

WYROK
z dnia 4 stycznia 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 grudnia 2015 roku** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **14 grudnia 2015 roku** przez wykonawcę **MGGP S.A., ul. Kaczkowskiego 6, 33 – 100 Tarnów** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40 – 017 Katowice**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: PROGEO Katowice K. R., M. N., D. P. Sp. J., Przedsiębiorstwo Usług Geodezyjno-Projektowych "Geomiar" Sp. z o.o., ul. Korfantego 79, 40-160 Katowice** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę MGGP S.A., ul. Kaczkowskiego 6, 33 – 100 Tarnów i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **MGGP S.A., ul. Kaczkowskiego 6, 33 – 100 Tarnów** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od wykonawcy **MGGP S.A., ul. Kaczkowskiego 6, 33 – 100 Tarnów** na rzecz zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40 – 017 Katowice** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) 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:

2

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*wykonanie usług geodezyjnych służących prowadzeniu postępowań z zakresu regulacji stanów prawnych nieruchomości, objętych lub związanych z pasmami dróg krajowych, ekspresowych i autostrad na terenie zarządzanym przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach z podziałem na części*.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 września 2015 r. pod numerem 2015/S 169-308604.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec zaniechania oraz podjęcia przez Zamawiającego czynności, polegających na:

- 1) w odniesieniu do części nr 1 postępowania:

- a) błędnej ocenie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Geodezyjnych GEOPLAN Z. S. z siedzibą w Krakowie, zwanego dalej „GEOPLAN”, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i uznaniu, że Wykonawca wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
 - b) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy GEOPLAN pomimo, że zawierała rażąco niską cenę;
 - c) wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez firmę GEOPLAN pomimo, że zawierała rażąco niską cenę;
 - d) błędnej ocenie wyjaśnień złożonych przez Przystępującego, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i uznaniu, że Wykonawca wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
 - e) zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego pomimo, że zawierała rażąco niską cenę;
 - f) zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego;
- 2) w odniesieniu do części nr 3 postępowania:
- a) błędnej ocenie wyjaśnień złożonych przez Przystępującego, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i uznaniu, że Wykonawca wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
 - b) zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego pomimo, że zawierała rażąco niską cenę;
 - c) wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego pomimo, że zawierała

3

rażąco niską cenę;

- d) zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Czynnościami i zaniechaniem Zamawiającego Odwołujący zarzucił:

- 1) w odniesieniu do części nr 1 postępowania:
- a) naruszenie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp poprzez błędną ocenę wyjaśnień złożonych przez wykonawcę GEOPLAN, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i uznaniu, że Wykonawca wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
 - b) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i 90 ust. 3 ustawy Pzp przez błędną ocenę oferty wykonawcy GEOPLAN i wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę;
 - c) naruszenie art. 7 ust 3 w zw. z art. 91 ust 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp poprzez naruszenie obowiązku udzielenia zamówienia publicznego wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp, polegające na dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty z pominięciem ustawowego obowiązku odrzucenia oferty wykonawcy, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
 - d) naruszenie art. 91 ust 1 ustawy Pzp polegające na wyborze oferty złożonej przez GEOPLAN i zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego, mimo że jest ona najkorzystniejsza spośród ofert niepodlegających odrzuceniu;
 - e) naruszenie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp poprzez błędną ocenę wyjaśnień złożonych przez Przystępującego, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i uznaniu, że Wykonawca wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
 - f) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i 90 ust. 3 ustawy Pzp przez błędną ocenę oferty Przystępującego i wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę;
 - g) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku zaniechaniem odrzucenia ofert, które podlegają odrzuceniu;
- 2) w odniesieniu do części nr 3 postępowania:
- a) naruszenie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp poprzez błędną ocenę wyjaśnień złożonych przez Przystępującego, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i uznaniu, że Wykonawca wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
 - b) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i 90 ust. 3 ustawy Pzp przez błędną ocenę oferty Przystępującego i wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę w

trybie art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia tej oferty, jako zawierającej rażąco niską cenę;

- c) naruszenie art. 7 ust 3 w zw. z art. 91 ust 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp poprzez naruszenie obowiązku udzielenia zamówienia publicznego wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp, polegające na dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty z pominięciem ustawowego obowiązku odrzucenia oferty wykonawcy, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- d) naruszenie art. 91 ust 1 ustawy Pzp polegające na wyborze oferty złożonej przez Przystępującego i zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego, mimo że jest ona najkorzystniejsza spośród ofert niepodlegających odrzuceniu;
- e) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z zaniechaniem odrzucenia ofert, które podlegają odrzuceniu.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty w odniesieniu do części nr 1 i części nr 3 postępowania;
2. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Przystępującego w zakresie części nr 1 i części nr 3;
3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy GEOPLAN w zakresie części nr 1;
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, z uwzględnieniem zarzutów odwołania i wyników powtórzonych czynności oceny ofert.

Ponadto, Odwołujący wniósł o przeprowadzenia dowodów z dokumentów powołanych w treści niniejszego odwołania i dokumentów przedstawionych na rozprawie na okoliczności wskazane w treści odwołania.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podał, że w trakcie procedury oceny ofert złożonych dla poszczególnych części postępowania Zamawiający w szczególności ustalił, że zaszły okoliczności wskazane w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, tj.:

1. dla części nr 1 postępowania:
 - a. oferta GEOPLAN zawiera cenę niższą o 46,11% od szacunkowej wartości zamówienia oraz niższą o 41,03% od średniej arytmetycznej wszystkich ofert;
 - b. oferta Przystępującego zawiera cenę niższą o 30,95% od szacunkowej wartości zamówienia;

2. dla części nr 3 postępowania oferta Przystępującego zawiera cenę niższą o 44,05% od szacunkowej wartości zamówienia i niższą o 44,71% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert.

Dalej Odwołujący podał, że Zamawiający wezwał Wykonawców do złożenia wyczerpujących wyjaśnień w zakresie sposobu obliczenia i elementów składowych cen ofertowych. W szczególności Zamawiający chciał uzyskać informacje, w jaki sposób wykonawcy dokonali kalkulacji ceny, jakie okoliczności miały wpływ na wysokość ceny i wycenę poszczególnych cen jednostkowych, czy wykonawcy uwzględnili koszty pozyskania niezbędnych dokumentów oraz czy ceny ofertowe obejmują całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia oraz wszystkie koszty niezbędne do jego realizacji.

Jak wyjaśnił Odwołujący, w odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie Przystępujący złożył wyjaśnienia o takiej samej treści dla części nr 1, jak i części nr 3. Przystępujący wskazał przede wszystkim, że wpływ na koszty wykonania zamówienia ma „obniżenie kosztów zatrudnienia poprzez zawieranie umów cywilnoprawnych, zmiana systemu struktury organizacyjnej i form motywacji, które przyczyniły się do zwiększenia wydajności pracy”. Jednocześnie Przystępujący powołał się na posiadane doświadczenie w realizacji zadań

podobnych oraz fakt wzięcia pod uwagę obowiązującego „cennika na czynności urzędnicze oraz na zakup koniecznej dokumentacji ze Starostw”.

W zakresie części nr 1, jak podał Odwołujący, wyjaśnienia złożyła firma GEOPLAN. W piśmie z dnia 10 listopada 2015 r. podkreśliła w pierwszym rzędzie swoje doświadczenie wynikające z trzyletniej współpracy z Zamawiającym. Jednocześnie Wykonawca powołał się na następujące założenia: grupowanie przez Zlecającego zleceń z jednego powiatu w jednym czasie, użycie najnowszego sprzętu pomiarowego pozwalającego na szybsze wykonanie prac, zmechanizowanie części prac, wykorzystanie systemu elektronicznego do współdziałania z Powiatowymi Ośrodkami Dokumentacji, częściowe wykorzystanie własnych doręczycieli, wynikającą z kpa poprawną współpracę z urzędami.

W oparciu między innymi o złożone wyjaśnienia dotyczące cen ofertowych Zamawiający dokonał oceny ofert i wybrał jako najkorzystniejszą ofertę firmy GEOPLAN w zakresie części nr 1 oraz ofertę Przystępującego w zakresie części nr 3.

W opinii Odwołującego, takie działanie Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia w zaistniałym stanie faktycznym i jest niezgodne z przepisami ustawy Pzp. W oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający zwraca się do Wykonawców o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, jeżeli

6

uzna, że cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez niego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, a w szczególności gdy cena ta jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Wszczęcie procedury z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jak zauważył Odwołujący, tworzy domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej. Zamawiający zwraca się w tym trybie do wykonawców, jeżeli poweźmie podejrzenie, że cena oferty jest rażąco niska i zagraża to prawidłowej realizacji zamówienia. Gdy zaistnieją okoliczności uzasadniające zastosowanie dyspozycji art. 90 ust. 1 ustawy Pzp to wykonawcę obciąża obowiązek udowodnienia, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Stwierdzenie to wynika, jak podkreślił Odwołujący, z dotychczasowego, jednolitego orzecznictwa KIO i Sądów Okręgowych, które pomimo nowelizacji z października 2014 r. zachowuje w tym zakresie aktualność (tak, np. wyroki KIO: z dnia 20 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 109/12, KIO 125/12; z dnia 9 maja 2013 r., sygn. akt KIO 934/13).

Odwołujący podkreślił również, że ze znowelizowanej treści art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, który to jednoznacznie przerzuca ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, na wykonawcę wezwanego do złożenia wyjaśnień. Zatem, powstanie tego domniemanie skutkuje tym, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli chce je obalić musi wykazać, iż zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień wykonawca powinien wskazać obiektywne czynniki mające istotny wpływ na wysokość ceny oferty, np. rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla tego wykonawcy. Z utrwalonego i jednolitego orzecznictwa (przy czym orzeczenia wydane przed nowelizacją ustawy Pzp z dnia 19 października 2014 r. utrzymują w tym zakresie swoją aktualność) wynika, że Wykonawca na wezwanie Zamawiającego powinien złożyć wyjaśnienia, które jednoznacznie wykażą, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Wyjaśnienia te muszą być konkretne, odpowiednio umotywowane i odnoszące się do danego zamówienia. W tym przedmiocie Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 16 lipca 2015 r., sygn. akt: KIO 1375/15.

Odwołujący wskazał, że taki sam wydzźwięk ma wyrok KIO z dnia 7 marca 2013 r., sygn. akt. KIO381/13, KIO397/13. Izba wskazała, że podstawą do uznania, że cena nie jest rażąco niska nie są jakiekolwiek wyjaśnienia złożone przez wykonawcę, lecz wyjaśnienia które ten fakt potwierdzają. Zamawiający może bowiem uznać obniżenie ceny tylko, jeżeli wynika ono z obiektywnych, zgodnych z prawem czynników nienaruszających zasad uczciwej konkurencji. Musi więc dysponować dowodami przedstawionymi przez wykonawcę wskazującymi, że powyższe przesłanki zostały spełnione. W tym zakresie Odwołujący

7

powołał się na wyrok KIO z dnia 5 maja 2015 r., sygn. akt.: KIO 806/15. Odwołujący zwrócił uwagę, że sam brak wyjaśnień lub ich niewystarczająca jakość (np. zbytnia ogólnikowość) stanowi podstawę do uznania, że spełniona została przesłanka do odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, jak i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 3 kwietnia 2013 r., sygn. akt: KIO 664/13.

Zdaniem Odwołującego, w przedmiotowej sprawie wykonawcy GEOPLAN oraz Przystępujący zastosowali się do wezwania Zamawiającego jedynie formalnie, wystosowując pisma z odpowiedzią. Jednakże, biorąc pod uwagę treść zawartą w odpowiedziach obydwu Wykonawców w żadnej mierze nie można stwierdzić, aby pisma te zawierały tego rodzaju wyjaśnienia, które obalałyby domniemanie rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienie wykonawców, zdaniem Odwołującego, są niezwykle lakoniczne, ogólnikowe. Odwołujący podniósł, że każdy z Wykonawców powoływał się w pierwszym rzędzie na swoje doświadczenie w realizacji prac odpowiadających rodzajowo przedmiotowi postępowania, w tym prac dla Zamawiającego, wskazując, że dzięki temu mogą wycenić swoją usługę prawidłowo i należyście wykonać przedmiot zamówienia za cenę ofertową.

Wykonawca GEOPLAN jako czynniki pozwalające obniżyć cenę przywołał też użycie nowoczesnego sprzętu, zmechanizowanie prac, wykorzystanie systemu elektronicznego do komunikacji z organami administracji, odpowiednią organizację pracy (w tym w pewnym zakresie wykorzystanie własnych doręczycieli). Jednocześnie Wykonawca ten uzasadniał możliwość zaoferowania tak niskiej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia w oparciu o zdarzenia od niego niezależne, tj. zakładane grupowanie zleceń przez Zamawiającego (zgodnie z warunkami określonymi w postępowaniu przedmiot zamówienia miał być realizowany „sukcesywnie, stosownie do potrzeb Zamawiającego, na podstawie pisemnego zlecenia”) czy poprawną współpracę z urzędami.

Natomiast Przystępujący w swoich wyjaśnieniach powoływał się na obniżenie kosztów poprzez zwiększenie wydajności pracy oraz zawieranie umów cywilnoprawnych. W odniesieniu do tego ostatniego Odwołujący zwrócił uwagę, że w przypadku kosztów pracy ich wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie odpowiednich przepisów. Taki sposób wyliczania kosztów osobowych Wykonawca musi zastosować niezależnie do formy zatrudnienia (umowa o pracę, zlecenie, dzieło). Przepis nie ingeruje w podstawy zatrudniania osób przez wykonawców ubiegających się o zamówienie. Nakazuje jedynie respektowanie poziomu wynagrodzenia wynikającego z przepisów o płacy minimalnej przy kalkulacji kosztorysów w ofertach. Oznacza to, jak podkreślił Odwołujący, że nawet przy zatrudnianiu osób na podstawie umowy cywilnoprawnej dla obliczenia ceny oferty przyjęte być muszą kwoty wynagrodzeń minimalnych. Rozwiązanie to nie ingeruje w umowy wykonawców z zatrudnianymi osobami, odnosi się wyłącznie do kształtowania ceny oferty i eliminacji

8

nierealnie niskich cen. Co jednak najistotniejsze, w opinii Odwołującego, żaden z Wykonawców nie poparł swoich twierdzeń jakimikolwiek kalkulacjami, wyliczeniami.

Z wyjaśnień nie wynika w ogóle, zdaniem Odwołującego, w jaki sposób wskazywane rozwiązania wpłynęły na wysokość ceny ofertowej. Wykonawcy nie wskazali żadnej skonkretyzowanej kwoty, nawet pobieżnych wyliczeń, poprzestając raczej na głoślowych twierdzeniach, że zaoferowana przez nich cena nie jest ceną rażąco niską. Składane wyjaśnienia nie zostały więc powiązane z ceną oferty. Pomimo formalnego złożenia wyjaśnień przez wezwanych Wykonawców Zamawiający nie otrzymał żadnych danych do oceny, czy podnoszone okoliczności mogły spowodować tak znaczne obniżenie ceny bez uszczerbku dla prawidłowości wykonywania przedmiotu zamówienia. Dodatkowo okoliczności przywoływane przez obydwóch Wykonawców, w ocenie Odwołującego, należy uznać za cechujące większość wykonawców ubiegających się o tego rodzaju zamówienia o podobnej skali i wartości. Nie są one szczególne dla tych konkretnych Wykonawców, więc tym bardziej nie wyjaśniają, dlaczego właśnie ci Wykonawcy ci mogli zaoferować tak niską cenę.

Odwołujący podniósł również, że Wykonawcy właściwie nie odpowiedzieli na wszystkie pytania Zamawiającego zawarte w wezwaniu, nie przedstawili też żadnych dowodów na poparcie swoich wyjaśnień, nie wypełnili więc obowiązku ciężącego na nich zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. W świetle powyższego, w ocenie Odwołującego, nie może być wątpliwości, że ani GEOPLAN ani Przystępujący nie wykazali, że cena oferty została skalkulowana rzetelnie i umożliwia należyłą realizację zamówienia, tj. nie obalili

domniemania o rażąco niskiej cenie zawartej w ich ofertach. Tak więc należało stwierdzić że Wykonawcy nie wykazali, że cena ich ofert została skalkulowana rzetelnie i umożliwia należyłą realizację zamówienia. W opinii Odwołującego, Zamawiający błędnie ocenił, że wyjaśnienia wskazanych Wykonawców są wystarczające, obalają domniemanie rażąco niskiej ceny a wykonawcy wykazali, że ich cena nie jest ceną rażąco niską. Konsekwencją tej błędnej oceny było także bezpodstawne zaniechanie odrzucenia oferty GEOPLAN oraz Przystępującego.

W opinii Odwołującego, brak też przesłanek do uznania, że Zamawiający powinien ponownie wezwać Wykonawców do złożenia wyjaśnień, aby doprecyzować wcześniej przedstawione informacje. Stopień ogólności złożonych pism wyklucza bowiem uściślenie czy wyjaśnienie niejasności w złożonych oświadczeniach. Wykonawcy, w oparciu o treść otrzymanych wezwań, mieli świadomość wymogów Zamawiającego w zakresie wyjaśnień, ale nie skorzystali z zagwarantowanej prawem możliwości uzasadnienia ceny. Tym samym, ponowne wezwanie, będące faktycznie umożliwieniem wykonawcom złożenia nowych wyjaśnień a nie uzupełnieniem dotychczasowych, mogłoby naruszać zasady równego traktowania wykonawców.

9

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W przedmiotowym postępowaniu w ramach części 1 zamówienia zostało złożonych 5 ofert, których cena kształtowała się na następującym poziomie (pkt 9 *Zestawienie ofert* protokołu postępowania):

- 1) Przedsiębiorstwo Usług Geodezyjnych GEOPLAN Z. S. z siedzibą w Krakowie - cena oferty: 1.552.567,50 zł,
- 2) Konsorcjum: „PROGEO Katowice” K. R., M. N., D. P. sp.j., Przedsiębiorstwo Usług Geodezyjno-Projektowych "Geomiar" Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach - cena oferty: 1.989.309,75 zł (po poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych),
- 3) MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie - cena oferty: 2.411.574,90 zł,
- 4) P.P.H.U. Guard Biuro Inżynieryjno-Architektoniczne M. M. z siedzibą w Częstochowie - cena oferty: 2.745.975,00 zł,
- 5) Przedsiębiorstwo Geodezyjno Kartograficzne OPGK Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie – cena oferty: 4.465.515,00 zł.

Zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert podał kwotę, jaką zmierza przeznaczyć na sfinansowanie tej części zamówienia, tj. 2.880.977,75 zł (pkt 8 ppkt 1 *Otwarcie ofert* protokołu postępowania).

Natomiast w ramach części 3 zamówienia zostało złożonych 5 ofert, których cena kształtowała się na następującym poziomie (pkt 9 *Zestawienie ofert* protokołu postępowania):

- 1) Konsorcjum: „PROGEO Katowice” K. R., M. N., D. P. sp.j., Przedsiębiorstwo Usług Geodezyjno-Projektowych "Geomiar" Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach - cena oferty: 2.050.840,50 zł (po poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych),
- 2) MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie - cena oferty: 2.744.589,73 zł,
- 3) P.P.H.U. Guard Biuro Inżynieryjno-Architektoniczne M. M. z siedzibą w Częstochowie - cena oferty: 3.574.687,50 zł,
- 4) Opolska Grupa Geodezyjna P. C. z siedzibą w Nysie – cena oferty: 4.969.507,50 zł,
- 5) Przedsiębiorstwo Geodezyjno Kartograficzne OPGK Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie – cena oferty: 5.207.205,00 zł.

Zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert podał kwotę, jaką zmierza przeznaczyć na sfinansowanie tej części zamówienia, tj. 3.665.285,20 zł (pkt 8 ppkt 1 *Otwarcie ofert* protokołu postępowania).

Pismem z dnia 9 listopada 2015 r. Zamawiający wezwał GEOPLAN, w zakresie części 1 zamówienia, do złożenia wyjaśnień, w trybie przepisu art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty

10

złożonej w przedmiotowym postępowaniu, „w celu ustalenia czy Państwa oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta uwzględnia

wszystkie wymagania zawarte w SIWZ.

Zamawiający podał, że „wartość Państwa oferty ogółem, powiększona o podatek od towarów i usług wynosi: 1 552 567,50 PLN brutto, co w porównaniu z wartością szacunkową zamówienia ustaloną przez Zamawiającego z należytą starannością, powiększoną o podatek od towarów i usług, wynoszącą: 2 880 977,75 PLN wskazuje, że jest ona niższa o 46,11% od wartości szacunkowej zamówienia oraz niższa o 41,03% od średniej arytmetycznej wszystkich ofert (po dokonaniu w ofertach poprawienia omyłek rachunkowych, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp) – średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert wynosi 2 632 988,43 zł brutto.

W związku z powyższym, Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień w zakresie jak poniżej.

1. W jaki sposób Wykonawca dokonał kalkulacji ceny?
2. Jakie okoliczności miały wpływ na wysokość ceny oferty oraz wycenę poszczególnych cen jednostkowych zawartych w formularzu cenowym?
3. Czy Wykonawca w zaproponowanej cenie uwzględnił koszty pozyskania dokumentów z Ośrodka Dokumentacji Geodezyjno-Kartograficznej?
4. Czym zaoferowane przez Wykonawcę ceny/wartości podane w Formularzu cenowym obejmują całkowity koszt wykonania Przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu Przedmiotu zamówienia wynikające z Tomu II-III SIWZ i niezbędne do realizacji Usługi w tym m.in. dysponowanie odpowiednią ilością personelu i sprzętu, koszty: dojazdów, wpisów, map, uzgodnień, analiz i decyzji i czynności wynikające z procedur określonych w przepisach niezbędne do prawidłowej realizacji Przedmiotu zamówienia, zgodnie z SIWZ, a także wszelkie inne koszty towarzyszące wykonaniu Usługi oraz ryzyko Wykonawcy z tytułu ich oszacowania oraz oddziaływania innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na te koszty?

Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający wzywa do złożenia wyczerpujących informacji na temat sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na cenę oferty ogółem, w szczególności w kwestiach wskazanych powyżej, ale również innych, które uważacie Państwo za istotne, mając na uwadze m.in. zaangażowanie osobowe, rzeczowe, sprzętowe, finansowe i związane z tym niezbędne do poniesienia koszty.

Oceniając przedłożone przez Wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami na ich potwierdzenie, Zamawiający będzie brał pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla

11

wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);

- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Ocena wyjaśnień dokonywana przez Zamawiającego ma na celu ustalenie, czy cena skalkulowana była rzetelnie i czy Wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienia. Przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia muszą być merytoryczne, a Wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez Zamawiającego oceny zaoferowanej w ofercie kwoty, za którą Wykonawca ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia. Dlatego prosimy o przesłanie wszystkich informacji oraz dowodów, które uznacie Państwo za istotne, na temat sposobu obliczenia przez Państwa ceny zamówienia, a których Zamawiający nie wymienił powyżej.”

Wykonawca GEOPLAN złożył odpowiedź następującej treści (pismo z dnia 10 listopada 2015 r.): „Informuję, że:

- przy tworzeniu oferty nie znałem szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia i swoją cenę tworzyłem na podstawie doświadczenia z 3-letniej umowy o podobnym charakterze – (nr umowy 46/P-3/2012 z dnia 04.10.2012) zawartej z GDDKiA Oddział w Katowicach przy założeniu:

1. Zlecający będzie grupował zlecenia z jednego powiatu w jednym czasie (za wyjątkiem spraw interwencyjnych) w celu uniknięcia wielokrotnych wyjazdów do tych samych urzędów

w celu załatwiania spraw o podobnym charakterze.

2. do wykonania zleconych prac użyty zostanie najnowszy sprzęt pomiarowy minimalizujący czas prac polowych i opracowań kartograficznych

3. prace dotyczące stabilizacji punktów granicznych zostaną zmechanizowane (dotyczy zleceń dla większej ilości punktów)

4. dla pozyskiwania i przekazywania opracowań geodezyjnych do Powiatowych Ośrodków Dokumentacji zostanie wykorzystany system elektroniczny celem minimalizacji kosztów i czasu przejazdu

5. przy większych opracowaniach w jednej miejscowości wykorzystujemy własnych doradczych zawiadomień i pism

6. zakładając poprawną, wynikającą z KPA współpracę z urzędami przewidujemy generowanie kosztów na załatwienie poszczególnych spraw."

Pismami z dnia 9 listopada 2015 r. Zamawiający wezwał Przystępującego w

12

tożsamym przedmiocie do złożenia wyjaśnień, zarówno w zakresie części 1 i 3 zamówienia. Treść wezwań jest analogiczna, jak w przypadku wykonawcy GEOPLAN, z tą różnicą, że w wezwaniu dotyczącym części 1 Zamawiający podał, że „wartość Państwa oferty ogółem, powiększona o podatek od towarów i usług wynosi: 1 989 309,75 PLN brutto (po poprawieniu omyłek rachunkowych, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp), co w porównaniu z wartością szacunkową zamówienia ustaloną przez Zamawiającego z należytą starannością, powiększoną o podatek od towarów i usług, wynoszącą: 2 880 977,75 PLN wskazuje, że jest ona niższa o 30,95% od wartości szacunkowej zamówienia. Zaś w wezwaniu odnoszącym się do części 3 zamówienia Zamawiający zwrócił uwagę, że Zamawiający podał, że „wartość Państwa oferty ogółem, powiększona o podatek od towarów i usług wynosi: 2050 840,50 PLN brutto, co w porównaniu z wartością szacunkową zamówienia ustaloną przez Zamawiającego z należytą starannością, powiększoną o podatek od towarów i usług, wynoszącą: 3 665 285,20 PLN wskazuje, że jest ona niższa o 44,05% od wartości szacunkowej zamówienia oraz niższa o 44,71% od średniej arytmetycznej wszystkich ofert (po dokonaniu w ofertach poprawienia omyłek rachunkowych, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp) – średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert wynosi 3 709 366,05 zł brutto.

W odpowiedzi (pisma z dnia 16 listopada 2015 r.) Przystępujący wyjaśnił, „że ustalając wysokość zaoferowanej ceny w ww zamówieniu, braliśmy pod uwagę następujące kluczowe elementy mające bezpośredni wpływ na koszty wykonania niniejszej usługi, są to:

- obniżenie kosztów zatrudnienia poprzez zawieranie umów cywilnoprawnych, zmiana systemu struktury organizacyjnej i form motywacji, które przyczyniły się do – zwiększenia wydajności pracy,
- duże doświadczenie w wykonywaniu podobnych zleceń. –

Nasze firmy prowadzą specjalistyczną działalność geodezyjną od ponad 20 lat w tym firma Lidera działalność tę prowadzi głównie na obszarze województwa śląskiego a więc obszarze którego dotyczy zamówienie. Firma Lidera wykonała w tym czasie ponad 3200 zleceń z tego około połowy zleceń dotyczyło prac wymienionych w zamówieniu. W pracach geodezyjnych istotny wpływ na koszty opracowania ma logistyka prowadzenia robót – olbrzymie doświadczenie pozwala nam na bycie w tym zakresie jednym z liderów na rynku śląskim. Potwierdzeniem tego faktu jest m.in. to iż obecnie wykonujemy prace geodezyjne będące przedmiotem zamówienia dla podmiotów publicznych takich jak Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Katowicach, Urząd Miejski w Gliwicach Wydział Geodezji, ZDM Gliwice czy Urząd Gminy w Ożarówicach – zlecenia te zdobywaliśmy na drodze przetargów publicznych i wykonujemy je z sukcesem. Przedmiotowe prace prowadziliśmy również na rzecz Zamawiającego.

13

Obecnie w geodezji nie ma obowiązujących norm czasowych na prace geodezyjne. Kalkulację przeprowadziliśmy metodą porównawczą korzystając z naszego bogatego wieloletniego doświadczenia i wykonanych przez nas opracowań. Braliśmy w tym także pod uwagę obowiązujący cennik na czynności urzędnicze oraz na zakup koniecznej

dokumentacji ze Starostw.

W związku z powyższym informujemy, że kwota zamówienia jest skalkulowana właściwie oraz jest wiarygodna, w związku z czym jesteśmy w stanie rzetelnie wykonać zamówienie za zaproponowaną przez nas cenę."

Izba ustaliła ponadto, że wraz z ofertą wykonawcy złożyli Formularz cenowy dedykowany poszczególnym częściom zamówienia, sporządzony według wzoru Zamawiającego, w którym wycenione zostały poszczególne usługi składające się na przedmiot zamówienia.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodów z dokumentów przedłożonych przez Przystępującego przy piśmie procesowym z dnia 28 grudnia 2015 r. stwierdzając, że postępowanie odwoławcze nie służy wykazaniu okoliczności, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Ewentualne dowody na tę okoliczność wykonawca winien przedstawić w ramach wyjaśnień składanych w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Izba stoi na stanowisku, że narzędzia procesowe nie mogą służyć ominięciu bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa materialnego i z tych względów przeprowadzenie zawioskowanych dowodów było niedopuszczalne. Nadto, okoliczności wskazane w wyjaśnieniach, a których istnienie w toku rozprawy Przystępujący zamierzał udowodnić nie były sporne.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W świetle przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, 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

14

do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);

- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Analiza powołanego przepisu pozwala na stwierdzenie, że ustawodawca wykreował dla zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w sytuacji, w której cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub gdy cena oferty jest niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Ziszczenie się wskazanych okoliczności niejako więc automatycznie rodzi po stronie zamawiającego obowiązek podjęcia działań zmierzających do wyjaśnienia przyczyn zaoferowania ceny ofertowej na określonym poziomie. Nie oznacza to jednak, że katalog okoliczności, w których aktualizuje się wskazany obowiązek zamawiającego ogranicza się jedynie do tych dwóch kazuistycznie opisanych sytuacji. Otóż, zdaniem Izby, w pozostałych wypadkach, a więc kiedy cena budzi wątpliwości zamawiającego i wydaje się rażąco niska, zamawiający winien również skorzystać z przedmiotowej procedury, choć w tym przypadku przesłanki nie zostały nakreślone ostro.

W tym miejscu podzielić należy stanowisko Izby oraz orzecznictwa europejskiego, iż niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie (np. wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium) i odrzucanie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu, bez dania wykonawcom możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna (*orzeczenie ETS z 22 czerwca 1989 r., C-103/88, Fratelli Constanzo SpA przeciwko Comune di Milano, ECR 1989, str. 01839*). Ten cel realizuje właśnie wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, przewidziane w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie z mocy powołanego przepisu zamawiający ma obowiązek domagać się złożenia nie tylko wyjaśnień, ale i dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ

na wysokość ceny, 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 ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Prawidłowa realizacja obowiązku wynikającego z przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp obciąża zamawiającego. *A contrario* wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji wadliwości działań zamawiającego w tym przedmiocie. Przy czym wypada

15

zauważyć, że ocena czynności zamawiającego nie może być oderwana od okoliczności faktycznych danej sprawy.

Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). Wykonawca został więc zobowiązany, mocą wskazanego przepisu, do wykazania realności zaoferowanej ceny. Ocena, czy wykonawca udźwignął ten obowiązek nie może być dokonywana schematycznie, musi natomiast uwzględniać treść wezwania do złożenia wyjaśnień i sposób jego realizacji.

Zatem, z momentem wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, na wezwanym wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej. Rzeczą wykonawcy jest – w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp – udzielenie wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny, a brak tych wyjaśnień czy też złożenie wyjaśnień nieprzekonujących, że cena w danej sytuacji nie ma charakteru rażąco niskiej, skutkować winny odrzuceniem oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Przedstawione przez wezwanego wykonawcę wyjaśnienia podlegają ocenie zamawiającego i jako takie winny być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej.

Reasumując, istotne jest w pierwszym rzędzie, czy wyjaśnienie sposobu kalkulacji ceny dokonane przez wykonawcę jest przekonujące, zaś dopełnieniem, uszczegółowieniem tego wyjaśnienia, mogą być – stosownie do potrzeb i możliwości w danym postępowaniu – dowody potwierdzające wysokość określonych wydatków i ponoszonych kosztów.

Jednocześnie skład orzekający podziela pogląd Izby wyrażony w uzasadnieniu wyroku z dnia 2 kwietnia 2015 r., sygn. akt: KIO 547/15, że: *„Każdorazowo zakres i potrzeba udowodnienia sposobu kalkulacji ceny zależy od przedmiotu zamówienia, charakteru świadczenia czy tego, czego dotyczą wątpliwości (np. kosztów pracy, nakładów rzeczowych, materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia, kosztów ogólnego zarządu, niezbędnych do wykonania zamówienia wartości niematerialnych i prawnych). Konwencja przyjęta przez Zamawiającego, osadzona w formule udowodnienia - przedstawienia dowodów na okoliczność ponoszenia określonych wydatków oraz przedstawionych wyliczeń zakłada obowiązek przedstawienia dowodów na okoliczność ponoszonych wydatków, w celu obalenia "podejrzenia o zastosowaniu rażąco niskiej ceny". Tymczasem dla przekonania, że cena została poprawnie skalkulowana nie zawsze jest konieczne udowodnienie wydatków. Podkreślenia wymaga, że przepis art. 90 ustawy ma - co do zasady - charakter wyjaśniający, nie zaś dowodowy, zaś przedmiotem tego wyjaśnienia jest zaoferowana cena. Charakter tego przepisu, jakkolwiek został wzmocniony obowiązkiem przekonania zamawiającego o poprawnym, rynkowym skalkulowaniu ceny za realizację zamówienia, nie zmienił się w*

16

wyniku jego nowelizacji z dnia 19 października 2014 r. Przypomnienia przy tym wymaga, że cena stanowi oświadczenie woli o zamiarze wykonania świadczenia opisanego dokumentacją postępowania, tym samym nie zawsze jest konieczne składanie dowodów na okoliczność ponoszenia określonych kosztów i nakładów. Postępowanie o zamówienie publiczne nie jest postępowaniem podatkowym, opartym na szczegółowej analizie dokumentacji księgowej, opisującej zdarzenia i plany gospodarcze w formule dowodów

księgowych. Część kosztów i nakładów, które przekładają się na cenę może stanowić nakład pracy własnej wykonawcy, ponadto trzeba pamiętać, że rozpatrywanie kalkulacji ceny w ujęciu ponoszonych kosztów na wykonanie tylko danego zamówienia wymaga uwzględnienia kosztów odnoszących się do całej działalności wykonawcy, całego spektrum prowadzonych przez niego zadań i kontraktów, ujęcia tzw. kosztów ogólnego zarządu ponoszonych na poziomie całej jednostki, bez przypisywania ich do konkretnego przedsięwzięcia (koszty obsługi administracyjnej, prawnej, księgowej, biura etc), co nie zawsze da się w prosty sposób udokumentować i w praktyce rachunkowej jest traktowane, jako koszt jednostki, nieprzypisany do kosztu wytworzenia danego produktu (kosztu dostawy, usługi)."

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że Zamawiający kierując do wykonawców wezwanie, w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, oczekiwał w szczególności odpowiedzi na konkretnie zadane pytania, przy czym, jak podkreślił, chodziło o podanie informacji „mających wpływ na cenę oferty ogółem”. Jeśli idzie o pozostałe kwestie, których nie dotyczyły pytania, Zamawiający ich uwzględnienie w wyjaśnieniach pozostawił woli wykonawców, wskazując, że informacje dotyczące pozostałych aspektów mających wpływ na kalkulację ceny wykonawcy mogą przedstawić, jeśli uznają je za istotne. Formułując pytania kierowane do wykonawców Zamawiający nie wskazał na obowiązek przedstawienia dowodów w tym zakresie, jedynie w odniesieniu do innych informacji, które nie będą stanowiły odpowiedzi na zadane pytania, Zamawiający podał, że mają być potwierdzone dowodami, z zastrzeżeniem, że w sytuacji, w której wykonawcy uznają je za istotne.

Zdaniem Izby, podanych wyżej okoliczności nie sposób pomijać, gdyż mają wpływ na ostateczną ocenę złożonych wyjaśnień. Po pierwsze, Zamawiający objął obowiązkiem wyjaśnień ściśle określone okoliczności, które jak sam podkreślił nie wyczerpują wszystkich aspektów kalkulacji ceny. Nadto, sformułowane pytania były na tyle otwarte, że pozostawiały wykonawcom dość dużą dowolność, jeśli chodzi o sposób sformułowania odpowiedzi. Po drugie, inicjatywę dowodową okoliczności będących przedmiotem wyjaśnień pozostawił w rękach wykonawców, nie formułując w tym względzie żadnego obowiązku.

17

Treść wezwania nie była kwestionowana przez żadnego z wykonawców, w tym również przez Odwołującego, zatem sposób realizacji wezwania należy oceniać przez pryzmat jego treści.

Analizując szczegółowo wyjaśnienia wykonawców dostrzeżenia wymaga, że bezspornie są one krótkie i na pierwszy rzut oka wydawać by się mogło, że nie są wyczerpujące, a wręcz lakoniczne. Niemniej jednak nie można tracić z pola widzenia, czego zdaje się nie zauważać Odwołujący, że zostały złożone w odpowiedzi na konkretne wezwanie ze strony Zamawiającego oraz w okolicznościach, w których już w Formularzu cenowym dokonano wyceny jednostkowych czynności, składających się na realizację zamówienia, a przedmiot zamówienia przesądza o tym, że koszty osobowe, stanowią główny element cenotwórczy, zaś znajomość i doświadczenie zdobyte na danym rynku a nawet z tym konkretnym Zamawiającym mają istotny wpływ na sposób kalkulacji ceny.

I tak wykonawca GEOPLAN, udzielając odpowiedzi na pytanie, w jaki sposób dokonał kalkulacji ceny oraz jakie okoliczności miały wpływ na wysokość ceny oraz poszczególnych cen jednostkowych wskazał, że nie znał wartości szacunkowej zamówienia, aczkolwiek jego kalkulacja ceny jest wynikiem trzyletniego doświadczenia wynikającego ze współpracy z Zamawiającym przy realizacji umowy o podobnym charakterze. Dodatkowo podał, że określona organizacja pracy, zmechanizowanie pracy, używanie najnowszego sprzętu pomiarowego ma wpływ na koszty realizacji zamówienia.

Jeśli idzie o Przystępującego to również wykonawca ten odwołał się do wieloletniego doświadczenia własnego w tym przedmiocie i to dodatkowo na rynku lokalnym, wynikającego ze współpracy z podmiotami publicznymi, w tym z Zamawiającym, zaś koszty osobowe kalkulował w oparciu o zatrudnienie na podstawie umów cywilnoprawnych. Przystępujący podkreślił również, że uwzględnił ceny czynności urzędowych przy wycenie oferty, zaś usługi geodezyjne wycenił w oparciu o posiadane doświadczenie w ich realizacji, gdyż nie ma w tym względzie obowiązujących norm czasowych i kosztowych.

W tych okolicznościach, uwzględniając treść wezwania Zamawiającego, nie sposób stwierdzić, że Wykonawcy nie udzielili odpowiedzi na zadane pytania. Wyjaśnienia były

krótkie, ale na takie pozwalala formula zadanych pytań. Skoro tak, to nie sposób czynić Wykonawcom z tego tytułu zarzutu.

Nie można się też zgodzić z twierdzeniem Odwołującego, że wezwani Wykonawcy zrealizowali swój obowiązek jedynie formalnie. Zdaniem Izby, nie jest możliwe pominięcie, że cena została skalkulowana w oparciu o wycenę poszczególnych czynności geodezyjnych, stanowiących przedmiot zamówienia, zaprezentowaną w Formularzu ofertowym, zatem nie było potrzeby ani nie było takiego oczekiwania ze strony Zamawiającego, wbrew twierdzeniom Odwołującego, że Wykonawcy winni przedstawić jakieś odrębne kalkulacje czy wyliczenia. Jednocześnie Wykonawcy wyjaśnili, że dla właściwego skalkulowania czynności

18

geodezyjnych istotne znaczenie ma doświadczenie, a więc znajomość branży, znajomość rynku lokalnego i zasad współpracy z Zamawiającym, bowiem to pozwala na realne wyszacowanie kosztów pracy. Biorąc zaś pod uwagę, że właściwa kalkulacja ceny wynika w istocie z umiejętności realnej wyceny kosztów pracy, a umiejętność ta jest wynikiem doświadczenia zdobytego przy realizacji tego typu usług na danym rynku, to nie sposób odmówić Zamawiającemu prawa do przyjęcia rzeczonych wyjaśnień jako potwierdzających realność zaoferowanej ceny.

Zdaniem Izby, sam fakt, że Wykonawcy nie złożyli dowodów na okoliczność ponoszonych wydatków w związku z realizacją zamówienia, na gruncie przedmiotowego postępowania nie może jeszcze być przesądzający dla stwierdzenia, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Po pierwsze bowiem, Zamawiający w wezwaniu wyraźnie wskazał, że dowody Wykonawcy mogą przedstawić, jeśli uznają je za istotne. Po drugie, gdyby nawet przyjąć, że przedmiotowy obowiązek został wyartykułowany, to w świetle wyceny poszczególnych usług geodezyjnych, typu wykonanie wstępnego projektu podziału nieruchomości, wykonanie podziału nieruchomości, zadanie to wydaje się niecelowe i problematyczne, z tych przyczyn, że wycena rzeczonych czynności stanowi informację szczegółową, którą trudno i niekoniecznie trzeba poprzeć dowodem.

Celem prowadzenia postępowania wyjaśniającego jest uzyskanie informacji na temat sposobu kalkulacji ceny. Każdorazowo zaś ocena złożonych wyjaśnień nie może być prowadzona w oderwaniu od przedmiotu zamówienia i z pominięciem racjonalności zamawiającego. Jeżeli Zamawiający w istocie oczekiwał zapewnienia, że wszystkie koszty realizacji zamówienia zostały ujęte w cenie oferty, bowiem wątpliwości co do realności zaoferowanych cen nie miał, a zmuszony był do realizacji obowiązku wynikającego z przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, z powodu ziszczenia się kazuistycznie określonych tam okoliczności, to uczynienie zadość rzeczonemu wezwaniu Zamawiającego nie może być postrzegane w kategorii braku wyczerpujących informacji.

Należy zdać sobie sprawę, że w przedmiotowym postępowaniu najistotniejszym czynnikiem cenotwórczym są koszty osobowe, a te u różnych wykonawców mogą kształtować się na różnym poziomie. Zatem, w tych okolicznościach różnica w cenie, nawet niemała, może być wynikiem powyższego zjawiska. Zaś, dla usprawiedliwienia kalkulacji na takim a nie innym poziomie można przyjąć umiejętność jej wyceny, wynikającą z doświadczenia, tym bardziej, że nie obowiązują w tym zakresie żadne normy, a wycena dotyczy standardowych czynności geodezyjnych, której Odwołujący nie kwestionował. Odwołujący nie twierdził bowiem, iż wykonanie poszczególnych usług za zaoferowaną cenę nie jest możliwe, a jedynie, że wyjaśnienia są niewyczerpujące, co ewentualnie mogłoby wskazywać na błędną ocenę Zamawiającego.

Oczywistym jest, że umiejętność kalkulacji kosztów będąca wynikiem doświadczenia

19

wykonawcy stanowi okoliczność charakteryzującą wielu wykonawców, jakkolwiek w przypadku nieskomplikowanych usług branżowych, w istocie jednorodnych (z zakresu geodezji) można przyjąć, że może być potraktowana jako uwiarygadniająca określony stan rzeczy.

Nie sposób zaś przyjąć, że doświadczenie stanowiące warunek udziału w postępowaniu należy utożsamiać z okolicznością, która może mieć wpływ i przesądza o prawidłowości kalkulacji, a przez to okoliczność ta w jednakowy sposób wpływa na cenę wszystkich wykonawców. Po pierwsze bowiem, koszty pracy mogą być różne u poszczególnych wykonawców. Po drugie, doświadczenie wykazywane jako spełnienie

warunku udziału w postępowaniu nie uwzględnia specyfiki danego wykonawcy, organizacji pracy.

Jednocześnie przyjmując, że głównym elementem cenotwórczym są koszty osobowe to jednocześnie nie sposób przyjąć, że istnieją jakieś szczególne (specjalne) okoliczności, mające wpływ na obniżenie ceny. Raczej, o czym była już mowa, należy uwzględnić różny poziom tych kosztów u poszczególnych wykonawców.

Argument, iż wezwani Wykonawcy nie wykazali wpływu poszczególnych okoliczności na wysokość ceny jest o tyle nietrafny, że Zamawiający takiego żądania nie wyartykułował, a nie należy pomijać, że treść wezwania kreuje Zamawiający a nie przepisy prawa.

Twierdzenia Odwołującego o błędnym założeniu co do koncentracji realizacji usług w ramach danego powiatu należy uznać za gołosłowne. Nie stoją temu na przeszkodzie postanowienia SIWZ, a w każdym razie Odwołujący na takie nie zwrócił uwagi, a doświadczenie podpowiada, że założenie to jest jak najbardziej racjonalne. Analogicznie należy ocenić założenie co do poprawnej współpracy z urzędami, tym bardziej w sytuacji, w której doświadczenie danego Wykonawcy pozwala przyjąć, że dokumenty będą wykonane poprawnie a przez to bez przeszkód aprobowane.

Z tych przyczyn uznać należy, że ocena wyjaśnień, dokonana przez Zamawiającego, była właściwa i nawet wyjaśnienia, które nie są bardzo rozbudowane, w określonych warunkach faktycznych, mogą być uznane za wystarczające do przyjęcia, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Prawidłowa ocena wyjaśnień Wykonawców przesądza, w świetle sformułowanych przez Odwołującego zarzutów, że brak było podstaw do ich uwzględnienia, a wybór oferty najkorzystniejszej nie jest obarczony błędem.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz

20

rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący:

21