku zaległości podatkowych i w zakresie składek na ubezpieczenie społeczne z ostatnich 5 lat – co potwierdza prawidłowość założeń ekonomicznych czynionych przez tych przedsiębiorców dotychczas.

Za uwzględnieniem powyższych wyjaśnień przemawia również fakt, że Odwołujący w celu kalkulacji wynagrodzenia opierał się na normatywach dla prac projektowych w środowiskowych zasadach wyceny prac projektowych (ŚZWPP), które są opracowaniem powszechnie stosowanym przy tego rodzaju wycenie.

Analizując złożone przez Odwołującego wyjaśnienia wskazać należy, że niemal w każdym wypadku w ramach ukształtowanego wynagrodzenia zostały przewidziane rezerwy kosztowe stanowiące ekonomiczne zabezpieczenie dla przyjętej kalkulacji.

Tym samym rezerwy wskazane na str. 13, 14, 15, 16, 17 i 18 wyjaśnień z dnia 12.04.2018 r. (zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa) stanowią zabezpieczenie ekonomiczne dla tego kontraktu pozwalające pokryć ewentualne nieprzewidziane koszty. Jest to naturalna rola i przeznaczenie tego typu środków. Ich ujęcie w ramach wynagrodzenia stanowi swego rodzaju zabezpieczenie na wypadek nie ujęcia w ogólnych kosztach koniecznych do wykonania czynności lub zabezpieczenia na wypadek wzrostu cen towarów i usług.

Odnosząc się do stanowiska prezentowanego w powyższym zakresie przez Zamawiającego, w ocenie Izby Odwołujący sprostował ciążącym na nim obowiązkom dowodowym, zaś argumentacja Zamawiającego nie považyła realności poczynionych przez tego wykonawcę założeń. Odnosząc się do złożonych przez Zamawiającego dowodów w postaci korespondencji z Regionalną Dyrekcją Ochrony Środowiska w Łodzi wskazać należy, za stanowiskiem Odwołującego, że zawarte w tej korespondencji uwagi i zastrzeżenia do wykonanych opracowań nie kreuja żadnej ogólnej reguły. Świadczą one jedynie o jakości opracowania, do którego odnosi się ta korespondencja.

Tym samym Izba uznała, że brak było w niniejszym stanie faktycznym podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego.

W zakresie zarzutu obejmującego **art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp** Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się w części. Jak wskazał w toku rozprawy Zamawiający nie udostępnił jeszcze pozostałym wykonawcom złożonych przez Odwołujące wyjaśnień jednakże uznał, że nie zawierają one informacji mogących stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba jedynie w części podzieliła argumentację Odwołującego w zakresie tego zarzutu. W ocenie Izby, zarówno informacje związane z dotychczasowymi kontraktami, realizowanymi w ramach zamówień publicznych, jak również wysokość, zakres i sam fakt pozyskania dotacji z Urzędu Pracy są informacjami objętymi zakresem rzeczowym przepisów o dostępie do informacji publicznej. Stąd też nie mogą one podlegać ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Analogiczna sytuacja ma miejsce w przypadku specjalistycznego oprogramowania, którym posługuje się Odwołujący, gdyż informacje na ten temat znajdują się w powszechnie dostępnych zasobach internetowych (vide adres internetowy strony zawierającej charakterystykę autorskiego oprogramowania wskazany jako jeden z dowodów).

Jako wpisujące się w regulacje związane z tajemnicą przedsiębiorstwa Izba uznała jednak, dzielając w tym zakresie stanowisko Odwołującego prezentowane na rozprawie, średnie ceny i ceny jednostkowe stanowiące odzwierciedlenie dotychczasowych doświadczeń Odwołującego, w tym w szczególności wartości jednostkowe prezentowane w odniesieniu do dotychczasowych realizacji, wyliczone średnie ceny za 1 km opracowania, stawki j.n.p., kosztów jednostkowych prac projektowych, kosztów wydruku, tj. wszystkich danych wyjściowych (kosztów jednostkowych, danych uśrednionych). W ocenie Izby dane te, ze względu na fakt, że stanowią one podstawy kalkulacji i są wynikiem dotychczasowych doświadczeń i potwierdzeniem prawidłowości założeń ekonomicznych Odwołującego oraz stanowią o jego przewadze konkurencyjnej powinny podlegać ochronie. Uzyskanie tych informacji przez konkurencyjnych wykonawców pozwalałoby przewidzieć w przyszłości sposób kalkulacji wynagrodzenia dla innych projektów, co jednocześnie mogłoby

spowodować wymierne szkody po stronie obu członków odwołującego się Konsorcjum. Z tego też powodu zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa tych danych powinno być respektowane przez Zamawiającego. Tym samym powyższy zarzut potwierdził się w odniesieniu do tych danych.

W zakresie zarzutu z **art. 7 ust. 1 ustawy Pzp**, w ramach którego Odwołujący wskazał, że Zamawiający „intencjonalnie” odrzucił wszystkie oferty poza ofertą „lokalnego” przedsiębiorcy Izba uznała ten zarzut za nieudowodniony. Odwołujący nie wykazał bowiem i nie podjął się nawet próby prezentacji argumentacji przemawiającej za oceną czynności dokonanych wobec pozostałych wykonawców. Stąd też brak jest możliwości porównania działań Zamawiającego w kontekście zasad ujętych w powyższym przepisie.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie części zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....

