

**WYROK**  
**z dnia 29 grudnia 2020 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Chudzik**

Protokolant:

Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 grudnia 2020 r. przez wykonawcę **MIA architekci Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Bytom – Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Bytomiu**,

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie – na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp – oferty P. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Active Line P. T. oraz powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Bytom – Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Bytomiu i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11 420 zł 95 gr (słownie: jedenaście tysięcy czterysta dwadzieścia złotych dziewięćdziesiąt pięć groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania (7 500,00 zł), wynagrodzenia pełnomocnika (3 600,00 zł) oraz dojazdu na rozprawę (320,95 zł).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący:.....**

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Bytom - Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Bytomiu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Opracowanie dokumentacji projektowej w ramach projektu pn. „Stworzenie przyjemnych i bezpiecznych przestrzeni dla mieszkańców Bytomia, etap II”*. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 23 października 2020 r. pod numerem 601422-N-2020.

W dniu 7 grudnia 2020 r. wykonawca MIA Architekci Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec wyboru oferty M. T., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Active Line M. T. . Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawcy jako zawierającej rażąco niską cenę.

Zdaniem Odwołującego, zaoferowana przez Active Line cena w wysokości 128.412,00 zł jest rażąco niska.

Odwołujący wskazał, że kwota, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia wynosiła 215.000,00 zł brutto. Zamawiający wszczął w stosunku do Active Line postępowanie wyjaśniające w zakresie rażąco niskiej ceny ofertowej, wzywając wykonawcę do udzielania wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących sposobu wyliczenia ceny oferty. W ocenie Odwołującego wykonawca Active Line nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny. Złożone wyjaśnienia były lakoniczne i ogólnikowe, nie stanowiąc faktycznie odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Active Line nie przedstawiło faktycznie kalkulacji poszczególnych elementów cenotwórczych oferty, ograniczając się do tabelarycznej kalkulacji 9 ogólnych elementów zamówienia i zapewnienia, że zaproponowana w ofercie cena jest realna. Elementy zamówienia ujęte w tabeli nie wyczerpują całego przedmiotu zamówienia w ocenie Odwołującego. Przedstawiona kalkulacja nie zakłada osiągnięcia zysku. Cena ofertowa jest nierynkowa, nie dając zabezpieczenia należytego wykonania przedmiotu zamówienia publicznego. Oferta Active Line winna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę.

Odwołujący podniósł, że każdorazowe wszczęcie postępowania wyjaśniającego z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp tworzy domniemanie, że wycena ofertowa wykonawcy jest rażąco niska, tj. nierealna, niewiarygodna i nie zapewni należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Ciężar obalenia domniemania rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, w stosunku do którego zostało wszczęte postępowanie wyjaśniające. Wykonawca winien zatem odpowiedzieć na wezwanie Zamawiającego w sposób pełny i wyczerpujący, kompleksowo odnosząc się do zaoferowanej ceny i szczegółowo wyjaśniając przyczyny, z których wynika poziom cenowy przez niego zaoferowany. W

szczegółności wyjaśnienia winny zawierać opis składników cenotwórczych, wraz z dowodami na ich potwierdzenie, aby można było na ich podstawie zweryfikować prawidłowość poczynionych przez wykonawcę założeń cenowych. Wyjaśnienia składane przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie mogą stanowić „kalkulacji wstępnej”. Wyjaśnienia muszą być wiarygodne, rzetelne, a jednocześnie stanowcze i przekonujące, że cena podana w ofercie jest skalkulowana na konkretnych, wymiernych, przeanalizowanych i pewnych danych.

Odwolujący wskazał, że w odpowiedzi na skierowane przez Zamawiającego wezwanie do wyjaśnień Active Line przedstawiło tabelę zawierającą 9 elementów zamówienia, które – zgodnie z treścią pisma – miały obejmować wszystkie elementy zamówienia. Active Line wskazało na koszty:

- opracowania dokumentacji projektowo-kosztorysowej – 18.900,00 złotych netto,
  - opracowania map sytuacyjno-wysokościowych do celów projektowych - 21.000,00
  - „branży drogowej” – 30.000,00 złotych netto,
  - „branży instalacji w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych” – 25.000,00 złotych netto,
  - spotkań z mieszkańcami – 2.000,00 złotych netto,
  - spotkań z Zamawiającym – 2.500,00 złotych netto,
  - sprawowania nadzoru autorskiego – 2.500,00 złotych netto,
  - uzyskania w imieniu Zamawiającego wymaganych prawem uzgodnień, pozwoleń i decyzji – 500,00 złotych netto,
  - „badań” – 2.000,00 złotych netto,
  - podatku VAT – 24.012,00 złotych,
- co razem daje kwotę 128.412,00 złotych brutto.

Kwota ta wyczerpuje w całości cenę ofertową wskazaną w ofercie Active Line na wykonanie przedmiotu zamówienia, co prowadzi do konkluzji, że oferta ta nie zakładała osiągnięcia zysku. Ponadto przedstawiona kalkulacja nie uwzględnia wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia oraz pomija koszty niezbędne do jego wykonania. Zdaniem Odwołującego Active Line nie uwzględniło w kalkulacji:

- udzielania odpowiedzi na pytania dotyczące projektu na etapie postępowania przetargowego (zobowiązanie wynikające z § 4 ust. 1 pkt 4 projektu umowy),
  - dokonywania niezbędnych zmian w projekcie wynikłych na etapie postępowania przetargowego na wyłonienie wykonawcy robót budowlanych lub podczas realizacji robót (zobowiązanie wynikające z § 4 ust. 1 pkt 5 projektu umowy),
  - prac projektowych w branży konstrukcyjnej (demontaż wiat, projekt murków oporowych, schodów terenowych, konstrukcja ogrodzenia, ewentualnej wiaty rowerowej) i teletechnicznej (monitoring) (Z tabeli wynika, że do realizacji przedmiotu zamówienia będą zaangażowani: architekt, projektant branży drogowej, elektrycznej i kosztorysant),
- Ponadto Odwołujący podniósł, że wykonawca Active Line pominął:
- koszty wydruków dokumentacji projektowej, przedmiarów, specyfikacji i kosztorysów, ich oprawienia i dostarczenia do Zamawiającego,
  - koszty utrzymania biura (koszt czynszu najmu, mediów), sprzętu biurowego (amortyzacja sprzętu komputerowego), oprogramowań branżowych (koszt licencji), materiałów biurowych, etc. (Active Line wskazało w treści wyjaśnień, że zatrudnia projektantów, a jedynie z architektem współpracuje na zasadzie umowy cywilno-prawnej. W ramach stosunku pracy pracodawca jest zobowiązany do zapewniania pracownikowi odpowiednich warunków pracy, tj. w przypadku pracowników w branży projektowej odpowiedniej przestrzeni biurowej, sprzętu komputerowego, programów branżowych, sprzętu biurowego, etc.),
  - koszty oceny stanu faktycznego (Na dokonanie takiej oceny, zakładającej przyjazd na teren realizacji przedmiotu zamówienia i jego zbadanie wskazuje Active Line w wyjaśnieniach (s. 1 lit. a tiret drugie).

W ocenie Odwołującego wątpliwe wydaje się także skalkulowanie w tabeli dokumentacji kosztorysowej dla wszystkich branż. Active Line kalkuluje koszt „opracowania dokumentacji projektowo-kosztorysowej” na poziomie 18.900,00 złotych. Choć nie jest to do końca jasne, co Active Line rozumie pod pojęciem „dokumentacja projektowa”, to – mając na uwadze wyodrębnienie branży drogowej i branży elektrycznej oraz wskazanie w treści pisma na współpracę z architektem – wydaje się, że pod tym pojęciem należy rozumieć prace projektowe wykonane przez architekta. W konsekwencji, „dokumentacja kosztorysowa” ujęta w tym samym wierszu winna być odnoszona wyłącznie do skosztorysowania branży architektonicznej. To z kolei oznacza pominięcie skosztorysowania pozostałych branż, tj. drogowej, elektrycznej oraz – pominiętych w kalkulacji – konstrukcyjnej i teletechnicznej. Jeśli nawet jest inaczej, tj. jeśli pod pojęciem „dokumentacji kosztorysowej” ujętej w wierszu pierwszym tabeli należy rozumieć dokumentację obejmującą wykonanie przedmiarów, specyfikacji technicznej i kosztorysów inwestorskich dla całego przedmiotu zamówienia, to nie sposób wówczas uznać, że Active Line w sposób jasny i szczegółowy przedstawiło kalkulację cenową poszczególnych elementów zamówienia. W takim stanie rzeczy należy się bowiem domyślać, jaka część wynagrodzenia określona na poziomie 18.900,00 zł netto „przypadnie” architektowi, a jaka kosztorysantowi, co z kolei wyklucza ocenę, czy taka kalkulacja odpowiada cenom rynkowym. Nie jest zresztą rzeczą Zamawiającego samodzielne „dzielenie” kosztów wskazanych przez Active Line.

Odwolujący podniósł, że trudno także uznać za wiarygodną kalkulację odnoszącą się do kosztów spotkań z mieszkańcami (2.000,00 złotych netto), spotkań z Zamawiającym (2.500,00 złotych netto) i pełnienia nadzoru autorskiego (2.500,00 złotych netto). Realizacja zamówienia publicznego obejmuje w sumie 7 lokalizacji, a zatem także obowiązek przeprowadzenia spotkań z mieszkańcami w tych 7 lokalizacjach. Głównym miejscem wykonywania działalności Active Line jest Lublin. Dodatkowym miejscem wykonywania działalności Active Line jest Natalin, także w województwie lubelskim. Koszt samego tylko jednorazowego dojazdu przedstawiciela Active Line do Bytomia wynosi 648,50 złotych.

Odległość pomiędzy Lublinem a Bytowem wynosi 370 km, stawka „kilometrówki” – 0,8358 zł/km plus koszt diety wynoszący na dzień sporządzenia odwołania 30,00 złotych. Równocześnie, ze względu na odległość należy rozważyć ewentualne koszty noclegu. Active Line nie wyjaśniło jednak, jakie koszty jednostkowe kryją się pod ogólnie określonymi kosztami spotkań z mieszkańcami i Zamawiającym lub pełnienia nadzoru autorskiego. W szczególności z kalkulacji przedstawionej przez Active Line nie wynika ile spotkań lub ile przyjazdów na teren inwestycji w ramach pełnienia nadzoru autorskiego zostało skalkulowanych w ramach podanej ceny globalnej. Nie wiadomo także, czy tak skalkulowana cena globalna obejmuje wyłącznie koszty dojazdu, czy także diet i noclegów, a w przypadku pełnienia nadzoru autorskiego – także wynagrodzenia projektantów.

Zdaniem Odwołującego niewiarygodne jest także skalkulowanie kosztów badań geotechnicznych na poziomie 2.000,00 złotych. Mając na uwadze, że inwestycja realizowana jest w 7 lokalizacjach, koszt badań geotechnicznych przypadający na 1 lokalizację wyniósłby ok. 285,00 złotych.

Dalej Odwołujący podniósł, że wyjaśniając kalkulację ceny ofertowej Active Line wskazało także na posiadane doświadczenie na rynku zamówień publicznych oraz na zakres działalności firmy, tj. działanie zarówno w branży projektowej, jak i wykonawczej. Wykonywanie robót budowlanych ma poszerzać zakres działalności Active Line, co ma się z kolei przekładać na możliwość „przygotowania korzystnej cenowo oferty na wykonanie dokumentacji projektowej przy bardzo niskiej marży”. Zdaniem Odwołującego posiadane doświadczenie na rynku zamówień publicznych trudno uznać za okoliczność mogącą realnie wpłynąć na obniżenie ceny ofertowej. Nawet jednak, jeśli przyjąć, że posiadane doświadczenie może wpłynąć na ukształtowanie ceny, to Active Line powinno to wykazać w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, czego zaniechało. Nie sposób odczytać także intencję Active Line dotyczącą zakresu działalności firmy. Nawet jeśli Active Line dopuszcza przygotowanie dokumentacji projektowej „po kosztach”, by następnie zarobić na wykonawstwie robót budowlanych, to w przypadku rynku zamówień publicznych takie założenie jest chybione. Nawet jeśli wykonawca nie zostanie wykluczony z postępowania przetargowego na realizację robót budowlanych ze względu na naruszenie zasad konkurencji, to i tak nie ma pewności, że oferta złożona w takim postępowaniu będzie najkorzystniejsza.

Na marginesie Odwołujący zwrócił także uwagę, że z przedstawionej tabeli kosztowej wynika, że Active Line w przypadku realizacji przedmiotu zamówienia nie uwzględniło nawet sygnalizowanej „bardzo niskiej marży”. Marża, nawet niska, zakłada bowiem osiągnięcie określonego zysku. Z przedstawionej tabeli wynika natomiast, że koszty realizacji przedmiotu zamówienia pochłaniają w całości zaoferowaną cenę.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty Active Line jako najkorzystniejszej, odrzucenia ww. oferty jako zawierającą rażąco niską cenę oraz powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła, co następuje:***

Zgodnie z punktem 3.5 SIWZ przedmiot zamówienia obejmuje opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej wraz z przeniesieniem praw autorskich z uwzględnieniem uwag, zaleceń i wytycznych Zamawiającego oraz uwag i koniecznych uzupełnień wymaganych przez instytucje opiniujące lub zatwierdzające poszczególne części dokumentacji projektowej, a także przeprowadzenie konsultacji z lokalną społecznością. Dokumentacja projektowa powinna być wykonana w stanie kompletnym z punktu widzenia celu, któremu ma służyć. Powinna być opracowana zgodnie z obowiązującymi przepisami, normami i zasadami wiedzy technicznej, być wykonana przez osoby posiadające stosowne uprawnienia. Założenia projektowe w fazie opracowania należy na bieżąco konsultować z Zamawiającym. W ramach zamówienia Wykonawca w imieniu Zamawiającego złoży wniosek o wydanie decyzji pozwolenia na budowę zgodnie z przepisami Prawa budowlanego. Zamawiający udzieli pisemnego upoważnienia Wykonawcy do występowania w imieniu Zamawiającego w wyżej wymienionym zakresie.

Stosownie do punktu 3.6 SIWZ w ramach zamówienia Wykonawca zobowiązany jest ponadto do przeprowadzenia co najmniej jednego spotkania z udziałem mieszkańców, dla każdej z poniższych lokalizacji: ul. Grabowa, Alejka Marka Sienickiego, ul. Witczaka, ul. Kochanowskiego, ul. Niemcewiczka, ul. Stalowa. Wykonawca na każdym z tych spotkań winien przedstawić wstępną koncepcję rozwiązań zagospodarowania terenu wraz z zebraniem uwag od mieszkańców.

Zgodnie z punktem 3.7 SIWZ dokumentacja projektowa winna zostać wykonana w formie papierowej w 5 egzemplarzach oraz w jednym egzemplarzu w formie elektronicznej na nośniku (w formie edytowalnej i nieedytowalnej).

Zgodnie z punktem 3.8 SIWZ wykonawca ma obowiązek wykonać wszelkie prace, czynności oraz uzyskać we własnym zakresie wszelkie niezbędne dokumenty, opinie i uzgodnienia, aby opracowana dokumentacja mogła służyć celom, dla jakich została opracowana i była zgodna z obowiązującymi przepisami.

Punkt 3.10 SIWZ stanowi, że do podstawowych obowiązków Wykonawcy należą m.in.:

- a) raportowanie Zamawiającemu w formie pisemnej o postępie prac raz na 14 dni licząc od daty zawarcia umowy,
- b) uczestnictwo w spotkaniach z Zamawiającym w trakcie trwania umowy, na których Wykonawca będzie zobowiązany do przedłożenia pisemnego sprawozdania z wykonanych prac oraz informowania o ich postępie;
- c) przeniesienie na Zamawiającego z chwilą podpisania protokołu zdawczo-odbiorczego autorskich praw majątkowych do dokumentacji projektowej, na polach eksploatacji wskazanych we wzorze umowy;
- d) udzielanie odpowiedzi w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, na pytania dotyczące projektu na etapie postępowania przetargowego na wyłonienie wykonawcy robót ;
- e) dokonanie niezbędnych zmian w projekcie wynikłych na etapie postępowania przetargowego na wyłonienie wykonawcy robót budowlanych lub podczas realizacji robót i korekta błędów w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego;
- f) sprawowanie nadzoru autorskiego;
- g) usunięcia na własny koszt i własnym staraniem stwierdzonych wad i braków dokumentacji.

W punkcie 16 SIWZ (Opis sposobu obliczenia ceny) Zamawiający zamieścił m.in. następujące wymagania dotyczące ceny oferty:

16.1. Wykonawca winien skalkulować cenę ryczałtową brutto z uwzględnieniem obowiązującego 23% podatku VAT.

16.2. Cena ryczałtowa brutto winna zostać skalkulowana zgodnie ze wszystkimi informacjami zawartymi w niniejszej specyfikacji, w szczególności powinna obejmować wszystkie koszty i nakłady związane z realizacją przedmiotu zamówienia w zakresie wynikającym wprost z dokumentacji przetargowej, jak również nie ujęte w tej dokumentacji, a bez których nie można wykonać zamówienia zgodnie z normami i obowiązującymi przepisami.

16.3. W cenie ryczałtowej powinny zostać skalkulowane wszystkie koszty i opłaty towarzyszące wykonaniu umowy, jakie mogą powstać w związku z realizacją zamówienia, w szczególności koszty związane z uzyskaniem wymaganych prawem decyzji, pozwoleń, opinii itp., przeniesieniem praw autorskich, podatku od towarów i usług (VAT), ubezpieczenia, robocizny, koszty przejazdów osób realizujących zamówienie, inne koszty/ usługi związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia, zysk itp.

16.4. Zamawiający zwraca uwagę, że koszty robocizny przyjęte do kalkulacji ceny nie mogą być niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Według informacji przedstawionych w protokole postępowania wartość zamówienia została określona na kwotę 174.770,00 zł. Podana przed otwarciem ofert kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, to 215. 000,00 zł brutto.

W postępowaniu zostały złożone oferty z następującymi cenami:

1) oferta Odwołującego – 167.800,00 zł,

2) oferta Active Line M. T. – 128.412,00 zł.

Pismem z 10 listopada 2020 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Active Line, na podstawie art. 90 ust. 1 oraz ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących sposobu wyliczenia ceny oferty. Zamawiający wskazał w wezwaniu:

(...) W trakcie badania Państwa oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu ustalono, że cena ryczałtowa brutto za wykonanie całości przedmiotu zamówienia odbiega o ponad 30% od wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego (powiększonej o należny podatek od towarów i usług). W tej sytuacji ustawa kreuje podejrzenie ceny rażąco niskiej i nakłada na Zamawiającego obowiązek wystąpienia do Wykonawcy o stosowne wyjaśnienia i dowody. Cena ryczałtowa Państwa oferty została skalkulowana na poziomie 128.412,00 zł brutto i stanowi 59,73 % wartości szacunkowej zamówienia ustalonej przez Zamawiającego, powiększonej o podatek VAT, która wynosi 215.000,00 zł brutto.

W pkt 16 SIWZ („Opis sposobu obliczenia ceny”) Zamawiający wskazał, że: „Wykonawca winien skalkulować cenę ryczałtową brutto z uwzględnieniem obowiązującego 23% podatku VAT.”

Cena ryczałtowa brutto winna zostać skalkulowana zgodnie ze wszystkimi informacjami zawartymi w niniejszej specyfikacji, w szczególności powinna obejmować wszystkie koszty i nakłady związane z realizacją przedmiotu zamówienia w zakresie wynikającym wprost z dokumentacji przetargowej, jak również nie ujęte w tej dokumentacji, a bez których nie można wykonać zamówienia zgodnie z normami i obowiązującymi przepisami.

W cenie ryczałtowej powinny zostać skalkulowane wszystkie koszty i opłaty towarzyszące wykonaniu umowy, jakie mogą powstać w związku z realizacją zamówienia, w szczególności koszty związane z uzyskaniem wymaganych prawem decyzji, pozwoleń, opinii itp., przeniesieniem praw autorskich, podatku od towarów i usług (VAT), ubezpieczenia, robocizny, koszty przejazdów osób realizujących zamówienie, inne koszty/ usługi związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia, zysk itp.

Zamawiający zwraca uwagę, że koszty robocizny przyjęte do kalkulacji ceny nie mogą być niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

(...) W związku z powyższym wzywamy do udzielenia szczegółowych wyjaśnień i złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny, które pozwoliły na skalkulowanie łącznej ceny ofertowej brutto na zaoferowanym przez Państwa poziomie (wykonawca może złożyć dodatkowo np. kosztorys , jako dowód na poparcie swoich argumentów).

Złożone wyjaśnienia i dowody powinny przekonać Zamawiającego i niepodważalnie wykazać, że proponowana cena nie jest rażąco niska i pozwala na należyte wykonanie poszczególnych rodzajów robót składających się na całego zamówienia. (...)

Zamawiający zwraca ponadto uwagę, że wynagrodzenie powinno pozwalać na zbilansowanie kosztów realizacji danego zamówienia. Wykonawca nie może zatem nisko kalkulować ceny oferty, zakładając osiągnięcie korzyści z innych ubocznych świadczeń czy przewidując osiągnięcie zysku na innych płaszczyznach działalności.

Ponieważ celem wyjaśnień jest wzruszenie domniemania ceny rażąco niskiej, muszą być one konkretne, wyczerpujące i rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę. (...)

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca Active Line złożył następujące wyjaśnienia:

(...) wyjaśniamy, iż cena ofertowa została skalkulowana z uwzględnieniem wszystkich cenotwórczych elementów zamówienia tj. w szczególności:

a) opracowanie dokumentacji projektowej, w skład której wchodzi:

–mapy do celów projektowych;

–ocena stanu aktualnego;

–projekty alejek, schodów, murków, podjazdów, nawierzchni, ogrodzeń;

- projekty placów zabaw, stref rekreacyjnych, ogrodu pamięci, wybiegu dla psów, przystani rowerowej;
- projekty zieleni oraz niezbędnych elementów zagospodarowania;
- projekty demontażu ogrodzeń i wiat; projekty oświetlenia, instalacji monitoringu i montażu kamer,

b) sporządzenie specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych,

c) sporządzenie przedmiaru robót,

d) sporządzenie kosztorysu inwestorskiego,

e) sporządzenie protokołu zdawczoodbiorczego,

f) sprawowanie nadzoru autorskiego.

Dodatkowo wyjaśniamy, że posiadamy wieloletnie doświadczenie w realizacji tego rodzaju usług, co pozwala nam na rzetelne i dokładne oszacowanie czasochłonności prac i kosztów związanych z przygotowaniem projektu. Zwracamy w tym miejscu uwagę, iż większość zamówień na wykonanie dokumentacji projektowej pozyskujemy z postępowań prowadzonych w trybie zamówienia publicznego i mamy bardzo dobre rozeznanie w tym jak kształtują się ceny rynkowe za tego rodzaju prace.

Fakt, iż zajmujemy się zarówno projektowaniem, jak i wykonywaniem robót budowlanych poszerza zakres działalności firmy oraz pozwala na przygotowanie korzystnej cenowo oferty na wykonanie dokumentacji projektowej przy bardzo niskiej marży.

Zatrudniamy projektantów, którzy pracują przy projektowaniu szeroko pojętych terenów otwartych co pozwala nam uniknąć konieczności każdorazowego zatrudniania projektanta na potrzeby realizacji danego zlecenia i bezpośrednio wpływa na obniżenie tego kosztu stanowiącego podstawowy koszt przy kalkulacji usług dotyczących opracowania dokumentacji projektowej.

Od wielu lat współpracujemy na stałe, na podstawie umowy cywilno-prawnej, z architektem posiadającym niezbędne uprawnienia dzięki czemu również jesteśmy w stanie obniżyć ten koszt do minimum.

Cena wskazana przez Wykonawcę w formularzu ofertowym obejmuje wszystkie elementy zamówienia:

18 900,00 zł	Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej
21 000,00 zł	Opracowanie map sytuacyjno-wysokościowych do celów projektowych
30 000,00 zł	Branża drogowa
25 000,00 zł	Branża instalacji w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych
2 000,00 zł	Koszt spotkań z mieszkańcami
2 500,00 zł	Koszt spotkań z Zamawiającym
2 500,00 zł	Koszt sprawowania nadzoru autorskiego
500,00 zł	Uzyskanie w imieniu Zamawiającego wymaganych prawem uzgodnień, pozwoleń oraz decyzji
2 000,00 zł	Badania
<b>104 400,00 zł</b>	<b>Razem netto</b>
<b>24 012,00 zł</b>	<b>VAT</b>
<b>128 412,00 zł</b>	<b>Razem brutto</b>

Niniejszym potwierdzam, że przedmiot zamówienia został wyceniony zgodnie z założeniami projektowanymi, zapytaniem ofertowym w wzorze umowy, a zaproponowana w ofercie cena jest realna, a w związku z tym możliwe będzie wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z podaną ceną.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli 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, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1) 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 2018 r. );

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;

3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Art. 90 ust. 1a ustawy Pzp stanowi, że w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Stosownie do 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.

Na wstępie podkreślić należy, że rozstrzygając sprawę w kontekście przywołanych wyżej przepisów Izba bada nie tyle samą cenę oferty, co czynność Zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość decyzji o odrzuceniu oferty tego wykonawcy. Przedmiotem odwołania może być bowiem czynność lub zaniechanie zamawiającego (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp). Rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymagało odpowiedzi na pytanie, czy na podstawie złożonych przez wykonawcę Active Line wyjaśnień Zamawiający był uprawniony do wniosku, że cena zaoferowana nie jest rażąco niska. Zatem wykazanie prawidłowości ceny musiało nastąpić na etapie wyjaśnień składanych Zamawiającemu, a niewykazanie w tych wyjaśnieniach, że cena jest realna, powoduje po stronie Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty. Nie jest natomiast zadaniem Izby badanie ceny oferty w pełnym aspekcie i ustalanie w postępowaniu odwoławczym, czy cena rzeczywiście umożliwi realizację zamówienia.

Ponadto podkreślenia wymaga, że w świetle przywołanych wyżej przepisów ustawy skierowanie wezwania do wyjaśnienia ceny oferty powoduje powstanie po stronie wykonawcy obowiązku przedstawienia rzetelnych, wyczerpujących i popartych dowodami wyjaśnień co do sposobu kalkulacji ceny, przyjętych założeń, uwzględnionych czynników kosztotwórczych i innych okoliczności mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Jak bowiem wynika z przepisów art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania prawidłowości ceny, a niewywiązanie się z tego obowiązku skutkuje koniecznością odrzucenia oferty. Zatem konsekwencją złożenia wyjaśnień, które nie pozwalają stwierdzić, że zaoferowana cena jest realna, nie są wyczerpujące i poparte dowodami, jest – w świetle przywołanych przepisów ustawy – obowiązek odrzucenia oferty.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że o ocenie zasadności przedmiotowego zarzutu decyduje merytoryczna jakość wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, którego cena jest kwestionowana.

W ocenie Izby wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Active Line nie uprawniały Zamawiającego do stwierdzenia, że zaoferowana cena jest realna. Wykonawca ten złożył bowiem ogólnikowe i niepoparte dowodami wyjaśnienia, które nie wykazują, że cena nie jest rażąco niska.

Odnosząc się kolejno do okoliczności wskazanych w wyjaśnieniach, należy stwierdzić, że w żadnej mierze nie potwierdzają one realności ceny.

Po pierwsze, wyjaśnienia zawierają ogólnikowe i gołosłowne oświadczenie wykonawcy, jakie rodzaje dokumentacji obejmuje cena oferty.

Dalej wykonawca powołał się na swoje doświadczenie w realizowaniu podobnych usług, nie wskazał jednak, jak konkretnie przekłada się to doświadczenie na poziom ponoszonych przez niego kosztów i jakie oszczędności może osiągnąć z tego tytułu.

Ponadto wykonawca wskazał, że zakres prowadzonej przez niego działalności pozwala na przygotowanie oferty przy bardzo niskiej marży, nie wiadomo jednak, jaki jest poziom tej marży.

Odnosząc się do wskazanej w wyjaśnieniach współpracy z architektem posiadającym stosowne uprawnienia należy stwierdzić, że również w zakresie tej okoliczności nie wykazano żadnego wpływu na cenę oferty. Nie wiadomo, jakie są zakładane koszty współpracy dla celów przedmiotowego zamówienia, a co więcej – nie wskazano na jakąkolwiek formę zatrudnienia i związane z tym koszty innych specjalistów, których udział w realizacji przedmiotu zamówienia jest konieczny (osoby z uprawnieniami konstrukcyjnymi czy teletechnicznymi).

Poza powyższymi ogólnikowymi wyjaśnieniami wykonawca przedstawił tabelę prezentującą rozbić ceny ofertowej na 9 składników. W ocenie Izby rozbić ceny na takim poziomie ogólności i bez ujawnienia założeń przyjętych do kalkulacji ceny w zakresie poszczególnych elementów, nie daje żadnej wiedzy o prawidłowości kalkulacji ceny. Ponadto koszty wskazane w tej tabeli wyczerpują całą cenę ofertową, nie sposób więc na jej podstawie stwierdzić, czy i jakiej wysokości zysk zakłada wykonawca.

Odnosząc się do przedstawionego rozbić ceny ofertowej należy stwierdzić, że nie obejmuje ono wyceny szeregu obowiązków spoczywających na wykonawcy i związanych z nimi kosztów. Odwołujący zasadnie wskazał, że nie uwzględniono w nim takich kosztów jak dotyczące:

- udzielania odpowiedzi na pytania dotyczące projektu na etapie postępowania przetargowego (zobowiązanie wynikające z § 4 ust. 1 pkt 4 projektu umowy),
- dokonywania niezbędnych zmian w projekcie wynikłych na etapie postępowania przetargowego na wyłonienie wykonawcy robót budowlanych lub podczas realizacji robót (zobowiązanie wynikające z § 4 ust. 1 pkt 5 projektu umowy),
- prac projektowych w branży konstrukcyjnej (demontaż wiat, projekt murków oporowych, schodów terenowych, konstrukcja ogrodzenia, ewentualnej wiaty rowerowej) i teletechnicznej (monitoring) (Z tabeli wynika, że do realizacji przedmiotu zamówienia będą zaangażowani: architekt, projektant branży drogowej, elektrycznej i kosztorysant),
- koszty wydruków dokumentacji projektowej, przedmiarów, specyfikacji i kosztorysów, ich oprawienia i dostarczenia do Zamawiającego,
- koszty utrzymania biura (koszt czynszu najmu, mediów), sprzętu biurowego (amortyzacja sprzętu komputerowego), oprogramowań branżowych (koszt licencji), materiałów biurowych,
- koszty oceny stanu faktycznego.

Dodatkowo stwierdzić należy, że ogólny poziom przedstawionego rozbitcia ceny i nieprzedstawienie założeń towarzyszących kalkulacji nie pozwala zweryfikować, czy przedstawiony poziom kosztów dla wskazanych w tabeli elementów jest realny. Nie wiadomo, jaka pracochłonność jest zakładana dla poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia, jakiej obsady kadrowej wymaga i jakie są stawki wynagrodzeń personelu wykonawcy. Co więcej, z wyjaśnień nie wynika, jaki jest zakres przedmiotowy poszczególnych pozycji przedstawionych w tabeli, przykładowo nie wiadomo, jakich branż dotyczy pozycja odnosząca się do dokumentacji projektowo-kosztorysowej. Trudno także ustalić prawidłowość wyceny związanej z kosztami spotkań z mieszkańcami czy z Zamawiającym lub z kosztami badań geotechnicznych, nie wiadomo bowiem, jakie założenia zostały przyjęte do kalkulacji. O ile nie ma podstaw, aby z całą pewnością stwierdzić, że koszty te zostały zaniżone, to brak jest jednak informacji pozwalających na wniosek o poprawności tej wyceny, a to wykonawca składający wyjaśnienia powinien kompleksowo wyjaśnić sposób kalkulacji ceny, a zaniechania w tym zakresie obciążają tego wykonawcę.

Nie zasługuje na akceptację stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym nie jest jego rolą dociekanie takich okoliczności, jak wysokość zysku wykonawcy, czy posiadanie środków na utrzymanie biura. Wręcz przeciwnie, Zamawiający na podstawie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę powinien poznać wiedzę, czy cena oferty pozwala na pokrycie kosztów oraz osiągnięcie zysku, jakiej wielkości zysk jest zakładany, a także czy wykonawca skalkulował w cenie wszystkie koszty (w tym w jaki sposób przypisał koszty ogólne przedsiębiorstwa dla potrzeb przedmiotowego zadania) i czy zaoferowana cena pokrywa te koszty.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego należy również podkreślić, że w znacznej mierze opiera się ono na domysłach co do sposobu kalkulacji ceny, wyinterpretowaniu określonych okoliczności niewykazanych w wyjaśnieniach oraz na własnym przekonaniu Zamawiającego co do możliwości zrealizowania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę. Z powyższego stanowiska Zamawiającego wynika, że Zamawiający nie tyle ocenił złożone wyjaśnienia, co dokonał oceny na podstawie własnego przekonania o możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. Stanowisko takie jest nieprawidłowe, Zamawiający bowiem zdaje się pomijać, że wezwanie do wyjaśnień powoduje powstanie obowiązku wykazania prawidłowości kalkulacji ceny, a niewywiązanie się z tego obowiązku skutkuje koniecznością odrzucenia oferty. Zamawiający w żadnej mierze nie wykazał, że z wyjaśnień poznał niezbędną wiedzę pozwalającą uznać cenę oferty za skalkulowaną rzetelnie. Tymczasem zgodnie z art. 190 ust. 1a pkt 2 ustawy Pzp, w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę nie jest uczestnikiem postępowania. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający nie wywiązał się ze spoczywającego na nim ciężaru dowodu.

Bez wpływu na ocenę zasadności zarzutów pozostaje kwestia nieuwzględnienia w cenie oferty podatku dochodowego, który wykonawca będzie musiał zapłacić. Okoliczność ta nie została wskazana w odwołaniu jako podstawa faktyczna zarzutu, a podniesienie jej dopiero na rozprawie należy uznać za spóźnione. Niezależnie jednak od tego zarzuty odwołania okazały się zasadne.

Podsumowując należy stwierdzić, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Active Line nie potwierdzają, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. W związku z tym Zamawiający naruszył przepisy art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia tej oferty. Ponieważ wskazane naruszenie ma wpływ na wynik postępowania, odwołanie – stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Zamawiającego.

**Przewodniczący:.....**