

Sygn. akt: KIO 120/13

## WYROK

z dnia 29 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący - członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 stycznia 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia **21 stycznia 2013 r.** przez wykonawcę: **adwokat M..... S.....Kancelaria Adwokacka ul. Bielawska 24 lok. 4, 05-520 Konstancin-Jeziorna**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa Sąd Okręgowy w Warszawie Al. Solidarności 127, 00-898 Warszawa**, przy udziale wykonawcy: **G..... H..... Kancelaria Prawna ul. Janowskiego 11/30, 02-784 Warszawa**,

- zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

### 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

1.1 unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy: **G..... H..... Kancelaria Prawna ul. Janowskiego 11/30, 02-784 Warszawa**,

1.2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego: **adwokat M..... S..... Kancelaria Adwokacka ul. Bielawska 24 lok. 4, 05-520 Konstancin-Jeziorna**,

1.2. dokonanie ponownej czynności oceny i wyboru ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego wykonawcy: **adwokat M..... S..... Kancelaria Adwokacka ul. Bielawska 24 lok. 4 05-520 Konstancin-Jeziorna**, w tym oceny złożonych wyjaśnień

w zakresie rażąco niskiej ceny oferty odwołującego i podanie pełnego uzasadnienia tej czynności,

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Skarb Państwa Sąd Okręgowy w Warszawie Al. Solidarności 127, 00-898 Warszawa,**

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500,00 zł** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **advokat M..... S..... Kancelaria Adwokacka ul. Bielawska 24 lok. 4, 05-520 Konstancin-Jeziorna,** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego: **Skarbu Państwa Sądu Okręgowego w Warszawie, Al. Solidarności 127, 00-898 Warszawa** na rzecz odwołującego: **advokat M..... S..... Kancelaria Adwokacka ul. Bielawska 24 lok. 4, 05-520 Konstancin-Jeziorna,** kwotę **7 500,00 zł** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) z tytułu zwrotu kosztów wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 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 **Warszawie.**

**Przewodniczący:**

.....

### Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na: „Sprawowanie obsługi (pomocy) prawnej w sprawach w zakresie: finansów publicznych, gospodarki nieruchomościami, prawa pracy, prawa cywilnego (w szczególności w zakresie zobowiązań), prawa budowlanego dla Sądu Okręgowego w Warszawie”- nr sprawy ZP/OF/79/12. (BZP pozycja 532016 z 28.12.2012 r.), dnia 21 stycznia 2013 r. zostało wniesione w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę: adwokat M..... S..... Kancelaria Adwokacka z siedzibą w Konstancinie-Jeziorna, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Złożenie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia w dniu 16 stycznia 2013 r. za pośrednictwem faksu o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę G..... H..... Kancelaria Prawna z siedzibą w Warszawie, oraz odrzucenia oferty odwołującego.

Wobec podjętych czynności oraz zaniechania czynności, tj.:

- 1) bezpodstawnego dokonaniu czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) bezpodstawnego zaniechania czynności wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

- odwołujący zarzucił zamawiającemu: Skarbowi Państwa Sądowi Okręgowemu w Warszawie, naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej zwanej ustawą Pzp, tj.:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez jego zastosowanie i przyjęcie, iż oferta odwołującego podlega odrzuceniu, pomimo że wykonawca złożył wyjaśnienia i dostarczył dowody, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,

2. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób, który narusza zasady uczciwej konkurencji oraz nierówno traktuje wykonawców albowiem celem postępowania przetargowego jest wybór najkorzystniejszej oferty, przy zachowaniu bezstronności. W tym przypadku nie wybrana została oferta najkorzystniejsza, a wykonawcy nie byli traktowani równo - wybrany wykonawca pomimo, że zdaniem zamawiającego, punktem odniesienia dla wyboru ofert była kwota szacunkowej wartości zamówienia - nie

został poproszony o wyjaśnienia w sprawie oferowanej ceny, pomimo, że jego oferta stanowiła 46,74% wartości szacunkowej. Odwołujący o takie wyjaśnienia został poproszony, wyjaśnienia takie przedstawił wraz z dowodami potwierdzającymi, że zaproponowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Lakoniczność uzasadnienia odrzucenia oferty, uniemożliwia odwołującemu ustosunkowanie się do przedstawionych zarzutów i podjęcie obrony swoich praw,

3. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp poprzez uznanie, że oferta wykonawcy nie jest ofertą najkorzystniejszą,

4. art. 271 § 1 kodeksu karnego poprzez poświadczenie przez Przewodniczącą Komisji nieprawdy w dokumencie z dnia 16 stycznia 2013 r. informującym o ocenie złożonej przez odwołującego oferty, iż wykonawca: nie dołączył do wyjaśnień żadnych dowodów, potwierdzających, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, podczas gdy zarówno do wyjaśnień złożonych w formie pisemnej jak i tych samych wyjaśnień przesłanych dodatkowo na adres Przewodniczącego Komisji w wersji elektronicznej zostały przedmiotowe dowody dołączone.

5. art. 231 kodeksu karnego przez przekroczenie przez Przewodniczącą Komisji uprawnień i niedopełnieniu obowiązków, poprzez wybór oferty, która nie była najkorzystniejsza dla zamawiającego, co było działaniem na szkodę interesu publicznego (zamawiającego) i prywatnego (wykonawcy).

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności odrzucenia złożonej oferty,
- b) unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,
- c) dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy,
- d) wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,
- e) obciążenia kosztami postępowania zamawiającego na rzecz wykonawcy poprzez zasądzenie kwoty 11.100 (jedenaście tysięcy sto złotych), stanowiącej uzasadnione koszty odwołującego się z tytułu wpisu od odwołania (7.500 zł) oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (3.600 zł), gdyż odwołujący się jest jednocześnie profesjonalnym pełnomocnikiem.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący wskazywał, że posiada interes w złożeniu odwołania ponieważ w wypadku utrzymania w mocy czynności zamawiającego, oferta odwołującego zostałaby odrzucona, a w konsekwencji nie zostałaby

wybrana jako najkorzystniejsza i tym samym nie uzyskałby on przedmiotowego zamówienia (art. 179 ust. 1 ustawy Pzp).

Odwołujący podnosił, iż jedynym celem postępowania przetargowego jest wybór najkorzystniejszej oferty. Przez najkorzystniejszą ofertę należy rozumieć, zgodnie z definicją ustawową, „ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo ofertę z najniższą ceną, a w przypadku zamówień publicznych w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący - ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego”. Cały czas mając na uwadze powyższe, ustawodawca dopuszcza odrzucenie oferty zawierającej rażąco niską cenę (art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp). W tym kontekście przez rażąco niską cenę należy rozumieć cenę, za jaką zlecenia z obiektywnych przyczyn nie da się wykonać, co może narazić na szkodę zamawiającego tj. zawarcie umowy i jej nie wykonanie przez wykonawcę. W tym zakresie zastosowanie znajduje art. 232 Kpc zgodnie, z którym ciężar dowodu spoczywa na stronie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Oznacza to, że zamawiający po zwróceniu się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień, odrzucając ofertę powinien udowodnić rażąco niską cenę, tzn. że wykonawca obiektywnie w żaden sposób nie będzie w stanie wywiązać się z umowy przy oferowanej cenie. W przedmiotowej sprawie zamawiający takiego dowodu nie przedstawił, ze względu na charakter sprawy dowód taki nie jest możliwy – jak twierdził odwołujący. Przedmiotem zamówienia są usługi intelektualne, dla których niezbędnych kosztów wycenić się nie da. W niniejszej sprawie znaczenie drugorzędne mają obowiązujące ceny rynkowe i zysk wykonawcy, istotne jest tylko czy przy zaproponowanej cenie wykonawca jest w stanie wykonać zlecenie. Wykonawca jednak w przedmiotowej sprawie udowodnił, do czego nie był zobowiązany, że zaproponowana cena jest ceną rynkową, Zamawiający natomiast pomimo, że był do tego zobowiązany nie udowodnił, że oferowana cena jest rażąco niska (w znaczeniu ustawy).

Przechodząc do szczegółowego uzasadnienia podnosił, iż na wykonawcy, którego zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ciąży jedynie obowiązek złożenia wyjaśnień potwierdzających, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jednakże w razie odrzucenia oferty ciężar dowodu spoczywa na zamawiającym wywodzącym skutek ze swego twierdzenia o zaoferowaniu ceny rażąco niskiej.

W dniu 16 stycznia 2013 r. zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, gdyż zawiera, w jego ocenie, rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający w uzasadnieniu, które zacytował w całości stwierdził, iż: „*wyjaśnienia złożone przez*

*wykonawcę nie uprawdopodobniają w wystarczający sposób, iż wykonanie przedmiotowego zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe i realne. Złożone wyjaśnienia nie są wystarczające aby dokonać oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę. W szczególności zamawiający zauważył, iż wykonawca nie dołączył do wyjaśnień żadnych dowodów, potwierdzających, że oferta nie zawiera niskiej ceny.”*

Odwołujący wyjaśniał, że w piśmie z dnia 9 stycznia 2013 r. zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnienia, czy jego oferta zawiera rażąco niską cenę. Jednocześnie wskazał, że zamawiający przeznaczył na realizację niniejszego zamówienia kwotę z podatkiem VAT: 252.000,00 zł, natomiast wykonawca zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, za cenę bez podatku VAT 61.560,00 zł z podatkiem VAT: 75. 718,80 zł.

Pismem z dnia 10 stycznia 2013 r. złożonym bezpośrednio do Przewodniczącej Komisji oraz dodatkowo przesłanym za pośrednictwem poczty elektronicznej na adres Przewodniczącej Komisji, odwołujący wyjaśnił iż, cena zaproponowana w ofercie, stanowi bilans sprzyjających i dostępnych wykonawcy warunków cenotwórczych wykonania niniejszego zamówienia polegających na:

1. osobistym wykonywaniu zamówienia, a nie poprzez podwykonawców, co skutkuje obniżeniem kosztów związanych z realizacją niniejszego zamówienia,
2. nie ponoszenia kosztów stałych związanych z zatrudnianiem pracowników, gdyż wykonawca prowadzi Kancelarię Adwokacką indywidualnie co wpływa na obniżenie kosztów usług w tym za wykonanie przedmiotowego zamówienia,
3. adwokaci oraz radcowie prawni, z którymi wykonawca współpracuje i którzy zostali wymienieni w składanej ofercie świadczą dla wykonawcy swe usługi doraźnie w zależności od potrzeb klienta na podstawie umów cywilnoprawnych, co znacznie obniża koszt realizacji niniejszego zamówienia.
4. posiadaniu własnego lokalu, w którym znajduje się siedziba Kancelarii, co skutkuje niższymi kosztami oraz brakiem konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów związanych z jego wynajmem - skutkuje to oszczędnościami przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia.

Powyższe okoliczności skutkują możliwością zaoferowania przez wykonawcę konkurencyjnych cen za wykonanie zamówienia.

Jednocześnie wykonawca oświadczył, iż w cenie oferty zostało uwzględnione wykonanie wszystkich czynności wyszczególnionych w SIWZ, w szczególności w opisie przedmiotu zamówienia oraz został uwzględniony satysfakcjonujący go zysk.

Wykonawca podkreślił, iż przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi przez około 540 godzin, co w przeliczeniu oznacza 3 miesiące (dla całego etatu), minimalne dopuszczalne wynagrodzenie w przypadku umowy o pracę wynosiłoby  $3 \times 1600 = 4800$  złotych. Wobec powyższego złożona przez wykonawcę oferta na kwotę 61.560,00 złotych netto jest kilkunastokrotnie wyższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Wykonawca w wyjaśnieniach podał, że cena przedstawiona w ofercie jest zbliżona do cen, za które świadczy usługi prawne prywatnym firmom, które nie są zobowiązane do stosowania ustawy Pzp. Wskazał, iż w ubiegłym roku świadczył pomoc prawną dla spółki prawa handlowego przez ponad pół roku przez 4 godziny codziennie (w sumie ponad 500 godzin) za kwotę zbliżoną do zaoferowanej w ofercie dla Sądu Okręgowego. Jako dowód na poparcie swych argumentów załączył list referencyjny obsługiwanego podmiotu z dnia 12 grudnia 2012 r., w którym wskazana była kwota, za którą świadczył swe usługi.

Ponadto wykonawca podniósł, iż cena wskazana w ofercie jest porównywalna do cen za realizację tego rodzaju zamówienia, które obowiązują obecnie na rynku. Podał iż w dniu 14 grudnia 2012 r. składał ofertę w ramach konsorcjum na świadczenie usług prawnych, w tym w szczególności związanych z badaniem zamówień publicznych realizowanych i weryfikowanych przez Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego nr sprawy 54/BAB/PN/2012. Przedmiotem zamówienia było świadczenie obsługi prawnej przez 1400 godzin w okresie od podpisania umowy do 31 grudnia 2013 r. Cena w złożonej przez wykonawcę w ofercie w ramach konsorcjum (oferta nr 15) na realizację wyżej wymienionego zamówienia wyniosła 166 600,00 zł brutto. Natomiast za najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu (jedynym kryterium wyboru była cena 100 %) wybrano ofertę, której wartość brutto wyniosła 102.032,00 zł brutto - co stanowi 72,88 zł/h brutto (dla porównania w niniejszej sprawie wykonawca zaproponował cenę około 140 zł/h brutto czyli blisko dwa razy wyższą, pomimo to została ona uznana przez zamawiającego za „rażąco niską”). Jako dowód załączył informację z Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego o wyborze najkorzystniejszej oferty, zawierającą ceny ofert za świadczenie obsługi prawnej przez 1400 godzin. Kolejnym podawanym dowodem świadczącym, iż cena zaproponowana przez wykonawcę nie jest rażąco niska i odpowiada cenom, które obowiązują za tego rodzaju usługi na rynku było zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego na usługi prawnicze działania 6.4. Program Operacyjny Innowacyjną Gospodarką (nr sprawy 65/12, numer ogłoszenia 260761-2012) ogłoszone i rozstrzygnięte przez Polską Organizację Turystyczną; [http:// www.pot.gov.pl/rozstrzygniete/ usługi-prawnicze-dla-dzialania-6-4-programu-operacyjnego-innowacyjna-gospodarka/](http://www.pot.gov.pl/rozstrzygniete/uslugi-prawnicze-dla-dzialania-6-4-programu-operacyjnego-innowacyjna-gospodarka/).

Mając na względzie powyższe, złożone wyjaśnienia według odwołującego nie pozwalają zamawiającemu wyciągnąć wniosków, iż oferta zawiera rażąco niską cenę. Obowiązujące przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do kwestii rażąco niskiej ceny stanowią transpozycję do polskiego systemu prawnego przepisów ustawodawstwa Unii Europejskiej, w tym m.in. art. 55 Dyrektywy z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy oraz usługi 2004/18/WE (Dz. U. UE z 30 kwietnia 2004 r. L 134/114) oraz wynikają z zasad wypracowanych przez orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Ani przepisy Dyrektywy ani orzecznictwo Trybunału nie konstruuje ram odnoszących się pojęcia rażąco niskiej ceny. Zgodnie z orzeczeniem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/88 (Constanzo), niedopuszczalne, jako sprzeczne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych jest automatyczne, wyłącznie na postawie arytmetycznego kryterium, uznawanie za rażąco niskie i odrzucanie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu, np. tańszych o więcej niż 10 % od średniej ceny wszystkich złożonych ofert. Z treści przywołanego orzeczenia wynika norma interpretacyjna, iż z uwagi na zróżnicowany charakter poszczególnych zamówień oraz istotę uwarunkowań organizacyjnych, gospodarczych i ekonomicznych związanych z realizacją świadczeń w ramach zamówień publicznych kwestie rażąco niskiej ceny należy analizować w aspekcie konkretnego zamówienia, z uwzględnieniem wszelkich okoliczności mających realny wpływ na proces sporządzania oferty. Nie obowiązuje jednoznaczne określenie poziomu różnicy pomiędzy cenami ofert, aby od jego przekroczenia można było mówić o cenie rażąco niskiej. W jednym z orzeczeń KIO (wyrok z dnia 17 sierpnia 2011 roku, KIO 1665/11) nie uwzględniła odwołania (które zarzucało zamawiającemu brak odrzucenia oferty mimo rażąco niskiej ceny), nawet w sytuacji, gdy w sprawie zostały złożone oferty których wartość cenowa wynosiła od 630.000,00 zł do 3.500.000,00 zł (prawie pięciokrotność najniższej ceny).

W swych wyjaśnieniach odwołujący wskazywał, jakie obiektywne czynniki miały wpływ na jego wynagrodzenie, a jednocześnie pokazał, że realizacja zamówienia jest możliwa i ekonomicznie uzasadniona. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 30 lipca 2010 roku (KIO/UZP 1483/10), w którym Izba orzekła, że nie jest wystarczający do uznania za rażąco niską cenę fakt, że cena bardzo znacząco, a nawet drastycznie różni się od wartości zamówienia oraz od cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu lub jest symboliczna. W ocenie KIO musi to być zatem cena nie tyle obiektywnie bardzo niska, co rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przedmiotowe stanowisko zostało przedstawione w stanie faktycznym, gdzie jeden z wykonawców zaoferował cenę w wysokości 0,01 zł, co daje 0,6 zł za cały okres realizacji zamówienia. Natomiast dla porównania wartość szacunkowa w tym konkretnym postępowaniu została ustalona na kwotę



2.580.000,00 zł, a ceny pozostałych dwóch ofert wynosiły 1.470.000,00 zł oraz 2.070.000,00 zł. W aspekcie omawianej sprawy, zwrócił uwagę na stwierdzenie KIO, iż skalkulowanie ceny poniżej kosztów nie może być utożsamiane z rażąco niską ceną, zwłaszcza przy specyficznym rodzaju usług (bankowych), gdzie ponoszone koszty mogą być rekompensowane dodatkowymi korzyściami ekonomicznymi z innych tytułów. Odwołujący przekonywał, że takim specyficznym rodzajem usług są również usługi prawnicze należące do usług intelektualnych, w których koszty osobowe są często niewymierne i mogą być inaczej wyceniane przez różne firmy. W przypadku usług prawniczych ponoszone koszty mogą być rekompensowane renomą klienta, który jest obsługiwany. W przedmiotowej sprawie odwołujący złożył ofertę na świadczenie usług prawnych dla Sądu Okręgowego w Warszawie. Bezspornym jest, iż możliwość wykazania się obsługą takiej instytucji wpłynie pozytywnie na przyszłą ocenę wykonawcy jako prawnika, a wobec powyższego będzie miało wymierny wpływ na jego funkcjonowanie na rynku usług prawniczych. Stąd wykonawca w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny wskazał, że uwzględnił satysfakcjonujący go zysk, na który składa się między innymi korzyści płynące z obsługi tak renomowanego klienta, jakim jest Sąd Okręgowy w Warszawie.

Uwzględniając dotychczasową linię orzecniczą oraz stanowisko prezentowane przez Urząd Zamówień Publicznych odwołujący zaznaczał, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Ceną rażąco niską będzie zatem cena znacząco odbiegająca od cen rynkowych przyjętych dla danego przedmiotu zamówienia, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Przy ustaleniu, że cena jest rażąco niska zamawiający w przedmiotowej sprawie winien wykazać, że wykonawca nie jest w stanie pokryć wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia, z kwoty wynagrodzenia uzyskanego z tego tytułu (wyrok KIO z dnia 17 sierpnia 2011 r., KIO 1665/11). Odnoszenie przez zamawiającego ceny oferowanej wyłącznie do wartości szacunkowej zamówienia, przy ocenie, czy dana oferta jest ofertą z rażąco niską ceną, nie jest wystarczające (patrz wyrok KIO z dnia 21 lipca 2008 r. sygn. akt; KIO/UZP 691/08). Nie ma bowiem żadnego wzoru matematycznego, który pozwalałby ustalić, czy istnieje uzasadnione prawdopodobieństwo rażąco niskiej ceny.

W niniejszym postępowaniu zamawiający uznał, że ceny poniżej 100 000,00 zł są rażąco niskie i na tej podstawie wezwał do wyjaśnienia czy oferty zawierają rażąco niską cenę. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej (sygnatury akt KIO 2559/11, KIO 2573/11, KIO 2578/11) takie arbitralne rozstrzygnięcia są niezgodne z prawem i dopiero wykazanie, że za daną cenę nie da się wykonać przypisanego do niej zakresu robót, może wskazywać, na to że jest skalkulowana rażąco nisko. Fakt jej wystąpienia powinien udowodnić zamawiający.

Odwołujący zaznaczał, że w niniejszym postępowaniu zamawiający poprzestał na samej deklaracji, iż wyjaśnienia złożone przez wykonawcę nie uprawdopodobniają w wystarczający sposób, iż wykonanie przedmiotowego zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe i realne. Złożone wyjaśnienia nie są wystarczające aby dokonać oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący zwracał uwagę, że taką samą treść zawiera uzasadnienie odrzucenia innej oferty, której wykonawca został również wezwany do wyjaśnienia kwestii rażąco niskiej ceny. A zatem powyższe uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego miało charakter gołosłownych, lakonicznych stwierdzeń, które zamawiający stosował do wszystkich ofert, które w jego arbitralnej i niczym nieuzasadnionej ocenie zawierały rażąco niskie ceny. Ponadto z treści wyjaśnień złożonych przez odwołującego wynika, iż w cenie oferty zostało uwzględnione wykonanie wszystkich czynności wyszczególnionych w SIWZ w szczególności w opisie przedmiotu zamówienia oraz został uwzględniony satysfakcjonujący go zysk. Wobec powyższego podważał tezę zamawiającego, iż złożone wyjaśnienia nie są wystarczające aby dokonać oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący wywodził, że zasadą jest iż mechaniczne porównywanie wartości zamówienia z cenami złożonych ofert nie daje podstaw do założenia *a priori*, że mamy do czynienia z ceną nierealistyczną, co groziłoby nierzetelnym wykonaniem zamówienia w przyszłości. Powyższa zasada wynika z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 listopada 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 1137/08). We wskazanym wyroku KIO uznała, że dla oceny czy dana cena jest rażąco niska należy uwzględnić całokształt okoliczności występujących w sprawie, w tym specyfiki rynku, którego dotyczy realizowane zamówienie (charakteryzującego się np.: zmianami cen, agresywną polityką ceną przedsiębiorców działających w danym segmencie rynku).

Odwołujący przywoływał okoliczność, że wyjaśniając kwestię, rażąco niskiej ceny udowodnił, jakie ceny usług prawnych o zbliżonym charakterze do przedmiotowego zamówienia funkcjonują obecnie na rynku. Ceny te w ostatnim okresie uległy zasadniczym zmianom i stały się bardziej konkurencyjne i nie wynika to jedynie z powszechnie panującego kryzysu, ale na ceny usług w tym sektorze istotne znaczenie miała nowelizacja ustawy Pzp w zakresie dotyczącym usług prawniczych (przeprowadzanie przetargów nieograniczonych). Wobec powyższego poddał w wątpliwość, czy zamawiający z należytą starannością oszacował wartość przedmiotu zamówienia. Biorąc pod uwagę, iż w protokole przesłanym przez zamawiającego, w dniu 3 stycznia 2013 r. a więc przed upływem terminu na składanie ofert, stwierdzono, iż wartość przedmiotu zamówienia oszacowano na podstawie: „kalkulacji cen”. Uwzględniwszy fakt, iż Komisja Przetargowa do przeprowadzenia

niniejszego zamówienia została powołana w dniu 28 grudnia 2012 r., a więc w dniu w którym ogłoszono przetarg, odniósł wrażenia, że sformułowanie „kalkulacja cen”, było nic nieznaczącym stwierdzeniem, którego nie poprzedzało badanie rynku tego rodzaju sektora usług.

Zarzut zamawiającego iż „Wykonawca nie dołączył do wyjaśnień żadnych dowodów, potwierdzających, że oferta nie zawiera niskiej ceny”, poczytał odwołujący za nieuzasadniony, stanowiący poświadczenie nieprawdy przez funkcjonariusza publicznego, którym jest Przewodniczący Komisji. Odwołujący zarówno do pisemnych wyjaśnień złożonych do Sądu Okręgowego w dniu 10 stycznia 2013 r. jak również do poczty elektronicznej przesłanej do Przewodniczącego Komisji w dniu 11 stycznia 2013 r. załączył dowody w postaci: listu referencyjnego obsługiwanego podmiotu z dnia 12 grudnia 2012 r., w którym wskazana była kwota za którą świadczył swe usługi oraz informacji z Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego o wyborze najkorzystniejszej oferty, zawierającą ceny ofert za świadczenie obsługi prawnej przez 1400 godzin. Ponadto w samej treści wyjaśnień odwołujący wskazał na poparcie swych twierdzeń dowody. Tym nie mniej, odwołujący oświadczył, iż nie oczekuje od składu orzekającego w przedmiotowym postępowaniu aby ustalał, czy doszło przez Przewodniczącego Komisji do poświadczenia nieprawdy (art. 271 kk) i przekroczenia uprawnień i niedopełnienia obowiązków (art. 231 kk), gdyż kwestia ta będzie przedmiotem rozpoznania przez uprawnione do tego organy ścigania. Kwestia złożonych dowodów winna być w ocenie odwołującego rozpoznawana w niniejszym postępowaniu jedynie w przez pryzmat wyjaśnienia zagadnienia rażąco niskiej ceny.

Dalej odwołujący podnosił, że zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp wyjaśnienia wykonawcy mogą być poparte konkretnymi dowodami, jednakże przepis ten nie nakłada na wykonawcę obowiązku przedstawienia wraz z wyjaśnieniami określonych dowodów, jest to jego prawo a nie obowiązek. Wyjaśnienia do których nie załączono dowodów w postaci dokumentów, z mocy prawa nie upoważniają zamawiającego do odrzucenia oferty (wyrok KIO z dnia 17 sierpnia 2011 roku, KIO 1665/11).

Odwołujący załączył jako dowody:

1. Odpisy wyjaśnień dla zamawiającego wraz z załącznikami oraz dowody ich doręczenia bezpośrednio i na adres mailowy Przewodniczącego Komisji.
2. Kopię protokołu postępowania.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 21 stycznia 2013 r. pismem z dnia 24 stycznia 2013 r. w kopii przesłanym stronom, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego wybrany wykonawca G..... H..... Kancelaria Prawna z siedzibą w Warszawie, po

stronie zamawiającego, który powołał się na swój interes w utrzymaniu czynności zamawiającego wyboru złożonej oferty do realizacji zamówienia, natomiast uwzględnienie odwołania prowadziłoby do utraty możliwości uzyskania zamówienia przez przystępującego.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego przystępujący podnosił co następuje:

1) w zakresie zarzutu naruszenia „*art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy PZP poprzez jego zastosowanie i przyjęcie, iż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, pomimo że Wykonawca złożył wyjaśnienia i dostarczył dowody, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia*”

Przystępujący wskazywał, że całość zarzutów odwołującego sprowadza się w zasadzie do zagadnienia (odpowiedzi na pytanie): czy zamawiający prawidłowo zastosował art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, tj. czy odwołujący złożył wyjaśnienia albo złożone przez niego wyjaśnienia wraz z dostarczonymi przez niego dowodami pozwalają zamawiającemu na ocenę, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia - i tym samym zachodzi konieczność (obowiązek) odrzucenia przez zamawiającego oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Dodatkowo, mając na uwadze granice postępowania odwoławczego, art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, przystępujący podnosił, że przedmiotem zarzutów zawartych w odwołaniu nie jest czynność wezwania odwołującego przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy, której to czynności odwołujący nie kwestionuje, jak też nie wskazuje na naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący kwestionuje jedynie zasadność dokonanej oceny jego wyjaśnień i załączonych dowodów odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. W tym miejscu przystępujący wskazał, że odwołujący nie może podnosić w odwołaniu jak i ramach postępowania odwoławczego, w zakresie oceny jego oferty przez zamawiającego jako zawierającej rażąco niską cenę, nowych argumentów lub przedstawić nowych dowodów. Ocenie podlegają jedynie wyjaśnienia i dołączone dowody złożone w postępowaniu zamawiającemu. W wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 9.4.2010 r. (sygn. akt: IV Ca 1299/09): wskazano, że „*złożenie przez skarżącego dodatkowych wyjaśnień i przedstawienie nowych argumentów (w celu wykazania prawidłowości wyliczenia wskazanej w ofercie ceny) dopiero na rozprawie przed KIO było spóźnione i nie mogło być wzięte pod uwagę ani przez Izbę, ani tym bardziej przez SO*”. Definicja „*określonego terminu*” na złożenie wyjaśnień zamawiającemu (art. 90 ust. 1) oznacza, że *informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane*

*zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego (celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego przyjęcia oferty lub jej odrzucenia), a nie w toku postępowania odwoławczego lub skargowego".* W dalszej kolejności, przed odniesieniem się przez przystępującego do złożonych zamawiającemu w postępowaniu przez odwołującego wyjaśnień i dowodów, wskazywał, że wbrew twierdzeniom odwołującego to na nim spoczywał obowiązek wykazania i udowodnienia, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zamawiający jedynie stwierdza czy wyjaśnienia zostały złożone lub dokonuje oceny złożonych wyjaśnień i przedstawionych dowodów i w tym zakresie nie prowadzi postępowania dowodowego. Podobnie też wbrew twierdzeniom odwołującego zaznaczał, że obowiązek odrzucenia oferty nie wynika z przeprowadzenia dowodów przez zamawiającego, ale z oceny wyjaśnień i dowodów przedłożonych przez odwołującego, co wyraźnie potwierdza brzmienie art. 90 ust 3 ustawy Pzp. W wyroku z dnia 12 października 2011 r. (sygn. akt: KIO 2120/11) Izba wskazała, że: *„To wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień powinien dążyć do przekonania zamawiającego, iż wątpliwości, co do zaoferowanej ceny nie są uzasadnione. Na zamawiającym spoczywa ciężar dowodu, ale co do wykazania prawidłowości oceny wyjaśnień wykonawcy zgodnie z art. 90 ust. 2 p.z.p., a nie w zakresie wykazania, iż cena oferty wykonawcy jest rażąco niska".* Konstrukcja art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zakłada istnienie domniemania prawnego wzruszalnego (co potwierdzają poglądy doktryny i liczne przykłady z orzecznictwa). Zamawiający zobligowany jest bowiem do zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w sytuacji, gdy obiektywnie uzasadnione jest domniemanie, że dana oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W konsekwencji przyjętego domniemania istnienia rażąco niskiej ceny, wykonawcy zmuszeni są więc do jego obalenia, poprzez przedstawienie stosownych dowodów (właściwie: „przeciwdowodów”), potwierdzających że zaoferowana przez nich cena nie jest ceną rażąco zaniżoną w stosunku do przedmiotu zamówienia, ale że ze względu na obiektywne czynniki (opisane przykładowo w ustępie 2 artykułu 90 ustawy Pzp), są w stanie wykonać cały zakres zamówienia za zaoferowaną cenę z określonym zyskiem. Zakres środków dowodowych pozostawiony jest inwencji wykonawcy, natomiast przyjmuje się, że zamawiający mają prawo oczekiwać przedłożenia stosownej kalkulacji. W wyroku z dnia 13 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2354/12), Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła *„ W zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p., Izba stwierdziła, iż zarzut ten nie potwierdził się. Należy wskazać, iż wszczęcie procedury określonej w art. 90 ust. 1 ustawy p.z.p. ustanawia domniemanie zaoferowania przez wykonawcę rażąco niskiej ceny. Izba stoi na stanowisku, że to na wykonawcy ciąży obowiązek obalenia tego domniemania. Bez wątplenia dla*

zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W ocenie Izby istnienie po stronie wykonawcy obiektywnych czynników wpływających na obniżenie ceny oferty powinno być udowodnione. Wykonawca, który składa wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinien bowiem wskazać co spowodowało obniżenie ceny, jak również w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie. Udzielone wyjaśnienia mają bowiem potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana". Podobnie, w wyroku z dnia 23 listopada 2010 r. (sygn. akt: KJO/UZP 2445/10), Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, powołując się w tym zakresie na wcześniej wydawane orzeczenia, że: „Izba, jak wyraziła to już w wyroku z dnia 23 grudnia 2008 r. o sygn. akt: KIO/UZP 1443/08, stoi na stanowisku, że wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustanawia domniemanie prawne (praesumptio iuris) zaproponowania w ofercie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy mają doprowadzić do obalenia tego domniemanie (...). W związku z ustanowieniem domniemanie wystąpienia ceny rażąco niskiej, przy udzielaniu wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 P.z.p., dowód braku zaoferowania ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy". Analogicznie Izba orzekła w wyroku z dnia 12 sierpnia 2010 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1605/10), gdzie wskazała: „Celem wyjaśnień jest obalenie domniemanie wynikającego z przepisu art. 90 ust. 1 p.z.p., tj. wykazanie, że przedstawiona cena nie jest rażąco niska. W tym zakresie na wykonawcy spoczywa ciężar dowodu.” W doktrynie zaznacza się, że „wzywając do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1, zamawiający nie ma obowiązku wskazywać wykonawcy, jakie dokumenty lub inne dowody należy złożyć - leży to po stronie i w interesie wykonawcy, który wezwany do złożenia wyjaśnień powinien dążyć do przekonania zamawiającego, że jego wątpliwości co do wysokości zaoferowanej ceny nie są uzasadnione. Obowiązek przeprowadzenia dowodu spoczywa w tym przypadku na wykonawcy, co wynika również z treści przepisu art. 90 ust. 3, w którym jest mowa, że zamawiający ocenia wyjaśnienia wraz z dostarczonymi dowodami (wyr. KIO z 15.1.2009 r., KIO/UZP 1524/08)". [Paweł Granecki, Komentarz do art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2012]. „Na wykonawcy spoczywa obowiązek udowodnienia, że elementy, które składają się na ostateczną cenę oferty są wynikiem okoliczności obiektywnych i nie są podyktowane wyłącznie chęcią realizacji zamówienia za wszelką cenę, kosztem przyjęcia nierealistycznych wartości. Nie ulega również wątpliwości, że wykonawca powinien swoje stanowisko poprzeć stosownymi dokumentami, a nie suchym stwierdzeniem, że np. materiały budowlane nabył jeszcze przed nadejściem kryzysu gospodarczego po korzystnej cenie". [Jagiello Dariusz, Oferta z rażąco niską ceną, Zamówienia Publiczne.

Doradca, nr 5/2012, s. 46] W doktrynie przyjmuje się, że „Wykonawca, składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny oferty, powinien wskazać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny, ale również w jakim stopniu dzięki wskazanym czynnikom cena została obniżona. Wielkość redukcji ceny może bowiem wynikać wyłącznie z czynników, które zostaną przez niego przedstawione. Oceniając wyjaśnienia, zamawiający może uznać za właściwy taki sposób ukształtowania ceny, który wynika z powodów o obiektywnym charakterze. Za takie należy uznać uwarunkowania, które są zgodne z prawem i nie naruszają zasad uczciwej konkurencji. Jest przy tym obowiązany wziąć pod uwagę wszystkie czynniki wymienione w art. 90 ust. 2 (oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów), ale również inne czynniki, na które wskaże wykonawca, a które bez zakłócania uczciwej konkurencji wpłynęły na wysokość ceny w złożonej ofercie”. [Włodzimierz Dzierżanowski, Komentarz do art. 90 ustawy - Prawo zamówień publicznych, stan prawny: 2012.05.01, Lex]. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9 kwietnia 2010 r. (sygn. akt: IV Ca 1299/09): „Wykonawca powinien zatem wskazać i opisać obiektywne czynniki mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny; wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i winny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia, a jednocześnie nie mogą opierać się na samych oświadczeniach wykonawcy, gdyż art. 90 ust. 3 mówi o "dowodach" na ich potwierdzenie (...).

W przeświadczeniu przystępującego, odwołujący zdając sobie sprawę, że nie przedstawił żadnych wyjaśnień i dowodów na wezwanie zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, które uchroniłyby go przed sankcją w postaci odrzucenia oferty, wskazuje w odwołaniu: „Przedmiotem zamówienia są usługi intelektualne, dla których niezbędnych kosztów wycenić się nie da”. Powyższe twierdzenie jest bezpodstawne, gdyż w takim przypadku ustawowe instytucje szacowania wartości zamówienia, odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, czy też instytucja postępowania wyjaśniającego w sprawie rażąco niskiej ceny określona w art. 90 ustawy utraciłaby jakikolwiek sens w przypadku „usług intelektualnych” jak określił to odwołujący. Należy zauważyć, że ustawodawca nie czyni w tym zakresie jakiegokolwiek wyjątku. Ponadto wskazał, że fakt braku możliwości wyceny przedmiotu zamówienia podnoszony przez odwołującego stanowi dowód, że cenę oferty odwołujący przyjął dowolnie, bez uwzględnienia: jakichkolwiek realiów rynkowych związanych z realizacją przedmiotu zamówienia, jak i wymagań wskazanych w SIWZ co do przedmiotu zamówienia. W tym

kontekście prawidłowość dokonanej przez zamawiającego oceny złożonych przez odwołującego wyjaśnień potwierdza już sam odwołujący. Wyjaśnienia złożone przez odwołującego na wezwanie zamawiającego mają charakter nieobiektywny – jak ocenił przystępujący i nie powiązany z ceną jego oferty - nie wskazują okoliczności i ich wpływu na cenę przyjętą przez odwołującego w jego ofercie.

Odwołujący wskazał w swoich wyjaśnieniach, że „cena (...) zaproponowana przeze mnie w ofercie stanowi bilans sprzyjających i dostępnych Wykonawcy warunków cenotwórczych”. Do tych „warunków cenotwórczych” odwołujący zaliczył:

- 1) osobiste wykonywanie zamówienia, a nie przez podwykonawców,
- 2) nie zatrudnianie pracowników,
- 3) doraźną współpracę z adwokatami i radcami na podstawie umów cywilnoprawnych,
- 4) posiadanie własnego lokalu.

Wymienione okoliczności, zdaniem przystępującego, nie stanowią o indywidualnej i dostępnej tylko odwołującemu sytuacji, która wpływałaby na możliwość obniżenia ceny oferty w stosunku do ofert pozostałych wykonawców. Ponadto okoliczności określone w pkt 1)-3) są sprzeczne. W jaki sposób doraźna współpraca obniża koszty? Czy też w jednym punkcie odwołujący wskazuje, że będzie świadczył osobiście, a w kolejnym, że współpracuje z adwokatami na podstawie umów cywilnoprawnych? Nie wskazuje na czym ma polegać obniżenie kosztów poprzez nie zatrudnianie pracowników w stosunku do zawierania umów cywilnoprawnych. Z doświadczenia wiadomo, że zakup hurtowy jest tańszy niż detaliczny - analogicznie też stała współpraca jest tańsza (w tym też zatrudnianie pracowników) niż doraźna (na pojedynczą czynność, sprawę). W jaki sposób własność lokalu wpływa na obniżenie kosztów - wysokość ceny ofert Odwołującego? Najem lokalu w pewnym sytuacjach może być tańszy niż nabycie własności lokalu. Niektóre z okoliczności wskazanych przez odwołującego, w przeświadczeniu przystępującego świadczą wręcz o wyższych kosztach (np. doraźna współpraca) niż o sprzyjających i dostępnych wykonawcy warunkach cenotwórczych. Dalej wskazał, że odwołujący nawet nie udowodnił tak wskazanych okoliczności w jakikolwiek sposób (np. nie przedstawił aktu własności lokalu, oświadczeń podmiotów z nim doraźnie współpracujących lub umów, zaświadczenia z ZUS o niezatrudnianiu pracowników itp.). Okoliczności nie zostały powiązane z ceną oferty procentowo czy kwotowo (o ile, w jakiej proporcji mógł obniżyć cenę oferty odwołujący). Odwołujący nie wykazał w jaki sposób te okoliczności miały wpływ na obniżenie ceny.

Przystępujący podnosił, iż w doktrynie przyjmuje się, że „Wykonawca nie może *poprzestawać na ogólnikowym przywoływaniu okoliczności faktycznych dotyczących jego*



*sytuacji bez wykazania realnego wpływu tych okoliczności na poziom zaoferowanej ceny. Nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz konieczne jest złożenie wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zaistnienie po stronie wykonawcy obiektywnych czynników wpływających na obniżenie ceny oferty powinno być udowodnione". [Boryczko Ewa, Rażąco niska cena oferty w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, Zamówienia Publiczne. Doradca, nr 6/2012, s. 56). Przystępujący argumentował, że w orzecznictwie za nieskuteczne wyjaśnienia uznaje się nawet takie, które zawierają obiektywne okoliczności, ale nie wykazano ich wpływu na wysokość ceny oferty. Przykładowo w wyroku z dnia 9 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2338/12) Izba stwierdziła: „Niewątpliwie wszystkie przywołane przez przystępującego okoliczności miały charakter obiektywny w rozumieniu art. 90 ust. 2 ustawy P.z.p. Jednakże wykonawca nie przedstawił zamawiającemu żadnej kalkulacji pozwalającej na ustalenie, w jaki sposób przełożyły się na możliwość obniżenia ceny oferty".*

W dalszej kolejności odwołujący stwierdza (oświadcza), że (okoliczności powyżej - uwaga własna przystępującego) „powyższe skutkuje możliwością zaoferowania przeze mnie konkurencyjnych cen za wykonanie zamówienia. Jednocześnie oświadczam, że w cenie oferty zostało uwzględnione wykonanie wszystkich czynności wyszczególnionych w SIWZ, w szczególności w opisie przedmiotu zamówienia oraz został uwzględniony satysfakcjonujący mnie zysk". Przystępujący przywołał wyrok z dnia 13 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2354/12), gdzie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła: „Wykonawcy wolno opisać dowolne przyczyny uzasadniające rzetelną kalkulację ceny ofertowej, jednak pod warunkiem, że mają one charakter obiektywny, dający się zweryfikować. W ocenie Izby w złożonych przez, odwołującego wyjaśnieniach takich czynników brak. O ile odwołujący TT wyjaśnieniach wskazuje np. że posiada biuro w Warszawie, czy że w ramach prowadzonej działalności świadczy wiele usług o podobnym charakterze co daje możliwość świadczenia usług po niższych kosztach, w związku z równoległym zatrudnieniem ekspertów przy realizacji różnych projektów to brak jest jakiegokolwiek argumentacji która wskazywała by w jaki sposób przekłada się to na zaproponowaną cenę jak też, iż są to czynniki obiektywne dostępne tylko dla tego wykonawcy. Za takie czynniki nie mogą być również uznane zawarte w wyjaśnieniach stwierdzenia odwołującego, iż zaproponowana kwota w pełni pokrywa jego oczekiwania finansowe związane z przedmiotowym zamówieniem, czy też fakt, że przyjęty wskaźnik kosztów ogólnych wynika z dotychczas realizowanych przez odwołującego projektów o podobnym zakresie, a zakładana rentowność z przyjętych przez odwołującego założeń funkcjonowania firmy. Nie sposób nadać im waloru obiektywności dostępności tylko dla

odwołującego. W ocenie Izby poprzestając jedynie na złożeniu ogólnikowych wyjaśnień i odstępując od udowodnienia powoływanych przyczyn wykonawca czyni to na własne niebezpieczeństwo. Izba nie podzieliła poglądu odwołującego, że zamawiający nie dokonał rzetelnej i wyczerpującej oceny wyjaśnień. Wobec ogólnikowych stwierdzeń zawartych w wyjaśnieniach nie miał możliwości dokonywania głębszej analizy złożonych wyjaśnień, gdyż nie zawierały one żadnych szczegółowych danych, które takiej analizie mogłyby być przez zamawiającego poddane. W ocenie Izby informacje zawarte w wyjaśnieniach odwołującego zawierają - wbrew dyspozycji art. 90 ust. 2 ustawy P.z.p. - tylko ogólne stwierdzenia i nie wyjaśniają, czy i jaki wpływ mają poszczególne czynniki na konkretną wysokość zaoferowanej ceny, ani nie wskazują żadnych dowodów na potwierdzenie prawidłowości wyliczenia ceny. W tej sytuacji zamawiający był zobowiązany odrzucić oferty skarżącego, skoro złożone wyjaśnienia nie potwierdziły, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia co dawało podstawy do uznania, że cena oferty jest rażąco niska - zgodnie z art. 90 ust 3 ustawy Pzp. Ciężar dowodu, że cena nie jest ceną rażąco niską, spoczywa na wykonawcy składającego ofertę, a nie na Zamawiającym, który w dodatku nie musi "podpowiadać" wykonawcy, dlaczego uważa cenę za rażąco niską".

W dalszej części wyjaśnień odwołujący dokonał przeliczenia godzin wynikających z zakresu zamówienia na miesiące pełnego etatu z umowy o pracę, wskazując, że zakres zamówienia odpowiada 3 miesiącom takiego etatu. Następnie przyjął wysokość ustawowego minimalnego miesięcznego wynagrodzenia i pomnożył ją przez wskazane 3 miesiące (co dało mu wynik 4.800,00 zł). Dla przystępującego, powstało jednak pytanie czemu miały służyć te wyliczenia? Dlaczego dla tych wyliczeń odwołujący przyjął wysokość minimalnego ustawowego wynagrodzenia? Dlaczego nie uwzględnił innych kosztów realizacji zamówienia? Zdaniem przystępującego, odwołujący nie wziął pod uwagę przedmiotu zamówienia, przecież nie są to usługi, które mają być świadczone przez niskokwalifikowanych pracowników fizycznych, ale przez osoby z odpowiednimi uprawnieniami zawodowymi (adwokatów, radców prawnych). Dodatkowo zamawiający postawił w stosunku do tych osób warunek posiadania doświadczenie w sprawowaniu obsługi (pomocy) prawnej w sprawach w zakresie: finansów publicznych, gospodarki nieruchomościami, prawa pracy, prawa cywilnego (w szczególności w zakresie zobowiązań), prawa budowlanego. Wynagrodzenie takich osób, co potwierdzają zasady doświadczenia życiowego (ale także uzupełniająco chociażby rozporządzenia określające minimalną płacę w administracji samorządowej lub rządowej na stanowisku radcy prawnego - wg tzw. kategorii zaszeregowania), nie stanowi w skali miesiąca wysokości minimalnego ustawowego wynagrodzenia. Zaznaczał, że wymagane przez

zamawiającego doświadczenie takich osób dotyczy w dużej mierze szczególnych dziedzin prawa bo związanych z obsługą jednostek sektora finansów publicznych (finanse publiczne, gospodarka nieruchomościami) i w połączeniu z pozostałymi dziedzinami wymaganego doświadczenia powoduje, że na rynku usług prawniczych występuje deficyt adwokatów, radców prawnych specjalizujących się w tak określonym zakresie. Tym bardziej za bezpodstawne uznał wyliczenia, jak i ich uzasadnienie dokonane przez odwołującego w złożonych przez niego wyjaśnieniach. Dodatkowo, podnosił, że brak jakichkolwiek ustawowych jak i praktycznych podstaw do przyjmowania ustawowego minimalnego wynagrodzenia jako automatycznej przesłanki braku rażącej niskiej ceny oferty, i traktowanie pozostałej kwoty ceny oferty jako zysku. Przystępujący ubocznie zauważył, że w ramach postępowania odwoławczego przed KIO w określonych prawnie okolicznościach przysługuje zwrot uzasadnionych kosztów zastępstwa przez pełnomocnika strony. Odwołujący we wniesionym odwołaniu żąda zasądzenia tych kosztów, ale nie ogranicza się w tym przypadku do wysokości minimalnego miesięcznego wynagrodzenia, a wskazuje maksymalną dopuszczalną kwotę 3600 zł, a przecież pełnomocnik będzie musiał świadczyć znacząco mniej godzin zastępstwa (ze złożonych wyjaśnień wynika, że ilości godzin odwołujący przypisuje kluczowe znaczenie dla kalkulacji), niż w przypadku miesięcznej obsługi zamawiającego objętego przedmiotem zamówienia. Przystępujący uznał uprawnienie odwołującego do takich żądań, ale jednocześnie wskazał na bezpodstawność przyjętych przez odwołującego wyliczeń zawartych w wyjaśnieniach złożonych zamawiającemu. Przystępujący argumentował, że odwołujący w złożonych wyjaśnieniach nie odniósł się w ogóle do realnych kosztów zatrudnienia adwokata lub radcy (w tym doraźnie), nie określił kosztów czy chociażby proporcji do ceny - związanych z dojazdami na dyżury, zakupem specjalistycznej literatury i użytkowania specjalistycznego oprogramowania prawniczego i sprzętu komputerowego, utrzymania telefonu (faksu), kosztów związanych z utrzymaniem lokalu, konieczności uiszczenia wymaganych podatków (VAT, dochodowy, od nieruchomości), kosztów zakupu polisy OC, kosztów związanych z należyтым przygotowaniem się merytorycznym do dyżurów (dodatkowe godziny), potencjalną utratą możliwości świadczenia na rzecz innych podmiotów w dniu świadczenia dyżuru dla zamawiającego (w przypadku 2 godzinnego dyżuru w danym dniu de facto nie istnieje możliwość wykorzystania pozostałego czasu na dyżur u innego klienta).

Odwołujący ponadto oświadcza w wyjaśnieniach, że "cena przedstawiona w ofercie jest zbliżona do cen, za które świadczą usługi prywatnym firmom, które nie są zobowiązane do stosowania ustawy Pzp" i jednocześnie wymienia podmiot Willa Krasicki Sp. z o.o. (w załączeniu przedstawia list referencyjny). Powyższa okoliczność także nie

uzasadnia wysokości ceny oferty odwołującego (w jaki sposób ta okoliczność wpływa na wysokość ceny oferty, w jaki konkretnie sposób ją zdeterminowała, jakie ma szczegółowe znaczenie dla kalkulacji ceny oferty?). Ponadto należy zauważyć, że przedmiot i zakres usługi wykonywanej przez odwołującego dla wykazanego podmiotu jest inny niż objęty przedmiotem postępowania (nie obejmuje większości dziedzin prawa objętych przedmiotem zamówienia) ponadto był wykonywany jedynie przez 6 miesięcy w stosunku do 2 letniego okresu realizacji zamówienia. Inne ryzyka ekonomiczne wynikają dla umów krótkoterminowych, a inne dla długoterminowych. Podobne uwagi, przystępujący odniósł do wymienionych w przedmiotowych wyjaśnieniach usług na rzecz Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego, których zakres, rodzaj i przedmiot (badanie zamówień publicznych) jest całkowicie inny niż zamówienia, którego dotyczy oferta odwołującego. Zaznaczył, że nie wiadomo w jakim kontekście zostaje przytoczone przez odwołującego w wyjaśnieniach zamówienie udzielone przez Polską Organizację Turystyczną - z podaniem linku internetowego. W tym miejscu niezależnie od powyższego faktu wskazał, że w wyroku z dnia 19 września 2012 r. (sygn. akt KIO 1906/12) Izba zawarła tezę: *„Samo powołanie się na stronę, internetową bez przedłożenia dokumentu mającego stanowić dowód w sprawie nie czyniło zadość obowiązkowi udowodnienia okoliczności, z, których strona wywodzi skutki prawne”*.

Bez wpływu w opinii przystępującego na skuteczność wyjaśnień (utrzymanie domniemania rażąco niskiej ceny oferty) - pozostaje nie powiązane ze sposobem określenia wysokości oferty odwołującego - oświadczenie, że „Cena w złożonej przeze mnie ofercie jest jedną z najniższych zaproponowanych w innych ofertach (ale nie najniższa) i należy do pięciu ofert z, czternastu złożonych, których ceny nie przekroczyły 50% wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego, jednakże nie jest najniższa.” Na koniec wyjaśnień odwołujący przytacza jeden wyrok Izby z dnia 12 lutego 2009 r., w zakresie rażąco niskiej ceny oraz jeden wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 23 marca 2005 r., w zakresie nieuczciwej konkurencji. Trudno uznać, że przytaczanie orzecznictwa w wyjaśnieniach pozwala określić charakter ceny oferty odwołującego jak i czynniki, które wpłynęły na jej wysokość.

Przystępujący podsumował, że z treści zawartych w złożonych przez odwołującego wyjaśnieniach, jak i przedstawionego powyżej stanowiska wynika, iż zamawiający dokonał prawidłowej oceny podniesionych przez odwołującego argumentów, a jego czynnościom nie można przypisać cech bezprawności.

Przystępujący nie odnosił się do treści odwołania, w zakresie wykraczającym poza wyjaśnienia i dowody wskazane w wyjaśnieniach złożonych zamawiającemu w

postępowaniu, jako spóźnionych na etapie postępowania odwoławczego. Mając na uwadze powyższe oraz orzecznictwo KIO wskazujące, że „*wyjaśnienia, zawierające niekonkretne i ogólnikowe stwierdzenia, należy uznać za niezłożone*” (tak: wyrok KIO z dnia 26 listopada 2010 r. sygn. akt: KIO/2498/10, analogicznie też wyrok z dnia 12 października 2011 r. KIO 2120/11) przystępujący stwierdził, że odwołujący nie złożył na wezwanie zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wymaganych wyjaśnień i nie przedstawił dowodów, a związku z powyższym na zamawiającym na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp ciążył obowiązek odrzucenia oferty odwołującego, któremu to obowiązki zamawiający uczynił zadość w postępowaniu.

2) w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp „*poprzez prowadzenie postępowania w sposób, który narusza zasady uczciwej konkurencji oraz nierówno traktuje wykonawców*”

Przystępujący zaprzeczył twierdzeniom odwołującego, że podejmowanie czynności przez zamawiającego zgodnie z ustawą Pzp stanowi naruszenie wskazanych przez odwołującego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania czy też obiektywizmu. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z ustawą Pzp, jak i kryteriami wyboru najkorzystniejszej oferty ustalonymi w SIWZ. Wskazał, że zamawiający może dokonywać wyboru jedynie spośród ofert niewadliwych, które spełniają warunki ustawy Pzp i SIWZ. Oferta odwołującego podlegała odrzuceniu, co jak przystępujący zaznaczał zostało wykazane powyżej, a oferta przystępującego spełniała wszelkie wymagania ustawy Pzp oraz SIWZ, jak i przedstawiała najkorzystniejszy bilans we wszystkich kryteriach oceny ofert.

Odwołujący podnosił ponadto, że zamawiający nie wystąpił do przystępującego o złożenie wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny. Przystępujący wskazał, że zamawiający nie mógł wystąpić w stosunku do przystępującego o takie wyjaśnienia, gdyż cena oferty przystępującego nie budziła jakichkolwiek wątpliwości w kontekście rażąco niskiej ceny. Odwołujący pominął w odwołaniu fakt, że cena oferty przystępującego (117.784,80 zł) stanowi ponad 155% wysokości ceny oferty Przystępującego, a ponadto odnosząc się do cen wszystkich 14 złożonych ofert, należy wskazać, że pomiędzy ofertą odwołującego a przystępującego znajdowała się jeszcze oferta odrzuconego wykonawcy z ceną w wysokości 108.633,60 zł. Kolejna po ofercie przystępującego pod względem ceny była oferta za cenę 138.744,00 zł, a więc nieznacznie odbiegająca od ceny oferty przystępującego. Zaznaczał, że odwołujący nie posiada interesu w uzyskaniu zamówienia polegającego na kwestionowaniu prawidłowości złożenia oferty przez przystępującego,

jak też takie odwołanie jest niedopuszczalne zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp w związku z art 180 ust 2 ustawy Pzp.

3) w zakresie zarzutu naruszenia „art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp poprzez uznanie, że oferta wykonawcy nie jest ofertą najkorzystniejszą”

Przystępujący wskazał, że wobec tego co zostało już wykazane powyżej ten zarzut jest bezpodstawny.

4) w zakresie zarzutu naruszenia „art. 271 § 1 kodeksu karnego poprzez poświadczenie przez Przewodniczącego Komisji nieprawdy w dokumencie z dnia 16 stycznia 2013 r. informującym o ocenie złożonej przez odwołującego oferty, iż wykonawca: nie dołączył do wyjaśnień żadnych dowodów, potwierdzających, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, podczas gdy zarówno do wyjaśnień złożonych w formie pisemnej jak i tych samych wyjaśnień przesłanych dodatkowo na adres Przewodniczącego Komisji w wersji elektronicznej zostały przedmiotowe dowody dołączone”.

Przystępujący wskazał, że orzekanie z tym zakresie nie należy do kognicji Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie. Odwołujący wykonując zawód adwokata musi w tym zakresie posiadać pełną wiedzę.

Ubocznie przystępujący stwierdził, że ten zarzut odwołującego jest całkowicie chybiony, gdyż w przytoczonym piśmie dotyczącym wyboru najkorzystniejszej oferty nie wskazano jak sugeruje odwołujący, że „wykonawca nie dołączył do wyjaśnień żadnych dowodów”, ale że „wykonawca nie dołączył do wyjaśnień żadnych dowodów, potwierdzających, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny” - inaczej wykonawca nic nie udowodnił.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę: G..... H..... Kancelaria Prawna ul. Janowskiego 11/30, 02-784 Warszawa, do udziału w sprawie, uznając, że jego interes w popieraniu stanowiska zamawiającego utrzymania czynności wyboru jego oferty jest niewątpliwy.

Zamawiający nie uwzględnił odwołania podtrzymał stanowisko wyrażone w powiadomieniu o wynikach przetargu. W odpowiedzi na odwołanie z dnia 28 stycznia 2013 r. zamawiający wnosil:

- 1) o oddalenie odwołania w całości;
- 2) zasądzenie na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego w wysokości wynikającej z odrębnych przepisów.

Zamawiający stwierdził, iż decyzja o odrzuceniu oferty odwołującego była prawidłowa. W świetle złożonych przez odwołującego wyjaśnień zamawiający nie mógł inaczej postąpić jak tylko jego ofertę odrzucić jako zawierającą rażąco niską cenę. Na wstępie podnosił, że wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość oferowanej ceny było w pełni uzasadnione. Przepisy Pzp nie definiują pojęcia ceny rażąco niskiej. Próby definiowania tego pojęcia możemy jednak znaleźć w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W orzecznictwie tym częstokroć przyjmuje się, że za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależyтым wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości (wyrok KIO z dnia 3 czerwca 2011 roku, KIO 1039/11 oraz wyrok z dnia 13 stycznia 2009 roku, KIO/UZP 1511/08). Podobną próbę definicji pojęcia ceny rażąco niskiej znajdujemy w opinii Urzędu Zamówień Publicznych; *"Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależyтым wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości."* W wyroku z dnia 31 lipca 2009 roku (KIO/UZP 906/09) KIO stwierdziła, „że punktem odniesienia do kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej mogą być w szczególności: wartość zamówienia ustalona należycie przez zamawiającego i powiększona o VAT, ceny zaoferowane przez innych wykonawców, ceny rynkowe przedmiotu zamówienia: „Na podstawie znanych orzeczeń można przyjąć, że punktem odniesienia do kwalifikacji ceny, jako rażąco niskiej mogą być w szczególności:

- 1) wartość zamówienia ustalona należycie przez zamawiającego i powiększona o VAT;
- 2) ceny zaoferowane przez innych wykonawców;
- 3) ceny rynkowe przedmiotu zamówienia."

Podobnie Izba uznała w wyrokach KIO/UZP 2604/10 z dnia 18 grudnia 2010 r. (KIO/UZP 2338/10 z dnia 10 listopada 2010 r.; KIO/UZP 1663/10 z dnia 18 sierpnia 2010 r., gdzie porównywała ceny ofertowe do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia oraz do cen innych ofert złożonych w postępowaniu, do cen rynkowych jak również do średniej cen ofert.

Zamawiający zaznaczał, że uznanie, iż cena oferty jest rażąco niska, jest kwestią rozpatrywaną na gruncie konkretnego postępowania i dlatego przyjmowanie jakichś ustalonych sztywnych pułapów rozbieżności byłoby nieuzasadnione. Przy ocenie, czy istotnie mamy do czynienia z ceną rażąco niską, rozstrzygające znaczenie ma ocena wyjaśnień wykonawcy. Dlatego równie istotne znaczenie ma pytanie kiedy zamawiający powinien przeprowadzić postępowanie wyjaśniające, czy nie doszło do złożenia oferty z rażąco niską ceną. W tym zakresie należy odnieść się do wartości szacunkowej zamówienia oraz średnich cen ofert złożonych w postępowaniu. Wartość szacunkowa przedmiotowego postępowania została określona na kwotę 252 000 zł. wraz z podatkiem VAT. Przy czym za istotne uznał zamawiający, że była to kwota uwzględniająca prawdopodobną wartość usług dodatkowych zleceń, które nie były wyceniane w ofertach. Kwota szacunkowa wynagrodzenia za stałe miesięczne usługi wynosiła 136.585,38 zł bez podatku od towarów i usług, a z tym podatkiem 168.000 zł. Jak się okazało po złożeniu ofert, wartość ta została bardzo trafnie oszacowana, gdyż średnia cena złożonych ofert wyniosła 170 284,01 zł z podatkiem od towarów i usług, średnia ta, z pominięciem oferty odwołującego i najtańszej oferty (oferta odwołującego była cenowo druga w kolejności) wynosi 152.858 bez podatku od towarów i usług oraz 188.015,34 zł z tym podatkiem. Z powyższych zestawień wynika, że wartość szacunkowa przyjęta przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania jest zbliżona do średniej cen ofert złożonych tym postępowaniu. Z powyższego zamawiający wnioskował, że dokonał z należytą starannością czynności szacowania wartości zamówienia. Jednocześnie powyższe zestawienie pokazuje, że cena oferty odwołującego wyraźnie odbiega zarówno od wartości szacunkowej powiększonej o podatek od towarów i usług jak i od średniej cen złożonych ofert. Odwołujący zaoferował bowiem wykonanie zamówienia za kwotę 61.560 zł bez podatku od towarów i usług oraz 75.718,80 zł z tym podatkiem. Zamawiający wyliczył, że cena oferty odwołującego stanowi 45% wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT oraz 40% średniej cen ofert (z pominięciem oferty odwołującego i najtańszej oferty). Tak znacząca różnica pomiędzy ceną oferty odwołującego a wskazanymi wartościami wywołała wątpliwości zamawiającego, co do tego czy nie doszło do złożenia oferty z rażąco niską ceną. Stanowiło to wystarczającą podstawę do zwrócenia się do odwołującego o wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Potwierdza to orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku KIO z dnia 5 marca 2011r., sygn. akt KIO 358/11, dotyczącym postępowania, w którym zamawiający zaniechał wyjaśnienia kwestii ceny rażąco niskiej, stwierdzono, że wyjaśnienie rażąco niskiej ceny stanowi nie tyle prawo, co obowiązek zamawiającego. Izba stwierdziła, że „w przypadku powzięcia przez zamawiającego jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności skalkulowania ceny oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma on obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. (...) Za



wystarczające uzasadnienie do wezwania należy uznać wątpliwości powstałe na skutek np. porównania ceny danej oferty do cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu do średnich cen rynkowych lub też wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego". W przywołanej sprawie cena oferty kwestionowanej stanowiła 67,7% w stosunku do średniej ceny pozostałych ofert, 77,4% średniej ceny najniższych zbliżonych do siebie sześciu ofert oraz 56,1 % ceny ustalonej przez zamawiającego w oparciu o kosztorysy inwestorskie. W niniejszej sprawie różnice te są jeszcze bardziej drastyczne, co świadczy o tym, że Zamawiający miał niekwestionowane podstawy aby badać okoliczności wystąpienia rażąco niskiej ceny w ofercie odwołującego." Zamawiający powoływał się na dalsze wyroki Izby w tym sygn. akt KIO 2221/12, gdzie rozstrzygając spraw KIO uznała, że wykonawców należało wezwać do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny: „Biorąc pod uwagę zarówno wartość szacunkową, jak i poziom cen złożonych ofert, zachodziły przesłanki wezwania wykonawców: A. Sp. z o.o. oraz E. S.A. do udzielenia w określonym terminie wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, celem wyeliminowania możliwości, że oferty te zawierają cenę nie pokrywającą kosztów usługi, stwarzając zagrożenie dla prawidłowej realizacji zamówienia." W wyroku stwierdzono także, że: „Prawdą jest, że szczególnie w zamówieniach dotyczących usług niematerialnych, do których można zaliczyć usługi Inżyniera Kontraktu, rozwarstwienie cen bywa szczególnie zauważalne, jednak nie zwalniało to zamawiającego od wyczerpania procedury określonej art. 90 ust. 1 ustawy Pzp." Zamawiający podnosił, iż wezwanie wykonawcy do wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny tworzy domniemanie, iż złożona oferta zawiera rażąco niską cenę. W tej sytuacji na wezwanym wykonawcy spoczywa ciężar dowiedzenia, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zdaniem zamawiającego, wbrew twierdzeniom odwołującego, to nie zamawiający miał udowadniać wystąpienie rażąco niskiej ceny, ale właśnie odwołujący miał obowiązek wykazać, że zaferowana cena nie jest rażąco niska. Na poparcie swoich poglądów zamawiający powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby odwoławczej i przytoczył tezy z następujących orzeczeń: sygn. akt KIO2624/11 z dnia 21.12.2011 r.; sygn. akt KIO 2354/12 z dnia 13.11.2012 r.; sygn. akt KIO 1363/12 z dnia 11.07.2012 r.; sygn. akt KIO 516/12 z dnia 28.03.2012 r. sygn. akt KIO 517/12 z dnia 29.03.2012 r., potwierdzające, że obalenie domniemania, że cena oferty wezwanego wykonawcy nie jest rażąco niska - leży po stronie tegoż wykonawcy. Wykonawca, który został wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ma obowiązek złożyć wyjaśnienia wyczerpujące i przekonujące, odpowiednio umotywowane, tak aby rozwiązać wszelkie wątpliwości zamawiającego. Tymczasem wyjaśnienia złożone przez odwołującego nie miały takiego charakteru. Odwołujący nie wykazał żadnych szczególnych okoliczności, które byłyby tylko jemu dostępne, a przemawiały za obniżeniem ceny. Nie wykazał też zależności pomiędzy

podnoszonymi okolicznościami a zaoferowaną ceną; nie przedstawiono żadnych wyliczeń. Natomiast dowody na „rynkowość” zaproponowanej stawki godzinowej, uznał zamawiający za niewystarczające. Zamawiający przywołał wyrok SO w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007r. (V Ca 214/06, gdzie wskazano, że *„dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.”* Zamawiający przywołał dalsze wyroki KIO potwierdzające aktualność linii orzeczniczej wyznaczonej wskazanym wyżej wyrokiem SO. Zamawiający podnosił, że odwołujący opisał 4 okoliczności uzasadniające obniżenie ceny określając je sprzyjającymi i dostępnymi wykonawcy:

1. osobiste wykonywanie zamówienia;
2. niezatrudnianie pracowników, a więc brak kosztów zatrudnienia;
3. adwokaci i radcowie wskazani w ofercie świadczą usługi doraźnie na podstawie umów cywilnoprawnych;
4. posiadanie własnego lokalu.

Zamawiający zanegował twierdzenia, że wskazane przez odwołującego przyczyny stanowią wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne jedynie odwołującemu. Wykonywanie zawodu adwokata w formie indywidualnej kancelarii nie należy bowiem do rzadkości. Podobnie nie zatrudnianie personelu na umowę o pracę, czy działanie we własnym lokalu jest cechą wielu innych kancelarii prawnych. Argument o korzystaniu z pomocy podwykonawców doraźnie nie przekonał zamawiającego, gdyż doraźne korzystanie z usług łączy się na ogół z wyższymi cenami niż przy stałej współpracy. Wyjaśnienia odwołującego uznał zamawiający za wewnętrznie sprzeczne, gdyż z jednej strony podniesiono brak podwykonawców, z drugiej zaś wskazano na doraźne korzystanie z ich pomocy.

W odniesieniu do ostatniego argumentu, tj. posiadania własnego lokalu odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, np. odpisu z księgi wieczystej. W ogólności uznał zamawiający wykazywanie się posiadaniem własnego lokalu za okoliczność niesprzyjającą, gdyby był to lokal zakupiony na kredyt. Jako niezwykle ważne zamawiający wskazywał, że odwołujący nie wykazał żadnego związku między wskazanymi przyczynami obniżenia ceny a skalkulowaną ceną. Odwołujący nie przedstawił żadnych kalkulacji wykazujących związek pomiędzy podnoszonymi okolicznościami a zaoferowaną ceną. Nie zaprezentował żadnych wyliczeń obejmujących koszty stałe funkcjonowania kancelarii ani zmienne związane z realizacją przedmiotowego zamówienia. Nie podjął żadnej próby wyliczenia w jaki sposób wskazywane przez niego czynniki doprowadziły do zaoferowania takiej, a nie innej ceny. Tymczasem zgodnie z orzecnictwem, nie jest wystarczające przywołanie okoliczności

mających wpływ na cenę ale konieczne jest także pokazanie w jaki sposób wpłynęły one na cenę. W jaki sposób i jakim stopniu poszczególne czynniki wpłynęły na obniżenie ceny. Tak podaje wyrok KIO z dnia 07.08.2010 r. KIO 679/10.

W odniesieniu do dalszej części wyjaśnień, tj. wycień odwołującego, że jego wynagrodzenie jest wyższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę, zamawiający podnosił, iż nie może zostać to zaakceptowane, bowiem nie można porównywać pracy i odpowiedzialności zawodowej i materialnej oraz okresu przygotowania zawodowego adwokata - do pracy osób o najniższych kwalifikacjach.

W odniesieniu do kolejnego argumentu, że podobne stawki godzinowe odwołujący stosuje wobec podmiotów prywatnych (Willa Krasicki Sp. z o.o.), a także inni wykonawcy w innych przetargach (przetarg MKiDN oraz w postępowaniu prowadzonym przez Polską Organizację Turystyczną), zamawiający nie uznał ich za przekonujące, bowiem nie zostały poparte wystarczającymi dowodami. Przedstawiona referencja Willa Krasicki Sp. z o.o. nie wskazuje jakie były warunki świadczenia usługi, w szczególności jaki był zakres i stawka godzinowa. Tak samo informacja o wynikach przetargu organizowanego przez MKiDN. Na podstawie tej informacji można uznać za udowodnioną cenę wybranej oferty, lecz zamawiający uznał to za niewystarczające, bo nie wiadomo czego tak naprawdę dotyczy ta cena, czy istotnie ma być to 1400 godzin i w jakich warunkach. Podobnie zamawiający odniósł się do wskazywanego przetargu Polskiej Organizacji Turystycznej, gdzie odwołujący nie złożył wydruku ze strony internetowej, a jedynie wskazał na adres tej strony. Jednakże rolą zamawiającego nie jest poszukiwanie dowodów w Internecie – badanie warunków innego przetargu przeprowadzanie symulacji wycień i porównań. W wyroku z dnia 22.06.2012 r. sygn. akt KIO 1186/12 Izba orzekła *„iż podstawą oceny w trybie art. 90 Pzp są wyłącznie wyjaśnienia wezwanego wykonawcy. Rolą zamawiającego nie jest poszukiwanie argumentów potwierdzających stanowisko danego wykonawcy, ale ich rzetelna ocena. Złożenie szczegółowych wyjaśnień jest bowiem obowiązkiem wykonawcy, zaś zamawiający z ich treści nie może wywodzić okoliczności nie podanych.”* Nawet, gdyby we wskazanych przetargach stosowano stawki niższe, to nie może podważać to decyzji zamawiającego, ponieważ wybór ofert mógł być obarczony wadą rażąco niskiej ceny. Zamawiający podsumował, że na podstawie udzielonych wyjaśnień, nie miał możliwości uznać, że zaoferowana cena nie jest rażąco niską. Udzielone wyjaśnienia były niewystarczające, aby obalić domniemania rażąco niskiej ceny. Obowiązek odrzucenia ofert wynika z przeprowadzonej oceny wyjaśnień wykonawcy, a ta musiała być negatywna ze względów przywoływanych powyżej.

Zamawiający wskazywał, że w odwołaniu podniesiono kolejne argumenty przemawiające w opinii odwołującego za tym, że oferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Jednak odwołujący na etapie odwołania nie może powoływać nowych argumentów, co potwierdza liczne orzecznictwo, np. wyrok KIO sygn. akt 2354/12 z dnia 13.11.2012 r. *"Późniejsze, po upływie wyznaczonego przez zamawiającego terminu, uzupełnienie złożonych wyjaśnień jest niedopuszczalne, w szczególności na etapie rozpoznawania środków ochrony prawnej,"* i dalsze orzeczenie KIO *"Procedura wyjaśniania ceny oferty przez badanie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, odbywa się wyłącznie na etapie badania i oceny ofert. Wykonawca, który nie zastosował się w pełni do wymagań w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, nie może oczekiwać oceny jego dodatkowych wyjaśnień i uwzględnienia dowodów składanych dopiero w postępowaniu odwoławczym."*

Argument ze strony 9 odwołania, że za obniżeniem ceny, zdaniem odwołującego, przemawia prestiż wynikający ze świadczenia usług na rzecz Sądu Okręgowego w Warszawie. W ocenie zamawiającego podniesienie tego typu argumentu *de facto* świadczy o przyznaniu pośrednio przez odwołującego, że kalkulując cenę oferty kierował się przesłankami niemerytorycznymi, co potwierdza, iż złożona oferta zawierała cenę rażąco niską.

Zarzuty naruszenia przepisów art. 271 i 321 K.k. – niezależnie od tego, że pozostają poza kognicją Krajowej Izby Odwoławczej – Zamawiający uznał za całkowicie chybione.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania, z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z oferty odwołującego, korespondencji stron. Nadto, Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika postępowania przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów podtrzymanych na rozprawie - stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na: Sprawowanie obsługi (pomocy) prawnej w sprawach w zakresie: finansów publicznych, gospodarki nieruchomościami, prawa pracy, prawa cywilnego (w szczególności w zakresie zobowiązań), prawa budowlanego dla Sądu Okręgowego w o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8

ustawy Pzp, tj. nieprzekraczającej wyrażonej w złotych równowartości kwoty 130.000 euro.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera następujące postanowienia.

Rozdział II. Przedmiot i termin realizacji zamówienia.

1. Przedmiot zamówienia

1) Przedmiotem zamówienia jest sprawowanie obsługi (pomocy) prawnej w sprawach w zakresie: finansów publicznych, gospodarki nieruchomościami, prawa pracy, prawa cywilnego (w szczególności w zakresie zobowiązań), prawa budowlanego, dla Sądu Okręgowego w Warszawie.

2) Zamawiający zastrzega możliwość powierzenia wykonawcy sprawowania obsługi (pomocy) prawnej w sprawach z zakresu ustawy o podatku od osób fizycznych oraz podatku od towarów i usług. Zamawiający dopuszcza możliwość świadczenia pomocy prawnej w tym zakresie przez osoby nie posiadające tytułu radcy prawnego i/lub adwokata. Usługa w tym zakresie może być świadczona np. przez prawnika, doradcę podatkowego, itp.

Zamawiający potwierdził, że usługi prawnicze w tym zakresie będą udzielane wybranemu wykonawcy na odrębne zlecenie - jak oświadczył pełnomocnik pani L..... M.....

Drugi pełnomocnik zamawiającego radca prawny D..... W..... oświadczył, że sprawowanie obsługi-pomocy prawnej w zakresie podatkowym wchodzi w skład ceny zamówienia objętej ofertą wykonawcy, a nie na odrębne zlecenie.

3) SIWZ - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi Załącznik Nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

4) Przedmiot zamówienia będzie realizowany zgodnie z postanowieniami projektu umowy, stanowiącego Załącznik Nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

9) Zamawiający dopuszcza możliwość udziału podwykonawców przy realizacji niniejszego zamówienia. W takim przypadku wykonawca ma obowiązek wskazać w ofercie, czy powierzy wykonanie zamówienia podwykonawcom i w jakim zakresie.

2. Termin realizacji zamówienia. Przedmiot zamówienia realizowany będzie w okresie 24 miesięcy od dnia podpisania umowy.

Rozdział III. Opis sposobu przygotowania oferty.

1. Informacje ogólne.

2) Oferta musi obejmować cały przedmiot zamówienia.

3. Zawartość merytoryczna oferty

1) Oferta powinna być sporządzona na formularzu ofertowym stanowiącym Załącznik Nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w oparciu o szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, stanowiący Załącznik Nr 1 do specyfikacji istotnych warunków

zamówienia i zawierać cenę ofertową wykonania przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem warunków wykonania przedmiotu zamówienia, określonych w projekcie umowy, stanowiącym Załącznik Nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Rozdział IV. Warunki udziału w postępowaniu (...) oraz sposób dokonywania oceny spełnienia warunków.

#### 1. Warunki udziału w postępowaniu

O zamówienie ubiegać się mogą wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

- 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
- 2) posiadania wiedzy i doświadczenia;
- 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, iż dysponuje co najmniej dwoma osobami – adwokatami i/lub radcami prawnymi, wpisanymi na listę adwokatów lub na listę radców prawnych prowadzoną odpowiednio przez Okręgową Radę Adwokacką albo Radę Okręgowej Izby Radców Prawnych, posiadającymi doświadczenie w sprawowaniu obsługi (pomocy) prawnej z zakresu dziedzin prawa objętych niniejszym zamówieniem określonych w Rozdziale II ust. 1 pkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj. zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że posiada ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia nie mniejszą niż: 2.000.000,00 zł (słownie: dwa miliony złotych 00/100).

1.2 Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu będzie dokonywana na zasadzie: spełniania/niespełniania, na podstawie złożonych dokumentów lub oświadczeń wymaganych w postępowaniu.

1) W celu potwierdzenia spełniania opisanych warunków oraz braku podstaw do wykluczenia z postępowania, wykonawca zobowiązany jest do dołączenia do oferty wskazanych poniżej dokumentów:

d) wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, odpowiadających wymaganiom określonym w pkt 1.1 ppkt 3, na formularzu stanowiącym Załącznik Nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi osobami;

e) opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca posiada ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, odpowiadającej wymaganiom

określonym w pkt 1.1 ppkt 4; w przypadku, gdy z ww. dokumentu nie wynika fakt opłacenia polisy, należy również złożyć dokument potwierdzający jej opłacenie.

Rozdział VI. Opis sposobu obliczenia ceny.

1) Cena oferty powinna obejmować wszelkie koszty związane z wykonaniem zamówienia wynikające wprost z załączonego szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik Nr 1), jak również w nim nie ujęte, a bez których nie można zrealizować przedmiotu zamówienia. W szczególności w cenie należy uwzględnić warunki realizacji przedmiotu zamówienia opisane w projekcie umowy (Załącznik Nr 4), w tym m.in.: koszty świadczenia usługi, wszelkie koszty utrudnień związanych z realizacją umowy, wszelkie opłaty, w tym ubezpieczenia, inne opłaty niewymienione, a które mogą wystąpić przy realizacji przedmiotu zamówienia, zysk, narzuty, ewentualne upusty, należny podatek VAT oraz pozostałe składniki cenotwórcze.

2) Ceny za realizację przedmiotu zamówienia pozostaną niezmiennie do końca trwania umowy, z zastrzeżeniem Rozdz. X pkt 3 lit. e SIWZ.

Termin składania ofert do dnia 4 stycznia 2013 r.

Rozdział VIII. Kryteria oceny ofert

1) Zamawiający oceni i porówna jedynie te oferty, które nie zostały odrzucone.

2) Kryterium oceny ofert jest:

a) cena ofertowa - waga kryterium - 70%,

Punkty zostaną obliczone według poniższego wzoru:

cena oferty najtańszej

----- X 100 x 70%

cena oferty badanej

b) sytuacja finansowa wykonawcy - waga kryterium – 20%, tj. posiadanie ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, zwanego dalej ubezpieczeniem OC, na sumę ubezpieczenia mniejszą niż: 2.000.000,00 zł (słownie: dwa miliony złotych 00/100).

W ramach tego kryterium Zamawiający będzie przyznawał punkty za posiadanie ubezpieczenia OC na kwotę powyżej 2.000.000,00 zł, tj. zamawiający przyzna 5 punktów za każdy dodatkowy 1.000.000,00 zł (słownie: jeden milion złotych 00/100), posiadanego ubezpieczenia OC, np. polisa OC na kwotę 4.000.000,00 zł – 10 pkt, polisa OC na kwotę 6.000.000,00 zł - 20 pkt, itd. Zamawiający w ramach tego kryterium przyzna nie więcej niż 20 punktów.

c) dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia – waga kryterium 10% - w przypadku, gdy wykonawca skieruje do realizacji zamówienia więcej niż 2 radców prawnych i/lub adwokatów i wskaże ich w wykazie osób, stanowiącym Załącznik Nr 5 do SIWZ, zamawiający przyzna 2 pkt za każdą dodatkową osobę, np. skierowanie do

realizacji zamówienia 4 osób – 4 pkt, 7 osób – 10 pkt, itd. Zamawiający w ramach tego kryterium przyzna nie więcej niż 10 punktów.

2. Wybór oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający wybierze tę ofertę, która uzyska największą liczbę punktów łącznie w obu kryteriach.

1) Udział w przetargu jest jednoznaczny z przyjęciem warunków umowy zawartych w projekcie umowy stanowiącym Załącznik Nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Załączniki do specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

- 1) Załącznik Nr 1 – Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia;
- 2) Załącznik Nr 2 – Formularz - Oferta przetargowa;
- 3) Załącznik Nr 3a - Formularz - Oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu;
- 4) Załącznik Nr 3b - Formularz - Oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania;
- 5) Załącznik Nr 4 – Projekt umowy;
- 6) Załącznik Nr 5 - Wykaz osób.

Załącznik Nr 1 do SIWZ

Załącznik Nr 1 do umowy

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia.

Przedmiotem zamówienia jest sprawowanie obsługi (pomocy) prawnej w sprawach w zakresie: finansów publicznych, gospodarki nieruchomościami, prawa pracy, prawa cywilnego (w szczególności w zakresie zobowiązań), prawa budowlanego dla Sądu Okręgowego w Warszawie.

Zamawiający zastrzega możliwość powierzenia wykonawcy sprawowania obsługi (pomocy) prawnej w sprawach z zakresu ustawy o podatku od osób fizycznych oraz podatku od towarów i usług.

Zamawiający dopuszcza możliwość świadczenia pomocy prawnej w tym zakresie przez osoby nie posiadające tytułu radcy prawnego i/lub adwokata. Usługa w tym zakresie może być świadczona np. przez prawnika, doradcę podatkowego, itp.

Pomoc prawna, w ramach wynagrodzenia ryczałtowego (oznacza to podzielenie ceny całkowitej oferty przez 24 miesiące realizacji zamówienia, co stanowi ryczałtową cenę miesięczną, co zamawiający przyznał), będzie świadczona przez osoby posiadające uprawnienia do świadczenia pomocy prawnej i będzie polegała w szczególności na:

- 1) udzielaniu porad (pomocy) i konsultacji prawnych oraz wydawaniu opinii w sprawach zgłaszanych przez Kierownictwo Sądu, bądź komórki organizacyjne związane z działalnością Zamawiającego,



- 2) opiniowaniu dokumentów,
- 3) przygotowywanie projektów umów, pism procesowych i pozaprocessowych, aneksów oraz parafowaniu ww. dokumentów i ich opiniowaniu,
- 4) opiniowanie i parafowanie umów cywilno-prawnych (w tym umów o dzieło i zlecenie).

Usługa wykonywana będzie w formie dyżurów, w siedzibie Zamawiającego, 2 dni w tygodniu po 2 godziny, przy czym dni i godziny dyżurów ustalone będą z Zamawiającym, zgodnie z potrzebami, na koniec każdego tygodnia poprzedzającego tydzień dyżurów.

W ramach ceny ryczałtowej za wykonanie przedmiotu umowy Wykonawca zapewni co najmniej 5 godzin świadczenia usług poza dyżurami i siedzibą Zamawiającego.

Strony i przystępujący zgodnie przyznały, że dodatkowe 5 godzin poza dyżurami ma być świadczone w stosunku miesięcznym.

Wykonawca zobowiązuje się pozostawać do dyspozycji Zamawiającego (łącznie telefoniczna, faksowa, elektroniczna) od poniedziałku do piątku w godz. 9.00 -17.00.

Opinie prawne będą sporządzane na piśmie, na odrębne zlecenie, a wynagrodzenie będzie każdorazowo ustalane przez strony. Zamawiający zastrzega, iż koszt sporządzenia jednej opinii prawnej na piśmie nie może być wyższy niż 4.000,00 zł z podatkiem VAT.

Zamawiający przyznał, że ceną oferty objęte są dyżury 2 dni w tygodniu po 2 godziny i dodatkowo 5 godzin miesięcznie.

Zamawiający zastrzega sobie możliwość powierzenia do prowadzenia innych spraw Zamawiającego, w szczególności zastępstwa prawnego i procesowego lub prowadzenie innych spraw przed organami administracji publicznej.

Pełnomocnik Zamawiającego przyznał, iż powyższy zakres zamówienia byłby objęty odrębnymi odpłatnymi zleceniami, tzn. w odniesieniu do: w szczególności zastępstwa prawnego i procesowego lub prowadzenia innych spraw przed organami administracji publicznej.

Formularz Oferty Wykonawcy dla Zamawiającego: Sąd Okręgowy w Warszawie

Niżej podpisani..... działając w imieniu i na rzecz..... (nazwa i siedziba Wykonawcy) (...) przystępując do uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr ZP/OF/79/12 w trybie przetargu nieograniczonego, w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na Sprawowanie obsługi (pomocy) prawnej w sprawach w zakresie: finansów publicznych, gospodarki nieruchomościami, prawa pracy, prawa cywilnego (w szczególności w zakresie zobowiązań), prawa budowlanego dla Sądu Okręgowego w Warszawie, składamy niniejszą ofertę:

1. Oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, za cenę:

bez podatku VAT: ..... zł

(słownie: z podatkiem VAT: ... zł

podatek VAT według stawki: .....%,

w tym:

- 1) wynagrodzenie miesięczne za świadczenie usługi: z podatkiem VAT..... zł, (słownie).
2. Oświadczamy, że przedmiot zamówienia zrealizujemy w terminie: 24 miesiące od dnia podpisania umowy.
3. Oświadczamy, że podana cena zawiera wszelkie koszty związane z wykonaniem zamówienia w tym m.in.: koszty świadczenia usługi, wszelkie koszty utrudnień związanych z realizacją umowy, wszelkie opłaty, w tym ubezpieczenia, inne opłaty niewymienione, a które mogą wystąpić przy realizacji przedmiotu zamówienia, zysk, narzuty, ewentualne upusty, należny podatek VAT oraz pozostałe składniki cenotwórcze.
4. Oświadczamy, że akceptujemy projekt umowy, stanowiący Załącznik Nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zobowiązujemy się w przypadku wyboru naszej oferty do zawarcia umowy na podanych warunkach w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego.
8. Oświadczamy, że zobowiązujemy się, w przypadku wyboru naszej oferty, do posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na kwotę co najmniej 2.000.000,00 zł (słownie: dwa miliony złotych 00/100) i do systematycznego przedłużania ubezpieczenia przez okres realizacji przedmiotu zamówienia.
10. Oświadczamy, że wykonanie niniejszego zamówienia powierzmy podwykonawcom w następującym zakresie\*:
  - 1) .....

\* W przypadku niewskazania zakresu powierzonych podwykonawcom prac, Zamawiający przyjmie, iż Wykonawca nie powierza wykonania niniejszego zamówienia podwykonawcom.

Załącznik Nr 4 do SIWZ

Umowa Nr..... (Projekt)

w dniu ..... 2013 roku w Warszawie pomiędzy: Sądem Okręgowym w Warszawie, 00 - 898 Warszawa, Al. Solidarności 127,(...), zwanym dalej Zamawiającym, reprezentowanym przez:.....

A ..... z siedzibą w....., wpisanym na listę radców prawnych/adwokatów, prowadzoną przez .....w Warszawie, pod numerem .....(...), zwanym dalej Wykonawcą, (...) została zawarta umowa o następującej treści:

§ 1. 1. Zamawiający zleca, a Wykonawca podejmuje się sprawowania pomocy prawnej w sprawach w zakresie: finansów publicznych, gospodarki nieruchomościami, prawa pracy, prawa cywilnego (w szczególności w zakresie zobowiązań), prawa budowlanego dla Sądu Okręgowego w Warszawie, zgodnie ze Szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia,

stanowiącym Załącznik Nr 1 do umowy oraz zgodnie z ofertą Wykonawcy z dnia ....., stanowiącą Załącznik Nr 2 do umowy.

2. Zamawiający zastrzega możliwość powierzenia wykonawcy sprawowania obsługi (pomocy) prawnej w sprawach z zakresu ustawy o podatku od osób fizycznych oraz podatku od towarów i usług. Zamawiający dopuszcza możliwość świadczenia pomocy prawnej w tym zakresie przez osoby nie posiadające tytułu radcy prawnego i/lub adwokata. Usługa w tym zakresie może być świadczona np. przez prawnika, doradcę podatkowego, itp.

3. Wykonawca oświadcza, że ma uprawnienia do świadczenia pomocy prawnej.

§ 2.1. Wykonawca będzie wykonywał pomoc prawną z należytą starannością oraz dbałością o interesy Zamawiającego w zakresie powierzonych czynności, zgodnie z wiedzą i zasadami etyki radcy prawnego/adwokata.

2. Wykonawca oświadcza, że wszystkie osoby skierowane do realizacji umowy są objęte obowiązkowym ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone przy wykonywaniu zleconych mu czynności, o których mowa w § 1 oraz § 8 niniejszej umowy, w związku z ich działaniem lub zaniechaniem.

4. Wykonawca wykonywać będzie zlecone mu czynności w czasie określonym potrzebami i wymogami Zamawiającego.

§ 3. 1. Pomoc prawna, o której mowa w § 1 wykonywana będzie w formie dyżurów w siedzibie Zamawiającego 2 dni w tygodniu po 2 godziny, z tym, że dni i godziny ustalone będą każdorazowo przez Strony na koniec każdego tygodnia, poprzedzającego tydzień, w którym będzie odbywany dyżur. W ramach ceny ryczałtowej, o której mowa w § 6 ust. 1 umowy, za wykonanie przedmiotu umowy Wykonawca zapewni co najmniej 5 godzin świadczenia usług poza dyżurami i siedzibą Zamawiającego.

2. Wykonawca zobowiązuje się pozostawać do dyspozycji Zamawiającego (łącznie telefoniczna, faksowa, elektroniczna) od poniedziałku do piątku w godz. 9.00 -17.00.

3. Zamawiający zobowiązuje się do współdziałania z Wykonawcą, (...)

§ 4 Zamawiający pokrywa koszty poniesione przez Wykonawcę w związku z prowadzonymi czynnościami określonymi niniejszą umową, a obejmujące opłaty sądowe, opłaty skarbowe i inne opłaty obciążające Stronę umowy lub postępowania.

§ 5 Umowa zawarta jest na okres 24 miesięcy od dnia podpisania umowy.

§ 6.1. Wynagrodzenie miesięczne Wykonawcy z tytułu sprawowania pomocy prawnej w zakresie objętym umową, określonym w § 1, ustala się w formie ryczałtu w wysokości ... zł bez podatku VAT (słownie: ...) tj..... zł (słownie: ..... ) z podatkiem VAT.

3. Wynagrodzenie Wykonawcy z tytułu wykonywania niniejszej umowy nie może przekroczyć kwoty ..... (słownie:.....) bez podatku VAT, tj. kwoty..... zł (słownie: ..... ) z podatkiem VAT.

§ 8.1. W razie konieczności świadczenia pomocy prawnej poza Warszawą lub poza wymiarem czasu określonym w § 3 ust. 1, a także konieczności sporządzenia opinii prawnej na piśmie lub powierzenia Wykonawcy prowadzenia innych spraw Zamawiającego, w szczególności zastępstwa prawnego i procesowego lub prowadzenie innych spraw przed organami administracji publicznej, Wykonawca zapewni świadczenie usług na każdorazowe zlecenie Zamawiającego. Zamówienie, o którym mowa w ust. 1 musi być zatwierdzone przez Dyrektora Sądu Okręgowego w Warszawie lub osobę upoważnioną.

W paragrafie tym mowa jest o wykonywaniu czynności na odrębne zlecenie i odrębnie płatne, co zamawiający potwierdza.

2. Wynagrodzenie Wykonawcy z tytułu pomocy prawnej w zakresie określonym w ust. 1, będzie każdorazowo ustalane przez Strony, z tym że Zamawiający zastrzega, iż:

1) koszt sporządzenia jednej opinii prawnej na piśmie nie może być wyższy niż 4.000,00 zł z podatkiem VAT;

2) koszt świadczenia usługi poza wymiarem czasu określonym w § 3 ust. 1 nie może być wyższy niż 1/8 wynagrodzenia z podatkiem VAT, o którym mowa w § 6 ust. 1, za jedną godzinę świadczenia usługi.

Zamawiający przyznał, iż jest tu mowa o wymiarze czasu pracy ponad 4 godziny tygodniowo i plus 5 godzin miesięcznie.

Zamawiający wyjaśnił, iż określenie, że stawka na odrębne zlecenia nie może być wyższa niż 1/8 wynagrodzenia, o którym mowa w par. 6 ust. 1 dotyczy wynagrodzenia miesięcznego.

§ 9.1. Wykonawca w okresie realizacji umowy będzie posiadał ubezpieczenie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę min. 2.000.000,00 zł (słownie: dwa miliony złotych 00/100) oraz zobowiązuje się do posiadania nieprzerwanej ochrony ubezpieczeniowej przez cały okres trwania umowy (Załącznik Nr 4 do umowy) (...). Jeżeli Wykonawca wykonuje czynności przy pomocy innych osób, działających pod jego nadzorem, podlega on również ubezpieczeniu odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone działaniem tych osób.

Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. L.p. Imię i nazwisko Informacja o podstawie dysponowania osobą.

Z protokołu postępowania wynika, że oferty złożyło 14 wykonawców:

1. LEGALEKSPERT Adwokaci & Radcy Prawni K..... M....., Spółka Partnerska, Olsztyn, kryterium cena: 295.200,00 zł z podatkiem VAT, sytuacja finansowa

wykonawcy, tj. posiadanie polisy OC; polisa na kwotę: 5.000.000,00 zł, dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia: 2 osoby,

2. Kancelaria Prawna G..... H....., Warszawa, kryterium cena: 117.784,80 zł z podatkiem VAT, sytuacja finansowa wykonawcy, tj. posiadanie polisy OC: polisy na kwotę: 6.423.485,00 zł, dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia: 7 osób,

3. Kancelaria Adwokacka M..... K....., kryterium cena: 138.744,00 zł z podatkiem VAT, sytuacja finansowa wykonawcy, tj. posiadanie polisy OC: polisa na kwotę: 5.083.875,00 zł, dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia: 7 osób,

4. Kancelaria Radcy Prawnego B..... W....., Warszawa, kryterium cena: 108.633,60 zł z podatkiem VAT, sytuacja finansowa wykonawcy, tj. posiadanie polisy OC: polisa na kwotę: 10.000.000,00 zł, dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia: 4 osoby,

5. Kancelaria Radcy Prawnego A..... K....., Warszawa, kryterium cena: kryterium cena: 2.169,72 zł z podatkiem VAT, sytuacja finansowa wykonawcy, tj. posiadanie polisy OC: polisy na kwotę: 5.423.485,00 zł, dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia: 7 osób,

6. Kancelaria Adwokacko-Radcowska T..... i Wspólnicy s.c. E..... K.....-T....., Warszawa, kryterium cena: 262.728,00 zł z podatkiem VAT, sytuacja finansowa wykonawcy, tj. posiadanie polisy OC: polisa na kwotę: 3.794.400,00 zł, dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia: 7 osób,

7. D..... & Partners Law Office Limited Liability Partnership, 25 Old Broad Street, London EC2N 1HN, United Kingdom, kryterium cena: 88.560,00 zł z podatkiem VAT, sytuacja finansowa wykonawcy, tj. posiadanie polisy OC: polisa na kwotę: 10.000.000 EUR, tj. 50.873.000,00 zł (na dzień składania ofert wg średniego kursu NBP), dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia: 4 osoby,

8. Kancelaria Prawnicza ATABERG M..... W....., J..... T..... s.c., Warszawa kryterium cena: 333.576,00 zł z podatkiem VAT, sytuacja finansowa wykonawcy, tj. posiadanie polisy OC: polisa na kwotę: 10.000.000,00 zł, dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia: 7 osób,

9. Kancelaria Adwokacko-Radcowska COGITO E..... G....., G..... G....., M..... Ł....., A..... R....., J..... P....., M..... B..... Spółka Partnerska, Toruń, kryterium cena: 236.160,00 zł z podatkiem VAT, sytuacja finansowa wykonawcy, tj. posiadanie polisy OC: polisa na kwotę: 3.000.000,00 zł, dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia: 6 osób,

10. Kancelaria Radców Prawnych Ć..... i Partnerzy Spółka Partnerska, Warszawa, kryterium cena: 201.001,68 zł z podatkiem VAT, sytuacja finansowa wykonawcy, tj.

posiadanie polisy OC: polisa na kwotę: 5.000.000,00 zł, dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia: 7osób,

11. M..... S.....a, Konstancin-Jeziorna, kryterium cena; 75.718,80 zł z podatkiem VAT, sytuacja finansowa wykonawcy, tj. posiadanie polisy OC: polisa na kwotę: 5.083.875,00 zł, dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia: 7 osób,

12. Kancelaria Prawna J..... P....., Warszawa, kryterium cena: 153.504,00 zł z podatkiem VAT, sytuacja finansowa wykonawcy, tj, posiadanie polisy OC: polisy na kwotę: 6.423.485,00 zł, dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia: 7 osób,

13. SL Lawyers Kancelaria Radcy Prawnego R..... S....., Warszawa, kryterium cena: 177.120,00 zł z podatkiem VAT, sytuacja finansowa wykonawcy, tj. posiadanie polisy OC: polisa na kwotę: 5.000.000,00 zł, dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia: 7 osób,

14. Kancelaria Radców Prawnych A..... P....., Warszawa, kryterium cena: 143.172,00 zł, sytuacja finansowa wykonawcy, tj. posiadanie polisy OC: polisy na kwotę: 6.423.485.00 zł, dysponowanie osobami, zdolnymi do wykonania zamówienia: 7 osób.

Z postępowania wykluczono wykonawców:

1. Kancelaria Radcy Prawnego B..... W.....,
2. Kancelaria Radcy Prawnego A..... K....., Warszawa

Odrzucono oferty następujących wykonawców:

1. Kancelaria Radcy Prawnego B..... W.....,
2. Kancelaria Radcy Prawnego A..... K.....,
3. SL Lawyers Kancelaria Radcy Prawnego R..... S.....,
4. D..... & Partners Law Office Limited Liability Partnership,
5. Kancelaria Prawnicza ATABERG M..... W....., J..... T..... s.c.,
6. M..... S.....

Pismem z dnia 9 stycznia 2013 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień. *Dot. postępowania nr ZP/OF/79/12, o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, póź. 759 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą, na sprawowanie obsługi (pomocy) prawnej w sprawach w zakresie: finansów publicznych, gospodarki nieruchomościami, prawa pracy, prawa cywilnego (w szczególności w zakresie zobowiązań), prawa budowlanego dla Sądu Okręgowego w Warszawie.*

*Zamawiający w wyniku przeprowadzonych czynności związanych z badaniem i oceną złożonych ofert, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w celu ustalenia, czy oferta*

*zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia zwraca się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.*

*Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy, 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.*

*Wykonawca zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, za cenę bez podatku VAT: 61.560, z podatkiem VAT: 75.718,80 zł. Zamawiający przeznaczył na realizację niniejszego zamówienia kwotę z podatkiem VAT: 252.000,00 zł.*

*Wyjaśnienia należy złożyć wyłącznie w formie pisemnej, w nieprzekraczalnym terminie do dnia 11 stycznia 2013 r., godz. 15:30, na adres: Oddział Finansowy Sądu Okręgowego w Warszawie, Al. Solidarności 127, pok. 580, 00-898 Warszawa.*

*Zamawiający może odrzucić ofertę Wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

*W piśmie z dnia 10.01.2013 r. odwołujący podał. "W odpowiedzi na pismo Zamawiającego, z dnia 9 stycznia 2013 r. o sygn. OF 382-139/12 wzywające do złożenia, wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, uprzejmie informuję co następuje.*

*Cena zaproponowana przeze mnie w ofercie, w kwocie 61. 560,00 zł netto, z podatkiem VAT: 75.718,80 zł stanowi bilans sprzyjających i dostępnych Wykonawcy warunków cenotwórczych wykonania niniejszego zamówienia polegających na:*

- 1. osobistym wykonywaniu zamówienia a nie poprzez podwykonawców, co skutkuje obniżeniem kosztów związanych z realizacją mniejszego zamówienia,*
- 2. jako Kancelaria Adwokacka działająca indywidualnie nie ponoszę kosztów stałych związanych z zatrudnianiem pracowników, co wpływa na obniżenie kosztów moich usług w tym za wykonanie przedmiotowego zamówienia,*
- 3. adwokaci oraz radcowie prawni, z którymi współpracuję i którzy zostali wymienieni w składanej ofercie świadczą dla mnie swe usługi doraźnie w zależności od potrzeb Klienta*

na podstawie umów cywilnoprawnych, co znacznie obniża koszt realizacji niniejszego zamówienia.

4. posiadam własny lokal w którym znajduje się siedziba Kancelarii, co skutkuje niższymi kosztami oraz brakiem konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów związanych z jego wynajmem, co skutkuje oszczędnościami przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia.

Powyższe skutkuje możliwością zaoferowania przeze mnie konkurencyjnych cen za wykonanie zamówienia.

Jednocześnie oświadczam, iż w cenie oferty zostało uwzględnione wykonanie wszystkich czynności wyszczególnionych w SIWZ, w szczególności w opisie przedmiotu zamówienia oraz został uwzględniony satysfakcjonujący mnie zysk.

Podkreślenia wymaga fakt, iż przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi przez około 540 godzin, co w przeliczeniu oznacza 3 miesiące (dla całego etatu), minimalne dopuszczalne - wynagrodzenie w przypadku umowy o pracę wynosiło by 3 x1600—4800 złotych. Wobec powyższego złożona przeze mnie oferta na kwotę 61.5 60,00 złotych netto jest kilkunastokrotnie wyższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Ponadto cena przedstawiona w ofercie jest zbliżona do cen, za które świadczę usługi prawne prywatnym firmom, które nie są zobowiązane do stosowania ustawy Pzp. W ubiegłym roku świadczyłam pomoc prawną dla Willa Krasicki Sp. z o.o. przez ponad pół roku przez 4 godziny codziennie (w sumie ponad 500 godzin) za kwotę zbliżoną do zaoferowanej w ofercie dla Sądu Okręgowego (w załączeniu list referencyjny ze spółki Willa Krasicki sp. z o.o. określający wysokość wynagrodzenia). Podnieść należy, iż cena wskazana w ofercie nie jest rażąco niska za realizację tego rodzaju zamówienia w stosunku do cen, które obowiązują obecnie na rynku. W dniu 14 grudnia 2012 r. składałam ofertę w ramach konsorcjum na świadczenie usług prawnych, w tym w szczególności związanych z badaniem zamówień publicznych realizowanych i weryfikowanych przez Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego nr sprawy 54/BAB/PN/2012. Przedmiotem zamówienia było świadczenie obsługi prawnej przez 1400 godzin w okresie od podpisania umowy do 31 grudnia 2013 r. Cena w złożonej przeze mnie ofercie w ramach konsorcjum z radcą prawnym M..... H..... (oferta nr 15) na realizację wyżej wymienionego zamówienia wyniosła 166 600,00 zł. Natomiast za najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu (jedynym kryterium wyboru była cena 100 %) wybrano ofertę, której wartość brutto wyniosła 102,000 zł- co stanowi 72,88 zł/h brutto, (w załączeniu informacja z Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego o wyborze najkorzystniejszej oferty, zawierająca ceny ofert za świadczenie obsługi prawnej przez 1400 godzin). Podobnym przykładem jest zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego na usługi prawnicze działania 6.4. Program Operacyjny Innowacyjną



Gospodarka (nr sprawy 65/12, numer ogłoszenia 260761-2012) ogłoszone i rozstrzygnięte przez Polską Organizację Turystyczną; [Odwołujący odesłał do strony internetowej]: <http://www.pot.gov.pl/rozstrzygniete/uslugi-prawnicze-dla-dzialaia-6-4-programu-operacyjnego-innowacyjna-gospodarka/>.

*Odnosząc się kwestii rażąco niskiej ceny należy mieć na względzie również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie. W wyroku z dnia 12 lutego 2009 r. KIO sygn. akt KIO/UZP 126/09 stwierdziła, iż: „Ustalenie poziomu rażąco niskiej ceny nie może odbywać się jedynie przez porównanie wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego, ale powinno mieć również na względzie ceny zaproponowane w innych ofertach oraz zmiany sytuacji na rynku. Nie obowiązuje jednoznaczne określenie poziomu różnicy pomiędzy cenami ofert, aby od jego przekroczenia można było mówić o cenie rażąco niskiej. ”*

*Cena w złożonej przeze mnie ofercie jest jedną z najniższych zaproponowanych cen (ale nie najniższa) i należy do pięciu ofert z czternastu złożonych, których ceny nie przekroczyły 50 % wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego, jednakże nie jest rażąco niska.*

3. *Ponadto moja oferta nie powinna również zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010r. Nr 113 poz. 759 z późn. zmianami). Zgodnie z przepisami art. 3 ust. 1 i ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji: „Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.” Złożona przeze mnie oferta nie spełnia wymienionych wyżej przesłanek, a jedynie zawiera konkurencyjną wobec innych ofert cenę. Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 23 marca 2005 r. sygn. akt UZP/ZO/0-496/05 stanowi, iż: „Istotą zamówień publicznych jest konkurowanie wykonawców na rynku i składanie przez nich ofert z zamiarem wygrania zamówienia. Takie zachowanie wykonawców nie jest czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu generalnej klauzuli określającej czyn nieuczciwej konkurencji w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.”*

*Mając na uwadze powyższe wyjaśnienia oraz zaprezentowane argumenty należy stwierdzić, że brak jest podstaw do uznania, że oferta złożona przeze mnie w niniejszym postępowaniu zawiera rażąco niską cenę. Odwołujący załączył jako dowody dokumenty wymienione w piśmie.*

Do wniosku o wszczęcie postępowania dołączona jest kalkulacja kosztów zamówienia na kwotę 252 000,00 zł z podatkiem VAT, przy założeniach, że wynagrodzenie wynosi 7000,00 zł miesięcznie z VAT przez 24 miesiące, tj. 168 000,00 zł z VAT.

Zamawiający potwierdził, że jest to ryczałtowe wynagrodzenie, właśnie to, które stanowiło cenę oferty wykonawcy.

Usługi na dodatkowe zlecenia 3 500,00 zł miesięcznie przez 24 miesiące łącznie 84 000,00 zł z VAT. Dotyczyło to dodatkowych zleceń, poza ceną oferty.

Suma powyższych kwot składa się na szacunkową wartość zamówienia, tj. suma wynagrodzenia ryczałtowego oraz szacowna wartość usług dodatkowych – 252 000 zł.

Zamawiający potwierdził, że porównywanie ceny złożonych ofert do szacunkowej wartości zamówienia winno się odnosić nie do kwoty 252 tys. ale do części ryczałtowej wyszacowanej przez zamawiającego na kwotę 168 tys. zł., gdyż suma powyższych kwot składa się na całość przedmiotu zamówienia, tj wraz z kosztem dodatkowych zleceń, nie objętych ceną oferty.

Zamawiający oprócz odwołującego, cena (75 718,80 zł brutto), do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wezwał także wykonawców:

Kancelaria Radcy Prawnego A..... K....., Warszawa, cena 2 169,72 zł. (omyłka).

D..... & Partners Law Office Limited Liability Partnership, United Kingdom, kryterium cena: 88.560,00 zł z podatkiem VAT.

Cenę oferty poprzedzającą ofertę Przystępującego złożyła Kancelaria B..... W..... Wykonawca nie był wzywany do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, albowiem nie uzupełnił polisy.

Zamawiający wyliczył średnią cenę w oparciu o wszystkie 14 złożonych ofert i wyniosła ona 170 284 zł. Zamawiający ustalił, jako granice realnej ceny, 60% wartości szacunkowej zamówienia, czyli 100 800 zł, tj. 4 200 zł miesięcznie. Z tego względu wszystkie ceny poniżej tego limitu uznał, że powinny podlegać wyjaśnieniu pod kątem rażąco niskiej ceny. Automatycznie nie uznał, że są to ceny rażąco niskie, ale uznał, że są to ceny do wyjaśnienia.

Zamawiający wybrał ofertę przystępującego Kancelaria Prawna G..... H....., Warszawa, z ceną: 117.784,80 zł z podatkiem VAT.

Zamawiający pismem z dnia 15 stycznia 2013 r. doręczonym 16 stycznia 2013 r. powiadomił o odrzuceniu oferty odwołującego z następujących przyczyn.

*„Oferta nr 11 złożona przez M..... S....., ul. Bielawska 24 lok. 4, 05-520 Konstancin-Jeziorna. Wykonawca oferuje realizację zamówienia za cenę w wysokości:*

1) bez podatku VAT: 61.560,00 zł (słownie: sześćdziesiąt jeden tysięcy pięćset sześćdziesiąt złotych 00/100),

2) z podatkiem VAT: 75.718,80 zł (słownie: siedemdziesiąt pięć tysięcy siedemset osiemnaście złotych 80/100).

Zamawiający w wyniku przeprowadzonych czynności związanych z badaniem i oceną złożonych ofert, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia zwrócił się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy, 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.

Wykonawca zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, za cenę bez podatku VAT: 61.560,00 zł, z podatkiem VAT: 75.718,80 zł.

Zamawiający przeznaczył na realizację niniejszego zamówienia kwotę z podatkiem VAT: 252.000,00 zł.

Wyjaśnienia należało złożyć wyłącznie w formie pisemnej w nieprzekraczalnym terminie do dnia 11 stycznia 2013 r. godz. 15:30, na adres: Oddział Finansowy Sądu Okręgowego w Warszawie, AL Solidarności 127, pok. 580, 00-898 Warszawa.

Poinformowano Wykonawcę, iż Zamawiający może odrzucić ofertę Wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Dnia 10 stycznia 2013 r., tj. w wyznaczonym terminie, Wykonawca złożył wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny.

Zamawiający działając zgodnie z art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy odrzucił ofertę Wykonawcy, gdyż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Biorąc pod uwagę zakres zamówienia oraz sposób jego wykonania, wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę nie uprawniają do stwierdzenia, iż wykonanie przedmiotowego zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe i realne.

Złożone wyjaśnienia nie są wystarczające, aby dokonać oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę. W szczególności zauważyć należy, iż Wykonawca nie dołączył do wyjaśnień żadnych dowodów, potwierdzających, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.”

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, jest bowiem wykonawcą, który złożył ofertę z niższą ceną niż wybrany wykonawca, a ponadto spełnił pozostałe kryteria oceny ofert. Potwierdzenie się zarzutów naruszenia przepisów ustawy Pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego mogłoby pozbawić odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, a w następstwie prowadzić do spowodowania szkody majątkowej po jego stronie.

Przechodząc do rozstrzygnięcia zarzutów odwołania, Izba miała na uwadze, że odwołujący kwestionując zasadność czynności zamawiającego odrzucenia złożonej oferty z powodu rażąco niskiej ceny, jednocześnie podnosił, że w niniejszym postępowaniu zamawiający poprzestał na samej deklaracji, iż wyjaśnienia złożone przez wykonawcę nie uprawdopodobniają w wystarczający sposób, ażeby wykonanie przedmiotowego zamówienia za cenę wskazaną w ofercie było możliwe i realne. Złożone wyjaśnienia nie są wystarczające aby dokonać oceny, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Odwołujący zwracał uwagę, że taką samą treść zawiera uzasadnienie odrzucenia innej oferty, której wykonawca został również wezwany do wyjaśnienia kwestii rażąco niskiej ceny. A zatem, odwołujący zarzucał, że powyższe uzasadnienie odrzucenia złożonej oferty miało charakter zdawkowych stwierdzeń, które zamawiający stosował do wszystkich ofert, które w jego niczym nieuzasadnionej ocenie zawierały rażąco niskie ceny.

W odniesieniu do powyższego zarzutu, należało uwzględnić treść przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp nakazującego powiadomienie o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Czynność odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, czy też na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 tej ustawy może podlegać weryfikacji - w przypadku skorzystania przez wykonawcę z prawa do wniesienia środków ochrony prawnej. Na zamawiającego został więc nałożony obowiązek zawiadomienia wykonawców o podjętej czynności. W zawiadomieniu tym nie wystarczy podać tylko podstawy prawnej z ograniczeniem do przytoczenia dyspozycji normy prawnej. Niezbędne jest też dokładne poinformowanie o okolicznościach faktycznych, wyczerpujących przesłankę zawartą w powoływanym przepisie.

Izba miała na uwadze treść podanego przez zamawiającego uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego podaną w piśmie z dnia 15 stycznia 2013 r., gdyż zarzuty odwołania odnosiły się do przytaczanych wyżej - w materiale dowodowym sprawy - podstaw faktycznych i prawnych, które stały się przyczyną kwestionowanej czynności zamawiającego.

Nie można było pominąć, że dopiero w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 28 stycznia 2012 r., zamawiający poddał szczegółowej analizie udzielone na jego wezwanie wyjaśnienia odwołującego odnośnie elementów złożonej oferty, mających wpływ na wysokość ceny i przedstawił nowe szerokie okoliczności odrzucenia oferty odwołującego, do których odwołanie, ani się nie odnosiło, ani nie mogło się odnosić – stanowiące szczegółową argumentację w odniesieniu do każdego z elementów wyjaśnień odwołującego.

W ocenie Izby, w żadnej mierze zamawiający nie był upoważniony, ażeby w postępowaniu odwoławczym przed Izbą uzupełniać uzasadnienie faktyczne podjętej w przebiegu prowadzonego postępowania czynności – odrzucenia oferty odwołującego.

Także przystępujący w swoim piśmie z dnia 23 stycznia 2013 r. dokonał swoistej samodzielnej analizy i oceny wyjaśnień odwołującego ponad podane uzasadnienie czynności zamawiającego, co wykracza poza ramy wykazania interesu uzyskania rozstrzygnięcia na korzyść wskazanej strony, o którym stanowi art. 185 ust. 3 ustawy Pzp. Przepis mówi jedynie, że wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego (...) wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. W ocenie Izby, przystępujący w trakcie postępowania odwoławczego przedstawił szczegółowe uzasadnienie faktyczne i prawne w odniesieniu do oceny wyjaśnień odwołującego.

Dokładne odniesienie się do wyjaśnień odwołującego zarówno przez zamawiającego, jak i przystępującego po jego stronie wykonawcy w toku sprawy odwoławczej – zaprzecza stwierdzeniom zamawiającego w powiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego, doręczonym 16 stycznia 2013 r., że „złożone wyjaśnienia nie są wystarczające aby dokonać oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę.”

Jak stanowi art. 190 ust. 1 Pzp, nawiązujący do art. 6 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp, dowód zaistnienia przesłanek obligujących do odrzucenia oferty wykonawcy spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia wywodzi skutek prawny. Na gruncie rozpoznawanej sprawy zaistnienie okoliczności uzasadniających odrzucenie oferty odwołującego - powinno zatem zostać wykazane przez zamawiającego. Potwierdził to również przystępujący, przytaczając w swoim piśmie aprobowany pogląd, iż „na zamawiającym spoczywa ciężar dowodu, ale co do wykazania prawidłowości oceny wyjaśnień wykonawcy zgodnie z art. 90 ust. 2 p.z.p., a nie w zakresie wykazania, iż cena oferty wykonawcy jest rażąco niska”.

Zamawiający jest zobowiązany w toku badania ofert ustalić, że powołana przez niego przesłanka odrzucenia oferty nastąpiła, a następnie poinformować o ustaleniach i podjętych czynnościach oraz ich konsekwencjach wykonawców podając - stosownie do normy wyrażonej w art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - nie tylko uzasadnienie prawne (prawidłową podstawę prawną swojej czynności), ale także pełne uzasadnienie faktyczne.

W realiach niniejszej sprawy, bez najmniejszych wątpliwości, zamawiający w kontekście udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i podnoszonych argumentów wadliwie dokonał poinformowania odwołującego o przyczynach odrzucenia złożonej oferty, bowiem - wbrew dyspozycji przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp - zaniechał podania pełnego uzasadnienia faktycznego dokonanej czynności.

Sformułowania użyte przez zamawiającego w piśmie z dnia 15 stycznia 2012 r., jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy, że *„Zamawiający działając zgodnie z art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy odrzucił ofertę Wykonawcy, gdyż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Biorąc pod uwagę zakres zamówienia oraz sposób jego wykonania, wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę nie uprawdopodobniają w wystarczający sposób, iż wykonanie przedmiotowego zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe i realne. Złożone wyjaśnienia nie są wystarczające, aby dokonać oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę. W szczególności zauważyć należy, iż Wykonawca nie dołączył do wyjaśnień żadnych dowodów, potwierdzających, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny”* – zaświadcza ich ogólnikowy charakter i są niewystarczające aby uznać je za dostateczne uzasadnienie odrzucenia oferty wykonawcy z powodu podania rażąco niskiej ceny.

Z przedstawionego uzasadnienia faktycznego nie sposób było wywieść, z czego wynikało, że zamawiający nie uwzględnił szczegółowych wyjaśnień i poszczególnych argumentów przedstawionych w udzielonych wyjaśnieniach. W konsekwencji Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że uzasadnienie faktyczne decyzji zamawiającego zawarte w piśmie z 15 stycznia 2013 r. ograniczające się do przytaczanych wyżej ogólnikowych stwierdzeń niedostateczności wyjaśnień wykonawcy dla uznania, że cena oferty nie jest rażąco niska, nie może być uznane za prawidłowe uzasadnienie faktyczne, realizujące cel normy art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp. W istocie, dopiero stanowisko zamawiającego przedstawiane w odpowiedzi na odwołanie - stanowiło pełne uzasadnienie faktyczne czynności odrzucenia oferty odwołującego.

Zasadnym jest podkreślenie, iż przyczyny podane w informacji o odrzuceniu oferty wykonawcy - warunkują zakres składanych środków ochrony prawnej i ich uzasadnienie. Treść zawiadomienia, z uwagi na zawity charakter terminów wnoszenia środków ochrony

prawnej ma bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia wykonawcom realizacji swoich praw w postępowaniu (tak też podają wyroki: KIO z dnia 23 marca 2011 r., sygn. akt KIO 522/11; z dnia 24 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 1066/10). Z tego względu brak precyzyjnego wskazania z czego wynika nieuwzględnienie złożonych wyjaśnień, prowadzi do wniosku, iż zamawiający w istocie nie poinformował odwołującego o przyczynie odrzucenia jego oferty. Na zamawiającym ciąży obowiązek przedstawienia uzasadnienia faktycznego swoich decyzji w taki sposób, aby wykonawca miał pełną wiedzę na temat przyczyn podjętych czynności, które rzutują na uprawnienia wykonawcy, wynikające z faktu złożenia oferty. Wykonawca nie ma obowiązku domyślać się, jakie to ustalenia legły u podstaw wnioskowania, że wyjaśnienia były niewystarczające dla wykazania, że cena złożonej oferty jest realistyczna. Nie stanowi wypełnienia dyspozycji normy art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp podawanie przez zamawiającego dopiero na rozprawie uzasadnienia faktycznego podjętych wobec oferty odwołującego decyzji (tak też wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1620/11 oraz sygn. akt KIO 1625/11).

Obowiązek zawiadamiania wykonawców o podejmowanych wobec ich ofert czynnościach określony w art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stanowi realizację wyrażonej w art. 8 ust. 1 tej ustawy zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia oraz sformułowanej w art. 7 ust. 1 ustawy - zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Izba uznała, że w okolicznościach rozpatrywanej sprawy, zamawiający uzasadniając w sposób lakoniczny i ogólnikowy - podjęte wobec oferty odwołującego czynności, pozbawił go możliwości oceny poprawności prowadzonych działań i ewentualnego ich rzeczowego i adekwatnego zakwestionowania przez wniesienie odwołania i jego uzasadnienia, uchybiając tym samym regułom, rządzącym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. W świetle powołanych wyżej zasad, niedopuszczalnym jest aby wykonawca kwestionujący zasadność podjętych wobec jego oferty przez zamawiającego czynności, samodzielnie zidentyfikował przyczyny odrzucenia oferty, a następnie w oparciu o poczynione założenia, przedstawiał w odwołaniu argumenty przemawiające za nietrafnością domniemyanych przyczyn decyzji zamawiającego. Zamawiający jest zobowiązany podać uzasadnienie podejmowanych czynności, tak aby zagwarantować wykonawcom możliwość ich weryfikacji w toku procedury odwoławczej. W szczególności uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty - powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela - mógł do wskazanych przez zamawiającego okoliczności w pełni ustosunkować się wnosząc odwołanie.

Zdaniem Izby, brak prawidłowego uzasadnienia czynności względem oferty odwołującego, może mieć wpływ na wynik postępowania w rozumieniu postanowień art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, stanowiącego, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Odwołujący nie był bowiem w stanie sformułować w złożonym odwołaniu - zarzutów kwestionujących prawidłowość odrzucenia jego oferty - z przyczyn podawanych przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i do protokołu rozprawy. Możliwość efektywnego korzystania ze środków ochrony prawnej, należy do podstawowych gwarantowanych praw wykonawcy, uczestniczącego w przetargu publicznym. Aby skutecznie korzystać z prawa do obrony oferty, wykonawca musi poznać pełne przyczyny wyeliminowania jego oferty. W tym aspekcie Izba uznała, że okoliczność wadliwego uzasadnienia kwestionowanej czynności mogła mieć wpływ na wynik postępowania, pozbawiając odwołującego możliwości obrony oferty, która była najkorzystniejsza w jednym z 3 ustalonych kryteriów oceny ofert, tj. – kryterium ceny. Odwołujący wprost podnosił, że „lakoniczność uzasadnienia odrzucenia oferty, uniemożliwia odwołującemu ustosunkowanie się do przedstawionych zarzutów i podjęcie obrony swoich praw.”

Prawidłowe wykonanie przez zamawiającego obowiązku wyrażonego w art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gwarantujące realizację zasady jawności postępowania oraz równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, determinuje skorzystanie przez wykonawców z uprawnienia do wnoszenia środków ochrony prawnej. Wyłącznie wykonawca mający wyczerpujące informacje o przyczynach podejmowanych czynności zamawiającego, może się do nich odnieść - decydując o ewentualnym wniesieniu środka ochrony prawnej.

Brak wystarczającego uzasadnienia kwestionowanej czynności przesądził o uwzględnieniu odwołania - bez możliwości rozpatrzenia zarzutów merytorycznych – dotyczących oceny złożonych wyjaśnień odnośnie elementów mających wpływ na cenę oferty i braku możliwości przyjęcia oferty odwołującego za wskazaną cenę – jako zawierającej rażąco niską cenę.

Należało uwzględnić, że rozprawa przed Krajową Izbą Odwoławczą, nie jest miejscem dla przedstawiania uzasadnienia uprzednio podejmowanych czynności zamawiającego o odrzuceniu oferty wykonawcy. Odwołanie bowiem jest wnoszone od czynności, czy też zaniechania czynności zamawiającego, podejmowanych w toku postępowania o zamówienie publiczne. Rozprawa przed Krajową Izbą Odwoławczą nie jest też składnikiem postępowania przetargowego, lecz podlega odrębnym regułom organu zewnętrznego. Pisma oświadczenia i stanowiska stron składane przed Izbą w danej sprawie nie są zatem równoznaczne z podejmowaniem czynności w postępowaniu o udzielenie



zamówienia publicznego. Dlatego też, uzupełniające uzasadnianie w pismach składanych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, czy na rozprawie podjętych uprzednio czynności, w odniesieniu do których w zawiadomieniu wykonawcy podano wręcz zdawkowe uzasadnienie faktyczne, nie mogło odnieść zamierzonego skutku. Izba bowiem weryfikuje działania zamawiającego, pod względem przestrzegania wzorca ustawowego, w takim kształcie w jakim zostały podjęte w trakcie postępowania przetargowego. W żadnym wypadku nie zastępuje zamawiającego w jakichkolwiek czynnościach i nie dokonuje za zamawiającego czynności. Może poddawać ocenie czynności, w takim kształcie, jak zostały faktycznie przez zamawiającego dokonane i stanowiły podstawę do zaskarżenia, a nie w formie szerokiej interpretacji w odpowiedzi na odwołanie. Całokształt okoliczności sprawy, prowadzi do wniosków, że zamawiający uznawał, że to Izba w uzasadnieniu wyroku dokona za zamawiającego oceny poszczególnych argumentów odwołującego, przytaczanych w wyjaśnieniach odnośnie ceny złożonej oferty, przy tym w kontekście stanowiska zamawiającego w udzielonej odpowiedzi na odwołanie.

Przepis art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp upoważnia Izbę jedynie do nakazania unieważnienia czynności i do nakazania powtórzenia czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu. Skoro zamawiający zaniechał rzetelnej, wszechstronnej i wyczerpującej oceny wyjaśnień odwołującego, dot. elementów oferty mających wpływ na cenę - w przebiegu postępowania przetargowego – na co wskazuje treść przedstawionego uzasadnienia przesłana wykonawcy, i mimo tego podjął decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego, uznając iż wykonawca ten nie wykazał, że cena jego oferty nie pozostaje rażąco nisko skalkulowana - nie miał podstaw oczekiwać, iż to Izba w toku postępowania odwoławczego oceni te wyjaśnienia. Zamawiający ponadto w omawianym piśmie podał nieprawidłową wartość szacunkową w stosunku do przedmiotu zamówienia, co stanowiło okoliczność przyznaną i mogło wprowadzać odwołującego w błąd.

Bieg terminu na wniesienie odwołania, jako środka ochrony prawnej rozpoczyna się z chwilą otrzymania prawidłowo sporządzonej informacji o wyniku postępowania, w tym o odrzuceniu oferty wykonawcy. W okolicznościach rozpoznawanej sprawy, należało stwierdzić, że termin na zaskarżenie merytorycznej czynności zamawiającego, jeżeli czynność odrzucenia oferty odwołującego w toku nakazanych czynności ponownej oceny i wyboru ofert zostanie przez zamawiającego podtrzymana, zacznie biec, gdy zamawiający w wyniku powtórzenia procedury badania i oceny ofert, z uwzględnieniem poprawnie zastosowanego art. 90 ust. 3 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp - poinformuje odwołującego w sposób wymagany przez art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp o podjętej wobec oferty wykonawcy decyzji.

Odwołujący nie zaskarżył odwołaniem czynności wezwania go do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Czynność ta, nie może być zatem podważana. Bezsprzecznie wezwanie takie, jak poświadcza ugruntowana linia orzecznicza w sprawach zamówień publicznych, stwarza wzruszalne domniemanie, że cena oferty wezwanego wykonawcy jest rażąco niska. Na wykonawcy spoczywa zatem ciężar dowodu, że okoliczność taka nie zachodzi. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp mówi o wezwaniu do złożenia wyjaśnień. Z kolei art. 90 ust. 3 ustawy mówi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami, potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z powyższego należy wywieść, iż wykonawca może poprzestać na wyjaśnieniach, jak też przedłożyć dowody na poparcie swoich oświadczeń. Złożenie samych wyjaśnień nie upoważnia do odrzucenia oferty wykonawcy wyłącznie z tej przyczyny, albowiem liczy się treść tych wyjaśnień, nawet nie poparta dowodami. Należy mieć na uwadze, że i sama oferta w większości poza obligatoryjne składanymi dokumentami, polega na oświadczeniach własnych wykonawcy, za których rzetelność ponosi on wszechstronną odpowiedzialność. Przy czym na gruncie ustawy Pzp, za podanie nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania – wykonawca ryzykuje wykluczeniem z przetargu w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba w całości podziela poglądy, że wyjaśnienia wykonawcy aby mogły zostać uwzględnione muszą mieć charakter konkretny, sprawdzalny, nadający się do weryfikacji, czy przywołujący fakty powszechnie wiadome. Nie oznacza to wbrew obawom zamawiającego, że przed przyjęciem takich wyjaśnień byłby zobowiązany wszystkie informacje podane w wyjaśnieniach sprawdzić. Na zamawiającym z mocy cytowanego wyżej przepisu spoczywa jedynie ocena wyjaśnień i dowodów przedłożonych. Ocena taka, jak każda inna czynność w postępowaniu winna być przeprowadzona dokładnie w odniesieniu do wszystkich argumentów wykonawcy i w dostosowaniu do indywidualnego przypadku, a jej wynik zamawiający winien jest wszechstronnie uzasadnić, jako podstawy dalszych czynności wobec ocenianej oferty. Ewentualny obowiązek odrzucenia oferty nie wynika z przeprowadzenia dowodów przez zamawiającego, ale z oceny wyjaśnień i dowodów przedłożonych przez odwołującego, co jednoznacznie stwierdza treść art. 90 ust. 3 Pzp. Zamawiający może dokonywać wyboru oferty wyłącznie spośród ofert niewadliwych, a więc takich, których cena nie została skalkulowana na rażąco niskim poziomie i które spełniają warunki ustalone w przepisach ustawy Pzp oraz SIWZ.

Szczegółowe oceny i okoliczności odrzucenia oferty odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę, podawane w pismach w toku postępowania odwoławczego - nie podlegały rozpatrzeniu przez Izbę w niniejszej sprawie. W przypadku, gdy zamawiający w wyniku ponownej oceny ofert – odrzuci ofertę odwołującego ze wskazanych przyczyn – wykonawcy będą przysługiwały nowe środki zaskarżenia. Izba w tej sprawie, *a priori* nie może zająć stanowiska, że oferta odwołującego powinna podlegać odrzuceniu, ani tego niniejszym wyrokiem nie przesądza. Wyrok ma ten skutek, że zamawiający jest zobowiązany powtórzyć czynności od momentu oceny wyjaśnień odwołującego w odniesieniu do elementów oferty mających wpływ na wysokość oferowanej ceny usługi będącej przedmiotem zamówienia.

Na marginesie jedynie, Izba wskazuje, że procedura wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jest jednorazowa. Podstawą oceny są wyjaśnienia wykonawcy wraz z dowodami przedłożonymi w postępowaniu, bez możliwości ich dalszego uzupełniania. Zamawiający w toku oceny wyjaśnień, winien brać pod uwagę zarówno szacunkową wartość zamówienia, jak i ceny ofert złożonych w postępowaniu, w szczególności ze średniego przedziału cenowego, ceny ofert podobnych zamówień, ceny rynkowe danych usług. Obiektywne czynniki i wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy w sposób zindywidualizowany, nie wykluczają możliwości powoływania się na czynniki przynależne każdej formie prowadzenia działalności gospodarczej, w tym organizacji, składnikom majątkowym materialnym i niematerialnym. Zindywidualizowany sposób zarządzania tymi czynnikami, w różnym stopniu przekłada się na efektywność ekonomiczną i kalkulację ceny ofert uczestników przetargu, z ewentualnym uwzględnieniem jako szczególnych okoliczności, przemawiających za prawidłowością podanej ceny, w zależności od konkretnych warunków. Wykonawca może przedłożyć w wyjaśnieniach elementy kalkulacyjne ceny, ale ich brak nie powoduje automatycznego zdyskredytowania wyjaśnień. Zamawiający natomiast nie może na etapie wyjaśniania ceny oferty, pod kątem potwierdzenia prawidłowości ceny, lub wyeliminowania oferty z rażąco niską ceną - wymagać składania pełnych kosztorysów, chyba, że były one przewidziane w warunkach zamówienia.

Izba uznała, że bez dokładnej oceny wyjaśnień odwołującego, odrzucenie złożonej oferty było co najmniej przedwczesne i tym samym naruszające wskazane przez odwołującego przepisy ustawy Pzp, tj.: art. 90 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 91 ust. 1 tej ustawy, a nadto zamawiający w niniejszym postępowaniu uchybił przepisom art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Skutkiem powyższego jest też naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp nakazujących równe traktowanie wykonawców i prowadzenie

postępowania z poszanowaniem reguł uczciwej między nimi konkurencji. Stwierdzone naruszenia mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie o czym orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć zamawiającego.

Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7 500,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania na podstawie § 3 pkt 1 oraz § 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 rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba nie zasądziła żądanych dalszych kosztów od zamawiającego, gdyż odwołujący nie korzystał z usług pełnomocnika i nie przedstawił wymaganego rachunku w tym zakresie.

**Przewodniczący:**

.....