

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 grudnia 2010 r.

Sąd Okręgowy w Kielcach Wydział VII Gospodarczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Maria Bała (spr.)

Sędziowie: SSO Irena Szrajer-Dragan, SO Marek Skrobisz

Protokolant: st. sekr. sądowy Danuta Zawierta

po rozpoznaniu w dniu 10 grudnia 2010 r. w Kielcach na rozprawie

sprawy ze skargi Zamawiającego Wojewódzkiego Specjalistycznego Szpitala Dziecięcego im. Wł. Buszkowskiego w Kielcach

przeciwko Odwołującemu Wykonawcy: VAMED Standortentwicklung und Engineering GmbH & Co KG w Wiedniu (Austria)

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22.10.2010r., sygn. akt KIO/2209/10;

Oddala skargę i zasądza od Wojewódzkiego Specjalistycznego Szpitala Dziecięcego im. Wł. Buszkowskiego w Kielcach na rzecz VAMED Standortentwicklung und Engineering GmbH & Co KG w Wiedniu (Austria) kwotę 1.817 zł (jeden tysiąc osiemset siedemnaście złotych) tytułem kosztów postępowania.

Sygn.akt 146/10 „za”

Uzasadnienie

Zamawiający - Wojewódzki Specjalistyczny Szpital Dziecięcy im. Władysława Buszkowskiego w Kielcach w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania „Wykonanie dokumentacji projektowo kosztorysowej wielobranżowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego dla inwestycji pod nazwą budowa budynku szpitala pediatrycznego wraz z obiektami towarzyszącymi przy ul. Artwińskiego 3 w Kielcach” po dokonaniu wyboru ofert jako najkorzystniejszą wybrał ofertę Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

- Zespół Projektowo - Inwestycyjny KONTRA- PUNKT V Projekt Aleksander Mirek oraz
- Magdalena Kozeń - Woźniak, Marek Kozeń, Katarzyna Kozeń - Konecka prowadzący działalność gospodarczą pod wspólną nazwą KKM Kozeń Architekci.

Uwzględniając odwołanie wykonawcy VAMED Standortentwicklung und Engineering GmbH & Co KG z siedzibą w Wiedniu (Austria) Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 22.10.2010r. nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert. Obciążyła także zamawiającego kosztami postępowania w kwocie 15.000 zł.

Krajowa Izba Odwoławcza wykluczyła zaistnienie przesłanek odrzucenia odwołania wskazanych w art. 189 ust. 2 ustawy. Prawo zamówień publicznych wskazując, że nie jest nią nie przekazanie przez odwołującego zamawiającemu wraz z odwołaniem kopii dokumentów, które znajdowały się w dyspozycji zamawiającego a stanowiły dokumentację w sprawie udzielenia zamówienia.

Dokumentami, którymi nie dysponował zamawiający w chwili wnoszenia odwołania był dowód wniesienia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa i dowód wniesienia opłaty będące załącznikami w rozumieniu § 4 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22.03.2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznaniu odwołań nie składające się na merytoryczną treść odwołania. Stwierdziła także, że wypełniona została przesłanka interesu odwołującego Wykonawcy w uzyskaniu zamówienia określona w art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz, że Odwołujący mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Takiej ocenie spełnienia przesłanki interesu odwołującego nie stoi na przeszkodzie podnoszona przez Zamawiającego okoliczność, że cena zaoferowana przez Odwołującego Wykonawcę przewyższa kwotę jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Kwota, którą zamawiający zabezpieczył na sfinansowanie zamówienia stanowiła mniej niż jedną trzecią ustalonej wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia a przedstawione przez zamawiającego pismo odnosiło się jedynie do dofinansowania na rok 2010, nie stanowiło natomiast dowodu na okoliczność, że zamawiający nie zabezpieczył środków na rok 2011 i nie ma możliwości zwiększenia kwoty, którą zabezpieczył na realizację zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza uznała za uzasadniony zarzut Odwołującego, iż wybrany Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego określonego w SIWZ dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Wskazała, że w pkt VI.1.c w zw. z pkt V. 1.3. SIWZ Zamawiający wymagał, by osoby, które Wykonawca wskazał, jako mające uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadały uprawnienia budowlane co najmniej od 5 lat a ponadto legitymowały się odpowiednim, dookreślonym w pkt V 1. 3. SIWZ doświadczeniem w realizacji określonych prac. Wybrany oferent w złożonym wraz z ofertą wykazie osób jako mającego brać udział w realizacji zamówienia projektanta w branży drogowej wskazał Grzegorza Piechę. Ze złożonych zaś z tym wykazem dokumentów wynika, że Grzegorz Piecha nie posiada uprawnień budowlanych co najmniej od 5 lata.

Jednocześnie Izba uznała, że bez znaczenia dla oceny zasadności tego zarzutu pozostaje, iż już po wniesieniu odwołania wybrani Wykonawcy oświadczyli, iż dysponują inną osobą posiadającą uprawnienia budowlane co najmniej od 5 lat albowiem zgodnie z przepisem art. 26 ust 2 a ustawy PZP Wykonawca jest zobowiązany wykazać spełnianie warunków poprzez złożenie odpowiednich dokumentów wraz z ofertą.

Ich uzupełnienie jest możliwe tylko w procedurze przewidzianej art. 26 ust 3 ustawy nie ma natomiast w świetle zapisów ustawy możliwości uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu na etapie postępowania odwoławczego.

Za zasadny uznała też Izba zarzut Odwołującego, że wybrani Wykonawcy nie

przedstawili w dokumentach złożonych wraz z ofertą informacji na temat doświadczenia w realizacji określonych w SIWZ prac, którym to doświadczeniem miały się legitymować osoby mające brać udział w realizacji zamówienia.

Za niewystarczające uznała Izba wykazanie w innych dokumentach prac wykonanych przez wybranych Wykonawców oraz tego, że wskazane w wykazie osoby to pracownicy Wykonawców. Z zapisów SWIZ wynikał bowiem wymóg przedstawienia informacji o doświadczeniu osób, które były wskazywane jako mające udział w wykonaniu zamówienia.

Zdaniem Izby zestawienie treści złożonego przez wybranych Wykonawców oświadczenia oraz dokumentów potwierdzający fakt posiadania przez Grzegorza Piechę uprawnień budowlanych powinno było wzbudzić w Zamawiającym wątpliwości co do treści złożonych wraz z ofertą dokumentów i oświadczeń, co winno skutkować wezwaniem wybranych Wykonawców do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, tak by Zamawiający mógł zweryfikować treść dokumentów i oświadczeń.

Odnosząc się do podniesionego w odwołaniu zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wybranych Wykonawców jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia Izba wskazała przede wszystkim, iż w trakcie weryfikacji czy złożone oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny Zamawiający winien odwoływać się do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia a nie do kwoty, którą zamierzał przeznaczyć na realizację tego przedmiotu.

Ustaliła przy tym, opierając się na wyjaśnieniach Zamawiającego, treści protokołu postępowania i notatki występnego do zamówienia z dnia 27 maja 2010 r. znajdującej się w dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, że Zamawiający określił szacunkową wartość przedmiotu zamówienia na kwotę 5.000.000 zł. netto (po uwzględnieniu podatku VAT 6.100.000 zł.).

Odwołanie się zatem do kwoty 2000.000 zł. jako tej którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w sytuacji gdy stanowiła ona mniej niż третią część szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia Izba uznała za niezrozumiałe.

Prawidłowo jednak zdaniem Izby Odwoławczej Zamawiający uznał, że nawet przy tak zaniżonym progu odniesienia zaistniały okoliczności uzasadniające wszczęcie wobec wybranych Wykonawców postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ustawy PZP, Wybrani Wykonawcy jednak w złożonych wyjaśnieniach nie obalili domniemania, że ich oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Powołali się bowiem na takie okoliczności, na jakie powoływać się mógł każdy z wykonawców profesjonalnie działających na rynku.

W szczególności uznanie przez wybranych Wykonawców, że wyjątkowo szczegółowo opracowany opis przedmiotu zamówienia pozwoli im na skrócenie

czasu pracy nad wykonaniem tego przedmiotu była okolicznością jednakową dla wszystkich Wykonawców i nie mogła umożliwić jednemu zaoferowania ceny tak znacznie odbiegającej od cen pozostałych złożonych w postępowaniu ofert. Na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej skargę wniósł Zamawiający - Wojewódzki Specjalistyczny Szpital Dziecięcy im Władysława Buszkowskiego w Kielcach.

Zarzucił:

- naruszenie art. 180 ust 3 i 5 ustawy P Z P w związku z art. 4 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22.03.2010 r. w sprawie regulaminu

postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. Nr 4 poz. 280) poprzez zaniechanie odrzucenia odwołania mimo braku doręczenia przez odwołującego odwołania z załącznikami Zamawiającemu

- naruszenie art. 179 ust 1 ustawy PZP poprzez przyjęcie, że Odwołujący miał interes faktyczny i prawny w uzyskaniu zamówienia oraz, że może ponieść szkodę w związku z działaniem zamawiającego mimo że brak jest związku przyczynowego pomiędzy działaniem zamawiającego a szkodą Odwołującego. Skoro bowiem zamawiający w dacie otwarcia ofert miał jedynie zabezpieczenie w kwocie 2.000.000 zł. na 2010 r. a oferta była o 47,25 % od tej kwoty wyższa i o 2.011.462,51 zł. droższa od oferty najkorzystniejszej, to tym samym ta oferta nie była najkorzystniejsza.

- naruszenie art. 22 ust. 1 ustawy PZP poprzez pominięcie faktu, że wybrany Wykonawca odrębnie oświadczył, iż dysponując osobami zdolnymi do wykonania zamówienia a zamawiający w SIWZ przewidział możliwość zmiany osób zdolnych do wykonania zamówienia oraz poprzez pominięcie oświadczenia wykonawcy Konsorcjum „Kontrapunkt”, że posiada doświadczenie w podobnym zakresie jak przedmiot zamówienia.

- naruszenie art. 190 ust. 1 ustawy PZP poprzez pominięcie dowodów z wyjaśnień wykonawcy zawartych w piśmie z 1.09.2010 r., z wyliczeń wybranego Wykonawcy a nadto pominięcie okoliczności, że praca własnymi pracownikami jest tańsza aniżeli przy użyciu podwykonawców oraz pominięcie przy ocenie dowodów dowodu, że złożonego na rozprawie przystąpienia co miało istotny wpływ na wynik postępowania

- naruszenie art. 190 ust 1 ustawy PZP w związku z art. 6 kc poprzez przyjęcie, że to wykonawca ma udowodnić, że jego oferta nie jest rażąco niska.

Podważając pogląd Izby jakoby cena wybranych Wykonawców była rażąco niska Zamawiający podnosił, że Izba pominęła okoliczność, iż w dyspozycji Zamawiającego była usługa podobna w cenie i o podobnym zakresie - wielobranżowa dokumentacja projektowo - kosztorysowa dla nowych obiektów służby zdrowia pn. „Budowa bloków A B C z oddziałami dziecięcymi o kubaturze 89,400 m² i cenie 874.733 zł. za okres od 10.08.2007 r. do 30.09.2009 r.” co potwierdziło realność ceny zaproponowanej przez wybranego Wykonawcę.

Powołując się na powyższe zarzuty skarżący wniósł o uchylenie wyroku i oddalenie odwołania wniesionego przez Wykonawcę VAMED Standortentwicklung und Engineering GmbH & Co KG.

Wniósł nadto o nieobciążanie go kosztami postępowania.

Przeciwnik skargi VAMED Standortentwicklung und Engineering GmbH & Co KG wniósł o jej oddalenie i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania apelacyjnego według norm przepisanych.

Sąd Okręgowy rozpoznając skargę na mocy art. 198 a ust 2 ustawy PZP w zw. z art. 382 kpc zważył co następuje.

Sąd Okręgowy nie podziela stanowiska skarżącego, że odwołanie Wykonawcy VAMED Standortentwicklung und Engineering GmbH & Co KG winno być przez Krajową Izbę Odwoławczą odrzucone na podstawie art. 189 ust 2 pkt 2 i 7 ustawy PZP w związku z naruszeniem przez Odwołującego przepisów art. 180 ust 3 i 5 ustawy PZP w związku z art. 4 ust 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22.03.2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań / Dz.U 48 Z 2010 r. poz. 280). Skarżący przyznał bowiem, że odwołujący Wykonawca VAMED przesłał mu kopię odwołania w terminie określonym w art 180 ust 5 ustawy. Swoją zarzut opiera natomiast na tym, że przesłana została mu kopia odwołania bez załączników.

Sąd Okręgowy podziela jednakże w tym zakresie pogląd prezentowany przez Krajową Izbę iż nie stanowiło wypełnienia przesłanki określonej w art. 189 ust 2 pkt 7 w zw. z art. 180 ust 5 ustawy PZP nie przekazanie wraz z odwołaniem kopii dokumentów składających się na dokumentację postępowania w sprawie udzielenia zamówień będących w dyspozycji Zamawiającego.

Odnosząc się natomiast do podniesionej przez skarżącego okoliczności nie przekazania mu tych załączników odwołania, którymi nie dysponował a w szczególności dowodu uiszczenia wpisem od odwołania Sąd Okręgowy miał na uwadze, że wykładnia § 4 pkt 10 w zw. z art. 2 pkt 1 cytowanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22.03.2010r. z art. 180 ust 5 ustawy nie potwierdza trafności zarzutu skarżącego. Stosownie bowiem do treści art. 180 ust 5 odwołujący przysyła zamawiającemu kopię odwołania. Skoro zaś zgodnie z brzmieniem § 4 ust 1 pkt 1-10 cyt. rozporządzenia w skład odwołania wchodzi jedynie wykaz załączników zaś obligatoryjne załączniki do odwołania określa § 4 ust 2 rozporządzenia to tym samym nie ma podstaw, by uznać, że nie przesłanie kopii załączników oznacza naruszenie obowiązku wynikającego z art. 180 ust 5 ustawy. Sąd Okręgowy zauważa nadto, że orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wypracowało konsekwentną linię orzeczniczą, w myśl której przekazanie kopii odwołania obejmuje samo odwołanie, bez załączników (patrz post, z 1.04.2008 r. KIO/UZP 239/08, LEX 396175) .

Za niezasadny uznał też Sąd Okręgowy zarzut braku po stronie Wykonawcy wnoszącego odwołanie przesłanek materialnoprawnych określonych w art. 179 ust 1 ustawy PZP.

Sąd Okręgowy podziela ocenę Krajowej Izby Odwoławczej, że o braku interesu i braku możliwości poniesienia szkody odwołującego Wykonawcy nie może przesądzać wysokość posiadanych przez Zamawiającego w dacie otwarcia ofert środków na przedmiot zamówienia .

Kryterium weryfikacji zaistnienia przesłanek z art. 179 ust 1 nie może być bowiem oderwane od szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia.

Skoro zaś, jak trafnie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza skarżący nie przedstawił wystarczających dowodów, że nie będzie mógł zwiększyć kwoty przewidzianej na realizację zamówienia, a niewątpliwie wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia przewyższa kwotę posiadanych w dacie otwarcia ofert środków to tym samym zarzut braku interesu po stronie Wykonawcy, którego oferta uznana została za drugą w rankingu ofert uznać należy za nieuprawniony. Interes w uzyskaniu danego zamówienia powinien być bowiem rozumiany w sposób abstrakcyjny, jako potencjalna możliwość uzyskania zamówienia. Przesłanka szkody w rozumieniu art. 179 ust 1 ustawy PZP jest spełniona natomiast w przypadku samej tylko możliwości jej poniesienia w postaci utraconych korzyści jako prawdopodobnego następstwa naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy PZP.

Tak zatem zarzut naruszenia przez Krajową Izbę przepisów art. 179 ust.1 ustawy PZP Sąd Okręgowy uznał za niezasadny.

Oceniając zasadność zarzutów natury merytorycznej Sąd Okręgowy oparł się na ustaleniach poczynionych przez Krajową Izbę Odwoławczą uznając je za własne.

Zarzuty skarżącego naruszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą przepisu art. 190 ust 1 i 7 ustawy PZP uznał bowiem za bezzasadne. Wbrew bowiem tym zarzutom treść uzasadnienia KIO wskazuje bowiem, że organ orzekający dokonał oceny dowodu w postaci wyjaśnień wybranego Wykonawcy zawartych w piśmie z 1.09.2010 r. i tę ocenę Sąd Okręgowy podziela. Niezasadny jest również zarzut naruszenia wskazanego przepisu poprzez brak oceny „ przystąpienia” zgłoszonego na rozprawie przed KIO w dniu 20.10.2010 r. Zauważyć bowiem należy, że stosownie do treści art. 190 ust 1 ustawy PZP

strony i uczestnicy postępowania mogą aż do zamknięcia rozprawy przedstawiać dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej podczas gdy skarżący nie wnioskował o przeprowadzenie takiego dowodu jaki wskazuje formułując powyższy zarzut skargi.

Jakkolwiek zaś brzmienie art. 190 ust. 3 ustawy PZP nie wprowadza katalogu zamkniętego środków dowodowych wskazując jedynie, że dowodami są w szczególności dokumenty, zeznania świadków, opinie biegłych i przesłuchanie stron a skład Orzekający Izby może dopuścić dowód nie wskazany przez stronę (art. 190 ust 2 ustawy) to w świetle treści art. 185 ust 2 ustawy regulującego zbliżoną do interwencji ubocznej z kodeksu postępowania cywilnego instytucję „przystąpienia” do postępowania odwoławczego, brak jest podstaw do uznania by to przystąpienie stanowić miało środek dowodowy, który skład orzekający Izby miałby dopuścić z urzędu, w sytuacji gdy w następstwie niedopełnienia przez wykonawców formalnych przystąpień określonych w art. 185 ustawy przystępujący wykonawcy nie stali się uczestnikami postępowania odwoławczego (art. 185 ust 3 ustawy).

Skarżący upatruje naruszenia przez KIO art. 22 ust 1 ustawy PZP w pominięciu przez Izbę faktu, że wybrany Wykonawca odrębnie oświadczył, że dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, spełniającymi wymogi co do kwalifikacji określone w SIWZ podczas gdy Zamawiający przewidział w SIWZ możliwość zmiany osób zdolnych do wykonania zamówienia.

Zauważyć jednak należy, że to Zamawiający w pkt V 1. 3 SWIZ określając warunki dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wymagał, by projektanci branżowi, w tym specjalności drogowej posiadali uprawnienia budowlane bez ograniczeń co najmniej od 5 lat a cena tego warunku następować miała wg formuły spełnia - nie spełnia.

Jeżeli zaś zważyć na okoliczność, że stosownie do treści art. 26 ust 2 a wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składaniu ofert spełnianie warunków określonych w art. 22 ust 1 czyli między innymi co do dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia a uzupełnienie tych dokumentów możliwe jest tylko w formule określonej w art. 26 ust 3 to trafia jest ocena KIO, że uzupełnienie warunków udziału w postępowaniu na etapie postępowania odwoławczego nie jest możliwe.

Zarzut Zamawiającego jakoby SIWZ przewidywała możliwość zmiany osób zdolnych do wykonania zamówienia, w świetle treści art. 26 ustawy nie może odnieść skutku.

Wykładnia dokonana przez zamawiającego pozostaje w sprzeczności z tym przepisem i oznaczałoby, że zamawiający, który określił w SWIZ warunki nie miałyby możliwości uzyskania informacji co do kwalifikacji osób biorących udział w realizacji zamówienia na etapie oceny ofert.

Zamawiający powołując się na zapis w załączniku 4 do SIWZ przewidujący zmianę osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia pominął zamieszczony tam zapis wskazujący, że taka zamiana może nastąpić z własnej inicjatywy wykonawcy w sytuacji gdy zmiana tych osób stanie się konieczna z jakichkolwiek przyczyn niezależnych od wykonawcy.

W ocenie Sądu niespełnienie określonego w SIWZ warunku posiadania uprawnień budowlanych przez co najmniej 5 lat dla projektanta branżowego nie może być uznane za przyczynę niezależną od wykonawcy.

Także zarzut skargi naruszenia wskazanego art. 22 ust 1 PZP poprzez pominięcie oświadczenia wybranego Wykonawcy, że posiada doświadczenie w podobnym zakresie przedmiotu zamówienia jest niezasadny jeżeli zważyć, że

zamawiający w pkt VI 1 c określił wśród wymogów, jakie warunki mają spełnić osoby, które wykonawca wskazuje jako mające uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia również zakres wykonywanych przez nich czynności (zał Nr 4 do SIWZ).

Niewątpliwie zaś wybrany Wykonawca w wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji nie zamieścił informacji na temat zakresu wykonywanych przez te osoby czynności.

W ocenie Sądu Okręgowego, gdy niezależnie od cyt. zapisu pkt VI 1 c w zw. z pkt V 3 Zamawiający wśród warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków określił wymogi posiadania wiedzy i doświadczenia przez wykonawcę ubiegającego się o zamówienie (pkt V 1,2 w zw. z pkt VI 1 b SIWZ) to ocena dokonana przez KIO, iż informacja o pracach wykonanych przez wybranego Wykonawcę czy jednego z uczestników konsorcjum nie jest tożsama z informacją o doświadczeniu osób, które były wykazywane jako mające brać udział w wykonaniu zamówienia jest trafna. Zamawiający zarzucił także, że KIO naruszyła w swoim wyroku przepis art. 6 kc w zw. z art. 190 ust 1 ustawy PZP przyjmując w sposób nieuprawniony, że to wykonawca ma udowodnić, że jego oferta jest rażąco niska.

Kwestionował także ocenę komisji jakoby cena wybranego wykonawcy była rażąco niska.

Te zarzuty są bezzasadne.

Podnosząc zarzut naruszenia przez KIO zasady rozłożenia ciężaru dowodu Zamawiający twierdzi, że w sprawie nie było żadnych przesłanek uzasadniających powzięcie jakichkolwiek wątpliwości co do zdolności wykonania przedmiotu zamówienia przez wybranego wykonawcę za zaproponowaną cenę.

Pozostaje to jednak w sprzeczności z działaniami tegoż Zamawiającego poprzedzającymi wybór najkorzystniejszej oferty.

Pismem z dnia 1.09.2010 r L. dz. 7209/10 Zamawiający powołując się na art. 90 ust 1 ustawy PZP zwrócił się do Wykonawcy wiodącego w konsorcjum o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wskazując w treści pisma, że cena z tej oferty wywołuje wątpliwości Zamawiającego jako, że odbiega znacząco od ceny zaoferowanej przez innego wykonawcę i istnieje podejrzenie, że oferta zawiera cenę rażąco niską.

Kryterium, na jakie powołał się zamawiający w tym piśmie - porównanie ceny z tej oferty z ceną z innej oferty uznać należy za prawidłowe w przeciwieństwie do kryteriów wskazywanych w uzasadnieniu skargi (odwołanie się do wartości wykonanej usługi przywołanej przez jednego z oferentów celem wykazania własnego doświadczenia).

Skoro zaś zamawiający występując z tym zapytaniem zastosował procedurę przewidzianą w art. 90 ust. 1 ustawy PZP to, jak trafnie wskazała Izba w uzasadnieniu swego wyroku stworzyło to domniemanie, że oferta zawiera rażąco niską cenę i stosownie do zasad rozłożenia ciężaru dowodu to na Wykonawcy spoczywał obowiązek dowodowy obalenia tego domniemania poprzez złożenie szczegółowego wyjaśnienia powodów zaproponowania tak niskiej ceny.

Zauważyć przy tym należy, że ustawodawca w art. 90 ust 1 ustawy PZP wprowadził pojęcie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia a zatem trafny jest pogląd Izby, że nieuprawnionym jest odwołanie się przez zamawiającego w trakcie weryfikacji czy złożone oferty nie zawierają rażąco

niskiej ceny nie do szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia a do kwoty, którą zamierzał przeznaczyć w 2010 r. na przedmiot zamówienia.

Wykonawca składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny oferty powinien racjonalnie wykazać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny i w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na to obniżenie cen.

Zamawiający oceniając natomiast merytorycznie złożone wyjaśnienia wykonawcy winien uwzględnić czynniki i uwarunkowania o obiektywnym charakterze wpływające na ukształtowanie ceny. W przedmiotowym przypadku natomiast, jak trafnie wskazała Izba Odwoławcza wybrany Wykonawca powołał się na czynniki, które odnosząc się do wszystkich wykonawców profesjonalnie działających na rynku - na to, że dokumentacja będzie wykonana na podstawie opracowanej już koncepcji, co pozwoli na skrócenie czasu prac projektowych. Z tej koncepcji jednak mogli korzystać wszyscy wykonawcy.

Druga z powoływanych w wyjaśnieniu okoliczności także nie może być uznana za wystarczającą. Wykonawca podniósł bowiem, że rzeczywiste koszty jego zespołu są niższe niż w innych jednostkach projektowych, bo dysponują wysoko wykwalifikowaną kadrą projektową, doświadczeniem w realizacji tego typu obiektów i najnowocześniejszymi systemami komputerowego wspomaganie projektowego. Wyjaśnienia te jako zbyt ogólne, nie pozwalają na zweryfikowanie czy cena z oferty jest rzetelna. Także twierdzenie zamawiającego, że wyjaśnienia te oceniał w oparciu o rozeznanie rynku jest gołosłowne i nie przekonywujące.

W tym stanie rzeczy i gdy dla oceny, czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną winno się porównywać cenę zaproponowaną przez wykonawcę z wartością szacunkową zamówienia, zarzut jakoby KIO w sposób niezasadny przyjęła, że nie zostało wykazane, iż cena jest rażąco niska jest nieuprawniony.

Mając na uwadze przytoczone okoliczności Sąd Okręgowy na mocy art. 198 fust 2 ustawy PZP oddalił skargę.

Orzekając o kosztach postępowania stosownie do treści art. 198 fust 5 ustawy stosownie do jego wyniku Sąd miał na uwadze treść art. 108 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych stanowiący, że zwolnienie od kosztów sądowych nie zwalnia strony od obowiązku zwrotu kosztów procesu przeciwnikowi.

Miał przy tym na uwadze, że zgodnie z przyjętymi kierunkami orzecznictwa sama sytuacja ekonomiczna strony przegrywającej nie stanowi podstawy do zwolnienia jej na podstawie art. 102 kpc od obowiązku zwrotu kosztów przeciwnikowi.

SSO Marek Skrobisz, SSO Maria Bala

SS, O Irena Szrajer-Dragan