

Sygn. akt: KIO 216/14

WYROK
z dnia 19 lutego 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lutego 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 lutego 2014 r. przez wykonawcę **M..... M.....**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „**Geodezja**” **M..... M..... w Wałbrzychu**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Jelenia Góra** z siedzibą w **Jeleniej Górze**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **M..... M.....**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „**Geodezja**” **M..... M..... w Wałbrzychu** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **M..... M.....**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „**Geodezja**” **M..... M..... w Wałbrzychu** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **M..... M.....**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „**Geodezja**” **M..... M..... w Wałbrzychu** na rzecz **Miasta Jelenia Góra** z siedzibą w **Jeleniej Górze** kwotę **4.367 zł 26 gr** (słownie: czterech tysięcy trzystu sześćdziesięciu siedmiu złotych dwudziestu sześciu groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz stawiennictwa na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 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 **Jeleniej Górze**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Jelenia Góra - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „wykonanie prac geodezyjnych dla Miasta Jelenia Góra w latach 2014 – 2015 r.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10 stycznia 2014 r., poz. 11888.

W dniu 3 lutego 2014 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę M..... M....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Geodezja” M..... M..... w Wałbrzychu, zwanego dalej „odwołującym”, o odrzuceniu złożonej przez niego oferty w zakresie części I i II zamówienia.

Wobec czynności odrzucenia złożonej przez siebie oferty odwołujący wniósł w dniu 7 lutego 2014 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 3 i pkt 4 ustawy Pzp poprzez niezasadne przyjęcie, że zaoferowana przez odwołującego cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
- 2) art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę oferty i wyjaśnień udzielonych przez odwołującego,
- 3) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Usługi Geodezyjne „GEOMETR” A..... O..... na część I zamówienia oraz wykonawcę Usługi Geodezyjno-Kartograficzne J..... J..... i Usługi Geodezyjne „GEOMETR” A..... O..... na część II zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty oraz dokonania powtórnej oceny ofert i wyboru jako najkorzystniejszej jego oferty.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że nie zgadza się z rozstrzygnięciem zamawiającego, który uznał, że cena jednostkowa za czynność „poz. 2. Podział za każdą następną działkę powyżej 2 działek” jest nierealistyczna, nie można za nią wykonać

zamówienia w sposób należyty i wskazuje na zamiar realizowania zamówienia poniżej kosztów własnych, nie pozwala na wygenerowanie przez niego zysku. Odwołujący wywiódł, że podstawą wycięcia ceny za czynność „podział za każdą następną działkę powyżej 2 działek” jest fakt, że jest ona nierozzerwalnie związana z czynnością „podział na dwie pierwsze działki”. Zamawiający nie ma możliwości zlecenia zadania „podział na kolejną działkę”, bez zrealizowania uprzednio podziału na dwie pierwsze działki, ponieważ zadanie polegające na podziale na kolejną działkę, nie może zostać wykonane bez dokonania podziału na dwie pierwsze działki. Argumentował, że przy ocenie, czy mamy do czynienia z „rażąco niską ceną” należy brać pod uwagę cenę całkowitą oferty, a nie ceny za poszczególne elementy oferty.

Odwołujący nie zgodził się ponadto ze stanowiskiem zamawiającego, jakoby dopuścił się manipulowania cenami. Uważał, że wydzielenie kolejnej działki nie generuje dla wykonawcy istotnych kosztów, a jako działanie poniekąd następcze dla podziału na dwie działki, przy prawidłowym rozplanowaniu pracy może zostać wykonane bez ponoszenia dodatkowych nakładów zarówno czasowych jak i finansowych.

