

WYROK
z dnia 5 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 marca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lutego 2013 r. przez **Centrum Projektowe Polimex-Mostostal Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 44-121 Gliwice, ul. Sowińskiego 11** w postępowaniu prowadzonym przez **Energa Invest Spółka Akcyjna, 80-266 Gdańsk, ul. Grunwaldzka 186,**

przy udziale wykonawcy **Energoprojekt Gliwice Spółka Akcyjna, 44-101 Gliwice, ul. Zygmunta Starego 11** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1) oddala odwołanie;

2) kosztami postępowania obciąża wykonawcę Centrum Projektowe Polimex-Mostostal Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 44-121 Gliwice, ul. Sowińskiego 11 i:

2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Centrum Projektowe Polimex-Mostostal Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 44-121 Gliwice, ul. Sowińskiego 11, tytułem wpisu od odwołania,

2.2) zasądza od wykonawcy Centrum Projektowe Polimex-Mostostal Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 44-121 Gliwice, ul. Sowińskiego 11 na rzecz

Energa Invest Spółka Akcyjna, 80-266 Gdańsk, ul. Grunwaldzka 186 kwotę **4 614 zł 15 gr** (słownie: cztery tysiące sześćset czternaście złotych piętnaście groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (3 198,00zł) i dojazdu strony w posiedzenie i rozprawę Izby (1 416,15 zł).

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Energa Invest Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego (usługi), którego przedmiotem jest: *Projekt budowlany bloku gazowo-parowego o mocy elektrycznej 450-600 MWe w Grudziądzu wraz z infrastrukturą i niezbędnymi przyłączami dla docelowej mocy 900-1200 MWe.*

Wartość zamówienia jest większa niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 17 listopada 2012 r., nr 2012/S 222-366374.

I. Odwołujący: Centrum Projektowe Polimex-Mostostal Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach, wniósł odwołanie od zaniechania przez zamawiającego dokonania czynności:

- 1) zwrócenia się do wykonawcy Energoprojekt Gliwice Spółka Akcyjna, zwanego „Energoprojekt”, o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, co stanowi naruszenie przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, ewentualnie (na wypadek gdyby zamawiający wezwał Energoprojekt do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp i pomimo tego nie odrzucił oferty):
- 2) odrzucenia oferty Energoprojekt, pomimo że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co stanowi naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Odwołujący wskazał okoliczności potwierdzające zachowanie terminu do wniesienia odwołania oraz spełnienie przesłanek wniesienia odwołania - interes *prawny* wraz z ewentualnością poniesienia szkody, uzasadniając stanowisko następująco: w przypadku uwzględnienia zarzutu nr 1, Energoprojekt zostanie wezwany do wyjaśnienia elementów oferty, które sprawiły, że wartość oferty w tak znaczący sposób odbiega od wartości ofert pozostałych wykonawców. Wówczas zamawiający - w zależności od przedstawionych przez Energoprojekt wyjaśnień - na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp może odrzucić ofertę Energoprojekt. W takim przypadku oferta odwołującego będzie najkorzystniejsza. Jeżeli natomiast, na podstawie udzielonych przez Energoprojekt wyjaśnień, zamawiający uznałby, że oferta nie powinna ulec odrzuceniu, odwołujący i tak - w

dalszym ciągu twierdząc, że oferta Energoprojekt zawiera rażąco niską cenę - miałby możliwość wniesienia odwołania dotyczącego już zaniechania odrzucenia oferty pomimo istnienia takiej przesłanki. Jeżeli natomiast, zamawiający wezwał Energoprojekt do złożenia wyjaśnień i wykonawca udzielił wyjaśnień, a zamawiający uznał je za satysfakcjonujące, odwołujący może, zgodnie z zarzutem nr 2, doprowadzić odwołaniem do odrzucenia oferty Energoprojekt. W ten sposób oferta odwołującego byłaby najkorzystniejsza.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Energoprojekt;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny oferty Energoprojekt w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp;
- 3) odrzucenia oferty Energoprojekt na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp z uwagi na jej rażąco niską cenę;
- 4) dokonania wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej, ewentualnie (na wypadek gdyby zamawiający wezwał Energoprojekt do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp i pomimo tego nie odrzucił oferty);
- 5) unieważnienia czynności wyboru oferty Energoprojekt;
- 6) odrzucenia oferty Energoprojekt na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp z uwagi na jej rażąco niską cenę;
- 7) dokonania wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł również o:

- 1) dopuszczenie dowodów wskazanych w treści odwołania:
 - informacji o unieważnieniu postępowania z 7 listopada 2012 r. w postępowaniu ZP/PG-EL/001/2012 (załączona do odwołania),
 - informacji o wyborze oferty z 8 lutego 2013 r. w postępowaniu ZP/PG-EL/003/2012 (w dokumentacji przetargowej zamawiającego),
 - karty oferty (załączona do odwołania).
- 2) dopuszczenie dowodu z opinii biegłego do spraw budownictwa energetycznego - na okoliczność rażąco niskiej ceny w ofercie Energoprojekt, nie uwzględnienia w cenie oferty rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, ukształtowania ceny oferty na znacznie niższym poziomie niż rynkowa wartość odpowiadających jej usług oraz na okoliczność braku możliwości wykonania przez Energoprojekt przedmiotu zamówienia za taką kwotę;
- 3) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł następujące okoliczności.

Zamawiający nie podał wartości zamówienia zgodnie z art. 32 ust. 1 Pzp, tj. całkowitego szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy ustalonego przez zamawiającego z należytą starannością. W informacji z 7 listopada 2012 r. o unieważnieniu poprzedniego, tożsamego postępowania, zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia: 5.000.000,00 zł (art. 86 ust. 3 Pzp). Stąd, odwołujący przyjął taką kwotę również w postępowaniu objętym odwołaniem.

Odwołujący wskazał orzecznictwo Izby: KIO 1377/12 i KIO 1649/12, podnosząc, że ocena czy ofert Energoprojekt zawiera cenę rażąco niską, powinna zostać dokonana przez porównanie ceny oferty z wartością zamówienia, cenami ofert innych wykonawców biorących udział w postępowaniu oraz cenami zbliżonych zamówień (cenami rynkowymi).

Cena oferty - 3.050.400,00 zł porównana z kwotą, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia - 5.000.000,00 zł, stanowiąca niewiele ponad 60%, powinna zostać uznana za cenę rażąco niską, a już z pewnością skłonić zamawiającego do wezwania Energoprojekt do złożenia wyjaśnień. Odwołujący wskazał, że zgodnie z orzecznictwem KIO (sygn. akt KIO/UZP 193/10, KIO/UZP 214/10) i Zespołu Arbitrów przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych (UZP/ZO/0-696/07) *konieczność wszczęcia procedury na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 p.z.p. powstaje bezsprzecznie wobec ofert, których cena była niższa o 40 %, 30 % od wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia, powiększonej o VAT; co do krytycznej różnicy między ceną oferty a wartością zamówienia, której wystąpienie spowodować winno wszczęcie procedury wyjaśniającej w orzecznictwie, istnieje daleko idąca rozbieżność od 40 do 20%.*

Zdaniem odwołującego, wykazana różnica kwot dowodzi rażąco niskiej ceny oferty Energoprojekt. Konieczne jest również przeprowadzenie porównania oferty Energoprojekt z ofertami pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu, zgodnie z orzeczeniem KIO (KIO/UZP 1339/10). Jednocześnie w sprawie, gdzie przedmiotem zamówienia są usługi projektowe ze względu na ich specyfikę, to oferty innych wykonawców powinny stanowić właściwy punkt odniesienia (KIO/UZP 704/10, KIO/UZP 1068/08).

W postępowaniu wykonawcy zaoferowali następujące ceny:

- 1) Energoprojekt - kwota 3.050.400,00 zł,
- 2) „ENERGOPROJEKT-KATOWICE” S.A. - kwota 4.869.570,00 zł,
- 3) odwołujący - kwota 4.524.801,00 zł.

Odwołujący wskazał, że w unieważnionym postępowaniu, cena żadnej z ofert złożonych przez wykonawców nie podlegających wykluczeniu, nie była niższa niż 5.000.000,00 zł.

Oferta Energoprojekt jest o ok. 33 % niższa od oferty odwołującego, a różnica między ofertami przekraczająca 20% powinna wzbudzić u zamawiającego przynajmniej zainteresowanie, co spowodowało tak znaczne różnice między oszacowaniem dokonany przez zamawiającego i wykreowaniem ceny przez wykonawcę i czy wykonawca nie popełnił błędu lub czy nie zawarł w ofercie rażąco niskiej ceny (KIO 1239/11).

W ocenie odwołującego, nie powinno budzić wątpliwości, że oferta Energoprojekt zawiera cenę rażąco niską, bowiem jest ona wyraźnie niższa od pozostałych zaoferowanych cen lub od wartości szacunkowej zamówienia (KIO/UZP 22/08). Mając na względzie specyfikę zamówienia odwołujący wskazał na wyrok Sądu Okręgowego w Opolu z dnia 25 lutego 2011 r., sygn. akt VI Ga 112/10, w którym orzeczono, że dla elektrowni, szczególnie z blokami o dużej mocy, oferta z ceną niską różniącą się o ponad 20 do 30 % od pozostałych ofert kwalifikuje się do podejrzeń, że może ona należeć do ofert z ceną rażąco niską, a zamawiający powinien wdrożyć działanie zgodnie z art. 90 p.z.p.

Odwołujący podniósł, że w prowadzonym postępowaniu jest bardzo trudno dokonać porównania ceny z oferty Energoprojekt z cenami rynkowymi, gdyż specyfika przedmiotu zamówienia, jakim są usługi projektowe, wskazuje na trudność ustalenia referencyjnych cen rynkowych za zamówienia, podobnie (KIO/UZP 704/10), a ponadto zobrazowaniem cen rynkowych są przede wszystkim oferty złożone w postępowaniu, pomiędzy którymi występują dość znaczne rozbieżności w zakresie ceny (KIO/UZP 1068/08).

W ocenie odwołującego, Energoprojekt przedstawił ofertę znacznie niższą niż wartość objętych ofertą usług, którą można by uznać za rynkową.

Przedmiotem prac opisanych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej „SIWZ”, było wykonanie szeregu opracowań projektowych, uzyskanie decyzji urzędowych oraz wykonanie usług wykraczających poza przyjęte standardowo prace związane z wykonaniem projektu budowlanego i uzyskaniem pozwolenia na budowę. Do tego typu usług należało między innymi:

- 1) sporządzenie map sytuacyjno-wysokościowych z uzbrojeniem terenu,
- 2) inwentaryzacja technicznego i geodezyjnego stanu istniejącego,
- 3) wykonanie badań gruntowych, dokumentacji geologicznej oraz zatwierdzenie jej przez organy administracji,
- 4) inwentaryzacja zieleni i uzyskanie pozwolenia na wycinkę,
- 5) zbiorcze zestawienie kosztów,

6) wstępny projekt organizacji robót.

Zakres prac wpływa w istotny sposób na koszt oferty i stwarza zagrożenia dotrzymania wymaganych terminów. Zasadniczą częścią zakresu prac są - projekt wstępny, projekty budowlane - co najmniej pięć projektów oraz związane z dokumentacją uzyskanie szeregu opinii, uzgodnień, decyzji i pozwoleń.

Zamawiający przewidział w zakresie prac projektowych wielowariantowy projekt wstępny, który dodatkowo powinien charakteryzować się unifikacją rozwiązań. Opis taki spowodował istotny wzrost kosztów projektu wstępnego związany między innymi z wykonaniem:

- 1) większej ilości zapytań ofertowych do dostawców głównych urządzeń,
- 2) uzgodnień z dostawcami unifikacji rozwiązań w oparciu o przygotowane przez biuro projektów warunki techniczne dostaw,
- 3) przedstawienie w projekcie rozwiązań oraz wskazanie istotnych różnic w zależności od wytypowanych dostawców.

Wielowariantowość projektu wstępnego (z możliwą unifikacją rozwiązań) prowadzi w konsekwencji do wykonania wielowariantowego zbiorczego zestawienia kosztów, które powinno zostać wykonane na podstawie otrzymanych ofert i przedmiarów.

Do wykonania przedmiarów umożliwiających wykonanie poprawnego zbiorczego zestawienia kosztów niezbędne jest wykonanie projektu, którego szczegółowość (we wszystkich branżach) wykracza poza zakres projektu wstępnego. Projekt taki powinien mieć szczegółowość, co najmniej projektu podstawowego. Dodatkowym elementem wpływającym na wzrost kosztów projektu wstępnego jest konieczność stworzenia rozwiązania lokalizacyjnego dla dwóch bloków oraz rozwiązania technicznego dla gospodarek oraz obiektów wspólnych dla dwóch bloków.

W zakresie usług projektowych, lub usług z nimi związanych, mogących w istotny sposób wpłynąć na koszty oferty (biorąc pod uwagę koszty dokumentacji, jak i czas potrzebny na uzyskanie decyzji urzędowych), a na obecnym etapie trudnych do oszacowania, są między innymi:

- 1) ewentualne przeprowadzenie ponownej oceny oddziaływania na środowisko wraz ze zmianą decyzji środowiskowej,
- 2) wsparcie działań środowiskowych i administracyjnych w zakresie realizowanej inwestycji,
- 3) wszelkie decyzje administracyjne, w tym pozwolenia na budowę i pozwolenie na wycinkę zieleni.

Biorąc pod uwagę zakres (w części trudny do oszacowania) oraz szczegółowość prac projektowych i innych usług opisanych w SIWZ, odwołujący uznał, że ilość godzin niezbędnych do zrealizowania zamówienia, a co za tym idzie koszt jego realizacji jest w rzeczywistości znacznie wyższy niż określony przez Energoprojekt. Dla zobrazowania

pracochłonności, a więc kosztów realizacji zamówienia, została załączona do odwołania *karta oferty* (wartości podane są w kwocie netto), która stanowiła podstawę wyliczenia wartości oferty odwołującego.

W związku z powyższym, odwołujący wskazał, że *cena rażąco niska to również cena nierealistyczna, cena, 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 (KIO 560/12), nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładająca wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie niebędąca ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępująca na rynku, na którym ceny wyznaczane są min. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym (KIO 601/12)*. Zdaniem odwołującego, ceną odpowiadającą przedstawionemu przez KIO opisowi, jest cena oferowana przez Energoprojekt, czego dowodzą opisane problemy dotyczące przygotowania oferty przez odwołującego.

W celu wykazania, że cena oferowana przez Energoprojekt przewiduje wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów oraz w wysokości znacznie niższej od wartości usług objętych zamówieniem, odwołujący wniósł również o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego do spraw budownictwa energetycznego. Wskazał, że wniosek taki jest niezbędny z uwagi na szczególny rodzaj usług, których dotyczy zamówienie i brak możliwości prostego porównania usług z cenami rynkowymi usług im odpowiadających, które muszą uwzględniać cel i przeznaczenie danego projektu oraz podmiot, dla którego jest tworzony. Odwołujący wskazał, że Sąd Okręgowy w Opolu (wyrok sygn. akt VI Ga 112/10) uznał za zasadne powołanie biegłego w podobnej sprawie. Ponadto, *pojęcie rażąco niskiej ceny jest pojęciem ocennym i każdorazowo musi być odnoszone do realiów konkretnego postępowania i aktualnej sytuacji na danym rynku. Dlatego też wykazanie istnienia ceny rażąco niskiej wymaga posiadania wiedzy specjalnej z zakresu rentowności inwestycji rodzajowo i zakresowo podobnych na danym rynku (KIO 460/12)*.

Mając na względzie wskazane okoliczności, odwołujący uznał, że odwołanie jest konieczne i uzasadnione. Jednocześnie w związku z brakiem wiedzy, czy Energoprojekt był wzywany do udzielania wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, odwołujący wskazał, że odwołanie zostało przedstawione, jako alternatywne dwa zarzuty - naruszenie art. 90 ust. 1 Pzp oraz naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Jeżeli zamawiający nie wezwał Energoprojekt do wyjaśnienia swojej oferty, nie można żądać jej odrzucenia. *W sytuacji, gdy w oparciu o przeprowadzone dowody Izba ustali, że znaczące rozbieżności w stosunku do dostępnych danych, stanowiących punkt odniesienia dają się zauważyć, nie może orzec, że cena oferty*

jest rażąco niska - o ile zamawiający nie przeprowadził procedury weryfikacji ceny oferty w drodze wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, o jakich mowa w art. 90 ust. 2 p.z.p. (KIO 2413/12; KIO 2117/12; KIO 684/12, 686/12). W związku z tym, odwołujący może żądać jedynie powtórzenia czynności badania oferty Energoprojekt i wezwania tego wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust.1 Pzp. Jeżeli natomiast wyjaśnienia były już składane, odwołujący twierdząc, że oferta Energoprojekt zawiera cenę rażąco niską, może żądać jej odrzucenia. Reasumując, odwołujący wniósł jak na wstępie.

II. W odpowiedzi na odwołanie, złożonej na rozprawie, odwołujący wniósł o: 1) oddalenie w całości odwołania, 2) zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów dojazdu na rozprawę i wynagrodzenia pełnomocników, w kwocie zgłoszonej na rozprawie. Zamawiający wniósł również o oddalenie wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego do spraw budownictwa energetycznego.

W uzasadnieniu pisma podał. W dniu 8 lutego 2013 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty Energoprojekt Gliwice S.A. z siedzibą w (przystępujący), jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Zamawiający uznał zarzuty naruszenia przepisów Pzp: 1) art. 90 ust. 1 przez zaniechanie zwrócenia się do Energoprojektu o udzielenie wyjaśnień dotyczących oferty mających wpływ na wysokość ceny; ewentualnie (na wypadek gdyby zamawiający wezwał Energoprojekt do udzielenia wyjaśnień i pomimo tego nie odrzucił oferty), 2) art. 89 ust.1 pkt 4 przez zaniechanie odrzucenia oferty Energoprojektu, pomimo że zawierała ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jako całkowicie bezzasadne i nie zasługujące na uwzględnienie.

Ad 1. Zamawiający zwrócił się pismem z dnia 6 lutego 2013 r., na podstawie art. 90 ust. Pzp, do Energoprojektu, o złożenie wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny.

W odpowiedzi na wezwanie, Energoprojekt pismem z dnia 7 lutego 2013 r. złożył wyjaśnienia dotyczące kalkulacji ceny ofertowej, podnosząc w piśmie, że cena za jaką zaoferował wykonanie zamówienia została wyliczona w oparciu o przewidywaną ilość roboczogodzin koniecznych do wykonania zamówienia. Zaznaczył, że cena pokrywa oczekiwane koszty oraz zawiera marżę standardową dla tego typu usług na rynku właściwym. W ramach potwierdzenia okoliczności, Energoprojekt odniósł się do poprzednich kontraktów dotyczących projektów budowlanych dla obiektów energetycznych o podobnym charakterze. Podkreślił, że we wszystkich przypadkach odnotował zysk za skuteczne zrealizowanie zamówienia. Zamawiający uznał, że prowadzi to do wniosku, że Energoprojekt dysponuje odpowiednim doświadczeniem, które pozwala uzyskać pewność, co do wykonania zamówienie sprawnie, w zaoferowanej cenie i osiągnąć zysk. Zamawiający stwierdził, że

wyjaśnienia były sformułowane w sposób konkretny i wyczerpujący z przytoczeniem przykładowych zamówień, które wskazywały odpowiednią cenę przy tego rodzaju usługach. Realizacja projektu w Grudziądzu wymaga większych nakładów roboczogodzin, stąd wartość oferty została odpowiednio podwyższona w stosunku do poprzednich kontraktów.

Zamawiający podniósł, że wytyczne, jakimi musi się kierować zamawiający przy ocenie wyjaśnień (art. 90 ust. 2 Pzp) mają charakter jedynie przykładowy, niezamknięty i zamawiający może brać pod uwagę również inne obiektywne czynniki, jeżeli zawarte są one w wyjaśnieniach przedłożonych przez wykonawców. W związku z tym, zamawiający miał podstawy prawne do przyjęcia złożonych wyjaśnień, uwzględnienia ich i podjęcia decyzji o wyborze oferty. Zamawiający uznał zarzut naruszenia 90 ust. 1 Pzp za całkowicie bezzasadny.

Ad 2. Odnosząc się do drugiego zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny oferty Energoprojektu, w pierwszej kolejności zamawiający wskazał, że ustawa Pzp wprowadzając czynność odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny, nie precyzuje tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej stanowiące podstawę wskazanej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia też orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Pomimo braku legalnej definicji pojęcia, problematyka rażąco niskiej ceny była wielokrotnie przedmiotem rozważań Krajowej Izby Odwoławczej, również doktryny oraz Urzędu Zamówień Publicznych. Na podstawie podanych źródeł zamawiający zauważył, że za rażąco niską ceną można uznać cenę niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej, nie pozwalającą na wygenerowanie zysku.

Energoprojekt wskazał w wyjaśnieniach, że kalkulując cenę uwzględnił koszty wykonania projektu oraz też uwzględnił odpowiednią marżę. Powołał się przy tym na wcześniejsze analogiczne zamówienia, w których cena została wyliczona podobnie. Dowiódł tym samym, brak rażąco niskiej ceny, gdyż i w tym wypadku zamówienie nie będzie realizowane poniżej kosztów usługi i pozwoli na wygenerowanie odpowiedniego zysku.

Zamawiający nie kwestionował, że ze względu na różnice cen w ofertach powziął wątpliwości, czy cena Energoprojektu nie jest rażąco niska. Nie zgodził jednak, by te okoliczności stanowiły same w sobie dowód, że zaoferowana przez Energoprojekt cena jest ceną rażąco niską. Wskazał, że w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej porównanie zaoferowanej ceny do wartości przedmiotu oszacowania, jak i cen innych ofert, może stanowić tylko pewne wytyczne, co do powzięcia wątpliwości, czy zaoferowana w ofercie cena w stosunku do przedmiotu zamówienia nie jest ceną rażąco niską. Natomiast nie może być wyznacznikiem przesądzającym o tym fakcie, gdyż nie jest zasadne przyjęcie założenia, że zarówno oszacowanie wartości zamówienia przez zamawiającego, jak i

wycena wartości zamówienia w innych ofertach, są prawidłowe i zawierają kwoty, za które - tylko w danych warunkach gospodarki rynkowej - możliwe jest wykonanie zamówienia (KIO 850/12).

Zamawiający podniósł również, że sama dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, nie stanowi jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu (P. Granecki, Komentarz do art. 90 ustawy - Prawo Zamówień Publicznych, Legalis; KIO 415/11).

Za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać taką, której cena jest nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, co oznacza, że odbiega ona od cen przyjętych, wskazując na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia (KIO 1935/12).

W świetle przytoczonych przez Energoprojekt wyjaśnień, w których powołuje się on na ceny podobnych realizowanych przez niego, jak i inne podmioty zamówień, nie można uznać, że zaproponowana w bieżącym postępowaniu cena była rażąco niska. Ceny takie generalnie występują na rynku, nie są oderwane od jego realiów, a zatem nie mogą być uznane za rażąco niskie (KIO 958/12). Zamawiający podniósł, że na uwagę zasługuje orzeczenie (KIO 207/11) w myśl, którego samo oferowanie cen na poziomie znacznie niższym od cen konkurentów wcale nie oznacza, że zaoferowana cena jest rażąco niska. Rażąco niską ceną nie jest zwykle taka cena, która w sposób znaczny odbiega poziomem od cen zaoferowanych przez innych wykonawców. Wykazanie samej różnicy nie spełnia wymogu możliwości uznania danej ceny za rażąco niską. Za rażąco niską cenę należy uznać taką cenę, która jest niewiarygodna dla wykonania przedmiotu zamówienia i jest całkowicie oderwana od realiów rynkowych. W orzeczeniu (sygn. akt 2727/10) Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła, że prawne rozumienie pojęcia „rażąco niskiej ceny” odbiega od potocznego znaczenia, które każdą cenę drastycznie odbiegającą od innych uzna za rażąco niską.

Zamawiający podniósł, że mnogość przypadków, na które powołał się Energoprojekt, wskazuje, iż proponowane przez niego ceny (wówczas oraz aktualnie) mieszczą się w takim przedziale, który umożliwia wykonanie zamówienia i jest ekonomicznie uzasadniony, tj. takim, który pozwala na dalsze prowadzenie działalności gospodarczej przez wykonawcę i nie zagraża jego sytuacji ekonomicznej i finansowej (KIO 2619/10, KIO 2624/10), a zatem nie można uznać tych stawek, jako rażąco zaniżonych. Trudno jest bowiem przyjąć pogląd, że podmiot ten notorycznie zaniża ceny oferowanych przez siebie usług. Byłoby to, co najmniej nieuzasadnione z punktu widzenia gospodarności i racjonalności.

Wskazał również, że zdaniem orzecznictwa, zamawiający ogłaszając postępowanie chce osiągnąć cel, tzn. realizację danego zamówienia za możliwie niskie wynagrodzenie, natomiast granica pomiędzy najniższą ceną zaoferowaną w postępowaniu, będącą efektem

konkurencji pomiędzy podmiotami, a rażąco niską ceną jest nieostra, dlatego zamawiający rozstrzygając, czy ma do czynienia z rażąco niską ceną powinien mieć na uwadze w szczególności „rzeczywistą relację wartości świadczenia pieniężnego do wartości świadczenia niepieniężnego” (KIO 1515/10). Inną ceną wskazówkę interpretacyjną wskazano w orzeczeniu Izby KIO/UZP 1483/10): *Przy ocenie kwestii rażąco niskiej ceny należy odwołać się do celu, jaki przyświecał wprowadzeniu do ustawy Pzp regulacji dotyczącej ofert zawierających taką cenę. Celem tym było wyeliminowanie z postępowania wykonawców, którzy chcąc uzyskać zamówienie oferują nierealistyczne, niewiarygodne ceny, za które nie będą w stanie zrealizować przedmiotu zamówienia. Przepisy dotyczące rażąco niskiej ceny mają więc stanowić narzędzie ochrony zamawiających przed zawieraniem umów obciążonych dużym ryzykiem niewykonania. W związku z tym, zamawiający uznał, że wskazany przepis nie może stanowić podstawy do eliminowania ofert konkurentów tylko dlatego, iż proponują oni dużo niższą cenę za oferowane usługi niż odwołujący.*

Zamawiający wskazał, że również powoływanie się przez odwołującego na progi procentowe należy uznać za chybione. W świetle orzecznictwa, wszelkie wielkości procentowe mogą, co najwyżej stanowić pewien punkt odniesienia, jednak to zamawiający każdorazowo winien podjąć decyzję, czy takie wyjaśnienia są celowe. Dysponuje on bowiem szerokim zakresem uznania i każdy przypadek, w którym występuje podejrzenie zaniżenia ceny, należy traktować indywidualnie i badać, czy zaoferowana cena jest realna. Istnieje bowiem znaczna ilość czynników, które mogą w różny sposób oraz w dowolnej konfiguracji wpłynąć na możliwość uznania danej ceny za nie mającej znamion ceny rażąco niskiej. Praktyka w tym zakresie jest bardzo bogata i uzależniona od branży, sytuacji na konkretnym rynku w danym czasie, wielkości wykonawcy, ilości kontraktów, parku maszynowego i innych czynników (KIO 830/12, KIO 833/12).

Zamawiający podniósł, że ważne jest, iż przedmiotem postępowania jest usługa, nie zaś towar o dokładnie sprecyzowanych parametrach, którego cenę można z łatwością ustalić. W takich sytuacjach szczególnego znaczenia nabiera dobra organizacja pracy przy wykorzystaniu odpowiednich zasobów infrastruktury i zasobów ludzkich. Większa swoboda w zakresie rozwiązań przekłada się na swobodną kalkulację ceny. Sposób organizacji, który wpływa na wysokość ceny, jest indywidualny dla każdego wykonawcy, stąd też wynika różnorodność cen. W takim wypadku istotnego znaczenia nabiera realizowanie przez wykonawcę innych tego typu zamówień w przeszłości, które mogą stwarzać przewagę w znajomości organizacji pracy i świadomość możliwości minimalizacji kosztów realizacji zamówienia (KIO 1272/12). Izba w tym wyroku uznała, że „powyższe okoliczności dowodzą, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Przystępujący zaoferował znacznie niższą cenę realizacji zamówienia, nie oznacza to jednak, że za taką cenę nie można zrealizować

zamówienia”. Idąc tym tropem zamawiający zauważył, że istota zamówienia usług projektowych pociąga za sobą większe dysproporcje cenowe pomiędzy konkurującymi wykonawcami. Realizowanie w przeszłości przez Energoprojekt bardzo podobnych zamówień stwarza uzasadnione przypuszczenie, że posiada on takie rozwiązania w zakresie organizacji pracy i minimalizacji kosztów, które w efekcie mogą prowadzić do dużych dysproporcji cenowych w porównaniu z innymi wykonawcami.

Podniósł, że fakt wystąpienia ceny rażąco niskiej obligującej zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp winien wykazać ten podmiot, który stwierdza i powołuje się na te okoliczności (KIO 601/12). Na odwołującym więc spoczywa ciężar dowodu wykazania, że przy określonym przedmiocie nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę. Zamawiający stwierdził, że w świetle odwołania nie można uznać, że odwołujący dowiódł rażąco niskiej ceny w ofercie Energoprojektu. Za taki dowód nie można uznać przywoływania samej dysproporcji pomiędzy ofertami, ani powoływania się na kartę oferty, w której treści szacunek kosztów sprowadza się do arbitralnego przypisania dla poszczególnych zadań tej samej ilości roboczogodzin (100). Zaznaczył, że treść SIWZ pozostawiła wykonawcom dużą swobodę w zakresie ustalania cen. Zamawiający wskazał w sposobie obliczenia ceny jedynie ogólnie na konieczność uwzględnienia wszelkich wymogów SIWZ oraz wliczenia w ceny ryczałtowe także wszelkich kosztów towarzyszących. Nie podał natomiast jakichkolwiek wytycznych, co do sposobu kalkulacji ceny, nie opracował przedmiaru, czy nie podał standardów na podstawie, których wykonawcy byłiby zobligowani wyliczyć ceny ryczałtowe za określone opracowania projektowe. Również w opisie kryteriów oceny ofert, poza podaniem rodzajów kryteriów, ich wag oraz matematycznego sposobu obliczenia punktacji, zamawiający także nie podał żadnych wytycznych obliczenia cen. Tym samym, niemożliwe jest na podstawie samej analizy SIWZ wyciągnięcie wniosku, jakoby zamówienie prowadziło do znacznie wyższych kosztów i ceny oferty, niż przewidziana przez Energoprojekt. Powołał się na orzecznictwo (KIO 1420/11): „Samo tylko porównywanie procentowe pomiędzy cenami poszczególnych ofert, a także porównania ceny zaskarżonych ofert w stosunku do wartości szacunkowej nie wypełniają obowiązku dowodowego po stronie odwołującego na okoliczność rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.”

Uznał, że zupełnie chybione jest twierdzenie odwołującego, iż zamawiający w zakresie prac projektowych przewidział wielowariantowy projekt wstępny. Zgodnie z SIWZ wykonawca jest zobowiązany do wykonania jednego, ściśle określonego, projektu wstępnego. Wielowariantowość projektu wstępnego była przewidziana w poprzednim przetargu unieważnionym przez zamawiającego.

Reasumując, zamawiający wskazał, że nie naruszył prawa w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z uwagi na znaczną dysproporcję pomiędzy ofertą Energoprojektu a pozostałymi ofertami oraz kwotą, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, wezwał on Energoprojekt do złożenia stosownych wyjaśnień. Energoprojekt wykazał, że oferowana cena nie jest ceną niewiarygodną i nierealistyczną, gdyż z powodzeniem realizował on usługi projektowe z tego samego sektora nawet za cenę niższą niż aktualnie oferowana. Tym samym jest wykonawcą, który pomyślnie rokuje w zakresie realizacji przyszłego zamówienia, a przy tym złożył najkorzystniejszą ofertę, z punktu widzenia gospodarowania środkami publicznymi.

Mając na uwadze powyższe, zamawiający stwierdził, że odwołanie wykonawcy Centrum Projektowe Polimex-Mostostal Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach jest bezzasadne, a w konsekwencji podlega oddaleniu.

Wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego zgłoszony przez odwołującego na okoliczność rażąco niskiej ceny zawartej w ofercie Energoprojekt, w ocenie zamawiającego ma na celu jedynie przedłużenie postępowania odwoławczego, a tym samym opóźnienie zawarcia umowy z wybranym wykonawcą, w związku z czym zasługuje na oddalenie. Ponadto podkreślił, że dowód z opinii biegłego powołuje się w przypadku, gdy do oceny wymagana jest specjalistyczna wiedza. Specjalistyczna wiedza nie jest wymagana do oceny charakteru ceny. Pogląd taki znajduje uzasadnienie w orzeczeniach KIO oraz sądowych, np. wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 10 czerwca 2010 r. sygn. akt IX Ga 131/2010: „W ocenie Sądu Okręgowego powyższy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza, że kwestia rażąco niskiej ceny należy do oceny prawnej i jej rozstrzygnięcie zasadniczo nie wymaga wiadomości specjalnych. (...) Przyjęcie, że rozstrzygnięcie rażąco niskiej ceny w niniejszej sprawie wymaga wiadomości specjalnych oznaczałoby, że właściwie w każdej sprawie z zakresu zamówień publicznych wymagana byłaby opinia biegłego. Tymczasem ustalenia w tym zakresie sprowadzają się do zwykłej analizy ofert konkurentów przy uwzględnieniu doświadczenia życiowego.”

W związku z tym, wniosek o oddalenie dowodu z opinii biegłego jest w pełni zasadny.

III. Wykonawca Energoprojekt Gliwice Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach przystąpił skutecznie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

W piśmie złożonym na rozprawie przystępujący podtrzymał wszystkie dotychczasowe wnioski i twierdzenia zawarte w zgłoszeniu przystąpienia z dnia 20.02.2013 r. i wniósł o: 1) oddalenie odwołania w całości, w tym również wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii

biegłego ds. budownictwa energetycznego; 2) zasądzenie od odwołującego na rzecz uczestnika postępowania kosztów postępowania odwoławczego według załączonego spisu kosztów; 3) przeprowadzenie dowodu z przesłuchania strony - uczestnika postępowania za którego będzie występował dyrektor A..... P....., na podstawie załączonego pełnomocnictwa.

W uzasadnieniu pisma podał: usługa projektowa będąca przedmiotem zamówienia jest usługą materialną o charakterze pracy twórczej. Nie podlega wycenie w sposób analogiczny jak wycena produktu materialnego. Praca/usługa przystępującego - EPG - została wyceniona na podstawie: 1) szczegółowego rozpoznania przedmiotu prac, warunków i możliwości jej wykonania, zagrożeń i innych możliwych zdarzeń, które mogą wpłynąć na jej wykonanie; 2) szacowanych kosztów prac, które będą wykonane w EPG; 3) kosztów usług podwykonawców dla zakresów pracy, które nie będą wykonywane w EPG z powodu braku koniecznego oprzyrządowania lub praktycznej wiedzy.

Sporządzona przez EPG wycena została porównana do cen rynkowych innych podobnych prac projektowych mając na uwadze, że: ad 1) EPG przygotowując ofertę szczegółowo zapoznał się ze specyfikacją ofertową, wymaganiami, posiadanymi zasobami informacji; ad 2) koszty prac uwzględniają szacowaną przez specjalistów pracochłonność, koszty ogólne i planowany zysk; ad 3) na wykonanie prac przez podwykonawców Energoprojekt posiada odpowiednie oferty. Wartość prac podwykonawców stanowi około 20% wartości zamówienia i obejmuje: mapy do celów projektowych, badania gruntowe oraz projekty linii wysokiego napięcia.

Zaoferowana cena za wykonanie usługi w postępowaniu ZG/PG-PL/003/2012 jest ceną właściwą uwzględniającą przewidywane koszty bezpośrednie i pośrednie oraz standardowy zysk (*dowód*: podsumowanie ekonomiczne oferty z dnia 04.02.2013 r. na okoliczność sposobu wyliczenia ceny oferty w przedmiotowej sprawie).

Wyceny oferowanych usług EPG szacuje z wykorzystaniem szczegółowej analizy spodziewanych pracochłonności ze zróżnicowaniem kompetencji wykonawców, cen usług planowanych podwykonawców oraz innych składników kosztów. Każdorazowo wykonywana jest analiza ekonomiczna zadania podsumowanie ekonomiczne.

Przystępujący podał informacje z kilku kontraktów, które były przedstawiane w zgłoszeniu do postępowania, jako dowód w sprawie na okoliczność wykazania, że cena oferowana w postępowaniu nie jest ceną rażąco niską. Podniósł, że wszystkie te oferty zostały przyjęte przez zamawiających oraz zrealizowane (oprócz projektu w Grudziądzu, który jest przedmiotem postępowania) w sposób zapewniający osiągnięcie celu, jakim było uzyskanie pozwolenia na budowę. We wszystkich przypadkach przystępujący odniósł zyski.

Doświadczenie, jakie zdobyło EPG w przedmiotowym zakresie pozwala wykonawcy mieć pewność, że jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z zaoferowaną ceną osiągając przy tym stosowny zysk.

1. Projekt - 2011/2012 r., BGP 140 MW w Gorzowie, wykonany na zlecenie Energoprojektu Katowice S.A., ilość roboczogodzin (usługi własne) 5600, wartość kontraktu brutto 2.059.000 zł, pozwolenie wydane w sierpniu 2012 r.;
2. Projekt - 2011/2012r. BGP 400 MW w Bydgoszczy, wykonany na zlecenie Energoprojektu Katowice S.A., ilość roboczogodzin 5000, wartość kontraktu brutto 2.059.000 zł, pozwolenie wydane w styczniu 2013 r.;
3. Projekt - 2011/2012r. BGP 400 MW w Skawinie, ilość roboczogodzin 6900, wartość kontraktu brutto 910.000 zł, wydanie pozwolenia spodziewane w najbliższych dniach;
4. Wartości założone dla projektu BGP w Grudziądzu, ilość roboczogodzin 10500, wartość oferty: 3.050.400 zł.

EPG prowadzi szczegółowe rozliczenia efektów ekonomicznych realizowanych kontraktów (również zaprezentowanych w powyższej tabeli). Rozliczenie obejmuje również dla każdego z kontraktów bieżącą rejestrację czasu pracy wykonawców/pracowników. Zestawiona ilość roboczogodzin jest więc udokumentowana, a nie szacowana.

Przystępujący zwrócił uwagę, że w 2010 r., w przetargu na wykonanie projektu budowlanego elektrowni gazowo-parowej we Włocławku (PKN Orlen S.A.), o docelowym kształcie dwóch bloków o mocy po ok. 450 MW każdy, a więc o wielkości zbliżonej do inwestycji planowanej w Grudziądzu, w zakresie obejmującym również wykonanie projektu wstępnego oraz projektu budowlanego, według dostępnej wiedzy jeden z uczestników postępowania, to jest Energoprojekt Katowice S.A. zawarł umowę o wartości 1,8 mln zł netto (2,2 mln zł brutto). Natomiast oferta przystępującego o wartości 1,98 mln zł netto nie została przyjęta z uwagi na wyższą cenę (*dowód*: oferta EPG w aukcji oraz zaproszenie Orłenu do złożenia ofert).

Wnioskowanie o rażąco niskiej cenie, na podstawie porównania z cenami innych ofert może stanowić o uznaniu ceny za rażąco niską w sytuacji produktu intelektualnego (np. Projektu) o cechach innowacyjnych, który na rynku dotychczas nie był oferowany. Orzeczenie Sądu w Opolu, na które powołał się odwołujący, dotyczyło budowy bloku opalanego węglem o rozwiązaniach nie mających miejsca w Polsce, a więc produktu, którego nie można porównać z innym dostępnym na rynku polskim. Pracochłonność wykonania projektu budowlanego dla bloku węglowego w stosunku do bloku gazowo-parowego jest wielokrotnie wyższa i proporcjonalna do przewidywanych kosztów inwestycyjnych.

Bloki gazowo-parowe są zbudowane w kilku lokalizacjach w Polsce i również kilka jest planowanych, takimi innowacyjnymi projektami nie są.

Energoprojekt Gliwice S.A. ma największe w Polsce doświadczenie w projektowaniu bloków gazowo-parowych. Są to m.in. zrealizowane: 1) pierwszy w Polsce blok parowo-gazowy w EC Gorzów; 2) blok gazowo-parowy w EC Zielona Góra; 3) blok gazowy w EC Siedlce; 4) układ dwóch bloków w EC Władysławowo. Dla wszystkich tych obiektów EPG wykonał Projekty budowlane.

EPG projektuje jedyny aktualnie realizowany w Polsce blok gazowo-parowy w EC Stalowa Wola o mocy porównywalnej z przedmiotowym zamówieniem. EPG w latach 2010-2012 uzyskał na podstawie wykonanych w EPG projektów budowlanych pozwolenia na budowę dla bloków gazowo-parowych o porównywalnych mocach w EL. Skawina, EC Gorzów, EC Bydgoszcz. Cechy tych projektów zostały przedstawione wyżej.

Przedmiot usługi, w którym odwołujący specyfikuje inne elementy usługi zostały również skalkulowane przez EPG.

Przystępujący uznał, że odwołujący oszacował wykonanie projektu wstępnego nie dysponując porównywalną z EPG bazą wiarygodnych informacji technicznych i braku praktyki w wykonywaniu podobnych prac.

Według opisów SIWZ projekt wstępny będzie wykonany dla jednego wariantu rozwiązań bloku gazowo-parowego wskazanego przez zamawiającego - o czym stanowi opis SIWZ - załącznik nr 1 do umowy - Zakres Dokumentacji Projektowej p. 2.2.1 podpunkt 3.

Odnosnie innych wywodzonych przez odwołującego prac wykraczających poza standardowo prace związane z wykonaniem projektu budowlanego EPG podał: 1) skalkulowano usługę podwykonawcy dla wykonania map i inwentaryzacji stanu istniejącego - pozyskano ofertę, 2) skalkulowano usługę podwykonawcy na wykonanie badań gruntowych, pozyskano ofertę, 3) skalkulowano inwentaryzację zieleni, ale również uzyskano informację od wykonawcy, który na zamówienie zamawiającego uzyskał zgodę na wycinkę oraz informował, że wycinka jest zrealizowana, zaplanowano, że Raport Oddziaływania na Środowisko - aktualnie wykonywany przez innego wykonawcę na odrębne zamówienie, który ma być wykonany w maju 2013 r. zostanie wykonany dla rozwiązań - założeń uzgodnionych na początkowym etapie wykonywania projektu wstępnego, zatem nie należy się spodziewać konieczności przeprowadzenia ponownej analizy. Jeżeli taka potrzeba wystąpi EPG wykona odpowiednie oceny. Wsparcie zamawiającego, uzyskanie decyzji administracyjnych jest standardowym zakresem każdej usługi, jak w kwestionowanym postępowaniu.

Antycypując wniosek odwołującego o treści: „można z całą pewnością stwierdzić, że ilość godzin niezbędnych do zrealizowania zamówienia, a co za tym idzie koszt jego realizacji jest

znacznie wyższy niż określony przez Energoprojekt”, przystępujący podniósł, że można z całą pewnością stwierdzić, iż odwołujący niedostatecznie rozpoznał przedmiot zamówienia, nie ma doświadczenia w wykonywaniu projektów dla podobnych rozwiązań technologicznych i nie ma narzędzi (praktyki) do porównania z ceną Energoprojektu. Praktykę i organizację Energoprojektu Gliwice S.A. w wykonywaniu podobnych prac można traktować, jako „wydajne narzędzie”, które pozwala wykonać pracę za atrakcyjną realną rynkową cenę. Przystępujący uznając za zasadne stanowisko przedstawione w piśmie, wniósł i wywiódł jak wyżej.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła.

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia jest wykonanie projektu budowlanego bloku gazowo-parowego o mocy elektrycznej 450-600 MWe w Grudziądzu wraz z infrastrukturą i niezbędnymi przyłączami dla docelowej mocy 900-1200 MWe i uzyskanie w imieniu zamawiającego ostatecznego pozwolenia na budowę, zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane. Projekt budowlany ma być opracowany zgodnie z przepisami rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 25 kwietnia 2012 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego.

Załącznikiem nr 1 do części I SIWZ - *Instrukcja dla wykonawców (IDW)* - jest *Formularz oferty*. Część II SIWZ pt. *Umowa - Projekt budowlany elektrowni Grudziądz*, składa się z 5. załączników, w tym 3 załączniki, to: *nr 1 Zakres dokumentacji projektowej, nr 2 Wymagania dla dokumentacji projektowej, nr 3 Charakterystyka zadania projektowego*. W załącznikach nr 1-3 został opisany zakres i wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia.

W pkt 18 SIWZ zamawiający opisał sposób obliczenia ceny oferty wskazując, że cena jest ryczałtowa i zostanie obliczona w oparciu o całość prac objętych przedmiotem zamówienia. Cena powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w części II SIWZ „Umowa - projekty budowlane Elektrowni Grudziądz”.

W załączniku nr 1 do IDW SIWZ pt. *Formularz oferty* (oferta cenowa w drugim etapie postępowania w trybie przetargu ograniczonego), zamawiający opisał sposób przedstawienia ceny oferty, wymagając podania: ceny netto, podatku VAT, ceny brutto; z wyszczególnieniem 3. elementów zamówienia: 1) projekt wstępny (10% ceny za całość prac), 2) projekty budowlane wraz z pozostałymi wymaganymi elementami Dokumentacji Projektowej (60%

ceny za całość prac), 3) uzyskanie ostatecznych pozwoleń na budowę w zakresie objętym Dokumentacją Projektową (30% ceny za całość prac). Z wymaganego podziału ceny na elementy zamówienia wynika, że zamawiający największą wartość przypisał drugiemu elementowi - projektom budowlanym - 60%, najmniejszą projektowi wstępnemu - 10% ceny za całość prac.

W postępowaniu złożono 3 oferty, z następującymi cenami:

- 1) Energoprojekt Gliwice S.A. (oferta wybrana) - 3.050.400,00 zł,
- 2) odwołujący - 4.524.801,00 zł.
- 3) „ENERGOPROJEKT-KATOWICE” S.A. - 4.869.570,00 zł.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert, zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia - 5 000 000,00 zł (ustalona wartość zamówienia 4 065 040,65 zł, co stanowi równowartość 920 358,78 euro - *Protokół postępowania w trybie przetargu ograniczonego, Druk ZP-PO*, prowadzony przez zamawiającego).

Zamawiający wystąpił pismem z dnia 6 lutego 2013 r. do wykonawcy Energoprojekt Gliwice S.A., na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, o złożenie wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny oferty. Wykonawca (przystępujący w postępowaniu) złożył wyjaśnienia w piśmie z dnia 7 lutego 2013 r., które: *zamawiający uznał za wystarczające, nie stwarzające podstawy do uznania, że cena oferty jest rażąco niska. W ocenie zamawiającego, fakt wykonania 3 projektów, o których mowa w piśmie przystępującego, świadczy o prawidłowej wysokości podanej ceny i o jej realistycznym charakterze. Zwłaszcza, że oferta wybrana została złożona przez podmiot, który funkcjonuje na wysoko wyspecjalizowanym rynku usług projektowych elektroenergetycznych i ma 60-letnie doświadczenia. Wskazana ocena zamawiającego została dokonana z uwzględnieniem wniosku, jaki wynika z orzeczenia Izby z 03.07.2012 r., KIO 1272/12, że doświadczenie podmiotu w realizacji danego rodzaju usług w przeszłości, może stanowić przewagę w znajomości organizacji pracy i wpływać na świadomość minimalizacji kosztów wykonania zamówienia. Zamawiający wskazał, że nie dysponował żadnymi instrumentami, by ocenić sposób organizacji pracy wykonawcy, w tym ustalić ilość roboczogodzin, w sytuacji ceny ryczałtowej za zamówienie (wyjaśnienia złożone na rozprawie).* Po ocenie ofert, zamawiający wybrał, jako najkorzystniejszą ofertę najtańszą, złożoną przez przystępującego,

Odwołujący zakwestionował wybór oferty wnosząc odwołanie, w którym nieadekwatnie do stanu faktycznego sprawy, zarzucił zamawiającemu zaniechanie zwrócenia się do wybranego wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających

wpływ na wysokość ceny - wskazując naruszenie art. 90 ust. 1 Pzp oraz alternatywnie, na wypadek dokonanego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp i nie odrzucenia oferty, podniósł zaniechanie odrzucenia oferty, jako zawierającej rażąco niską cenę, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Po powzięciu wiadomości o wezwaniu wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp i złożeniu wyjaśnień przez przystępującego, odwołujący zmodyfikował na rozprawie zarzut i żądanie w tym przedmiocie następująco: *odwołujący poparł zarzut zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty przystępującego, jako oferty z rażąco niską ceną, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty, nakazanie odrzucenia oferty przystępującego na podstawie wskazanego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz dokonanie wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej. Podtrzymał również wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na temat, czy cena zaoferowana przez przystępującego w warunkach, jakimi dysponuje ten wykonawca, umożliwi wykonanie zamówienia, w szczególności, czy ilość wskazanych godzin do opracowania projektu jest wystarczająca.*

Strony przedstawiły opracowania dotyczące kalkulacji ilości roboczogodzin niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia: odwołujący - *Kartę oferty* załączoną do odwołania, przystępujący - *Podsumowanie ekonomiczne oferty* załączone do pisma procesowego złożonego na rozprawie.

Na rozprawie strony i uczestnik postępowania złożyli wyjaśnienia.

I. Odwołujący ustosunkował się do wyjaśnień przystępującego z 7 stycznia 2013 r., kwestionując podaną ilość roboczogodzin do wykonania zamówienia. W ocenie odwołującego, do wykonania projektu potrzebna jest, co najmniej dwukrotna ilość godzin w stosunku do wskazanej przez przystępującego. Równocześnie odwołujący podniósł, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, przystępujący nie przedstawił kalkulacji ceny, o którą prosił zamawiający w piśmie z 06.02.2013 r. W przedstawionych projektach nie zamieścił szczegółowych opisów dotyczących zakresów prac stanowiących opracowane projekty.

Ponadto wskazał, że ze względu na fakt, iż na 2 projekty zostały uzyskane pozwolenia na budowę, a na 3. projekt pozwolenie jest przewidywane w najbliższych dniach, nie jest możliwe porównanie zakresu prac w tamtych projektach z zakresem w aktualnym postępowaniu, który jest znacznie szerszy i nieporównywalny do wskazanych. Podniósł, że przystępujący ponosi od 2009 r. straty bilansowe - informacje przedstawione na podstawie Wydruku z *Wywiadowi gospodarczej* „Raport o firmach VERDICT” z którego wynika, że zysk/strata netto w tys. zł wynosi: za okres 2011 r. -3,903, za 2010 r. -2,392 i za 2009 r. - 5,870.

Odwołujący podniósł, że zamawiający wymagał wielowariantowego projektu wstępnego - załącznik nr 1 do części nr II SIWZ (załącznik nr 1 do umowy) pkt 1.1.2 (str. 5/15) - wykonawca ma uwzględnić w opracowywanej dokumentacji projektowej możliwość wyboru różnych dostawców Bloku i zapewnić w miarę możliwości rozwiązania zunifikowane; pkt 2.1.6 str. 8 załącznika - zamawiający wymagał, by wykonawca w ramach projektu wstępnego opracował, co najmniej jeden wariant planu zagospodarowania Terenu Elektrowni, obejmujący wskazane działki w wykazanych obrębach ewidencyjnych. Z powyższego wynika, zdaniem odwołującego, że pewne założenia niezbędne do projektu wstępnego miały być wielowariantowe. Projekt wstępny miał stanowić podstawę do opracowania projektu budowlanego. Wielowariantowość projektu wstępnego przekłada się na wielowariantowość zestawienia kosztów, w aspekcie urządzeń głównych.

Odwołujący powołał się na załączoną do odwołania *Kartę oferty* stanowiącą wewnętrzny dokument odwołującego, niezałączony do oferty, w którym wskazano sumę roboczogodzin do wykonania zamówienia - 26.720. Na podstawie karty i przy uwzględnieniu, że projekt wstępny dotyczy dwóch bloków, a jedynie projekt budowlany jednego bloku, odwołujący stwierdził, że suma roboczogodzin wskazana przez przystępującego, tj. 10.500 jest niewystarczająca. Odnośnie powyższego, wskazał pkt 2.2.1.3 załącznik nr 1 do części nr II SIWZ, z którego wynika, że projekt wstępny będzie opracowany dla kompletnej elektrowni z 2. blokami gazowo-parowymi i przyłączami oraz będzie uwzględniał podział realizacji elektrowni na 2 etapy. Odwołujący wskazał pkt 4, w którym przedstawiono zakres projektu wstępnego, czyli komplet danych i założeń umożliwiających opracowanie projektu budowlanego, w którym wydzielono 5 podpunktów podzielonych na jeszcze dalsze części. Odnośnie projektu wstępnego wyjaśnił, że jest to projekt technologiczny, co do którego niezbędny jest podstawowy nakład pracowni technologicznej, którą przedstawiono w *Karcie oferty* odwołującego w poz. 2, tj. pracownia energetyczna - TEN-Energetyki, gdzie przewidziano 4.500 roboczogodzin. Natomiast z zestawienia przekazanego przez przystępującego - *Podsumowanie ekonomiczne oferty*, ostatnia tabela - *dystrybucja sprzedaży na pracownię* - wiersz 3 PC, przewidziano 1.888 roboczogodzin. W załączniku nr 1 do II części SIWZ, w pkt 2.3.2 - *zbiornicze zestawienie kosztów*, zamawiający jako inwestor opisał w pkt 1-2 wymagania, by wykonawcy określili wartości kosztorysowe inwestycji WKI na podstawie wskaźników cenowych z podziałem na grupy kosztów, o jakich mowa w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 3 lipca 2006 r. w sprawie finansowania inwestycji z budżetu państwa oraz wymóg wykonania kalkulacji robót budowlanych w postaci preliminarzy kosztów, zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z 18 maja 2004 r. w sprawie metod i podstaw kosztorysowania (...). W części II, § 2 ust. 2 rozporządzenia z 18 maja 2004 r. określono, że projekt wstępny musi dokładnie precyzować zakres materiałów,

gdyż stanowi on bazę do opracowania zbiorczego zestawienia kosztów. W § 3 ust. 1 podano, że podstawą wykonania kosztorysu jest dokumentacja projektowa. Przedmiary, o których mowa w rozporządzeniu wykonują pracowni, stąd, w ocenie odwołującego, przedmiary mają wpływ na wysokość kosztów pracowni. Główne koszty to zbiorcze zestawienia kosztów oraz koszty przedmiaru. Odwołujący wskazał, że w zestawieniu przystępującego - koszty pracowni kosztów (TK), ostatnia tabela w zestawieniu, podano 0. W piśmie przystępującego nie wskazano tej pozycji, jako zleconej do wykonania na zewnątrz.

II. Zamawiający wyjaśnił, że w 2012 r. prowadził postępowanie na prace projektowe w bardzo zbieżnym przedmiocie zamówienia, które unieważnił. W unieważnionym postępowaniu, w grę wchodziła wielowariantowość projektu z uwagi na fakt, że nie była do końca rozstrzygnięta kwestia nieruchomości, na której miał być posadowiony blok. Wykonawcy składający oferty byli zobowiązani do przedstawiania wariantu wskazującego też lokalizację na mniejszej nieruchomości i z ewentualnością posadowienia bloku na większej nieruchomości. W aktualnie prowadzonym postępowaniu kwestia nieruchomości została jednoznacznie rozstrzygnięta - wskazano działki nieruchomości i obręby ewidencyjne, zatem nie zachodzi wariantowość - pkt 6, str. 8/15 załącznika nr 1 części II SIWZ. Zamawiający wyjaśnił, że wymagał w tym punkcie opracowania, co najmniej jednego wariantu planu zagospodarowania, co oznacza, że opracowanie jednego planu zagospodarowania jest wystarczające.

Zamawiający, konkludując wypowiedź stwierdził, że odwołujący nie wykazał, że cena oferty przystępującego jest rażąco niska, tj. taka, która nie pozwoli na wykonanie zamówienia. Natomiast przystępujący, w ocenie zamawiającego, potwierdził, że jest w stanie wykonać w określonej ilości roboczogodzin i w podanej cenie, zamówienie. W ocenie zamawiającego, szczególne znaczenie ma to, że przystępujący nabył doświadczenie w podobnym zakresie, co pozwala mu na odpowiednią organizację pracy i minimalizację kosztów. Wniósł o oddalenie wniosku o przeprowadzenie dowodowego z opinii biegłego, gdyż, według jego oceny, dla ustalenia ceny rażąco niskiej, nie jest wymagana wiedza specjalistyczna.

III. Przystępujący podkreślił, że *Podsumowanie ekonomiczne oferty*, złożone na rozprawie jest dokumentem wewnętrznym, podobnie jak *Karta oferty* złożona przez odwołującego i wyjaśnił, że przewidziana w opracowaniu ilość roboczogodzin 10.500, jest ilością realną, jakiej wykonawca potrzebuje na wykonanie zamówienia. Wyjaśnił, że zarzut odwołującego - braku kalkulacji ceny w wyjaśnieniach złożonych na wezwanie zamawiającego, jest niezasadny. Podniósł, że w piśmie z 06.02.2013 r. zamawiający prosił o złożenie wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny, natomiast nie żądał kalkulacji ceny. W ocenie przystępującego,

złożone wyjaśnienia z 07.02.2013 r. są adekwatne do żądania zamawiającego - przystępujący przedstawił w nich wykonane zamówienia z wykazaniem ilości roboczogodzin. Stwierdził, że niesłuszny jest zarzut dotyczący braku zakresu wykonanych projektów przedstawionych w piśmie z 07.02.2013 r. Podniósł, że w Polsce, w ostatnich latach, tj. 2010-2012, wykonano projekty budowlane dla 6 inwestycji o zakresie analogicznym do bloku w Grudziądzu, z tego 4 projekty zostały wykonane przez przystępującego. Nie zgodził się z zarzutem ponoszonej straty bilansowej i wyjaśnił, że odwołujący podał te informacje nie przedstawiając żadnego dowodu. Odnosząc się do pkt 2 załącznika nr 1 części II str. 5 (SIWZ), podniósł, że nie występuje żadna wariantowość opracowania dokumentacji, gdyż w tym punkcie wskazano możliwość różnych dostawców Bloku, a więc opis dotyczy dostawy urządzeń. Odnosnie pkt 2.3.2 ppkt 1.2 załącznika przystępujący wskazał, że zbiorcze zestawienie kosztów ma stanowić przedmiot opracowania projektowego i nie odnosi się do złożonego przez przystępującego *Podsumowania ekonomicznego oferty*. Wniósł o oddalenie wniosku o powołanie biegłego, jako bezprzedmiotowego.

Na wniosek przystępującego, przy braku stanowisk przeciwnych, A..... P..... - członek Rady Nadzorczej Spółki przystępującego, przesłuchany w charakterze strony, złożył następując oświadczenie.

Wymienił 6 zrealizowanych projektów porównywalnych do przedmiotu zamówienia:

- 1) blok w Stalowej Woli 450 MW blok parowo-gazowy, przystępujący realizował 70% wartości zamówienia na kwotę 1.240.000,00 zł netto,
- 2) elektrownia, blok gazowo-parowy we Włocławku, zakres projektu wstępnego 2x450 MW, projekt budowlany 1 x 450 MW, wartość kontraktu 1.800.000,00 netto,
- 3) elektrociepłownia Gorzów, blok gazowo-parowy, 140 MW, wartość brutto 2.059.000,00 zł,
- 4) elektrociepłownia w Bydgoszczy blok gazowo-parowy, 400 MW, wartość brutto 2.059.000,00 zł,
- 5) blok gazowo-parowy 240 MW Pomorzany (Szczecin), wartość 2.059.000,00 zł brutto,
- 6) blok gazowo-parowy 400 MW w Skawinie, wartość 910.000,00 zł brutto.

Przystępujący wskazał, że ze względu na posiadanie elektronicznego systemu pomiaru kosztów realizacji kontraktów, przystępujący potrafi z dużą dozą dokładności określić koszty wykonania podobnych kontraktów, w tym głównym składnikiem kosztów jest praca intelektualna osób. Posiadana baza danych o kosztach już zrealizowanych kontraktów, stanowi podstawę do kalkulacji ceny kolejnych ofert. Przedłożone *Podsumowanie ekonomiczne oferty* zostało sporządzone dla opracowania oferty w tym postępowaniu, na podstawie bazy danych, w oparciu o zrealizowane wcześniej kontrakty dotyczące podobnego

zakresu. Odnośnie powyższego opracowania podał, że w 2. tabeli przedłożonego opracowania, opisano wiodące stanowiska, które są w większości wieloosobowe. Przewidziana ilość roboczogodzin do wykonania zamówienia wynosi 10.496. Wskazał, że istotne znacznie ma dolna tabela opracowania - *dystrybucja sprzedaży na pracowni*. Z tego najistotniejsze znaczenie mają: pracownia budowlana (PB) oraz pracownia elektryczna i instalacyjna (PE i PI), natomiast w projekcie wstępnym istotną rolę odgrywa pracownia ciepła (PC), która definiuje proces - technologię elektrowni, gdzie przewidziano 1.888 roboczogodzin. W ocenie przystępującego, na podstawie dotychczasowego doświadczenia należało uznać, że podana ilość roboczogodzin jest w zupełności wystarczająca. TK - dział opracowań consultingowych zajmuje się opracowaniami przedinwestycyjnymi. Ponieważ projekt budowlany jest wykonaniem następczym na podstawie danych dostarczonych przez zamawiającego, nie ma podstawy angażować pracowni TK. Wskazał, że na podstawie analizy SIWZ, brak jest podstaw do uznania, że opracowanie projektu ma być wielowariantowe.

Strona przystępująca wyjaśniła w odpowiedzi na pytanie odwołującego, że główny projektant pełni rolę koordynującą w kontaktach z klientem i wewnątrz biura, jest zarządzającym wykonaniem kontraktu w ramach spółki oraz, że przewidziana liczba 160 roboczogodzin jest wystarczająca dla wykonania jego obowiązków. Odwołujący, powołując się na fakt, że 160 godzin stanowi 1 miesiąc pracy, na wymagane około 9 miesięcy realizacji projektu, podał w wątpliwość wskazaną ilość roboczogodzin.

Pełnomocnik przystępującego zaproponował przeciw zaliczeniu w poczet dowodów, złożonego przez odwołującego wydruku dotyczącego strat bilansowych, z następujących powodów: złożony wydruk nie stanowi ani dowodu prywatnego ani urzędowego, nie wiadomo, kto go sporządził i na podstawie jakich dokumentów.

Wniósł o oddalenie wniosku dowodowego - przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, jako bezprzedmiotowego.

Izba zważyła.

Odwołujący spełnia przesłanki z art. 179 ust. 1 Pzp, przesądzające o legitymacji czynnej do wniesienia odwołania. Jest wykonawcą uczestniczącym w postępowaniu, złożył ważną ofertę sklasyfikowaną na drugiej pozycji w rankingu ofert ze względu na jedyne kryterium oceny ofert - cena. W sytuacji potwierdzenia się zarzutów odwołania wobec wyboru najkorzystniejszej oferty, odwołujący miałby możliwość uzyskania zamówienia.

Izba rozpoznaje odwołanie w granicach zarzutów w nim przedstawionych (art. 192 ust. 7 Pzp). Ocena wyjaśnień przystępującego złożonych na wezwanie zamawiającego, na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, nie stanowiła zarzutu przedstawionego w odwołaniu. Wezwanie

wystosowane przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień oraz wyjaśnienia przystępującego miały miejsce przed wyborem najkorzystniejszej oferty. Odwołujący miał możliwości zapoznania się z dokumentacją prowadzonego postępowania i podniesienia w odwołaniu zarzutów stosownych do stanu faktycznego sprawy.

W przedmiocie zakresu zaskarżania czynności zamawiającego oraz granic rozpoznania odwołania, wypowiedział się, w ślad za Sądem Okręgowym w Warszawie (wyrok z 15.07.11 r., XXIII Ga 416/11), Sąd Okręgowy w Rzeszowie w wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r., sygn. akt I Ca 117/12, w następujący sposób: *W zakresie postępowania odwoławczego przepis art. 180 ust. 1 i 3 Pzp stanowi, że odwołanie, które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 Pzp, KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezawartych w odwołaniu. (...). Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski, w tym jeden odnoszący się do postępowania przed KIO: granice rozpoznania sprawy przez KIO (...) są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej.*

Z dalszej części uzasadnienia wyroku wynikają wnioski porównywalne do wniosków wynikających z rozpoznanego odwołania, stąd Izba wskazała wybrane te ustalenia Sądu, które są istotne dla prowadzonego postępowania odwoławczego.

Sąd uznał w rozpoznawanej sprawie, że obraza art. 192 ust. 7 Pzp następuje przez orzeczenie Izby, co do zarzutu rażąco niskiej ceny, który nie był objęty odwołaniem, w sytuacji, gdy odwołujący zarzucał zamawiającemu jedynie zaniechanie wezwania wybranego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 Pzp.

Najistotniejszym zdaniem Sądu Okręgowego jest fakt, że odwołanie wobec złożenia przez wykonawcę wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp winno sprowadzać się już nie do wykazania, że cena oferty wykonawcy jest rażąco niska, a do wykazania jedynie nieprawidłowej oceny przez zamawiającego złożonych wyjaśnień. Na tym etapie postępowania przedmiotem zainteresowania może być jedynie dokonana przez zamawiającego ocena złożonych wyjaśnień dotyczących ceny - czy te wyjaśnienia rozwiewają wątpliwości w odniesieniu do ceny, czy ich treść pozwala na kategoryczne stwierdzenie, że cena została skalkulowana poprawnie, uwzględnia wszystkie koszty wykonania zamówienia. Odwołanie złożone przez odwołującego nie zawiera żadnego

odniesienia się do wyjaśnień złożonych przez wykonawcę. Podniesione w nim ogólne zarzuty dotyczą rażąco niskiej ceny w kontekście braku wezwania przez zamawiającego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Zarzuty te, a także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp z podanych wyżej przyczyn są bezzasadne. Z treści odwołania i protokołu rozprawy przed KIO wynika, że odwołujący się nie miał informacji o wyczerpaniu przez zamawiającego trybu z art. 90 ust. 1 Pzp. Oznacza to oczywisty sposób, że odwołanie w żaden sposób rzeczowo nie odnosi się do analizy przez zamawiającego wyjaśnień wykonawcy. Reasumując, podniesiony w odwołaniu zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 2 Pzp ograniczył się w zasadzie do podania artykułu ustawy, który naruszono podczas przetargu: Odwołujący powinien był odnieść się do konkretnej sytuacji, towarzyszących okoliczności i wskazać w wyniku, jakiego działania bądź zaniechania objętego hipotezą tego przepisu jego interes został naruszony (tak KIO 2488/11).

Odwołujący się nie może jedynie ogólnie wskazać wadliwych czynności zamawiającego, odkładając uszczegółowienie i uzasadnienie zarzutów do rozprawy. KIO rozpatrywać może jedynie te, których przynajmniej podstawowy zarys przedstawiono w odwołaniu (tak akt KIO 184/11).

Żadna argumentacja, która nie znalazła odzwierciedlenia w złożonym w terminie odwołaniu lecz została podniesiona później, nie może podlegać rozpatrzeniu. Późniejsze zarzuty należy uznać za przedawnione - złożone po dziesięciodniowym terminie zawitym.

Także składający zamówienie nie może się odnieść do kadłubowego, spełniającego jedynie wymagania formalne, katalogu zarzutów. Kopia odwołania przekazywana jest bowiem zamawiającemu, dzięki czemu może on przeanalizować jego zasadność. Tylko na podstawie pełnej argumentacji wraz z potwierdzającymi ją dowodami może opracować odpowiedź i rozważyć decyzję o uwzględnieniu zarzutów w całości.

W związku ze zmodyfikowanym na rozprawie odwołaniem, Izba rozpoznała zarzut zaniechania zamawiającego odrzucenia oferty przystępującego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, z powodu rażąco niskiej ceny.

Wskazany przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi podstawę i obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty w razie ziszczenia się określonych w nim przesłanek. Przepis ma zastosowanie w razie stwierdzenia rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. W tym przypadku ustalenie rażąco niskiej ceny następuje w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, a nie jego części składowych, czy cen jednostkowych. W orzecznictwie, piśmiennictwie oraz doktrynie jednoznacznie ustalono, że przedmiot zamówienia, w rozumieniu wynikającym z podanych przepisów Pzp, oznacza w ujęciu

rzeczowym cały zakres robót, dostaw lub usług, w finansowym wartości zamówienia ustaloną przez zamawiającego na podstawie art. 32 ust. 1 Pzp w odniesieniu do wszystkich rodzajów zamówień i art. 33 ust. 1 i 2 Pzp w odniesieniu do robót budowlanych - powiększoną o podatek VAT. Z reguły jest to kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podana bezpośrednio przed otwarciem ofert. W przypadku odrzucenia oferty na podstawie wskazanego przepisu ciężar dowodu obciąża zamawiającego. Z kolei w przypadku przedstawienia zamawiającemu zarzutu zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, ciężar udowodnienia rażąco niskiej ceny oferty obciąża wykonawcę, który z tego faktu wywodzi skutki prawne, przez wykazanie, że kwestionowana oferta istotnie zawiera rażąco niską cenę. Przepis art. 190 ust. 1 Pzp uprawnia strony i uczestników postępowania odwoławczego do przedstawiania dowodów na poparcie swoich twierdzeń i odparcie twierdzeń strony przeciwnej aż do zamknięcia rozprawy, w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu (art. 192 ust. 7 Pzp).

W rozpoznanym odwołaniu nie został udowodniony zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp wobec nie wykazania, że cena oferty jest rażąco niska.

Odwołujący przedstawił w uzasadnieniu odwołania zarzut rażąco niskiej ceny oferty, wyłącznie na podstawie procentowego odniesienia ceny wybranej oferty do ceny przedmiotu zamówienia (kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podana przez zamawiającego bezpośrednio przed otwarciem ofert) oraz cen pozostałych ofert, wskazując w konsekwencji, że różnice procentowe cen uzasadniają zastosowanie art. 90 ust. 1 Pzp. Dopiero na str. 7-9 odwołania odwołujący przedstawił przedmiot prac opisanych w SIWZ, podkreślając, że zasadniczą część zakresu stanowi projekt wstępny, w kontekście jego wielowariantowości oraz zbiorcze zestawienie kosztów, w przeciwieństwie do danych wynikających z dokumentacji projektowej przedstawionej przez zamawiającego, gdzie projekt wstępny stanowi 10% całości przewidzianych prac. Kwestia ilości godzin niezbędnych do zrealizowania zamówienia rzutująca na koszt zamówienia, została podniesiona wyłącznie w odniesieniu do danych przyjętych przez odwołującego w załączonej do odwołania *Kacie oferty* (wskazane indywidualne możliwości odwołującego). Szczegółowe zarzuty podniesione na rozprawie w odniesieniu do złożonych przez przystępującego wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp i dokonanej oceny wyjaśnień przez zamawiającego, na podstawie art. 90 ust. 2 Pzp, nie mogły stanowić przedmiotu rozpoznania Izby w kontekście przepisu art. 192 ust. 7 Pzp. Ciężar udowodnienia zarzutu rażąco niskiej ceny, przedstawiony w odwołaniu i podtrzymany na rozprawie, został przerzucony, w istocie, na wnioskowanego biegłego do spraw budownictwa energetycznego.

Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, mając na uwadze, że zgodnie z orzecznictwem *kwestia rażąco niskiej ceny należy do oceny prawnej i jej rozstrzygnięcie zasadniczo nie wymaga wiadomości specjalnych. Ocena rażąco niskiej ceny dokonywana jest na podstawie całokształtu materiału dowodowego, w tym zwłaszcza wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Wynika to z specyfiki spraw z zakresu zamówień publicznych. Przyjęcie, że rozstrzygnięcie kwestii rażąco niskiej ceny w wymaga wiadomości specjalnych oznaczałoby, że właściwie w każdej sprawie z zakresu zamówień publicznych wymagana byłaby opinia biegłego. Tymczasem ustalenia w tym zakresie sprowadzają się do zwykłej analizy ofert konkurentów przy uwzględnieniu doświadczenia życiowego* (na podstawie wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 10 czerwca 2010 r., sygn. akt IX Ga 131/10 oraz podobnie orzecznictwa Izby KIO/UZP 81/10; KIO/UZP 1339/10).

W sprawie, w której został wydany wyrok Sądu Okręgowego w Opolu VI Ga 112/10, niepubl., przywołany w odwołaniu, stroną odwołującą i uczestnikiem postępowania odwoławczego byli odpowiednio, obecny odwołujący i uczestnik postępowania odwoławczego, przy czym ceny kształtowały się (w sposób nieporównywalny do obecnego), następująco: kwota podana przez zamawiającego bezpośrednio przed otwarciem ofert: 18 300 000,00 zł. oraz ceny trzech złożonych ofert: 3 299 000,00 zł; 7 856 800,00 zł; 5 891 615,46 zł (sprawa KIO/UZP 1339/10).

Wyjaśnienia i dowody przedstawione przez przystępującego wskazują na wiarygodną ocenę ceny oferty wykonawcy, ustaloną przede wszystkim z uwzględnieniem: posiadania elektronicznego systemu pomiaru kosztów realizacji kontraktów, co pozwala na określenie z dużą dozą dokładności kosztów wykonania podobnych kontraktów. Posiadana baza danych o kosztach już zrealizowanych kontraktów, stanowi podstawę do kalkulacji ceny kolejnych ofert. Przedłożone *Podsumowanie ekonomiczne oferty* sporządzone dla opracowania oferty w tym postępowaniu, na podstawie bazy danych, w oparciu o zrealizowane wcześniej kontrakty dotyczące podobnego zakresu, uwzględnia fakt, że głównym składnikiem kosztów jest praca intelektualna osób, zatrudnionych na wiodących wieloosobowych stanowiskach. Istotne znacznie, z punktu widzenia ilości przewidzianych roboczogodzin 10.496, ma *dystrybucja sprzedaży na pracownię*: pracowni budowlanej (PB) oraz pracowni elektrycznej i instalacyjnej (PE i PI) i w projekcie wstępnym, pracowni ciepłej (PC) - proces technologii elektrowni z przewidzianą liczbą 1.888 roboczogodzin, także zerowy koszt TK - działu zajmującego się opracowaniami consultingowymi (przedinwestycyjnymi).

Nie został potwierdzony, w świetle wyjaśnień złożonych na rozprawie, także zarzut wielowariantowości projektu wstępnego (możliwość wyboru przez zamawiającego różnych dostawców Bloku i zapewnienie w miarę możliwości rozwiązania zunifikowanego, minimalizującego liczbę koniecznych zmian), (...), pkt 1.1.2, czy mnogości wariantów planu zagospodarowania Terenu Elektrowni, pkt 2.1.6 - załącznik nr 1 do umowy (zakres dokumentacji projektowej).

Izba uznała, że podane przez odwołującego straty bilansowe nie mogą mieć wpływu na ocenę ceny ofertowej. Sąd Okręgowy w Lublinie we wskazanym już wyroku z dnia 10 czerwca 2010 r., sygn. akt IX Ga 131/10 wskazał, że *należy rozróżnić kwestię stanu finansów konkretnego podmiotu i kwestię dochodowości danego przedsięwzięcia. Fakt, że dany podmiot ponosi stratę w danym ryku obrotowym nie może bowiem świadczyć automatycznie o braku dochodów z konkretnego zamówienia, gdyż o ostatecznym wyniku finansowym (zysku lub stracie) decyduje całokształt działalności. Wyciąganie konsekwencji o opłacalności zamówienia ze stanu finansów danego podmiotu jest całkowitym nieporozumieniem. Może się bowiem okazać, że konkretne zamówienie przynosi dochód lecz pozostała działalność generuje straty skutkiem czego wystąpi mimo wszystko ujemny wynik finansowy danego podmiotu.*

Postępowanie dowodowe przeprowadzone na rozprawie stosownie do zarzutów odwołania, uwzględniło stanowiska oraz dowody stron i uczestnika postępowania odwoławczego - przystępującego, w kontekście zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego.

Oceniając zarzuty odwołania (art. 192 ust. 7 Pzp) oraz rozstrzygając o żądaniach odwołującego (§ 34 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań), Izba uznała, że odwołanie nie podlega uwzględnieniu.

Reasumując powyższe, Izba uznała, że odwołujący nie wykazał naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów Pzp, zatem orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów wpis od odwołania oraz zasądając na rzecz

zamawiającego wynagrodzenie pełnomocnika i koszty dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby i rozprawę, na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy (§ 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia). Izba nie uwzględniła wniosku przystępującego o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, z powodu braku podstaw prawnych w Pzp i wskazanym rozporządzeniu.

Przewodniczący: