

**Sygn. akt KIO/UZP 704/10**

**WYROK**

**z dnia 10 maja 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Agnieszka Bartczak-Żuraw**

**Członkowie: Barbara Bettman  
Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Krakowskie Biuro Projektów Dróg i Mostów Transprojekt Sp. z o.o., ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie, Al. Warszawska 89, 10-083 Olsztyn** protestu z dnia 29 marca 2010 r.

przy udziale **Arcadis sp. z o.o., ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny złożonych ofert,**

**2. kosztami postępowania obciąża Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie, Al. Warszawska 89, 10-083 Olsztyn**

**i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Krakowskie Biuro Projektów Dróg i Mostów Transprojekt Sp. z o.o., ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie, Al. Warszawska 89, 10-083 Olsztyn** na rzecz **Krakowskiego Biura Projektów Dróg i Mostów Transprojekt Sp. z o.o., ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **xxx zł xxx gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Krakowskiego Biura Projektów Dróg i Mostów Transprojekt Sp. z o.o., ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków.**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie, 10-083 Olsztyn, Al. Warszawska 89, w dniu 21 grudnia 2009 r. wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, ze zm.) (dalej ustawa Pzp). Opublikowanie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w przedmiocie realizacji zadania pod nazwą „Wykonanie projektu budowlanego i wykonawczego obwodnicy Olsztyna w ciągu drogi krajowej nr 16 wraz z nadzorem autorskim" nastąpiło 24 grudnia 2009 r. (nr 2009/S 248-356520).

Odwołującym w niniejszej sprawie jest Krakowskie Biuro Projektów Dróg i Mostów Transprojekt Sp. z o.o., ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków (dalej Odwołujący).

W dniu 25 marca 2010 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego faks informujący, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dokonał wyboru wykonawcy Arcadis Sp. z o.o., ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa z ceną brutto 5.814.910,40 zł.

Dnia 29 marca 2010 r. Odwołujący wniósł protest wobec czynności Zamawiającego polegających na:

- 1) rozstrzygnięciu postępowania tj. wyborze oferty Arcadis sp. z o.o. jako najkorzystniejszej;
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty Arcadis Sp. z o.o. jako zawierającej rażąco niską cenę oraz stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący argumentował, że wskutek dokonania przez Zamawiającego oprotestowanych czynności naruszony został interes prawny Odwołującego polegający na możliwości wygrania przetargu wobec oferowania przez Odwołującego najniższej ceny - zgodnie z ustalonymi przez Zamawiającego kryteriami oceny. Interes prawny Odwołującego przejawia się w tym, iż Odwołujący znajdował się na drugiej pozycji wśród ofert. W sytuacji potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, Odwołujący jako oferujący najniższą cenę winien otrzymać zamówienie.

Odwołujący zarzucał naruszenie przez Zamawiającego:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez nieodrżucenie oferty Arcadis sp. z o.o., a przez to naruszenie zasad uczciwej konkurencji w postępowaniu,
- 2) art. 32 ust. 1 ustawy Pzp przez niedochowanie należytej staranności przy oszacowaniu zamówienia,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę,
- 5) art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez nieodrżucenie oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień, względnie niedokonanie oceny wyjaśnień wykonawcy co do ceny,
- 6) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy, która podlegała odrzuceniu i niedokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wnosił o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,

- 3) odrzucenie oferty Arcadis sp. z o.o. jako zawierającej rażąco niską cenę i stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji,
- 4) ponowne dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucał, że oferta Arcadis sp. z o.o. winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, ewentualnie na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp, gdyż jej złożenie stanowi zarówno czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503) (dalej jako ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji), jak i oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podnosił, że przedmiotowe zadanie obejmuje nowoprojektowany odcinek dwujezdniowej drogi krajowej o dł. około 27,6 km. Zadanie to obejmuje wszystkie stadia dokumentacji od projektu budowlanego, wykonawczego, materiałów przetargowych, wykupu działek oraz nadzoru autorskiego. Wartość dokumentacji w/g cennika prac projektowych Środowiskowe Zasady Wycen Prac Projektowych może się wahać od kwoty 700.000,00 zł/1 km do 1.000.000,00 zł/1 km, co dla przedmiotowego zadania dł. 27,6 km, daje kwotę w granicach 19,3-27,6 mln. Oferowane przez większość wykonawców ceny są na nieco niższym poziomie.

Odwołujący wskazywał, że Zamawiający (oddziały GDDKiA) w ostatnio ogłaszanych przetargach stosował ceny jednostkowe brutto (dla zadań porównywalnych):

Zadanie nr 1:

Zamawiający: GDDKiA Oddział Lublin

Projekt: Projekt budowy drogi ekspresowej S-19 Dąbrowica-Konopica

Dł. odcinka: 10,4 km

|  |                      |
|--|----------------------|
| Cena inwestorska                         | 1.400.000 zł         |
| Cena inwestorska za 1 km                 | 1.100.000.00 zł/1 km |
| Cena oferty wygrywającej (16.03.2010 r.) | 3.294.793 zł         |
| Cena oferty wygrywającej za 1 km         | 316.807.02 zł/1 km   |

Zadanie nr 2

Zamawiający: GDDKiA Oddział Wrocław

Projekt: Dokumentacja projektowa dla budowy obwodnicy m. Wałbrzycha w ciągu dk 35

Dł. odcinka: 5,9 km

|                  |                |
|------------------|----------------|
| Cena inwestorska | 4.000.000,00zł |
|------------------|----------------|

|  |                     |
|--|---------------------|
| Cena inwestorska za 1 km                 | 677.966.10 zł/ 1 km |
| Cena oferty wygrywającej (18.01.2010 r.) | 1.869.650,00 zł     |
| Cena oferty wygrywającej za 1 km         | 316.889.83 zł/1 km  |

Zdaniem Odwołującego, zadanie będące przedmiotem przetargu jest porównywalne z wyżej przytoczonymi zadaniami, a według opinii Odwołującego, stopień złożoności przedmiotowego przetargu jest nawet większy, biorąc pod uwagę dużą ilość obiektów mostowych. Stąd też można wnioskować o cenie rynkowej za to zadanie. Odwołujący podnosił, że cena inwestorska w/g wyżej wyliczonych wskaźników może się wahać w granicach 30 mln -18 mln. Natomiast przyjmując ceny rynkowe uzyskane w powołanych wyżej przetargach - koszt zadania „Budowa obwodnicy Olsztyna...” winien wynosić około 8.721.000,00 zł brutto (27,6 km x 316.000,00 zł/km).

Z wyżej przedstawionych zestawień jasno wynika że oferowana przez Arcadis sp. z o.o. cena jest rażąco niska.

Odwołujący podnosił, że zgodnie z utartą linią orzecznictwa za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę, 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. Jak stwierdził Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07 o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych.

Odwołujący podnosił, że cena podana przez drugiego Wykonawcę wynosi 8.559.910,40 zł i jest wyższa od ceny Zamawiającego o 63%, zaś cena podana przez trzeciego wykonawcę wynosi 9.315.087,00 i jest wyższa od ceny Zamawiającego o 78%, a koszty dokumentacji podane przez wszystkich dziesięciu wykonawców są wyższe o min. 47% od ceny zaoferowanej przez Arcadis sp. z o.o. oraz o min. 63% do od ceny Zamawiającego.

W tej sytuacji złożenie oferty z rażąco niską ceną jest jednocześnie czynem nieuczciwej konkurencji (działaniem sprzecznym z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażającym lub naruszającym interes innego przedsiębiorcy), stanowiącym utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Odwołujący wskazywał, że zgodnie z art. 32 ustawy Pzp, podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, a jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia się wartość zamówień uzupełniających. Zamawiający w punkcie 5.2. SIWZ przewidywał możliwość udzielenia zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp do wysokości 50% wartości zamówienia podstawowego. Odwołujący wskazywał, że na dwanaście biorących udział w przetargu firm tylko jedna firma podała cenę zbliżoną do kwoty którą Zamawiający przeznaczył na wykonanie zamówienia, wynoszącej 5.246.000,00 zł brutto.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie doszacował wartości przedmiotu zamówienia, przyjmując ceny niższe niż aktualnie obowiązujące za realizację analogicznej usługi, a nawet stosowane przez samego siebie w innych przetargach (bowiem Zamawiający jest jedną jednostką organizacyjną Skarbu Państwa), czym naruszył art. 32 ust. 1 ustawy Pzp.

Według Odwołującego cena podana przez Arcadis sp. z o.o. jest porównywalna z rynkowymi cenami za przebudowę lub remont drogi a więc za zadanie w nieporównywalnym stopniu mniej skomplikowane od kompletnego projektu drogi dwujezdniowej. Tak zaoferowana cena budzi uzasadnione wątpliwości Odwołującego co do zachowania zasad uczciwej konkurencji, w szczególności w świetle faktu, iż Arcadis sp. z o.o. wykonywała opracowania przedprojektowe na odcinku będącym przedmiotem przetargu, miała więc dostęp przed innymi oferentami do istotnych dokumentów. Zdaniem Odwołującego, przyczyną wyraźnie niższej niż zaproponowane przez pozostałych wykonawców ceny może być świadome działanie wykonawcy lub nierzetelność kalkulacji, co grozi nienależytym wykonaniem lub wręcz niewykonaniem zamówienia.

Odwołujący zarzucał, że stosownie do dyspozycji art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający ma prawo, ale także obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w przypadku powzięcia jakiegokolwiek podejrzenia, że cena jest rażąco niska. Odwołujący podnosił, że Zamawiający takich wyjaśnień od Arcadis sp. z o.o. nie żądał - zaniechał zatem przeprowadzenia obowiązkowej procedury określonej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności Odwołujący argumentował, że oferta spółki Arcadis sp. z o.o. winna zostać odrzucona, a oferta złożona przez Odwołującego jako najkorzystniejsza winna zostać wybrana. Wnosił zatem o uwzględnienie protestu i powtórzenie czynności Zamawiającego zgodnie z wnioskami tam złożonymi.

Do przedmiotowego protestu dnia 6 kwietnia 2010 r., na podstawie wezwania otrzymanego dnia 1 kwietnia 2010 r., po stronie Zamawiającego przyłączyła się spółka Arcadis sp. z o.o. (dalej Przystępujący). W opinii Przystępującego Odwołujący niezasadnie zarzucał Zamawiającemu:

- 1) niedochowanie należytej staranności przy określeniu szacunkowej wartości zamówienia,
- 2) zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego,
- 3) wybór oferty podlegającej odrzuceniu,

co zdaniem Odwołującego skutkowało naruszeniem przepisów art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4, art. 90 ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu niedochowania należytej staranności przez Zamawiającego przy określeniu szacunkowej wartości zamówienia Przystępujący podnosił, że zarzut ten jest spóźniony. Zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp protest wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Zakładając, że Odwołujący nie mógł powziąć informacji o szacunkowej wartości zamówienia wcześniej, to w dniu otwarcia ofert tj. dnia 1 marca 2010 r. Odwołujący powziął lub mógł powziąć przy zachowaniu należytej staranności wiadomość o niedochowaniu, jego zdaniem, należytej staranności przy szacowaniu wartości zamówienia przez Zamawiającego. W związku z powyższym, w opinii Przystępującego, zarzut ten nie zasługiwał na rozpatrzenie.

Z kolei zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jest, zdaniem Przystępującego, bezzasadny. Na poparcie swojego stanowiska Przystępujący przytoczył fragmenty orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej (wyroki w sprawach sygn. akt KIO/UZP 1144/09 i KIO /UZP 672/09), w których Izba wskazała, że sprzedaż towaru czy usługi poniżej kosztów własnych nie stanowi przesłanki do zakwalifikowania postępowania wykonawcy jako czynu nieuczciwej konkurencji, ponieważ konieczne jest wykazanie, że doszło do tego w celu eliminacji innych przedsiębiorców, przy czym cel ten winien być zamierzony. Izba, rozpatrując odwołanie, nie może opierać się wyłącznie na domniemaniach i przypuszczeniach. Ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na odwołującym. Ponadto warunkiem realizacji przesłanki celu wskazanego w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest dysponowanie potencjałem zdolnym zaimplementować ten zamiar. Warunkiem dyktowania innym podmiotom zachowań na rynku jest posiadanie przez przedsiębiorcę pozycji dominującej, która sprawia, że nie spotyka się on z istotną konkurencją (tak Sąd Apelacyjny w Warszawie, wyrok z dnia 10 stycznia 2008 r., sygn. akt I ACa 231/07). Przystępujący argumentował, że biorąc pod uwagę powołane

powyżej fragmenty orzeczeń twierdzenia Odwołującego nie znajdują poparcia w orzecznictwie KIO oraz sądów.

Przystępujący podnosił także, że cena jego oferty wynosiła 5.814.910,40 zł brutto i przewyższała kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. kwotę 5.246.000 zł. W jego opinii stanowi to potwierdzenie, że Przystępujący rzetelnie podszedł do wyceny tego zamówienia. Ponadto Przystępujący kwestionował wskazane przez Odwołującego przykłady zamówień podobnych. Podnosił bowiem, że w zakresie projektu budowlanego dla drogi S-19 chodzi o projekt drogi o klasie technicznej S, czyli wyższej od drogi w przedmiotowym postępowaniu (klasa GP). Ponadto w zakres projektu wchodziło blisko 10 węzłów dwupoziomowych, co skutkowało wzrostem ceny opracowań. Dla porównania Przystępujący wskazał przykład o podobnym zakresie - opracowanie dokumentacji projektowej na budowę obwodnicy Gorajca ok. 6,4 km, w którym zamówienia udzielono za kwotę 1.339.337,00 zł, tj. za kwotę 209.277,00 za 1 km. Chybionym jest także argument, jakoby cena oferty Przystępującego reprezentowała poziom cen opracowań dotyczących przebudowy czy remontu, które wedle wiedzy Przystępującego osiągają poziom od 80.000 do 150.000 zł za 1 km drogi. Przystępujący podnosił zatem, że biorąc pod uwagę fakt, iż cena jego oferty przekracza wartość szacunkową zamówienia powiększoną o podatek VAT, Zamawiający nie miał podstaw do zastosowania przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Zdaniem Przystępującego można zatem przyjąć, że zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp jest chybiony.

Zamawiający dnia 12 kwietnia 2010 r. powiadomił Odwołującego o oddaleniu protestu. Odnosząc się do zarzutu, iż wybrana oferta Przystępującego winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 lub art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, Zamawiający wskazał, że wartość szacunkowa zamówienia została określona zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp i stanowiła podstawę do obliczenia kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. kwoty 5.246.000,00 zł. Oferta wybranego wykonawcy - Przystępującego opiewała na kwotę 5.814.910,40 zł, a więc była wyższa od ustalonej przez Zamawiającego wartości. W tej sytuacji Zamawiający nie miał podstaw do wszczęcia czynności wyjaśniających w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Porównywanie przez Odwołującego wyceny zawartej w ofercie Przystępującego do wycen ofert składanych w przetargach dotyczących podobnego zakresu przedmiotu zamówienia nie stanowi również uzasadnienia, iż wykonawca ten zaniżył cenę swojej usługi w celu utrudnienia innym przedsiębiorcom dostępu do rynku lub ich eliminacji. Przytoczone w analizie Odwołującego postępowania dotyczą:



- 1) budowy drogi ekspresowej - nie obwodnicy, jak w przedmiotowym przypadku,
- 2) budowy obwodnicy miasta Wałbrzycha - miasta leżącego na terenie górzystym, podczas gdy Olsztyn położony jest na terenie pagórkowatym.

Ponadto projektowane odcinki są dużo krótsze (6-10 km), a przedmiotowy projekt dotyczy odcinka o długości ok. 27 km.

Przedstawiona przez Odwołującego analiza nie jest więc trafną argumentacją uzasadniającą zastosowanie przez Przystępującego rażąco niskiej ceny. Analiza ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu wskazywała na to, że wykonawcy projektów bardzo różnie wyceniają swoją pracę. Cena oferty Odwołującego jest wyższa o 63% od kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na wykonanie zamówienia. Dodatkowo, cena ta, w stosunku do ceny oferty najwyższej, również mogłaby zostać uznana (przy innej „konfiguracji” wykonawców) za rażąco niską, bowiem stanowi ok. 37% jej wartości. Takie rozbieżności w cenach oferowanych za projekty zachodzą w większości prowadzonych przez Zamawiającego postępowań. W świetle powyższego Zamawiający nie miał żadnych podejrzeń, że cena wybranej oferty jest rażąco niska i nie zażądał od Przystępującego wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Rozpatrując zarzut, iż Zamawiający nie oszacował wartości przedmiotu zamówienia, Zamawiający ponownie przeanalizował wycenę inwestorską. Zawiera ona koszty wszystkich elementów opracowania i została sporządzona dnia 17 grudnia 2009 r. w oparciu o Środowiskowe Zasady Wycen Prac Projektowych 2009 wydawane przez Izbę Projektowania Budowlanego - Radę Koordynacyjną Biur Projektów. Do kalkulacji została przyjęta maksymalna stawka „jednostek nakładu pracy” (j.n.p.) wynosząca 17,20 zł. Otrzymana cena za projektowany 1 km drogi wynosi 190.072 zł. Średnia cena za 1 km porównywalnych opracowań zlecanych przez Zamawiającego w ostatnich latach nie odbiega od wyliczonej powyżej wartości i wynosi ok. 200.000 zł. Ponadto wartość szacunkową zamówienia Odwołujący mógł poznać („powziąć wiadomość”) już po otwarciu ofert, tj. w dniu 1 marca 2010 r. Termin na złożenie protestu w tej kwestii minął więc 11 marca 2010 r., co skutkuje tym, że zarzut w powyższym zakresie nie zasługuje na rozpatrzenie.

Od powyższego rozstrzygnięcia protestu w dniu 19 kwietnia 2010 r. zostało wniesione odwołanie.

Odwołujący podnosił, że skutek czynności Zamawiającego naruszony został jego interes prawny polegający na możliwości wygrania przetargu wobec oferowania przez

Odwołującego najniższej ceny - zgodnie z ustalonymi przez Zamawiającego kryteriami oceny. Interes prawny Odwołującego przejawiał się w tym, iż Odwołujący się znajduje się na drugiej pozycji wśród ofert. W sytuacji potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, Odwołujący jako wykonawca oferujący najniższą cenę winien otrzymać zamówienie.

Odwołujący w odwołaniu powtórzył zarzuty zawarte w proteście, dodając zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp przez zaniechanie unieważnienia przetargu pomimo, iż oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia

W oparciu o powyższe zarzuty wnosił o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) nakazanie Zamawiającemu ponownego dokonania czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;
- 3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę i stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji
- 4) nakazanie Zamawiającemu ponownego dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Względnie, Odwołujący wnosił o unieważnienie postępowania w całości na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Odwołujący nie zgadzał się z rozstrzygnięciem protestu i podtrzymywał argumentację podnoszoną w proteście.

Dodatkowo podnosił, że Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu powołał się na dokonaną przez siebie kalkulację kosztów sporządzenia wszystkich elementów opracowania w oparciu o Środowiskowe Zasady Wycen Prac Projektowych 2009 wydawane przez Izbę Projektowania Budowlanego - Radę Koordynacyjną Biur Projektów. Zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego maksymalna stawka jednostek nakładu pracy wynosi 17,20 zł. Odwołujący podnosił, że przy zastosowaniu stawek powołanych przez Zamawiającego całkowita cena wykonania projektu winna wynosić nie mniej niż 13.319.581 zł (załączył wycenę). Kwota ta daje koszt opracowania 1 km drogi:  $13.319.581 \text{ zł} / 27,5 \text{ km} = 484.348,00 \text{ zł}$  brutto. Z wyżej przedstawionych zestawień według Odwołującego jasno wynika że oferowana przez Przystępującego cena jest rażąco niska.

Odwołujący podnosił, że nie jest trafną argumentacją Zamawiającego przemawiająca jakoby za uznaniem ceny oferowanej przez Przystępującego za całkowicie rynkową fakt przeznaczenia przez Zamawiającego podobnej kwoty na wykonanie zamówienia. Odwołujący zarzuca, że za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę, 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, a także wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Mając na uwadze, że Zamawiający, o ile przewiduje możliwość udzielania zamówień uzupełniających w trybie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, ma obowiązek oszacowania wartości zamówienia z uwzględnieniem tych zamówień (art. 32 ust. 3 ustawy Pzp). Skoro zatem Zamawiający ustalił wartość wszystkich zamówień na poziomie niewiele przekraczającym 5 mln zł, to oferta Przystępującego jest w całkowitym oderwaniu od rynkowej rzeczywistości, chyba że Przystępujący niezasadnie doliczył do kwoty oferowanej przez siebie koszty zamówień uzupełniających, co podniesie całkowitą cenę jej oferty do około 8 mln zł, a to jest cena zbliżona do rynkowej.

Odwołujący zarzucał, że analiza ceny jako rażąco niskiej winna być dokonana w odniesieniu do cen rynkowych (czyli oferowanych przez inne podmioty nie powiązane między sobą, w warunkach wolnej i uczciwej konkurencji), a nie do ceny wyliczonej przez Zamawiającego. Ceny podane przez pozostałych wykonawców wyższe od ceny oferowanej przez Przystępującego od 63 %, do 78 % są właśnie wyznacznikiem rynkowości, bowiem podmioty te nie są w żaden sposób powiązane, a już na pewno nie działają w porozumieniu. Stąd też nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko Zamawiającego, że nie miał podstaw do badania, czy cena oferowana przez Przystępującego jest rażąco niska i wzywania oferenta do złożenia wyjaśnień. Stosownie do dyspozycji art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający ma prawo, ale także obowiązek, wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w przypadku powzięcia jakiegokolwiek podejrzenia, że cena jest rażąco niska. Nie zwalnia przy tym Zamawiającego od tego obowiązku jego nie poparte okolicznościami przeświadczenie o tym, że jeśli przeznaczył na zadanie nieco więcej niż cena najniższej oferty, to nie może być mowy o oferowaniu wykonania zamówienia po rażąco niskiej cenie. Zapoznając się z pozostałymi ofertami, Zamawiający winien wezwać oferenta do wyjaśnienia, dlaczego jego cena jest niemal 2/3 niższa niż pozostałe. Zamawiający takich wyjaśnień od Przystępującego nie żądał - zaniechał zatem przeprowadzenia obowiązkowej procedury określonej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp

Odwołujący argumentował, że cena podana przez Przystępującego po dokonaniu jej analizy okazuje się porównywalna z rynkowymi cenami za projekt przebudowy lub remontu drogi, a więc za zadanie w nieporównywalnym stopniu mniej skomplikowane od kompletnego projektu drogi dwujezdniowej. Tak zaoferowana cena budzi uzasadnione wątpliwości co do zachowania zasad uczciwej konkurencji, w szczególności w świetle faktu, iż Przystępujący wykonywał opracowania przedprojektowe na odcinku będącym przedmiotem przetargu, miała więc dostęp przed innymi oferentami do istotnych dokumentów.

W tej sytuacji w opinii Odwołującego złożenie oferty z rażąco niską ceną jest jednocześnie czynem nieuczciwej konkurencji (działaniem sprzecznym z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażającym lub naruszającym interes innego przedsiębiorcy), stanowiącym utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Niezależnie od powyższego, zgodnie z treścią art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp sprzed nowelizacji z dnia 2 grudnia 2009 tj. ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2009, Nr 223 poz. 1778), który należy stosować w niniejszym postępowaniu Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Oznacza to zdaniem Odwołującego, że postępowanie winno zostać unieważnione, skoro Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 5.246.000, 00 zł brutto, zaś oferta najkorzystniejsza opiewa na kwotę 5.814.910, 40 zł brutto. Według Odwołującego przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w niniejszym postępowaniu nie dają Zamawiającemu żadnej możliwości w tym zakresie.

Dnia 5 maja 2010 r. przed rozpoczęciem posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej w przedmiotowej sprawie wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego wniesione przez Przystępującego. W przystąpieniu do postępowania odwoławczego Przystępujący wskazał, że żaden zarzut Odwołującego nie znajduje potwierdzenia, tj.:

- 1) nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji,
- 2) nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę,
- 3) nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień co do ceny,

- 4) nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5) ustawy Pzp poprzez wybór oferty, która podlegała odrzuceniu i niedokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
- 5) nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp przez zaniechanie unieważnienia przetargu pomimo, iż oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W związku z powyższym nie doszło tym samym do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji. Nie doszło także do naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 32 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niedochowanie należytej staranności przy ustalaniu szacunkowej wartości zamówienia. Przystępujący podnosi, że zarzut ten jest spóźniony i nie powinien być rozpatrywany.

W związku z powyższym Przystępujący wnosił o nieuwzględnienie żądań wnoszonych przez Odwołującego poprzez oddalenie odwołania.

Odnosząc się do domniemanych naruszeń ustawy Pzp Przystępujący wskazywał, co następuje.

W zakresie zarzutu, iż złożenie oferty Przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Przystępujący podnosił, że zarzut ten jest chybiony. Przystępujący argumentował, że zgodnie z dyspozycją art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta, co w przedmiotowej sprawie nie występuje. Zaoferowanie niższej ceny w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie może być traktowane jako czyn nieuczciwej konkurencji, lecz jako przejaw wolnej konkurencji. Stanowisko Przystępującego potwierdza ugruntowana linia orzecznicza. Przystępujący przytoczył wyroki KIO o sygn. akt KIO/UZP 193/10 i 214/10, zgodnie z którym samo działanie na niekorzyść innego przedsiębiorcy w odosobnieniu nie tworzy czynu nieuczciwej konkurencji, ponieważ powinna zaistnieć druga przesłanka jaką jest sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami. Sam fakt zaoferowania w przetargu nieograniczonym ceny niższej od oferty innego przedsiębiorcy jest przejawem wolnej konkurencji i wolnego rynku, a nie czynem nieuczciwej konkurencji. Na potwierdzenie swojego stanowiska Przystępujący przywołał także opinię UOKiK z dnia 3 lutego 2003 r. „Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 21993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, iż nie każde utrudnianie dostępu do rynku jest czynem nieuczciwej

konkurencji. Jest nim tylko takie utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, które może być uznane za sprzeczne z ustawą, czyli nieuczciwe. Aby tak się stało muszą być spełnione przesłanki z art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Za takie będą zatem uznane tylko działania, które naruszają klauzulę generalną ustawy (art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) - są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnieniem dostępu do rynku i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym przypadku jest art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez niego towarów, w efekcie czego swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług (...) ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji.

W odniesieniu do zarzutu konieczności odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na rażąco niską cenę Przystępujący podnosił, że zgodnie z utrwaloną doktryną niedopuszczalne jest uznawanie „z automatu”, że oferta zawiera rażąco niską cenę poprzez odniesienie się do szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT, czy jak w tym przypadku do innych ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Potwierdza to orzecznictwo (w tym ETS sygn. akt 103/88 „Constanzo”, C-285/89 „Impresa Dona Alfonso”), które zakazują oceniania ofert wyłącznie według kryterium arytmetycznego. Przystępujący argumentował, że Odwołujący zarzucał Przystępującemu, iż cena jego oferty znacząco odbiega od ceny pozostałych ofert, natomiast jest zbliżona do wyceny Zamawiającego. Przystępujący wskazywał, że niezasadne jest odwoływanie się do podanych przez Odwołującego przykładów zamówień podobnych, tj. projektu budowy drogi ekspresowej S-19 Dąbrowica – Konopica oraz wykonania dokumentacji projektowej budowy obwodnicy Wałbrzycha. W zamówieniu nr 1 mamy bowiem do czynienia z opracowaniem dotyczącym budowy drogi ekspresowej, czyli o dużo większej złożoności niż obwodnica Olsztyna, drogi klasy GP. W drugim z kolei przypadku opracowanie dotyczy budowy drogi o podobnych parametrach technicznych, ale przechodzącej przez tereny górzyste. W żadnym przypadku nie można zatem porównywać powyższych opracowań w przedmiotowym zamówieniu. Porównywalne zamówienie wskazał Przystępujący w przystąpieniu do protestu (opracowanie dokumentacji projektowej na budowę obwodnicy Gorajca), gdzie cena jednostkowa za opracowanie 1 km

drogi wynosiła odpowiednio 209.277 zł brutto. Ponadto Przystępujący wskazał dodatkowe zamówienia referencyjne:

- 1) opracowanie dokumentacji projektowej budowy drogi ekspresowej S-7 na odcinku Kalsk-Miłomłyn, 37 km, 159.918 zł za 1 km,
- 2) opracowanie dokumentacji projektowej budowy drogi ekspresowej S-7 na odcinku Miłomłyn-Olsztynek, ok. 45 km, 175.555 zł za 1 km,
- 3) opracowanie dokumentacji projektowej budowy drogi ekspresowej S-7 na odcinku Nidzica- Napierki 20 km, 263.800 zł za 1 km.

Przystępujący podkreślał, że wskazane zamówienia zostały rozstrzygnięte w latach 2008-2009, kiedy ceny opracowań były wyższe niż w 2010 r. Ponadto podnosił, że dla Odwołującego cena 210.000 zł za opracowanie 1 km w przedmiotowym zamówieniu była ceną rażąco niską, a niespełna miesiąc później sam złożył ofertę w postępowaniu z podobnym przedmiotem zamówienia, z której wynika, że za opracowanie 1 km drogi zaoferował cenę 165.250 zł oraz 169.693 zł (budowa drogi ekspresowej S-8 Zadanie I i II). Sytuacja ta jednoznacznie zdaniem Przystępującego wskazuje, że Odwołujący zaczął postępować zgodnie z zasadami wolnego rynku i uczciwej konkurencji, a cena oferty Przystępującego w przedmiotowym postępowaniu nie jest ceną rażąco niską, tylko konkurencyjną. Odnosząc się do Środowiskowych Zasad Wycen Prac Projektowych, na których Odwołujący opiera większość swoich zarzutów trzeba zauważyć, że stanowią one wprawdzie najbardziej rozpowszechnione w tej chwili narzędzie pomocnicze w dokonywaniu wycen opracowań projektowych, co nie oznacza jednak obowiązku ich stosowania, tym bardziej, że wbrew temu, co wynika z analizy Odwołującego istnieją trzy sposoby wyceny prac projektowych wykorzystujących Środowiskowe Zasady Wycen Prac Projektowych, tj. metoda podstawowa, wskaźnikowa oraz wartościowa. Całe wyliczenie Odwołującego oparte jest o metodę podstawową - w jego ocenie jedynie możliwą. Przystępujący natomiast korzysta z metody wartościowej czyli bierze pod uwagę czas pracy zespołu projektowego, ponieważ w jego opinii metoda ta lepiej odzwierciedla uwarunkowania rynkowe. Ponadto bazując na swoim doświadczeniu Przystępujący niejednokrotnie spotkał się z szacowaniem zamówienia przez zamawiających w oparciu o metodę wartościową. Przystępujący podkreślał także, że wyceny oparte na tej samej metodzie wykonane przez różnych specjalistów mogą się różnić nawet bardzo znacząco. Przystępujący przedstawił wycenę przedmiotowego zadania zrobioną metodą podstawową przez pracownika Przystępującego dla tej samej stawki nakładu pracy, tj. 17,20 zł. Wycena Odwołującego opiewała na 13.319.581 zł brutto, a wycena Przystępującego na 25.913.187,02 zł brutto. Ww zestawienie zdaniem Przystępującego jednoznacznie potwierdza, że uznanie ceny za rażąco niską nie może się opierać na wycenie Odwołującego, ponieważ jest ona obarczona dużym ryzykiem

błędu skutkującym brakiem obiektywizmu przy ocenie ofert. Na dowód powyższego Przystępujący przedstawił porównanie ofert w przetargach na prace projektowe. W opinii Przystępującego należy zatem przyjąć, że zarzut Odwołującego w sprawie naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 jest również chybiony.

W zakresie zarzutu zaniechania wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oraz nieodrzczenia oferty Przystępującego z powodu niezłożenia wyjaśnień Przystępujący wskazał, że zgodnie z orzecznictwem przyjmuje się, iż Zamawiający wszczyna procedurę wyjaśniającą możliwość zaistnienia ceny rażąco niskiej jeśli zająd łącznie minimum dwie z niżej wymienionych przesłanek: 1) cena badanej oferty znacznie odbiega od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT, 2) cena badanej oferty znacznie odbiega od cen pozostałych ofert, 3) cena badanej oferty znacznie odbiega od cen rynkowych (wyrok z dnia 14 sierpnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 794/08). Przystępujący wskazywał, że wprawdzie cena jego oferty odbiega od cen innych ofert w przedmiotowym postępowaniu, ale zdaniem Przystępującego jest to przejawem uczciwej konkurencji i w żadnym wypadku nie może być odebrana jako cena rażąco niska. Ponadto cena ta przewyższa wartość szacunkową zamówienia powiększoną o podatek VAT oraz przewyższa ceny rynkowe na opracowania o podobnym zakresie. Zdaniem Przystępującego Zamawiający postąpił zasadnie, nie wzywając Przystępującego do złożenia wyjaśnień i wybierając jego ofertę jako najkorzystniejszą.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Przystępujący argumentował, że zarzut ten nie powinien być rozpatrywany, ponieważ nie był podniesiony w proteście, a zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście.

**Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając materiał dowodowy zawarty w aktach sprawy, w tym w dokumentacji postępowania, proteście, odwołaniu, przystąpieniach oraz pismach i wyjaśnieniach złożonych przez strony i uczestnika na rozprawie, zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił następujący stan prawny mający zastosowanie do niniejszego odwołania.



Z uwagi na okoliczność, że postępowanie zostało wszczęte dnia 21 grudnia 2009 r. na podstawie art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, jak również, że Odwołujący posiadał interes prawny we wniesieniu protestu i odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Oferta Odwołującego znajduje się na drugim miejscu w rankingu ofert, co w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp otwiera mu potencjalną możliwość uzyskania zamówienia.

W zakresie zarzutu dotyczącego nieprzeprowadzenia przez Zamawiającego procedury wyjaśnień przewidzianej w art. 90 ustawy Pzp Izba wskazuje, że w petitum protestu oraz odwołania przywołane zostało naruszenie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień względnie niedokonanie oceny wyjaśnień wykonawcy co do ceny. Zarzut odnośnie naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieprzeprowadzenie procedury wyjaśnień w przypadku powzięcia jakiegokolwiek podejrzenia, że cena oferty jest rażąco niska, Odwołujący zawarł w treści uzasadnienia protestu i odwołania, co nie wpływa jednak na ocenę skuteczności jego powołania. Izba uznała, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 jest co najmniej przedwczesny, ponieważ Zamawiający nie wzywał Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Tym samym nie mógł odrzucić jego oferty w oparciu o art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, który wyraźnie przewiduje, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie mógł także zaniechać dokonania oceny takich wyjaśnień. Zgodnie z literalnym brzmieniem art. 90 ust.1 ustawy Pzp inicjatywa zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień leży po stronie Zamawiającego.

Izba uznała natomiast za zasadny zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Z okoliczności niniejszej sprawy wynika, że w postępowaniu zostało złożonych 12 ofert, a ceny wszystkich przewyższały wartość szacunkową zamówienia podstawowego powiększoną o podatek VAT (bez zamówień uzupełniających) wyliczoną przez Zamawiającego na kwotę 5.246.000 zł brutto. Cena najkorzystniejszej oferty Przystępującego wynosi 5.814.910,40 zł brutto. Z kolei cena podana przez drugiego wykonawcę (Odwołującego) wynosi 8.559.910,40

zł i jest wyższa od ceny Zamawiającego o 63%. Cena podana przez trzeciego wykonawcę wynosi 9.315.087,96 zł i jest wyższa od ceny Zamawiającego o 78%. Różnica pomiędzy ofertą Przystępującego (najkorzystniejszą) a Odwołującego (drugą w kolejności) wynosi ponad 40%. Zamawiający, uzasadniając zaniechanie wszczęcia czynności wyjaśniających w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, argumentował, iż oszacował wartość przedmiotu zamówienia z należytą starannością, a kwota zaoferowana przez Przystępującego była wyższa od wartości ustalonej przez Zamawiającego. W tej sytuacji, w jego opinii, nie miał podstaw do wszczęcia procedury przewidzianej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Podnosił także, że analiza ofert złożonych w postępowaniu wskazuje, że wykonawcy projektów bardzo różnie wyceniają swoją pracę. Takie rozbieżności w cenach oferowanych za projekt zachodzą w większości prowadzonych przez niego postępowań. Wynika to ze specyfiki przedmiotu zamówienia, jakim są usługi projektowe.

Z kolei Przystępujący popierając stanowisko Zamawiającego w tym zakresie, podnosił, że procedurę wyjaśniającą wszczyna się, jeśli zajdą łącznie minimum dwie z następujących przesłanek:

- 1) cena badanej oferty znacznie odbiega od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT,
  - 2) cena badanej oferty znacznie odbiega od cen pozostałych ofert,
  - 3) cena badanej oferty znacznie odbiega od cen rynkowych
- (wyrok z dnia 14 sierpnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 794/08).

W powyższym przypadku, w opinii Przystępującego, cena jego oferty odbiega jedynie od ceny ofert innych wykonawców złożonych w postępowaniu. Jest natomiast wyższa od wartości szacunkowej i według Przystępującego przewyższa także ceny rynkowe. Przystępujący zakwestionował bowiem referencyjny charakter postępowań przywołanych przez Odwołującego i wskazał własne przykłady zamówień podobnych, gdzie cena była zbliżona do ceny zaoferowanej przez Przystępującego. Izba wskazuje, że w przedmiotowym stanie faktycznym powyższa argumentacja nie jest zasadna.

Należy bowiem wziąć pod uwagę, że ustawa Pzp nie precyzuje pojęcia rażąco niskiej ceny. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej leżące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo ETS. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji przyjmuje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy,

roboty budowlanej. Zgodnie z orzecnictwem ETS (C-103/88 Constanzo) niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie na podstawie wyłącznie kryterium arytmetycznego i odrzucania ofert poniżej pewnego poziomu. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości. Jak wynika z treści art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp punktem odniesienia dla kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej jest ustalona przez zamawiającego cena za przedmiot zamówienia. Ceną ustaloną przez zamawiającego, która będzie stanowiła punkt odniesienia do stwierdzenia, czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną, będzie wartość przedmiotu zamówienia ustalona przez zamawiającego powiększona o podatek VAT (vide: *opinia UZP „Rażąco niska cena”* [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)). Wyznacznik ten nie jest jednak wyznacznikiem bezwzględnie wiążącym i ostatecznym, ze względu choćby na możliwość oszacowania przez zamawiającego wartości zamówienia z nienależytą starannością czy specyfikę danego postępowania. W doktrynie i orzecnictwie wskazuje się na odniesienie również do cen innych wykonawców, gdy zaoferowane ceny znacząco się od siebie różnią oraz do cen rynkowych.

W przedmiotowym postępowaniu wartość szacunkowa zamówienia ustalona została przez Zamawiającego w oparciu o Środowiskowe Zasady Wycen Prac Projektowych, kalkulację indywidualną oraz zweryfikowana w odniesieniu do cen rynkowych. Zamawiający na rozprawie podnosił, że do weryfikacji prawidłowości oszacowania za referencyjne uznał postępowania wskazane również w przystąpieniu do postępowania odwoławczego. Równocześnie jednak strony i Przystępujący podkreślały, że w oparciu o te same Środowiskowe Zasady Wycen Prac Projektowych w zależności od przyjętej metodologii oraz założeń możliwe jest uzyskanie wycen w znaczącym stopniu odbiegających od wyceny Zamawiającego. Ponadto specyfika przedmiotu zamówienia, jakim są usługi projektowe, wskazuje na trudność ustalenia referencyjnych cen rynkowych za zamówienia podobne. Oznacza to zatem, że można zaakceptować pogląd prezentowany przez Odwołującego, że w tego rodzaju zamówieniach dla oceny, czy nie mamy do czynienia z ofertą zawierającą rażąco niską cenę, nie można pomijać cen innych ofert złożonych w postępowaniu jako istotnego kryterium referencyjnego. W orzecnictwie podkreśla się bowiem, że dla oceny prawidłowości działań zamawiającego w odniesieniu do okoliczności, czy zaistniała przesłanka wszczęcia postępowania wyjaśniającego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, konieczne jest indywidualne podejście do każdej sprawy związanej z ewentualnym zarzutem rażąco niskiej ceny (wyrok KIO z 24 marca 2009 r. KIO/UZP 297/09). Nie można zatem przyjmować dogmatycznie, iż w każdym przypadku jedynie wystąpienie więcej niż jednego z ww elementów powodujących wątpliwości co do rzetelności ceny (tj. 1) cena badanej oferty

znacznie odbiega od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT, 2) cena badanej oferty znacznie odbiega od cen pozostałych ofert, 3) cena badanej oferty znacznie odbiega od cen rynkowych), jest przesłanką, aby wszcząć procedurę wyjaśniania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Z okoliczności danego przypadku może bowiem wynikać, że wartość szacunkowa pozostaje w dużej rozbieżności z niemal wszystkimi otrzymanymi ofertami, a dodatkowo jest od wszystkich ofert niższa, a ustalenie referencyjnych cen rynkowych może nastroczać duże trudności z uwagi na specyficzny charakter zamówienia. W opinii Izby z takim przypadkiem mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Zamawiający otrzymał 12 ofert w postępowaniu, z których jedynie jedna była zbliżona do wartości szacunkowej zamówienia (podstawowego) powiększonej o podatek VAT. Wszystkie pozostałe w bardzo znaczący sposób różniły się od oszacowania Zamawiającego oraz od oferty najkorzystniejszej. Ponadto różnica pomiędzy ofertą najkorzystniejszą a ofertą drugą w kolejności przekraczała 40%. Różnice pomiędzy kolejnymi ofertami były na dużo niższym poziomie. Ponadto tak duża liczba ofert pozwalała na przyjęcie pewnej wartości średniej i odniesienie jej do ofert złożonych w postępowaniu. Wskazywane przez Zamawiającego i Przystępującego znaczące różnice w cenach ofert składanych w postępowaniach na usługi projektowe znajdują co prawda potwierdzenie w przykładach wskazanych przez Zamawiającego i Przystępującego, ale równocześnie przykłady te potwierdzają, iż w przeważającej mierze różnice w cenach kolejnych ofert pozostają w nich na zbliżonym poziomie kilku procent. Jak już było wspomniane, wielokrotnie w doktrynie podnosi się, że brak jest ustalenia, jaka różnica wskazuje na możliwość zaoferowania ceny rażąco niskiej, a ze stanowiska orzecznictwa wynikają daleko idące różnice w tym względzie. Na aprobatę zasługuje, w ocenie Izby, podnoszone w doktrynie stanowisko, że odwołując się do doświadczeń państw Unii Europejskiej istnieje obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej elementy cenowe oferty, gdy cena oferty odbiega o 10% od średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach, względnie o 20% od wartości szacunkowej zamówienia (*vide: G.Wicik, P.Wiśniewski w Prawo zamówień publicznych. Komentarz. C.H. Beck. Warszawa 2007*). W opinii Izby przemawia to za przyjęciem, że w niniejszej sprawie zaistniały realne podstawy do zastosowania obligatoryjnych procedur i celowym było przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w celu ustalenia, czy Zamawiający ma do czynienia z ceną rażąco niską. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ustanawia jedynie przypuszczenie (domniemanie) wystąpienia ceny rażąco niskiej, a wyjaśnienia wykonawcy mają to przypuszczenie (domniemanie) obalić (wyrok z dnia 23 grudnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 1443/08).

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, niniejsze, w ocenie Izby, należy rozpatrywać w kontekście wcześniejszego zarzutu. Izba uznaje, iż jego definitywne rozstrzygnięcie uzależnione jest od zastosowania obligatoryjnej procedury wynikającej z art. 90 ust.1 ustawy Pzp. Przepis art. 90 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu zwrócić się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty. Przepis ten wskazuje konkretnie, jakie czynności powinien wykonać zamawiający w sytuacji, gdy zachodzi podejrzenie, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Z wykładni literalnej tego przepisu potwierdzonej jednoznacznie w orzecznictwie wynika, że czynności wezwania do wyjaśnień Zamawiający musi dokonać przed ewentualnym odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (wyrok z dnia 23 grudnia 2008 r. KIO/UZP 1443/08, wyrok z dnia 13 lipca 2007 r. Sądu Okręgowego w Białymstoku sygn. akt II Ca 431/07). W przedmiotowej sprawie Zamawiający zaniechał wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w rybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W świetle okoliczności niniejszej sprawy zaniechanie powyższe Izba uznała za bezzasadne. Równocześnie jednak Izba podkreśla, że dopiero analiza przedmiotowych wyjaśnień pozwoli na ocenę, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Odwołujący nie wykazał bowiem, że niezależnie od przedmiotowych wyjaśnień oferta Przystępującego rażąco niską cenę zawiera. Przede wszystkim jak było to podnoszone powyżej przepisy ustawy Pzp nie zawierają definicji rażąco niskiej ceny. Zgodnie z powyższym przyjmuje się, iż jest to oferta, której ceny w realny sposób nie da się uzasadnić, cena niewiarygodna, nierealistyczna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 25 maja 2004 r. sygn. akt UZP/ZO/0-724/04). W przedmiotowym stanie faktycznym Odwołujący podniósł zarzut rażąco niskiej ceny w odniesieniu do oferty Przystępującego, powołując się na okoliczność, że oferta ta znacząco odbiega od cen pozostałych ofert, jak również w stosunku do podobnych, zdaniem Odwołującego, zamówień udzielonych w ostatnim czasie przez Zamawiającego. Przykłady zamówień podobnych zostały jednak podważone przez Zamawiającego i Przystępującego, wskazujących na odmienny przedmiot i zakres powoływanych zamówień. Ponadto Odwołujący uzasadniał swój zarzut, przedstawiając dokonaną przez siebie kalkulację kosztów w oparciu o Środowiskowe Zasady Wycen Prac Projektowych 2009 wydawane przez Izbę Projektowania Budowlanego – Radę Koordynacyjną Biur Projektów na podstawie j.n.p. w wysokości 17,20 zł. Jak jednak zasadnie podnosił Przystępujący, wyliczenie dokonane przez Odwołującego nie jest miarodajne, ponieważ wyceny oparte nawet na tej samej metodzie dokonane przez różnych specjalistów mogą się znacząco różnić. Na dowód powyższego załączył własną wycenę opiewającą na kwotę 25.913.187,02 zł brutto, a zatem niemal dwukrotnie wyższą niż wycena Odwołującego. Izba wskazuje, że de facto jedynym uzasadnieniem zarzutu ceny rażąco niskiej

przedstawionym przez Odwołującego jest odniesienie jej do pozostałych ofert złożonych w postępowaniu oraz do kwestionowanej wartości szacunkowej zamówienia. Odwołujący nie analizuje natomiast w ogóle treści samej oferty. Powyższe może zatem w opinii Izby uzasadniać wszczęcie postępowania wyjaśniającego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie potwierdza jednak w żaden sposób, iż oferta zawiera rażąco niską cenę. Tej okoliczności Odwołujący, w ocenie Izby, nie wykazał.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, Izba uznała zarzut za bezzasadny. Odwołujący w proteście podnosił, że oferta Odwołującego winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ewentualnie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż jej złożenie stanowi zarówno czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak i oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący argumentował, że złożenie oferty z rażąco niską ceną jest jednocześnie czynem nieuczciwej konkurencji, stanowiącym utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Powyższy zarzut dotyczy zatem naruszenia art. 15 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zawiera uszczegółowienie zasady wskazanej w art. 3 ust. 1 i stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Dla wyczerpania dyspozycji tego przepisu niezbędnym pozostaje zatem wykazanie dokonania sprzedaży towarów (usług) poniżej kosztów ich wytworzenia, przez co dochodzi do utrudnienia innym przedsiębiorstwom dostępu do rynku, a nadto utrudnienie to ma za swój cel eliminację innych przedsiębiorców. Przesłanki sprzedaży poniżej kosztów własnych sprawcy czynu oraz celu eliminacji innych przedsiębiorców muszą występować kumulatywnie. Dodatkowo warto zauważyć, że warunkiem realizacji przesłanki celu, o której mowa w analizowanym przepisie, jest dysponowanie przez sprawcę potencjałem zdolnym z zamiarem ten urzeczywistnić. Warunkiem dyktowania innym podmiotom zachowań na rynku jest posiadanie przez przedsiębiorcę pozycji dominującej, która sprawia, że nie spotka się on z istotną konkurencją. Tak też orzekł Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 10

stycznia 2008 roku sygn. akt I ACa 231/07. Izba podnosi, że Odwołujący nie przedstawił dowodów potwierdzających zaistnienie przesłanek, o których mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ograniczył się jedynie do wykazywania, że cena oferty Przystępującego jest nierealna w odniesieniu do cen rynkowych, na dowód czego przedstawiał m.in. przykłady cen zaoferowanych w zadaniach wskazanych przez niego za porównywalne oraz sporządzoną przez siebie wycenę przedmiotu zamówienia w oparciu o Środowiskowe Zasady Wycen Prac Projektowych. W ocenie Izby należy zatem uznać, że nie wykazał zaistnienia przesłanek niezbędnych dla przyjęcia, iż złożenie oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Okoliczność, że zaoferowana cena jest niższa od cen konkurencji nie dowodzi, że cena ta jest rażąco niska lub została skalkulowana poniżej kosztów wytworzenia (np. wyrok z dnia 20 marca 2009 r. KIO/UZP 284/09).

Należy podkreślić, że sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców jest tylko przykładowym przejawem czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Jednakże nie każde utrudnianie dostępu do rynku jest równocześnie czynem nieuczciwej konkurencji. Zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wyrażonym w „Interpretacji nowelizacji przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji” (Dz.Urz. UOKiK z 2003 r., Nr 1, poz. 241) jest nim tylko takie utrudnianie dostępu do rynku, które może być uznane za sprzeczne z ustawą, czyli nieuczciwe. Aby tak się stało, muszą zostać spełnione przesłanki z art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Za takie będą więc uznane tylko takie działania, które naruszają klauzulę generalną ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 3 ust. 1) – są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnianiem dostępu do rynku i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym przypadku jest art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez niego towarów w efekcie czego swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług lub wyjścia z rynku ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z powyższym uznać należy, że samo oferowanie cen nawet znacząco niższych od cen konkurentów nie

przesądza jeszcze o zaistnieniu czynu nieuczciwej konkurencji. Konieczne jest wykazanie, że taka oferta narusza art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (gdy zarzut dotyczy sprzedaży poniżej kosztów wytworzenia) lub też w inny sposób utrudnia dostęp do rynku i nie można jej uznać za normalny przejaw walki konkurencyjnej. W przedmiotowym przypadku Odwołujący podnosił także jako argument przemawiający za wątpliwościami co do zachowania zasad uczciwej konkurencji okoliczność, iż Przystępujący wykonywał opracowania przedprojektowe na odcinku będącym przedmiotem przetargu, a zatem w opinii Przystępującego posiadał dostęp przed innymi oferentami do istotnych dokumentów. Powyższe w opinii Izby ma jednak charakter przypuszczenia, insynuacji i nie zostało poparte żadnymi dowodami. Przystępujący nie wskazał także, jakie przepisy prawa lub dobre obyczaje zostały w ten sposób naruszone ani w jakim zakresie, w jego opinii, miało to wpływ na cenę oferty. W opinii Izby nie można zatem uznać, że przedmiotowa okoliczność stanowiła działanie niedopuszczalne, nawet jeżeli miała wpływ na ostateczne skalkulowanie ceny. Odwołujący nie wykazał bowiem, jakie dokumenty i w jakim zakresie zostały Przystępującemu udostępnione wcześniej z naruszeniem zasad konkurencji, a samo pozyskanie wiedzy i doświadczenia poprzez uczestnictwo w opracowywaniu prac przedprojektowych stanowi czynnik obiektywny. Ponadto Odwołujący nie kwestionował dopuszczalności uczestnictwa Przystępującego w niniejszym postępowaniu z uwagi na wykonywanie przez niego prac przedprojektowych. Nie zostało zatem udowodnione, w jakim zakresie powyższa okoliczność narusza zasady uczciwej konkurencji, czy też stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Izba podkreśla, że rozpoznając zarzuty nie może opierać się wyłącznie na domniemaniach i przypuszczeniach, a Odwołujący nie wykazał przesłanek do stwierdzenia zaistnienia naruszenia prawa w tym zakresie. Zdaniem Izby, Odwołujący na którym ciąży obowiązek wynikający z treści art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.), nie wykazał popełnienia przez Przystępującego czynu nieuczciwej konkurencji, a jego twierdzenia w tym zakresie nie zostały poparte dowodami.

Ponadto na obecnym etapie nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nieodrzućenie oferty Przystępującego, ponieważ nie zostało wykazane, iż zachodziła któraś z przesłanek nakazujących odrzućenie jego oferty, tj. przewidziana art. 89 ust. 1 pkt 3 lub 4 ustawy Pzp, zgodnie z zarzutem Odwołującego. Potwierdził się jedynie zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, co jednak nie jest równoznaczne z koniecznością odrzućenia oferty. Dopiero wypełnienie dyspozycji art. 90 ust. 3 ustawy Pzp stanowić będzie podstawę do odrzućenia oferty Przystępującego.



Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzut naruszenia art. 32 ustawy Pzp poprzez niedochowanie należytej staranności przez Zamawiającego przy szacowaniu wartości zamówienia. Informację o wartości szacunkowej zamówienia Odwołujący powziął lub mógł powziąć w dniu otwarcia ofert, tj. dnia 1 marca 2010 r. i od tej daty należy liczyć 10-dniowy termin na wniesienie protestu. Protest obejmujący m.in. ww zarzut został wniesiony dnia 29 marca 2010 r., a zatem z naruszeniem ustawowego terminu. Tym samym zarzut powyższy należy uznać za spóźniony.

Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, ponieważ nie był podniesiony w proteście, a zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście.

Wobec potwierdzenia się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, orzekając w granicach wyznaczonych przepisem art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji, uwzględniając odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego Izba orzekła na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3600 zł., tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....