W końcowej części odwołania odwołujący wywiódł, że skoro zamawiający nie potrafił przewidzieć skutków zastosowanych przez siebie kryteriów oceny ofert lub też jego tok rozumowania był zgoła inny niż wykonawcy to nie może skutków swoich błędnych założeń, innych od zamierzonych i zaplanowanych przenosić na wykonawcę. Wykonawca bowiem nie musi zgadywać i dostosowywać się do toku rozumowania zamawiającego. Zamawiający winien tak opisać kryteria, aby nie budziły najmniejszych wątpliwości uczestników postępowania.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę złożoną przez odwołującego, wezwanie zamawiającego z 21.01.2014 r. skierowane do odwołującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, odpowiedź odwołującego na ww. wezwanie, wezwanie zamawiającego z 23.01.2014 r. skierowane do odwołującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, odpowiedź odwołującego na ww. wezwanie, pismo zamawiającego o rozstrzygnięciu postępowania kierowane do odwołującego z 3 lutego 2014 r. wraz z uzasadnieniem faktycznym i prawnym odrzucenia oferty odwołującego, odwołanie, odpowiedź na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron

złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie rozstrzygnięcia wyniku postępowania, odrzucenie oferty wykonawcy, w sytuacji gdy oferta wybrana przez zamawiającego, na podstawie kryteriów oceny ofert, jest ofertą od niej mniej korzystną prowadzi do powstania szkody po stronie odwołującego w postaci poniesionych kosztów związanych z przygotowaniem oferty i udziałem w postępowaniu, a także utratą korzyści, z jakimi wiązało się uzyskanie zamówienia. Ustalenie, iż zamawiający odrzucił ofertę z naruszeniem przepisów ustawy, prowadziłoby do nakazania unieważnienia czynności odrzucenia i tym samym oferta odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania stwierdziła, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na sukcesywnym podziale działek wraz z informacją o sposobie użytkowania dzielonych działek oraz wznowieniu granic i rozgraniczeń nieruchomości, aktualizacji mapy ewidencyjnej i zasadniczej (uwidocznienie brakujących budynków, usunięcie wyburzonych budynków wraz z aktualizacją użytków), połączenie działek w obszarze miasta Jelenia Góra. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty jest w Tomie III Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (pkt 4.1. SIWZ).

Ustalono również, że zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, zgodnie z opisem określonym w opisie przedmiotu zamówienia.

W tomie III SIWZ uszczegółowiono, że przedmiot zamówienia obejmuje trzy (3) części polegające na sukcesywnym podziale działek wraz z informacją o sposobie użytkowania dzielonych działek na terenie miasta Jelenia Góra, w tym:

- 1) część nr I - Obręby; Cieplice-I, Cieplice-II, Cieplice-III, Cieplice-IV, Cieplice-V, Cieplice-VI Cieplice-VII, Cieplice-VIII, Cieplice-IX, Cieplice-X, Cieplice-XI, Sobieszów-I, Sobieszów-II, Jagniątków, Goduszyn-I, Czarne-I, Czarne-II. Zamawiający w okresie obowiązywania umowy zamierza zlecić opracowanie ok. 50 projektów podziałów w tym ok. 30 podziałów na większą ilość niż dwie działki.
- 2) część nr II – Obręby; Jelenia Góra 1, Jelenia Góra 2, Jelenia Góra 3, Jelenia Góra 4, Jelenia Góra 5, 23NE, 24, 27, 28NE, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 40, 41, 42, 43, 44, 60, Maciejowa-I, Maciejowa-II, Maciejowa-III. Zamawiający w okresie obowiązywania umowy zamierza zlecić opracowanie ok. 70 projektów podziałów w tym ok. 30 podziałów na większą ilość niż dwie działki.

Zamawiający wskazał w pkt 18 SIWZ, że *Wykonawca zobowiązany jest do podania dla poszczególnych części zamówienia ryczałtowych cen jednostkowych za wykonie usług w zakresie opracowania i wykonania podziałów dla części I i II oraz wznowień i/lub rozgraniczeń dla części III. Podana w ofercie cena jednostkowa (łącznie z podatkiem od towarów i usług VAT) musi być wyrażona w PLN i podana z dokładnością do dwóch (2) miejsc po przecinku. Cena jednostkowa musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ (określone w Tomie III SIWZ – szczegółowy opis przedmiotu zamówienia) oraz obejmować wszelkie koszty, jakie doświadczony Wykonawca powinien przewidzieć do poniesienia z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia.*

W pkt 19.2 zostały opisane kryteria, którymi zamawiający będzie się kierował przy ocenie ofert w części I i II zamówienia. Wskazano, iż *oferty zostaną ocenione przez zamawiającego w oparciu o wagi procentowe w jedynym kryterium cena za każdy z wyszczególnionych poniżej elementów dla części I i II:*

1. *Podział na pierwsze dwie działki 60 %*
2. *Podział za każdą następną działkę powyżej 2 działek 40 %*

Zamawiający opisał wzór

$$P_C = \left(\frac{a_{no1}}{a_{nk1}} * 100 \right) x 60\% + \left(\frac{a_{no2}}{a_{nk2}} * 100 \right) x 40\%$$

gdzie:

Pc - ilość punktów otrzymana

*ano od Lp1 do Lp 2 – najniższa cena jednostkowa (brutto) ze wszystkich ważnych ofert,
ank od Lp1 do Lp2 – cena jednostkowa (brutto) badanej oferty.*

W postanowieniach wzoru umowy (tom II SIWZ) w §4 ust. 1, przesądzono, że *Z tytułu świadczenia usług określonych w § 1 niniejszej umowy Wykonawcy przysługują ryczałtowe ceny jednostkowe w wysokości:*

Dla części I i II

a) Podział pierwszych dwóch działek:

Ryczałtowa cena jednostkowa PLN brutto

(słownie złotych:) w tym obowiązujący podatek VAT.

b) Podział za każdą następną działkę powyżej 2 działek:

Ryczałtowa cena jednostkowa PLN brutto

(słownie złotych:) w tym obowiązujący podatek VAT.

Ustalono również, że *rozliczenie za realizację przedmiotu umowy następować będzie na podstawie faktur lub rachunków wystawianych sukcesywnie za faktycznie dostarczone, sprawdzone co do jakości i odebrane protokołem zdawczo-odbiorczym prace wskazane w przedmiocie umowy w oparciu o ceny jednostkowe brutto (§ 5 ust. 1 wzoru umowy).*

Na sfinansowanie zamówienia zamawiający przeznaczył:

- 1) dla części 1 zamówienia kwotę 110.000,00 zł brutto,
- 2) dla części 2 zamówienia kwotę 130.000 zł brutto (pkt 8 protokołu postępowania).

Do upływu terminu składania ofert, oferty złożyło:

- 1) w części I - 5 wykonawców,
- 2) w części II – 3 wykonawców.

Wykonawcy zaproponowali następujące jednostkowe ceny ryczałtowe:

Część I

Lp.	Opis przedmiotu	Oferta nr 1 usługi geodezyjne „Geometr” A..... O.....	Oferta nr 3 Odwołujący	Oferta nr 4 Azymut Z..... K.....	Oferta nr 5 Geoida K..... K.....- D.....	Oferta nr 6 Geostol s.c.

1.	Podział na dwie pierwsze działki	1300,00 zł	2458,77 zł	1695,00 zł	369,00 zł	1722,00 zł
2.	Podział za każdą następną działkę powyżej 2 działek	150,00 zł	1,00 zł	195,00 zł	3690,00 zł	184,50 zł

Część II

Lp.	Opis przedmiotu	Oferta nr 2 Usługi Geodezyjno-Kartograficzne J..... J..... i „Geometr A..... O.....	Oferta nr 3 Odwołujący	Oferta nr 4 Azymut Z..... K.....
1.	Podział na dwie pierwsze działki	1600,00 zł	2458,77 zł	1695,00 zł
2.	Podział za każdą następną działkę powyżej 2 działek	150,00 zł	1,00 zł	195,00 zł

Pismem z dnia 21 stycznia 2014 r., zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał odwołującego do udzielenia wyjaśnień mających na celu ustalenie czy oferta złożona w postępowaniu zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający wskazał, że odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia dla części I i II poz. 2 „podział za każdą następną działkę powyżej 2 działek” za ryczałtowe ceny jednostkowe w wysokości 1 zł. Zamawiający wywiódł, że ceny są znacznie zaniżone w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia w zakresie tych części oraz do cen oferowanych przez innych wykonawców. Wobec powyższego zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie sposobu wyliczenia ryczałtowych cen jednostkowych w zakresie części I i II dla poz. 2 oraz wyjaśnienie czy zaoferowane ceny nie stanowią czynu nieuczciwej konkurencji, które spowodują utrudnienia innym wykonawcom w dostępie do rynku, a także będą miały na celu wymuszenie na zamawiającym wybór tego wykonawcy.

W odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący przesłał pismo, w którym argumentował, że pozycja 2 w zakresie części I i II (tj. podział za każdą następną działkę powyżej dwóch działek) nie może wystąpić bez pozycji 1 (podział na dwie pierwsze działki). Minimalna wartość faktury wynosiła będzie 2458,77 zł brutto. Wskazał, że powyższe wyklucza nieopłacalność zlecenia. Argumentował, że pracochłonność jak i koszty wydzielone każdej

następnej działki powyżej 2 działek ocenił jako znikome. Kosztowne i pracochłonne czynności wykonywane podczas podziału działki nie zależą od ilości wydzielanych działek. Kosztowne i pracochłonne są takie czynności jako dojazd, przyjęcie granic dzielonej działki, pomiar uzupełniający i kontrolny, badanie ksiąg. wieczystych.

Pismem z dnia 23 stycznia 2014 r. zamawiający poinformował odwołującego, że udzielone wyjaśnienia nie odnoszą się do okoliczności, o których mowa w treści art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający ponowił zatem prośbę o przedstawienie sposobu kalkulowania ceny za podział za każdą następną działkę powyżej dwóch działek przy uwzględnieniu kosztów realizacji usługi w przedmiotowym zakresie, w tym np. Jednostek nakładu pracy, wizyty w terenie chociażby w celu „markowania punktów” i innych.

W odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył pismo, w którym ponownie wskazał, że zadanie – podział na kolejne działki – jest skutkowo nierozzerwalnie związane z podziałem na dwie pierwsze działki i jako samoistne zlecenie nie może zostać zadane ani wykonane. Przedstawił sposób kalkulowania ceny za podział działki z uwzględnieniem wydzielania każdej następnej działki powyżej 2 działek w formie tabelarycznej. Wskazał, że takie czynności jako dojazd, przyjęcie granic dzielonej działki, badanie księgi wieczystej nie zależą od ilości wydzielanych działek. Z kolei w przypadku czynności tj. pomiar uzupełniający i kontrolny, ilość wydzielanych działek na nieistotny wpływ na czas prac terenowych. Z kolei w przypadku czynności posądzania projektu podziału działki, kompletowania operatu geodezyjnego, zamarkowania w terenie nowych punktów granicznych, uzupełnienia map znajdujących się w MODGiK odwołujący wskazał, że koszt jest znikomy bądź „ciężki do określenia”.

Pismem z dnia 3 lutego 2014 r. zawiadomił odwołującego, o odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego w części I i II na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia zamawiający wskazał m.in. zaoferowana przez odwołującego dla części I i II ryczałtowa cena jednostkowa w wysokości 1 zł jest znacznie zaniżona w stosunku do cen oferowanych przez innych wykonawców (średnia cen pozostałych wykonawców wynosi 167,00 zł po odrzuceniu zawyżonej w wyniku manipulacji ceny oferty nr 5). Cena zaoferowana przez wykonawcę jest nierealistyczna i nie można za nią wykonać zamówienia w sposób należyty. Cena ta wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej własnych kosztów wykonawcy. Ponadto zamawiający wywiódł, że cena ryczałtowa stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w stosunku do innych wykonawców, które spowodowały utrudnienie innym wykonawcom dostępu do rynku. Zamawiający wywiódł, że treść wyjaśnień prowadzi do wniosku, że wykonawca dokonał powiązanej – łącznej kalkulacji ceny poz. 1 i 2, a następnie podziału w kontekście ustalonych kryteriów. W ten sposób manipulował ceną zapewniając sobie uzyskanie maksymalnej liczby punktów w jednym z

kryteriów. Zamawiający żądał wskazania ceny rzeczywistej za wykonany zakres usługi odrębnie dla czynności wynikających z poz. 1 oraz odrębnie za czynności w poz. 2.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba oddaliła odwołanie, gdyż zarzuty nie potwierdziły się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym sprawy.

Na wstępie podkreślenia wymaga, że Izba potwierdza artykułowane w dotychczasowym orzecznictwie i wciąż aktualne stanowisko, że co do zasady pojęcie ceny rażąco niskiej należy odnosić do całości przedmiotu zamówienia. Jednocześnie jednak należy również uznać za prawidłowe dotychczasowe stanowisko, iż w uzasadnionych przypadkach obowiązek badania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy poszczególnych cen jednostkowych czy też elementów, które służyć będą do ustalenia ceny, jeżeli jest to uzasadnione określonymi w SIWZ kryteriami oceny ofert, specyfiką przedmiotu zamówienia czy też ukształtowanego sposobu wynagradzania wykonawcy. Podkreślenia wymaga, że pojęcie ceny, o którym mowa w art. 90 ustawy Pzp należy odnosić do okoliczności danego przypadku. Przykładowo, w świetle art. 536 KC cenę można określić poprzez wskazanie podstaw do jej ustalenia. Taki charakter ma również np. każda oferta posługująca się obmiarowym ustalaniem ceny, gdzie mamy do czynienia z szacowaną ilością jednostek i proponowaną przez wykonawcę ceną za 1 jednostkę. Konkretyzacja ceny następuje dopiero po ustaleniu faktycznie zrealizowanej liczby jednostek.

Izba wskazuje, że wypracowany w orzecznictwie pogląd, iż pojęcie ceny rażąco niskiej odnosi się do ceny całkowitej brutto wywodzi się stąd, że jeżeli kryterium oceny ofert jest cena całkowita brutto, to co do zasady, istotnym jest wynik dokonanej wyceny, a nie jej sposób. Niektóre elementy składające się na cenę mogą być wycenione drożej, a inne taniej, albowiem i tak zamawiający wybiera ofertę najtańszą, kierując się jednolitym kryterium cena. W tej sytuacji, to co dzieje się „wewnątrz” ceny, nie ma znaczenia. Jednakże taka argumentacja, w sposób oczywisty, nie znajduje zastosowania w stanie faktycznym niniejszej sprawy. Jak wynika z ustalonego przez Izbę stanu faktycznego, zamawiający przewidział bowiem w SIWZ w sposób wyraźny, że kryterium oceny ofert nie będzie cena całkowita brutto. Zamawiający przewidział bowiem dwa kryteria oceny ofert odnoszące się do ceny: z wagą 60 % za usługę podziału na pierwsze dwie działki oraz z wagą 40% za usługę podziału za każdą następną działkę powyżej dwóch działek. W tej sytuacji oczywistym jest, że każda z dwóch ryczałtowych cen jednostkowych musiała być obliczona w sposób rynkowy. Podkreślenia wymaga to, że oczekiwaniem zamawiającego było to, aby wykonawcy skalkulowali i obliczyli odrębnie dwie ryczałtowe ceny jednostkowe. Po pierwsze, zamawiający posłużył się sformułowaniem „cen ryczałtowych”, co nakładało obowiązek

należytego, rzetelnego ich skalkulowania, w szczególności z uwzględnieniem wszystkich kosztów, jakie wykonawca obowiązany będzie ponieść w celu realizacji poszczególnych usług. Na obowiązek ten zamawiający zwrócił uwagę w SIWZ. W pkt 18 SIWZ wyraźnie wskazano, że oferowane przez wykonawcę ryczałtowe ceny jednostkowe muszą obejmować wszelkie koszty, jakie wykonawca obowiązany jest ponieść z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia. Niedopuszczalne było zatem powoływanie się na możliwość pokrywania niedoborów w cenie ryczałtowej za jedną usługę nadwyżkami w obrębie ceny za drugą usługę.

Odwołujący za usługi podziału za każdą następną działkę powyżej 2 działek zaoferował cenę w wysokości 1 zł, która to cena odbiegała w sposób znaczący od średniej cen zaoferowanych przez innych wykonawców (ok. 167 zł). Zatem zamawiający słusznie postąpił kierując do odwołującego wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Celem instytucji z art. 90 ustawy Pzp jest zbadanie, czy niska cena jaką proponuje wykonawca nie grozi niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia. Jednocześnie za prawidłowe należało uznać stanowisko zamawiającego, który w trybie tym badał jednostkową cenę ryczałtową z pozycji 2, stanowiącej odrębne kryterium oceny ofert w oderwaniu od ceny z pozycji 1. Cenę, choćby w myśl art. 536 KC, można wszak określić poprzez wskazanie podstaw do jej obliczenia. I tak też się stało w analizowanej sprawie. Zamawiający, na zasadzie swobody umów wynikającej z art. 353¹ KC, przewidział, iż wynagrodzenie wykonawcy obliczane będzie każdorazowo poprzez przemnożenie jednostkowej ceny ryczałtowej przez ilość usług. Badanie ceny w takich przypadku musi odnosić się do analizowania poprawności podstaw do jej wyliczenia (por. wyrok KIO z 26 września 2012 r. sygn. akt KIO 1934/12). W tym przypadku zatem badanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp musiało odnosić się do poszczególnych ryczałtowych cen jednostkowych.

W ocenie Izby zamawiający prawidłowo ocenił, że przywołane przez odwołującego w wyjaśnieniach okoliczności nie dowodzą, iż możliwym jest wykonanie czynności składających się na podział za każdą następną działkę powyżej 2 działek za cenę na poziomie 1 zł. Sprzeczne z zasadami doświadczenia życiowego byłoby przyjęcie, iż możliwym jest wykonanie działań składających się na tę usługę takich jak: pomiar uzupełniający i kontrolny, sporządzenie projektu podziału działki, kompletowanie operatu, zamarkowanie w terenie nowych punktów granicznych czy uzupełnienie map praktycznie za darmo. Co więcej, oszacowana cena ryczałtowa nie uwzględniała nawet obligatoryjnych kosztów, jakie wykonawca obowiązany będzie ponieść z tytułu opłat za czynności geodezyjne kartograficzne, o których mowa w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z 19 lutego 2004 r. w sprawie wysokości opłat na czynności geodezyjne i kartograficzne (Dz. U. Nr 37, poz. 333). Z tabeli nr 1, stanowiącej załącznik nr 1 do tego rozporządzenia wynika, że za czynności z zakresu podziału działki do trzech działek nalicza się opłatę w wysokości

90,00 zł, za każdy podział powyżej trzech działek opłata wynosi dodatkowo 15,00 zł za każdą działkę powyżej trzech, zaś w przypadku podziału na większą liczbę działek tj. powyżej dziesięciu, istnieje konieczność uiszczenia opłat w wysokości 7,00 zł za każdą następną działkę powyżej dziesięciu. Ponieważ odwołujący za podział za każdą następną działkę powyżej dwóch działek zaoferował cenę jednostkową w wysokości zaledwie 1 zł, to należało dojść do wniosku, że z pewnością nie uwzględnił on w swej kalkulacji nawet ww. opłat.

W ocenie Izby zamawiający prawidłowo ocenił wyjaśnienia składane mu przez wykonawcę. Wyjaśnienia złożone przez odwołującego były w wielu miejscach zdawkowe, a wykonawca wręcz uchylał się od odpowiedzi na wezwanie. Odwołujący nie przedstawił żadnej kalkulacji czynników cenotwórczych, jakie składają się na cenę za podział za każdą następną działkę powyżej 2 działek. W miejsce wyjaśnień odnoszących się do wysokości kosztów poszczególnych czynników cenotwórczych wykonawca wywodził jedynie, że koszt poszczególnych czynności jest „ciężki do określenia” czy „znikomy”.

Zdaniem Izby niedopuszczalnym było powoływanie się na możliwość pokrywania niedoborów w cenie ryczałtowej za jedną usługę nadwyżkami w obrębie ceny za drugą usługę. Wykonawca pominął specyfikę zamówienia oraz postanowienia SIWZ, w szczególności postanowienia tomu III SIWZ. W tomie III SIWZ wskazano, że zamawiający w okresie obowiązywania umowy w zakresie części I zamówienia zamierza zlecić opracowanie ok. 50 projektów podziałów w tym ok. 30 podziałów na większą liczbę niż dwie działki, zaś w zakresie części II - ok. 70 projektów podziałów w tym ok. 30 podziałów na większą ilość niż dwie działki. Jak wynikało z powyższego, podawane przez zamawiającego liczby opracowań miały jedynie charakter orientacyjny. Potwierdzeniem powyższego były postanowienia wzoru umowy. Ustalono w nich, że *rozliczenie za realizację przedmiotu umowy następować będzie na podstawie faktur lub rachunków wystawianych sukcesywnie za faktycznie dostarczone, sprawdzone co do jakości i odebrane protokołem zdawczo-odbiorczym prace wskazane w przedmiocie umowy w oparciu o ceny jednostkowe brutto (§ 5 ust. 1 wzoru umowy)*. Powyższe oznaczało, że zamawiający nie gwarantował rzeczywistej liczby usług poszczególnych rodzajów. W świetle ww. postanowień wykonawca nie miał żadnej gwarancji że zamawiający hipotetycznie nie zleci w okresie realizacji umowy tylko jednej usługi podziału na dwie działki (w której, zgodnie z deklaracją odwołującego ujęte są faktyczne koszty jego pracy i należne mu wynagrodzenie), a następnie opracowań dotyczących dalszych podziałów np. na 100 działek. Zaś za każdy z tych dalszych podziałów, niezależnie od jego pracochłonności, wykonawca otrzymałby jedynie 1 zł. Tym samym trudno jest mówić iż w przypadku ceny ryczałtowej za podział za każdą następną działkę powyżej dwóch mamy do czynienia z rzetelną wyceną umożliwiającą realizację zamówienia, jak również że zaproponowana cena nie ma charakteru rażąco niskiej. Powyższe oznaczało, że możliwym

jest, iż wykonawca realizowałby zamówienie z ewidentną stratą, co mogłoby zagrozić realizacji usług.

Podkreślenia wymaga również to, że w świetle art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający dokonując oceny ofert ma obowiązek zbadać czy ich złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, do której odsyła ustawa Pzp, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje m.in. takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z kolei dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Prowadzenie działalności gospodarczej nie zwalnia wykonawców od przestrzegania ww. reguł. Wręcz przeciwnie obowiązek przestrzegania dobrych obyczajów nałożył na przedsiębiorców sam ustawodawca w art. 17 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, zaś niewątpliwie ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego mieści się w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej. Przywołany przepis stanowi, iż przedsiębiorca wykonuje działalność gospodarczą na zasadach uczciwej konkurencji i poszanowania dobrych obyczajów oraz słuszych interesów konsumentów.

W ocenie składu orzekającego Izby, jak również w świetle dotychczasowego orzecznictwa Izby, ustalenie odrębnie ocenianych cen na poziomie który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, wyłącznie po to aby wykorzystując matematyczne zależności otrzymać najwyższą punktację narusza dobre obyczaje kupieckie. Przerzucanie kosztów pomiędzy odrębnie ocenianymi cenami w ten sposób, że kształtowana jest z jednej strony cena nierynkowa i absurdalnie wysoka, zaś z drugiej cena nierynkowa, rażąco niska czy wręcz symboliczna ma na celu nie zaoferowanie jak najkorzystniejszych warunków zamawiającemu, nie konkurowanie ceną, czy jakością, lecz jedynie wykorzystanie bilansu kryteriów oceny ofert ze szkodą zarówno dla zamawiającego jak i innych wykonawców. Takie oszacowanie wysokości cen ma na celu doprowadzenie do sytuacji, w której ze względu na symboliczną cenę w którymś z kryteriów wykonawca uzyskuje maksymalną liczbę punktów, a wykonawcy, którzy zaoferowali stawki rynkowe, nawet zbliżone do minimów istniejących na rynku, otrzymają praktycznie zerową ilość punktów. W tej sytuacji opisane przez zamawiającego kryteria oceny ofert zostają pozbawione jakiegokolwiek znaczenia, a wykonawca który nie oferuje zamawiającemu najkorzystniejszych ekonomicznie warunków realizacji umowy, uzyskuje zamówienie publiczne. Dostrzeżenia wymaga, że odwołujący nawet nie kryje się z rzeczywistymi pobudkami swoich działań wskazując w odwołaniu, iż wykorzystał sytuację w której

zamawiający „nie potrafił przewidzieć skutków zastosowanych przez siebie kryteriów oceny ofert”.

Zaniżenie ceny za realizację usługi podziału na większą liczbę niż dwie działki pozwoliłoby odwołującemu zdobyć maksymalną liczbę punktów, tj. 40 pkt w ramach kryterium dotyczącego ceny za podział na większą liczbę niż dwie działki i w rezultacie doprowadzić do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. W tej sytuacji bowiem inni wykonawcy, niezależnie od tego czy zaoferowali ceny na poziomie nawet zbliżonym do minimalnych istniejących na rynku otrzymaliby praktycznie 0 pkt. W świetle różnic pomiędzy ww. ceną zaoferowaną przez odwołującego a cenami zaoferowanymi w innych ofertach w tym kryterium, drugie kryterium oceny ofert (cena za usługę podziału na dwie pierwsze działki) pozostałoby pozbawione większego znaczenia. Biorąc pod uwagę wpływ, jaki zaoferowanie tak niskiej ceny miało na punktację w ramach oceny ofert, niewątpliwie należy uznać, iż celem zaniżenia ceny za realizację ww. usługi było zdobycie maksymalnej ilości punktów i poprzez to działanie na szkodę innych wykonawców oraz zamawiającego.

W ocenie Izby takie postępowanie, choć nienaruszające prawa, jednak w sposób ewidentny narusza dobre obyczaje kupieckie i nie zasługuje na ochronę. Taka sytuacja oznacza wypełnienie drugiej przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ww. ustawy, gdyż działanie narusza interes innych przedsiębiorców. Żaden z wykonawców, którzy kalkuluje swoje ceny w sposób rynkowy, odnosząc je do kosztów jakie poniosą w związku z wycenianą usługą, nie może konkurować z wykonawcą. Nawet jeśli zaoferuje stawki, wynikające z rynkowej wartości świadczenia, uwzględniając zasadę ekwiwalentności umów wzajemnych, to i tak znajduje się bez powodu w znacznie gorszej sytuacji. Działanie takie ogranicza i zakłóca rynkowe reguły uczciwego konkurencji.

Tym samym Izba podtrzymuje swoje dotychczas wyrażane w tym zakresie stanowisko dotyczące traktowania jako czynu nieuczciwej konkurencji określony w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji praktyki manipulowania cenami, będącymi odrębnymi kryteriami oceny ofert, w oderwaniu od realiów rynkowych, wyłącznie w celu uzyskania lepszej punktacji (por. wyrok KIO z 26 września 2012 r. sygn. KIO 1934/12, wyrok KIO z 5 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 640/11, wyrok wydany w sprawie o sygn. akt KIO 7/13, łączonych KIO 1240 1246, 1248/13). Okolicznością przesądzającą o naganności postępowania w stopniu uzasadniającym zastosowanie powołanego przepisu jest „manipulowanie” proporcjami poszczególnych usług, a w konsekwencji ich ceną i wreszcie ceną oferty, aby otrzymać przedmiotowe zamówienie.

Reasumując należało stwierdzić, że zamawiający prawidłowo ocenił, iż oferta odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w niniejszej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego oraz koszty dojazdu na rozprawę w łącznej wysokości 4.367,26 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a i b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący: