

WYROK
z dnia 5 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca

Protokolant: Jadwiga Chachaj

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 marca 2012 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakład Usług Geodezyjno-Projektowych „NADIR” Sp. z o.o., ul. Rynek 2, 83-340 Sierakowice oraz Tomasz Kowalski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GEONET Tomasz Kowalski, ul. Piecewska 28b/21, 80-288 Gdańsk** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku, ul. Subisława 5, 80-354 Gdańsk,**

przy udziale wykonawcy **MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie i nakazuje Skarbowi Państwa - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku, ul. Subisława 5, 80-354 Gdańsk: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakład Usług Geodezyjno-Projektowych „NADIR” Sp. z o.o., ul. Rynek 2, 83-340 Sierakowice oraz Tomasz Kowalski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GEONET Tomasz Kowalski, ul. Piecewska 28b/21, 80-288 Gdańsk, dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez ww. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia,**

1

2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa - Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku, ul. Subisława 5, 80-354 Gdańsk** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakład Usług Geodezyjno-Projektowych „NADIR” Sp. z o.o., ul. Rynek 2, 83-340 Sierakowice oraz Tomasz Kowalski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GEONET Tomasz Kowalski, ul. Piecewska 28b/21, 80-288 Gdańsk,** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Skarbu Państwa - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku, ul. Subisława 5, 80-354 Gdańsk** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakład Usług Geodezyjno-Projektowych „NADIR” Sp. z o.o., ul. Rynek 2, 83-340 Sierakowice oraz Tomasz Kowalski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GEONET Tomasz Kowalski, ul. Piecewska 28b/21, 80-288 Gdańsk** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 560/12

Uzasadnienie

Skarbu Państwa - Generalnej Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku, ul. Subistawa 5, 80-354 Gdańsk (dalej: „zamawiający” lub „GDDKiA”) - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie map z projektem podziału nieruchomości dla budowy Obwodnicy Kościerzyny, oznaczenie granic pasa drogowego oraz ujawnienie zmian w ewidencji gruntów i w księgach wieczystych.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Pismem z dnia 13 marca 2012 r. zamawiający odrzucił ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakład Usług Geodezyjno-Projektowych „NADIR” Sp. z o.o., ul. Rynek 2, 83-340 Sierakowice oraz Tomasz Kowalski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GEONET Tomasz Kowalski, ul. Piecewska 28b/21, 80-288 Gdańsk (dalej „odwołujący” lub „konsorcjum”) jako zawierającą rażąco niską cenę, uznając wyjaśnienia złożone przez to konsorcjum za niewystarczające.

22 marca 2012 r. odwołujący wniósł odwołanie zarzucając czynności zamawiającego naruszenie:

1. art. 90 ust. 1, 2 i 3 ustawy w związku z niewłaściwą wykładnią ww. przepisów, poprzez nieprawidłowe ograniczenie zakresu badania oferty odwołującego się do badania ceny oferowanej odnośnie do pozycji 6 Formularza cenowego,
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1, 2 i 3 ustawy, poprzez niewłaściwą wykładnię ww. przepisów co spowodowało odrzucenie oferty konsorcjum jako zawierającego rażąco niską cenę,
3. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy i art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Odwołujący wnosił o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
3. unieważnienie czynności oceny oferty odwołującego się,

3

4. powtórzenie czynności oceny i wyboru ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania podnosił, że skierowane do odwołującego się wezwanie zamawiającego do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zawierało wezwanie do udzielenia wyjaśnień dotyczących m.in. elementów oferty wskazanych przez zamawiającego (pozycja 6 Formularza cenowego) oraz innych, które zdaniem tego wykonawcy miały wpływ na wysokość skalkulowanej ceny. Zdaniem odwołującego, pismem złożonym zamawiającemu dnia 23 lutego 2012 r., wyczerpująco wyjaśnił przyczyny, takiego, a nie innego skalkulowania zarówno ceny jednostkowej wskazanej w pozycji 6 formularza cenowego, jak i całości oferty. Konsorcjum wyjaśniło, że koszty obsługi prawnej wymaganej przez zamawiającego zostały skalkulowane w kosztach ogólnych uczestników konsorcjum. Wskazywał, że odrzucając ofertę odwołującego, zamawiający uznał, że jego zdaniem wynagrodzenie prawnika winno zostać wkalkulowane w cenę oferty w pozycji nr 6 formularza. Oznacza to, wbrew dosłownej treści pisma z dnia 13 marca 2012 r., że zamawiający w rzeczywistości dokonał odmiennej od odwołującego oceny sposobu kalkulacji wskazanej przez konsorcjum ceny, a nie, jak podał w tym piśmie, uznał złożone wyjaśnienia za niewystarczające. W ocenie odwołującego zamawiający w piśmie z dnia 20 lutego 2012 r. wskazał jednoznacznie, że jego wątpliwości wzbudził jedynie sposób skalkulowania przez konsorcjum ceny z pozycji 6 formularza cenowego, co w ocenie zamawiającego poddawało w wątpliwość możliwość wykonania za tę cenę elementów

zamówienia wymienionych w przedmiotowej pozycji formularza. W opinii odwołującego oznacza to, że jego oferta została zbadana przez zamawiającego pod kątem zarzutu rażąco niskiej ceny jedynie odnośnie do pozycji 6 formularza cenowego.

Odwołując się do orzecznictwa Izby podnosił, że kalkulowanie cen jednostkowych jest uprawnieniem wykonawcy a zarazem jego obowiązkiem. Wykonawca nie musi w taki sposób ustalać cen jednostkowych, aby w każdej z tych cen zapewnić rentowność wykonania określonego elementu robót. Kluczowe jest jedynie, aby całkowita cena oferty za cały przedmiot zamówienia pokrywała koszty realizacji prac i zapewniała co najmniej minimalny poziom zysku. W konsekwencji zgodnie z powołanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej rozważanie przez zamawiającego, w tym poprzez żądanie i badanie wyjaśnień od wykonawcy, pojedynczego elementu cenowego oferty w oderwaniu od kalkulacji całej wartości oferty nie wyczerpuje przesłanek określonych w przepisach art. 87 ust. 1 i art. 90 ust. 1 ustawy. Zadaniem odwołującego postępowanie zamawiającego polegające na badaniu oferty konsorcjum, nieuznania złożonych wyjaśnień, a w rezultacie tego odrzuceniu oferty odwołującego w oparciu o przepis art. 90 ust. 3 ustawy należy uznać za nieprawidłowe i uzasadniające konieczność unieważnienia zaskarżonej czynności zamawiającego, gdyż

4

badanie oferty dotyczyło jedynie jednego z elementów składających się na cenę zaoferowaną.

Następnie odwołujący wskazywał, że zamawiający błędnie (tj. zbyt szeroko) określił spektrum czynności przewidzianych w punkcie 4.3 opisu przedmiotu zamówienia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, do którego odwołuje się ww. pozycja 6 formularza cenowego. Otóż podmioty profesjonalnie działające w zakresie czynności związanych z wydawaniem i realizacją decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (ZRID) w aktualnym stanie prawnym (a do tego odnosi się realizacja zadania przyszłego w postaci budowy Obwodnicy Kościerzyny) powinny wiedzieć, że w związku z treścią ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych oraz ustawy z dnia 17 maja 1989 r. - Prawo geodezyjne i kartograficzne nie będzie konieczne przeprowadzanie czynności wskazanych z punktach:

1. Analiza dokumentów w księdze wieczystej - zgodnie z przepisem art. 97 z dnia 27 sierpnia 1997 r. ustawy o gospodarce nieruchomościami przewiduje sprawdzenie ksiąg wieczystych przed sporządzeniem projektu podziału, a nie jak sugeruje zamawiający w uzasadnieniu o odrzuceniu oferty, w chwili złożenia wniosku o zmianę własności w księgach wieczystych.
2. Nie zachodzi konieczność składania wniosków do starostwa powiatowego o uwidocznienie dzielonych działek w ewidencji gruntów, gdyż zgodnie z par. 46 ust. 2 rozporządzenia z 29 marca 2001 r. w sprawie ewidencji gruntów, zmiany zawierające wykaz zmian danych ewidencyjnych wprowadzane są z urzędu.
3. W procedurze pozyskiwania gruntów w trybie ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych, własność nieruchomości przechodzi w stanie wolnym od wszelkich obciążeń w tym umów najmu i dzierżawy na własność Skarbu Państwa. Do obowiązków Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad należy wypłata odszkodowań za wcześniejsze wygaśnięcie wyżej wymienionych umów jednak zadanie to nie stanowiło przedmiotu niniejszego zamówienia.

Podnosił również, że wedle oceny konsorcjum, z uwagi na charakterystykę przedmiotu zamówienia, wskazana przez zamawiającego w pozycji 6 formularza cenowego SIWZ jednostka rozliczeniowa nie jest tożsama z liczbą czynności, które będzie musiał podjąć wykonawca, gdyż wiele czynności będzie mogło zostać podjętych jednocześnie (w jednym piśmie) w stosunku do wszystkich lub kilku działek ewidencyjnych gruntu. Zwracał również uwagę, że cena całościowa (brutto) wskazana w ofercie wybranej przez zamawiającego stanowiła 36,08% kosztorysu inwestorskiego, podczas gdy cena całościowa (brutto) zaoferowana przez konsorcjum stanowiła 35,57% kosztorysu inwestorskiego. Tym samym różnica między oboma ofertami względem kosztorysu inwestorskiego stanowi 0,51%

5

a różnica w kwocie brutto między oboma ofertami wynosi 6 642,00 zł. Odwołujący

podkreślał, że pomimo niewielkich różnic pomiędzy ofertą konsorcjum a dwoma najniższymi ofertami, które zaakceptował zamawiający, GDDKiA uznała, że to oferta złożona przez odwołującego się spełnia kryteria „rażąco niskiej ceny”. Podnosił, że oferta odwołującego i dwie następne wyższe pod względem ceny oferty różnią się od siebie w bardzo niewielkim stopniu. W związku z tym zdaniem konsorcjum można przyjąć, że określają one rzeczywisty koszt wykonania prac objętych zamówieniem. Pozostałe sześć ofert różni się wartością od trzech wyżej wymienionych w znacznie większym stopniu. Wskazywał, że pomimo złożenia przez odwołującego merytorycznych i szczegółowych wyjaśnień, zamawiający wyjaśnienia te odrzucił, twierdząc iż są one zbyt ogólne w związku z czym budzą obawę o rzetelną i terminową realizację zamówienia. Jednak podobnych wątpliwości GDDKiA nie budziły dwie kolejne pod względem cenowym oferty. Jednocześnie zamawiający nie wskazał z jakich powodów uznaje złożone wyjaśnienia za zbyt ogólne i nie merytoryczne.

Podnosił, że zaakceptowanie przez zamawiającego oferty MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów (dalej: „MGGP” lub „przystępujący”), mimo niewielkiej różnicy w porównaniu z ofertą odwołującego się, oznacza, że brak jest rzeczywistych przyczyn, które uzasadniałyby odrzucenie jego oferty z powodu rażąco niskiej ceny. Podkreślał, że odrzucenie oferty z powodu rzekomo niewystarczających wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji jednego z elementów ceny całościowej, tj. ceny w zakresie jednej pozycji formularza cenowego prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji między oferentami, gdyż z naruszeniem przepisów art. 90 ust. 1 - 3 ustawy wyklucza bezpodstawnie konsorcjum z prowadzonego postępowania.

20 marca 2012 r. odwołujący przekazał zamawiającemu kopię ww. odwołania.

21 marca 2012 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wniesieniu odwołania przez konsorcjum oraz wezwał do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia ww. odwołania.

23 marca 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego od MGGP.

Pismem z dnia 30 marca 2012 r., które wpłynęło do Izby w formie elektronicznej w tej samej dacie, zamawiający odpowiedział na odwołanie. Oryginał ww. pisma zamawiający przedłożył na niejawnym posiedzeniu Izby z udziałem stron w dniu 3 kwietnia 2012 r. W treści pisma zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości.

6

W uzasadnieniu podnosił, że prośbę do złożenia wyjaśnień, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, skierował do trzech wykonawców, którzy zaoferowali najniższe ceny całkowite, w tym do odwołującego i zostało to poprzedzone przez zamawiającego analizą cen ofertowych złożonych w przedmiotowym postępowaniu, porównaniem cen rynkowych oraz wyceny szacunkowej. Wskazywał, że z porównania cen ofertowych brutto za przedmiot zamówienia zaoferowanych przez poszczególnych wykonawców wynikało, że najniższa cena ofertowa firmy SWECO Sp. z o.o. wynosiła 359 775,00 zł brutto, cena w ofercie odwołującego - 465 063,00 zł brutto uplasowała się na drugim miejscu. Zaś najwyższa cena ofertowa wynosiła 1 209 397,50 zł brutto. Na podstawie cen zaproponowanych przez wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, zamawiający obliczył średnią cenę za przedmiot zamówienia, która wynosi około 601 412,89 brutto. Z przeprowadzonej przez zamawiającego analizy wynikało, że cena zaoferowana przez odwołującego znacznie odbiegała od wyliczonej średniej. Następnie zamawiający podnosił, że szacunkowa wartość zamówienia wynosiła 1 063 000,00 zł netto, co daje kwotę w wysokości 1 307 490,00 zł brutto. Wysokość ceny ofertowej z oferty odwołującego wynosiła 465 063,00 zł brutto i stanowiła ok. 36 % szacunkowej wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego.

Zamawiający wyjaśniał również, że dokonał analizy Formularza 2.1, tj. Tabeli Opracowań Projektowych wypełnionej i złożonej przez odwołującego w postępowaniu oraz porównał ceny poszczególnych elementów zamówienia z cenami elementów zamówienia innych wykonawców, jednakże zrobił to w takim celu, aby wzywając wykonawców, którzy złożyli oferty z zaniżonymi cenami (odwołującego oraz innych wykonawców, których oferty zawierały najniższe ceny całkowite) do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp,

wskazać tym wykonawcom na jakie elementy zamówienia w szczególności powinni położyć nacisk w składanych wyjaśnieniach.

Zamawiający nie zgadzał się z zarzutem odwołującego, jakoby oferta odwołującego się została zbadana przez zamawiającego pod zarzutem rażąco niskiej ceny jedynie odnośnie do pozycji 6 Formularza cenowego siwz. Zdaniem zamawiającego wszystkie oferty budzące wątpliwość co do wysokości ceny całkowitej, złożone w przedmiotowym postępowaniu zostały zbadane prawidłowo w rozumieniu art. 87 ust. 1 art. 90 ust. 1 ustawy. Zamawiający podnosił, że w wezwaniu wskazał jeden element zamówienia mający, jego zdaniem, wpływ na wysokość skalkulowanej ceny całkowitej oferty, na które należy położyć nacisk przy udzielaniu wyjaśnień - Pozycja nr 6 Formularza cenowego: „Przeprowadzenie postępowania w celu dokonania wpisu w księgach wieczystych i ewidencji gruntów Skarbu Państwa jako właściciela przejętych na podstawie ZRID nieruchomości oraz trwałego zarządu GDDKiA”. Wskazanie elementu wpływającego na wysokość ceny ofertowej zostało poprzedzone szczegółową analizą. Wysokość ceny jednostkowej zaoferowanej przez odwołującego w pozycji nr 6, wynosiła 10,00 zł i była najniższa ze wszystkich

7

zaoferowanych. Średnia cena jednostkowa w tej pozycji wyniosła 110,00 zł, gdzie najwyższa zaoferowana cena wyniosła 200,00 zł. Zamawiający oszacował to zadanie na 400,00 zł. Z ustaleń zamawiającego wynikało, że ceny jednostkowe zaoferowane przez odwołującego w pozostałych pozycjach były paralelne do ofert innych wykonawców. Na tej podstawie zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień przede wszystkim w zakresie elementu - pozycji nr 6 Formularza cenowego, przy czym odwołujący mógł złożyć bardziej obszerną i wyczerpującą odpowiedź (zawierającą kalkulacje cenowe oraz dowody) powołując się także na inne elementy kształtujące cenę całkowitą oferty, z czego odwołujący częściowo skorzystał. Zamawiający wskazywał, że w wezwaniu zachęcał odwołującego do skorzystania z możliwości rozszerzenia zakresu wyjaśnień.

Zamawiający wyjaśniał, że odwołujący - w wyznaczonym terminie - złożył odpowiedź na wezwanie zamawiającego do udzielenia wyjaśnień, dotyczących elementów ceny mających wpływ na wysokość ceny (pismo z dnia 23.02.2012 r.). W piśmie tym w ogólny sposób uzasadnił wysokość ceny wskazanego przez zamawiającego elementu oferty wykazując czynności wchodzące w zakres pozycji nr 6, które dokonywane są bezpłatnie oraz stwierdził, że „Cena 10 zł za powyższe postępowanie jest kosztem wysłania lub ewentualnego dowieszenia wypełnionego formularza KW-WPIS do Sądu Rejonowego w Kościerzynie. Natomiast koszty obsługi prawnej zawarte są w kosztach ogólnych podziału w częściach tak jak dla każdego wykonawcy wg wykonywanego zakresu czynności”. Ponadto konsorcjum wymieniło czynniki uwzględnione przy kalkulacji ceny całościowej, takie jak m.in.: odległość od siedziby wykonawcy do miejsca pracy wskazanego w SIWZ; 30 letnie doświadczenie w pracy na terenie powiatu kościerskiego; znajomość dokumentów geodezyjnych znajdujących się w zasobie PODGiK Kościerzyna; dogłębna znajomość procedur przy wykonywaniu prac związanych z realizacją zamówienia; certyfikat uczestnictwa w szkoleniu „Opracowania geodezyjne i pozyskiwanie nieruchomości w procesie przygotowania inwestycji drogowych”; mniejsze płace pracowników wykonawcy podyktowane miejscem zamieszkania; znajomość języka kaszubskiego; uzyskane zniżki, w ramach wieloletniej współpracy, przy zakupie znaków granicznych i punktów drogowych; posiadany na własność sprzęt. Zamawiający podał, że konsorcjum w wyjaśnieniu nie przedstawiło żadnych konkretnych kalkulacji, które dałyby pewność, że odwołujący jest w stanie zrealizować przedmiot zamówienia za podaną cenę. Zdaniem zamawiającego wytłumaczenia dotyczące wskazanego przez zamawiającego elementu oferty oraz powołanie się na ogólne doświadczenie zawodowe konsorcjantów, nie dają poglądu na możliwość wykonania zadania powyżej kosztów wytworzenia usługi. Zamawiający stwierdził, że wykonawca w swoim wyjaśnieniu dotyczącym elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, pomimo ogólnego wytłumaczenia wysokości kwoty ustalonej dla pozycji nr 6 oraz podparcia się doświadczeniem zawodowym, nie obalił domniemania zaoferowania

8

rażąco niskiej ceny, dlatego na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp zamawiający odrzucił jego ofertę.

Ponadto zamawiający wskazał, że nie mógł uznać za wystarczające wyjaśnienia

odwołującego dotyczące posiadania wieloletniego doświadczenia, znajomości procedur związanych z realizacją zamówienia czy posiadania na własność sprzętu niezbędnego do wykonania zamówienia, gdyż nie są czynnikami wyróżniającymi wyłącznie odwołującego, a każdy z wykonawcy, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, wykazał posiadanie odpowiedniego doświadczenia w geodezji. Zdaniem zamawiającego właściwe jest zatem założenie, że wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie niniejszego zamówienia posiadają odpowiedni sprzęt, znają procedury, a także dokumenty geodezyjne. Natomiast w przypadku kosztów wyrobu znaków granicznych i PD oraz ich transportu na miejsce pracy, wykonawca nie wskazał, w jakim stopniu długoletnia współpraca z firmą betoniarą wpływa na redukcję ceny. Zamawiający zwracał uwagę, że bez wątpienia wskazane wyżej elementy mogą wpłynąć na cenę, jednakże wykonawca nie podał żadnych szczegółów odnośnie tego w jakim stopniu zredukowały one koszty odwołującego. Dlatego też zamawiający nie mógł potraktować okoliczności wskazanych przez konsorcjum, jako obiektywny czynnik mogący wpłynąć na redukcję kosztów zadania. Podkreślał, że to na wykonawcy ciąży obowiązek wskazania, w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust 1 Pzp, jakie elementy oferty miały wpływ na wysokość ceny i w jaki sposób dokonano ich kalkulacji, tak, aby udowodnić, że zaproponowana cena nie jest ceną rażąco niską. Wykonawca, składając wyjaśnienia na okoliczność kalkulacji ceny oferty, powinien również wykazać, że wskazana cena została ustalona zgodnie z prawem, na podstawie obiektywnych czynników, bez naruszania zasad uczciwej konkurencji.

Zamawiający podnosił, że z należytą starannością dokonał oceny wyjaśnień wykonawcy, na podstawie której stwierdził brak dowodów na to, że podana przez odwołującego cena całkowita oferty, za cały przedmiot zamówienia, pokryje koszty realizacji prac i zapewni co najmniej minimalny poziom zysku. W rezultacie odrzucił ofertę odwołującego.

W zakresie czynności przewidzianych w punkcie 4.3 Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ”) zamawiający przypominał, że kwestionowana pozycja 6 Formularza Cenowego zawierała w sobie dokonanie następujących czynności etapu 3 umowy, a mianowicie:

Etap 3: Przeprowadzenie postępowania w celu ujawnienia w ewidencji gruntów i księgach wieczystych Skarbu Państwa jako właściciela przejętych na podstawie decyzji ZRID nieruchomości oraz trwałego zarządu GDDKiA:

a) zamówienie i odbiór odpisów decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej;

9

-
- b) zamówienie na podstawie pełnomocnictwa Dyrektora GDDKiA wypisów i wyrysów z ewidencji gruntów i budynków dla celów prawnych (całość niezbędnych prac);
 - c) uzyskanie decyzji stwierdzającej ustanowienie trwałego zarządu na rzecz GDDKiA w odniesieniu do nieruchomości stanowiących własność Skarbu Państwa, złożenie wniosków o wpis w księdze wieczystej (w tym w razie konieczności złożenie wniosku o założenie nowej księgi wieczystej);
 - d) prowadzenie całości spraw w celu uzyskania decyzji stwierdzającej ustanowienie trwałego zarządu na rzecz GDDKiA w odniesieniu do nieruchomości Skarbu Państwa w związku z wygaśnięciem użytkowania wieczystego ustanowionego na gruntowych Skarbu albo nieruchomościach Państwa jednostek samorządu terytorialnego, złożenie wniosku o wpis w księdze wieczystej (w tym w razie konieczności złożenie wniosku o założenie nowej księgi wieczystej);
 - e) wypowiedzenie umów najmu, dzierżawy, użyczenia nieruchomości Skarbu Państwa, które uprzednio były wynajęte, wydierżawione lub użyczone, uzyskanie stosownych decyzji wojewody o ustanowieniu trwałego zarządu na rzecz GDDKiA do tych nieruchomości, złożenie wniosków o wpis trwałego zarządu w księgach wieczystych (w tym w razie konieczności złożenie wniosku o założenie nowej księgi wieczystej);
 - f) złożenie wniosku do Wojewody o wydanie decyzji stwierdzającej wygaśnięcie trwałego zarządu ustanowionego na nieruchomościach stanowiących własność Skarbu Państwa (z wyjątkiem trwałego zarządu ustanowionego na rzecz zarządcy drogi krajowej), uzyskanie decyzji wojewody o ustanowienie trwałego zarządu na rzecz GDDKiA, złożenie wniosków o wpis w księdze wieczystej (w tym w razie konieczności złożenie wniosku o założenie nowej księgi wieczystej);
 - g) złożenie wniosków do sądu wieczystoksięgowego o wpis Skarbu Państwa jako

właściciela i trwałego zarządu uzyskanego przez GDDKiA z mocy prawa do nieruchomości nabytych na rzecz Skarbu Państwa (w tym w razie konieczności złożenie wniosku o założenie nowej księgi wieczystej), z dniem, w którym decyzja ZRID stała się ostateczna;

h) prowadzenie całokształtu korespondencji z urzędami, sądami i innymi osobami w zakresie spraw określonych w lit. a) - g).

Czynności określone w pkt 4.3. lit a)-h) radca prawny/adwokat dokonywać będzie w imieniu Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad na podstawie otrzymanego pełnomocnictwa.

Zamawiający nie zgadzał się z zarzutem jakoby błędnie (tj. zbyt szeroko) określił spektrum czynności przewidzianych w punkcie 4.3 OPZ w siwz, do którego odwołuje się pozycja 6 formularza cenowego. GDDKiA wyjaśniał, że jako podmiot profesjonalnie

10

działający w zakresie czynności związanych z budową dróg krajowych, zna obowiązujące procedury prawne i ma pełną świadomość zakresu niezbędnych działań, których wykonanie zleca w ramach przedmiotowego zamówienia publicznego.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przesłaną przez zamawiającego, odpowiedź na odwołanie, stanowiska i oświadczenia stron a także przystępującego złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Okoliczności faktyczne sprawy zostały prawidłowo przytoczone w odwołaniu, co zostało zreferowane powyżej.

Ponadto z ustaleń Izby wynika, że szacunkowa wartość zamówienia - jak wynika z dokumentacji postępowania – została ustalona przez zamawiającego na podstawie wyceny szacunkowej kwotę 1.063.000,00 zł netto. Kwota którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia – wartość szacunkowa wraz należnym podatkiem – 1.307.490,00 zł brutto.

W dniu składania ofert, tj. 18 stycznia 2012 r. do zamawiającego wpłynęło 7 ofert, w których wykonawcy zaoferowali wykonanie zamówienia za następujące kwoty:

Lp. Nazwa (firma) i adres wykonawcy Cena ofertowa

brutto (zł)

1. SWECO Infraprojekt sp. z o.o. Ul. Mogilska 25, 31-542 359 775,00
2. Kraków Konsorcjum firm: Zakład Usług Geodezyjno-Projektowych 465 063,00
NADIR sp. z o.o. ul. Rynek 2, 83-340 Sierakowice GEONET
Tomasz Kowalski ul. Piecewska 28B/21, 80-288 Gdańsk
3. MGGP S.A. Ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów 471 705,00
4. Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne 485 788,50
OPEGIEKA sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu Aleja Tysiąclecia
11, 82-300 Elbląg
5. GEOKART INTERNATIONAL sp. z o.o. ul. Wita Stwosza 44 581 328,75
35-113 Rzeszów
6. Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne Sp. z 636 832,50
o.o. w Olsztynie ul. 1 Maja 13, 10-117 Olsztyn

11

-
7. Konsorcjum firm: GEODET SERWIS BIS Maciej Kozielczyk ul. 1 209 397,50
Jesionowa 14/1 80-261 Gdańsk Usługi Geodezyjne SKALAR
Waldemar Wrześniewski ul. Obwodowa 31B/M26, 84-240
Reda GEOMETER Leszek Andrzejewski ul. Łąkowa 1, 84-207
Koleczkowo

Pismem z dnia 20 lutego 2012 r. zamawiający w trybie art. 90 ust. 1 ustawy wezwał wykonawców, wymienionych powyżej w pkt. od nr 1 do nr 3, do złożenia wyjaśnień w zakresie

zapropnowanej ceny ofertowej. W wezwaniu skierowanym do odwołującego w treści pisma zamawiający wskazał, że zaoferowana cena brutto stanowi jedynie około 35% wartości oszacowanej przez zamawiającego. Zamawiający poddawał w wątpliwość, w szczególności możliwość wykonania za zaoferowaną w ofercie cenę elementów zamówienia wymienionych w poz. 6 formularza cenowego. Zamawiający podał: „W związku z powyższym Zamawiający wzywa Wykonawcę do udzielenia szczegółowych pisemnych wyjaśnień dotyczących m.in. elementów oferty wskazanych przez Zamawiającego oraz innych zdaniem wykonawcy, mających wpływ na wysokość skalkulowanej ceny całkowitej oferty oraz przedstawienia dowodów, że cena ta jest realna i wiarygodna (...)”.

Konsorcjum w terminie wskazanym przez zamawiającego złożyło wyjaśnienia o treści: „(...) skalkulowana przez nas cena za tę czynność jest prawidłowa gdyż:

- 1) wpisu do ewidencji gruntów dokonuje Starostwo Powiatowe Wydział Geodezji z urzędu (bez wniosku) po przekazaniu operatu podziałowego zawierającego wykaz zmian danych geodezyjnych (§ 46 ust 2 rozporządzenia MRRB z 29.03.2011 w sprawie ewidencji gruntów i budynków (dz.U. nr 38 poz. 454)
- 2) wpisu Skarbu Państwa dokonuje Sąd Rejonowy w Kościerzynie po wypełnieniu komputerowo kilku rubryk standardowego druku KW – WPIS (przedkładany przykładowo wypełniony druk) do którego dołącza się decyzję Wojewody Pomorskiego i dokumentację przewłaszczeniową sporządzoną przez Starostwo Powiatowe w Kościerzynie.
Wpisy w ewidencji gruntów i księgach wieczystych dla GDDKiA dokonywane są bezpłatnie. Cena 10 zł za powyższe postępowanie jest kosztem wysłania lub ewentualnego dowiezienia wypełnionego formularza KW-WPIS do Sądu Rejonowego w Kościerzynie. Natomiast koszty obsługi prawnej zawarte są w kosztach ogólnych podziału w częściach tak jak dla każdego wykonawcy wg wykonywanego zakresu czynności.

12

Cena wykonania całości prac została skalkulowana przy uwzględnieniu następujących czynników :

- 1) odległość od siedziby ZUGP „Nadir” wynosi od 30 do 35 km do miejsca pracy wskazanego w SIWZ, co pozwala na dotarcie w przeciągu 25-30 minut.
- 2) Właściciele ZUGP „Nadir” i firmy Geonet co najmniej od 30 lat, a jako ZUGP „Nadir” od 1990r. wykonują prace na terenie powiatu kościerskiego co pozwala nam twierdzić, że poznaliśmy specyfikę pracy na tym terenie.
- 3) Znajomość dokumentów geodezyjnych (w tym katastru pruskiego) jakie przechowywane są w zasobie PODGiK Kościerzyna.
- 4) Dogłębna znajomość procedur przy wykonywaniu prac związanych z realizacją zamówienia. Większość prac wykonywanych przez ZUGP „Nadir” dotyczy podziałów, natomiast wykonywanych przez „Geonet” dotyczy sporządzenia map do celów prawnych w tym projektów podziału. Ponadto dwóch współwłaścicieli posiada certyfikaty uczestnictwa w szkoleniu „Opracowania geodezyjne i pozyskiwanie nieruchomości w procesie przygotowania inwestycji drogowych” które odbyło się w maju 2010r (załącznik nr) .
- 5) Nie jest też bez znaczenia fakt, że dwóch współwłaścicieli w latach 1979 - 1995, oraz 2000 - 2006 pracowało na stanowiskach geodetów gminnych, których zadaniem było prowadzenie ewidencji gruntów, sporządzenie dokumentacji przewłaszczeniowej, komunalizacja mienia SP w gminach Sierakowice, Sulęczyno, Stężycza, Linia co pokrywa się z zakresem prac wyszczególnionych w poz. 6. Nabyte doświadczenie w tym zakresie, pozwala nam sądzić, że posiadamy odpowiednią wiedzę. Jeden z członków konsorcjum - właściciel firmy „Geonet” mieszka w Gdańsku, co pozwala na szybki kontakt Zamawiającego z Wykonawcą.
- 6) Wszyscy pracownicy ZUGP „Nadir” mieszkają na terenie powiatu kartuskiego na terenie wiejskim, gdzie koszty utrzymania są o 1 / 4 mniejsze niż w mieście, więc oczekiwania płacowe pracowników są również mniejsze o ok. 1 / 4 .
- 7) Znajomość języka kaszubskiego przez wszystkich pracowników ZUGP „Nadir” pozwalające na lepszy kontakt szczególnie z ludźmi w podeszłym wieku.
Używanie języka kaszubskiego w życiu prywatnym i publiczne gwarantuje ustawa

z dnia 6 stycznia 2005 o mniejszościach narodowych i etnicznych oraz o języku regionalnym.

- 8) Długoletnia współpraca z firmą betoniarską „Drywa” Sierakowice pozwala nam kalkulować koszty wyrobu znaków granicznych i PD oraz ich transportu na miejsce pracy ze zniżką przy ilości hurtowej gdyż jesteśmy stałymi klientami od wielu lat.
- 9) Posiadany sprzęt pozwala nam na uniezależnienie się od wypożyczania go lub dzierżawy. Posiadany służbowy samochód osobowo - dostawczy pozwala na

13

przewiezienie 2 zespołów do pracy w terenie z całym sprzętem i znakami granicznymi zmniejszając znaczne ogólne koszty transportu. (...).

Zamawiający pismem z dnia 13 marca 2012 r. poinformował odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej za którą uznano ofertę MGGP oraz o odrzuceniu oferty konsorcjum. W treści uzasadnienia wskazał, że uznał wyjaśnienia złożone przez konsorcjum za niewystarczające. W jego ocenie „przywołane przez wykonawcę argumenty są bardzo ogólne i nie wyjaśniają, w sposób merytoryczny, rażąco niskiego elementu złożonej oferty. Wieloletnie doświadczenie, znajomość procedur związanych z realizacją zamówienia czy posiadanie na własność sprzętu niezbędnego do wykonania zamówienia, nie są czynnikami wyróżniającymi wyłącznie Konsorcjum firm: Zakład Usług Geodezyjno-Projektowych NADIR Sp. z o.o. oraz GEONET Tomasz Kowalski. Stwierdzenie, że 10 zł wynagrodzenia za pracę radcy prawnego/adwokata obejmuje jedynie koszty wysłania lub ewentualnego dowiezienia wypełnionego formularza KW-WPIS do Sądu Rejonowego w Kościerzynie, samo w sobie udowadnia, że oferent nie uwzględnił w zaoferowanej cenie wynagrodzenia za pracę prawnika. Nie można zaakceptować stwierdzenia, że wynagrodzenie za obsługę prawną zawarte jest w kosztach ogólnych -zaoferowana cena jednostkowa za dane zadanie powinna zawierać w sobie wszystkie koszty realizacji i nie może spełniać przesłanek rażąco niskiej ceny. Nie sposób ponadto się zgodzić ze stwierdzeniem, że realizacja zadania z poz. 6 Formularza Cenowego polegać będzie jedynie na wypełnieniu rubryk standardowego formularza. Wypełnienie formularza, który stanowi wniosek do Sądu musi zostać poprzedzone analizą dokumentów, zapisów treści KW, których wniosek dotyczy, w przypadku gruntów Skarbu Państwa oraz będących przedmiotem umów najmu lub dzierżawy - pozyskanie decyzji o ustanowieniu trwałego zarządu na rzecz GDDKiA, doprowadzenie do wypowiedzenia umów najmu lub dzierżawy na wywłaszczonych nieruchomościach. Wszystkie te czynności wymagają nakładu pracy prawnika, którego wynagrodzenie powinno zostać wliczone w cenę oferty w poz. nr 6”.

Z ustaleń Izby wynika również, że oferta konsorcjum w formularzu cenowym w poz. 2 (Etap 1) zawiera kwotę całkowitą 197.500 zł., natomiast poz. 6 (Etap 3) ww. formularza - 4.000 zł.

Na wstępie Izba stwierdza, że nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 Pzp.

14

Izba stwierdziła, że MGGP wypełnił wszystkie wymagania zawarte w art. 185 ust. 2 Pzp, w celu przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku odwołania wniesionego przez odwołującego. Tym samym Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia ww. wykonawcy do niniejszego postępowania odwoławczego.

Istotą sporu w rozpoznawanej kwestii jest odpowiedź na pytanie, czy czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego - jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia - należy uznać za prawidłową? Zdaniem Izby w rozpoznawanym przypadku należy udzielić odpowiedzi przeczącej.

Art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 90 ustawy:

1. Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.
2. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
3. 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.

Następnie, tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołań, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie. Mianowicie zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne. Ponadto powyższe skorelowane jest z ekonomiką

15

postępowania przed Izbą wynikającą z dyspozycji art. 189 ust. 1 Pzp określającego piętnastodniowy termin na rozpoznanie odwołania.

Izba wskazuje, że zakaz formułowania ceny rażąco niskiej wynika z art. 90 ustawy i jest wynikiem uzasadnionego podejrzenia ustawodawcy, iż wykonawca w celu uzyskania zamówienia proponuje cenę bardzo niską, która nie będzie gwarantowała wykonania zamówienia lub spowoduje jego wykonanie w nienależyty sposób, np. kosztem jakości czy też terminowości wykonania przedmiotu zamówienia. W takim przypadku dyspozycja art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Istotnym jest, że ustawodawca nie zdefiniował pojęcia „rażąco niska cena” oraz brak jest również jednoznacznego wskazania w dotychczasowym orzecznictwie kryteriów, jakie należy brać pod uwagę przy ocenie czy zachodzi okoliczność zaoferowania ceny rażąco niskiej. Zatem każdy przypadek należy oceniać indywidualnie, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy oraz specyfikę przedmiotu zamówienia. Jednak korzystając z ugruntowanego orzecznictwa i dorobku doktryny, należy uznać, że ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku.

Wskazać należy, że czynność odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia musi być poprzedzona przez zamawiającego wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Ustawodawca nie określił przesłanek jakie mają wskazywać na konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez niego w ofercie ceny. Każdorazowo zamawiający winien rozważyć czy zachodzą podstawy do żądania tychże wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po stronie zamawiającego dopiero wówczas, gdy zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska (wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07). Zgodnie z obowiązującym stanem prawnym to zamawiający samodzielnie decyduje, czy zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia w konkretnej sytuacji (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 333/08). Ocena, jakiej dokonuje zamawiający, a która może prowadzić do powzięcia przez zamawiającego wątpliwości, iż cena zawarta w ofercie jest ceną rażąco niską prowadzić powinna do wniosku, iż zaoferowana cena jest ceną, która rodzi po stronie wykonawcy ryzyko niewykonania zamówienia a po stronie zamawiającego ryzyko niezyskania danego dobra.

Dla uznania, że cena jest rażąco niska konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez

16

ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/UZP 1492/08 z 13 stycznia 2009 roku). Jednakże nie należy zapominać, iż zamawiający ogłaszając postępowanie chce osiągnąć cel tzn. realizację danego przedmiotu zamówienia za możliwie niskie wynagrodzenie, natomiast granica pomiędzy najniższą ceną zaoferowaną w postępowaniu, będącą efektem konkurencji pomiędzy podmiotami, a rażąco niską ceną jest nieostra dlatego zamawiający rozstrzygając czy ma do czynienia z rażąco niską ceną powinien mieć na uwadze w szczególności „rzeczywistą relację wartości świadczenia pieniężnego do wartości świadczenia niepieniężnego”. (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 sierpnia sygn. akt.: KIO 1515/10).

W zakresie rozkładu ciężaru dowodu w przedmiocie wykazania, że cena rażąco niska wystąpiła, tj. sposobu ustalenia i wykazania faktu jej wystąpienia, Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Izby z dnia 4 kwietnia 2012 r. o sygn. akt KIO 601/12, w którym stwierdzono: „(...) wskazać należy, iż w tym zakresie ogólne zasady rozkładu ciężaru dowodu wynikające z wyżej wskazanych przepisów ustawy i Kodeksu cywilnego nie doznają wyłączenia. Danych okoliczności dowodzić więc powinna strona, która je podnosi i na nie się powołuje a także strona, która wystąpienia danych faktów podnosi, a nie im przeczy (*Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*). Generalnie więc fakt wystąpienia ceny rażąco niskiej dla możliwości zastosowania dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp wykazać winien ten podmiot, który fakt wystąpienia ceny rażąco niskiej stwierdza i nań się powołuje. Przy czym jak najbardziej możliwe i powinno w takim przypadku jest przynajmniej zgrubne ustalenie realnej wartości rynkowej przedmiotu zamówienia, który zarówno zamawiający, jak i wykonawcy dokładnie znają, a zasadność takiego ustalenia cen/wartości zamówienia na danym poziomie winna być możliwa do udowodnienia. Sama deklaracja czy powołanie się na oszacowanie wartości zamówienia z należytą starannością dowodem takim nie jest. Należyta staranność jest pojęciem zasadniczo odrębnym od dobrej wiary i jej istnienia wcale nie należy domniemywać.

Na potwierdzenie powyższego powołać można wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07), gdzie Sąd stwierdził, iż w przypadku gdy brak jest „rażącego zaniżenia ceny” (rozumianego przez Izbę jako opisywane niżej powstanie domniemania), to w sporze z wykonawcą w przedmiocie wykazania charakteru obowiązują ogólne zasady dowodowe wynikające z art. 6 k.c.. Jak wprost stwierdził Sąd Okręgowy w Katowicach – teza, iż z art. 90 ust. 3 ustawy wynika obowiązek udowodnienia przez wykonawcę, że cena nie jest rażąco niska, jest niezasadne.

Ciężar ostatecznego dowodu w przedmiocie charakteru ceny w świetle powołanych regulacji art. 90 ustawy może ulec jednak odwróceniu, a przynajmniej bardziej

17

skomplikowanemu rozłożeniu. Dojść do tego może w przypadku powstania faktycznego domniemania wystąpienia w danych okolicznościach ceny rażąco niskiej (jakichkolwiek domniemań prawnych w tym zakresie w ustawie nie przewidziano). Nawet więc bez ostatecznego udowodnienia poziomu cen rynkowych i wykazania w ten sposób realnych cen ofertowych, będzie możliwe przyjęcie wystąpienia ceny rażąco niskiej w przypadku wystąpienia szeregu okoliczności pośrednio na nią wskazujących (podstaw domniemania), gdy jednocześnie wykonawca nie wykaże okoliczności przeciwnych lub przyznając fakt zaniżenia jego ceny w stosunku do realnej wartości przedmiotu zamówienia i cen rynkowych w tym zakresie – nie wykaże okoliczności, które pozwoliły mu swoją cenę obniżyć (np. okoliczności wskazanych w art. 90 ust. 2 Pzp). Przy czym również fakty stanowiące podstawę samego domniemania powinny wystąpić/zostać udowodnione, a przede wszystkim winny wystąpić w odpowiednim nagromadzeniu i wadze, aby wystąpienie domniemania uzasadnić. W szczególności podstawą takiego domniemania nie jest samo wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp niewsparte dodatkowymi, indywidualnie ocenianymi dla danego postępowania, występującymi w odpowiednim kontekście i nagromadzeniu, okolicznościami, np. takimi jak: porównanie cen ofertowych

złożonych w postępowaniu, otrzymaniem niewiarygodnych i lakonicznych wyjaśnień w tym zakresie, różnicami pomiędzy ceną oferowaną, a występującymi na rynku cenami za wykonanie zamówień takich samych czy podobnych, i przede wszystkim różnicami pomiędzy szacunkami wykonawcy, a nawet fragmentarycznymi informacjami o realnych rynkowych kosztach wykonania danych elementów zamówienia... etc.”

Odnosnie oceny wyjaśnień wskazanej w art. 90 ust. 3 Pzp zaznaczyć należy, iż jak wynika z literalnego brzmienia przepisu, dla odrzucenia oferty wymagane jest, aby z informacji zawartych w wyjaśnieniach wynikało potwierdzenie zaoferowania ceny rażąco niskiej – przepis nie referuje natomiast do braku wykazania przez wykonawcę, iż cena rażąco niska nie jest. Wyjaśnienia ogólnikowe lub lakoniczne nie będą więc wcale same w sobie bezpośrednim dowodem potwierdzającym, iż zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, jednakże mogą stać się jedną z podstaw domniemania w tym przedmiocie, uprawniającego do odrzucenia oferty z tej przyczyny. W szczególności zaznaczyć należy, iż samo zwrócenie się zamawiającego o złożenie tego typu wyjaśnień żadnego domniemania nie tworzy – stanowi tylko wyraz podjętych przez zamawiającego z jakichś względów wątpliwości (podejrzeń) i próbę ich wyjaśnienia na tej drodze. Przy przeciwniej konstatacji należałoby np. przyjąć, iż w przypadku zwrócenia się przez zamawiającego do najdroższego wykonawcy, którego cena, bez żadnego postępowania wyjaśniającego, wydaje się

18

horrendalnie zawyżona, również powstawałoby – contra factum – domniemanie faktyczne, że jego cena jest rażąco niska.

Ponadto, jak już wskazano idealnym i zupełnym wykazaniem powstania ceny rażąco niskiej jest wykazanie cen danego zakresu zamówienia obowiązujących na rynku. Zresztą wykazanie, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska, również może polegać na tym samym. Mianowicie, wykazanie, iż cena danej oferty jest ceną rynkową, powoduje, że nie ma dalszej potrzeby dowodzenia jakichkolwiek okoliczności wskazanych w art. 90 ust. 2 Pzp, uzasadniających jej obniżenie w stosunku do kosztów wykonania zamówienia i cen rynkowych w tym zakresie. Zastrzec przy tym należy, iż rynek i dyktowany przezeń poziom cen, w większości przypadków uznać można za ostateczną miarę realnej wartości wszelkich dóbr materialnych i dających się wycenić usług. Dowodzenie wystąpienia ceny rażąco niskiej w pierwszej kolejności winno więc polegać na wykazaniu zakresu wymaganych nakładów materiałowych czy pracy, a następnie ich rynkowych kosztów. W przypadku gdy powyższe nie jest w pełni możliwe należy powziąć i ustalić przynajmniej pewne okoliczności (i ich dowody) fragmentaryczne (np. w odniesieniu do zasadniczych, najbardziej kosztotwórczych części zamówienia) czy wskazujące na powyższe pośrednio, które ewentualnie umożliwiłyby przyjęcie stosownego domniemania faktycznego i ciężar udowodnienia rzeczywistych cen rynkowych lub możliwość obniżenia ceny ofertowej w stosunku do wymagań rynku, przerzuciłyby na wykonawcę, którego cena jest rozpatrywana.

Odnosząc powyższe do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, Izba oceniając całość materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie uznała, iż okoliczność wystąpienia ceny rażąco niskiej w niniejszym postępowaniu, w ofercie konsorcjum, nie tylko nie została przez odwołującego wykazana, ale również nie wykazano żadnych okoliczności, które pozwalałyby powyższe domniemać.

W pierwszej kolejności należy tu wskazać, iż porównanie ceny oferty odwołującego, wynoszącej 465 063,00 zł, z cenami ofert złożonych w postępowaniu i uśrednienie ich wartości (średnią cenę za przedmiot zamówienia wynosi ok. 601 412,89 zł) nie daje podstaw do przyjęcia, aby cena zaoferowana przez konsorcjum była rażąco niska, a to właśnie ceny ofertowe w składane w postępowaniach o udzielenie zamówienia mogą stanowić jeden ze znaczników cen rynkowych w danej branży. Cena zawarta w ofercie konsorcjum nie odbiega znacznie od pozostałych cen zawartych w ofertach złożonych w niniejszym postępowaniu, nie jest również najniższą ceną zaoferowaną w tym postępowaniu. Przede wszystkim wskazać należy, że ceny w czterech pierwszych spośród siedmiu złożonych ofert mieszczą się w podobnym przedziale cenowym (359 775,00 zł, 465 063,00 zł, 471 705,00 zł, 485

19

788,50 zł). Ceny w kolejnych dwóch ofertach również nie pozostają w rażącej dysproporcji w stosunku do podanych powyżej cen i wynoszą odpowiednio: 581 328,75 zł oraz 636 832,50 zł. Jedyną ceną, która jest co prawda najbardziej zbliżona do wartości szacunkowej, gdyż wynosi 1 209 397,50 zł, jednakże cena ta najbardziej odstaje od poziomu cen zawartych w ofertach w złożonych w niniejszym postępowaniu.

Z powyższej analizy wynika, że właśnie rozpiętość cen ofertowych złożonych w niniejszym postępowaniu i ich średnia cena znacznie odbiegająca od szacunkowej wartości zamówienia, obrazuje, iż dla przyjęcia powstania domniemania w przedmiocie wystąpienia ceny rażąco niskiej, nie jest w tym przypadku wystarczające odwołanie się do jakichkolwiek sztucznie przyjmowanych wielkości, jak np. szacunkowa wartość zamówienia i założony przez zamawiającego poziom cen, kwalifikujący je do przeprowadzenia procedur wyjaśniających. Izba nie dopatrzyła się więc wystarczających rzeczowych przesłanek do stwierdzenia powstania domniemania faktycznego o wystąpieniu w ofercie konsorcjum ceny rażąco niskiej.

Natomiast zamawiający na rozprawie nie przedłożył dowodów zmierzających do udowodnienia twierdzeń w przedmiocie rzeczywistej wartości zamówienia – przynajmniej we fragmentarycznym zakresie wystarczającym do przyjęcia domniemania wystąpienia cen rażąco niskiej u odwołującego.

Izba podkreśla, iż badaniu w zakresie kwestii rażąco niskiej ceny podlega cena oferty a nie poszczególne składniki tejże ceny, jest to pogląd ugruntowany w orzecznictwie od lat. Odnoszenie się do poszczególnych cen jednostkowych czy wyodrębnionych elementów nie wskazuje na cenę oferty. Konieczność odnoszenia się do ceny oferty wynika z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy jaki nakłada sankcję wykluczenia wykonawców, których oferty będą złożone z rażąco niską ceną. W związku z powyższym Izba zwraca uwagę, że podanie w formularzu cenowym niskich kosztów w zakresie czynności wymienionych w poz. 6 (Etap 3) nie oznacza, że wykonawca nie przewidział, nie ujął i nie wycenił w innej ofercie kosztów obsługi prawnej. Z treści wyjaśnień wynika wprost, że koszt ww. usług wykonawca ujął w kosztach części ogólnej. Podczas rozprawy odwołujący wyjaśniał, że zamawiający postanowieniami specyfikacji nie wymagał wyodrębnienia w formularzu cenowym „kosztów prawnika”. W związku z powyższym konsorcjum ujęło koszty z tym związane w poz. 2 (Etap 1), gdyż „lwia” część prac związanych z obsługą prawną jest wykonywana na tym etapie prac. Tym samym zasadnym było, w ocenie odwołującego, ujęcie kosztów czynności prawnika w tej pozycji. Dodatkowo odwołujący podkreślał, że w związku z tym, w zakresie poz. 2 Etapu 1, różnica w cenach pomiędzy ofertą odwołującego a przystępującego wynosi około 98 tysięcy złotych.

20

W ocenie Izby zbędne stało się ocenianie wyjaśnień odwołującego na okoliczność czy udowadniają realność cen i kalkulacji wykonawców w stopniu umożliwiającym obalenie domniemania wystąpienia ceny rażąco niskiej, skoro domniemanie takie nie wystąpiło. Należało więc je ocenić na okoliczność wykluczenia przypadków wskazanych w dyspozycji art. 90 ust. 3 Pzp. W tym kontekście stwierdzić należy, że same wyjaśnienia ww. wykonawcy odnosiły się do sposobu kalkulacji ceny czy podstaw jej dokonania i w tym znaczeniu nie mogą zostać uznane za niezłożone. Nie wynikały z nich również dane, które potwierdzałyby zaniżenie cen tam wskazanych. Tym samym wyjaśnienia te nie mogą zostać uznane, za potwierdzające – w myśl art. 90 ust. 3 ustawy – fakt, iż zaoferowano cenę rażąco niską.

W związku z powyższym sformułowane w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, art. 90 ust. 1, 2 i 3 Pzp, należało uznać za zasadne. Naruszenie ww. przepisów spowodowało naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, który stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Wobec powyższego Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty konsorcjum, dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt. 2, § 3, § 5 ust.

2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: