

Sygn. akt XXIII Ga 1072/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 sierpnia 2015 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący:	SSO Anna Gałas (spr.)
Sędziowie:	SO Paweł Kieta SO Bolesław Wadowski
Protokolant:	Protokolant sądowy Rafał Artymiuk

po rozpoznaniu w dniu 13 sierpnia 2015 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy ze skargi **Biura Studiów i (...) spółki akcyjnej we W.**

z udziałem:

zamawiającego **(...) spółki akcyjnej w W.**,

przeciwnika skargi Konsorcjum w składzie: **Biuro (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w J., (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K.**

oraz **(...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.**

o zamówienie publiczne

na skutek skargi Biura Studiów i (...) spółki akcyjnej we W.

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W.

z dnia 5 maja 2015 r., sygn. akt: (...)

1. oddala skargę,

2. zasądza od Biura Studiów i (...) spółki akcyjnej we W. na rzecz przeciwnika skargi Konsorcjum w składzie: Biuro (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w J. oraz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K. kwotę 1.200 zł (tysiąc dwieście złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego.

Sygn. akt XXIII Ga 1072/15

UZASADNIENIE

(...) S.A. w W. prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego pod nazwą (...) K. - (...) (...) (Polska-Czechy) wraz z tłocznią i stacją pomiarową - opracowanie dokumentacji projektowej wraz z nadzorem autorskim. W dniu 3 kwietnia 2015 r. zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, podając, że do realizacji zamówienia wybrał ofertę wykonawcy Biuro Studiów i (...) S.A. we W..

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Biuro (...) sp. z o.o. w J. oraz (...) sp. z o.o. w K. (dalej łącznie odwołujący) wnieśli odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej też: ustawa PZP) czynności i zaniechań zamawiającego dotyczących:

1) dokonania wyboru oferty Biura Studiów i (...) S.A. we W. (dalej (...), skarżący) pomimo, że powinna być odrzucona; 2) zaniechanie udostępnienia odwołującemu w całości wyjaśnień G. dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny; 3) zaniechaniu odrzucenia oferty G.; 4) zaniechaniu uzupełnienia oferty G. o pełnomocnictwo (z ostrożności). Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 4 i 8, art. 90 ust. 2 i 3 oraz art. 96 ust. 3 ustawy PZP, a także (z ostrożności) art. 26 ust. 3 ustawy PZP. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu: 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; 2) udostępnienia odwołującemu w całości (wraz z załącznikami) wyjaśnień G. dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny; 3) odrzucenie oferty G.; 4) dokonania ponownej oceny ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 5 maja 2015 r. po rozpoznaniu odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 13 kwietnia 2015 r. przez wykonawcę (...) sp. z o.o. w W. (sygn. akt KIO 761/15),

B. w dniu 13 kwietnia 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Biuro (...) sp. z o.o. (pełnomocnik) w J. oraz (...) sp. z o.o. w K. (sygn. akt KIO 764/15) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego (...) S.A. w W. przy udziale:

A. (sygn. akt KIO 761/15): - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Biuro (...) sp. z o.o. (pełnomocnik) w J. oraz (...) sp. z o.o. w K. (sygn. akt KIO 761/15) po stronie zamawiającego, - wykonawcy Biuro Studiów i (...) S.A. we W. (sygn. akt KIO 761/15) po stronie zamawiającego,

B. (sygn. akt KIO 764/14): - wykonawcy Biuro Studiów i (...) S.A. we W. (sygn. akt KIO 761/15) po stronie zamawiającego, - wykonawcy (...) sp. z o.o. W. (sygn. akt KIO 764/15) po stronie odwołującego,

orzekła: w punkcie 1.A) wyroku uwzględniła odwołanie wykonawcy (...) sp. z o.o. w W. (sygn. akt KIO 761/15); nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; nakazała zamawiającemu wezwać wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Biuro (...) sp. z o.o. (pełnomocnik) w J. oraz (...) sp. z o.o. w K. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia dokumentów w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, posiadającymi niezbędne do jego wykonania kwalifikacje zawodowe pełniącymi następujące funkcje: Projektanta Architekta (ogłoszenie o zamówieniu III.2.3 pkt 2 lit. d), Projektanta Konstruktora (ogłoszenie o zamówieniu III.2.3 pkt 2 lit. e), Projektanta Elektryka B (ogłoszenie o zamówieniu III.2.3 pkt 2 lit. g), Projektanta Automatyka (ogłoszenie o zamówieniu III.2.3 pkt 2 lit. i); nakazała zamawiającemu powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W punkcie 1.B) wyroku (...) uwzględniła odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Biuro (...) sp. z o.o. (pełnomocnik) w J. oraz (...) sp. z o.o. w K. (sygn. akt KIO 764/15); nakazała zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy Biuro Studiów i (...) S.A. we W. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych; nakazała zamawiającemu powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W punkcie 2. wyroku (...) rozstrzygnęła o kosztach postępowania.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty (...) S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) PZP Izba uznała go za zasadny. Izba wskazała, że zamawiający wezwał za pismem z dnia 23 marca 2015 r. w trybie art. 90 ust. 1 ustawy (...)

S.A. do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej w postępowaniu ceny oferty. W wezwaniu zamawiający w sposób precyzyjny wskazał, że zwraca się o udzielnie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny ofert za wykonanie przedmiotowego zamówienia tj. 5.433.732,62 zł (4.417.668,80 zł netto). Jednocześnie zamawiający w piśmie wskazał jak jest wartość średniej arytmetycznej cen złożonych ofert oraz odnosząc się do szacunkowej wartości zamówienia (13.897.600,00 zł) wskazał, jaka wartość netto stanowi 30% szacunkowej wartości zamówienia (9.728.320,00 zł). Zaznaczył, że cena oferty złożonej przez (...) S.A. jest niższa o 30 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert jak również od wartości zamówienia netto. Zamawiający zwracając się o udzielnie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, wskazał w szczególności w jakim zakresie powinien wyjaśnić wykonawca. Izba wskazała, że w odpowiedzi na wezwanie (...) S.A. za pismem z 30 marca 2015 r. złożył wyjaśnienia, jednocześnie wskazał, że załączniki do pisma stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba poddała analizie sposób oszacowania przez zamawiającego wartości zamówienia. Izba stwierdziła, że (...) S.A. w złożonych wyjaśnieniach z dnia 30 marca 2015 r. nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Izba wzięła pod uwagę charakter usługi, której wycena opiera się w zasadniczej mierze na kosztach personelu, a te mogą być zróżnicowane, jednak mając na uwadze wymagania wobec doświadczenia poszczególnych ekspertów ukształtowane przez zamawiającego Izba stwierdziła, że tak znaczna różnica w cenach powinna znaleźć uzasadnienie, którego (...) S.A. nie przedstawił.

Izba wskazała, że wykonawca obowiązany był do wykazania realnych kosztów pracy, natomiast w trakcie rozprawy (...) S.A. oświadczył, że przyjął minimalne wynagrodzenie zgodnie z tym co sobie przyjął zamawiający i wykazał w swoich wyjaśnieniach, że jest w stanie za tą kwotę zrealizować zamówienie. W złożonych wyjaśnieniach na stronie 3 wskazał, operując stawką godzinową (12,58 zł), że łączny koszt pracy został wyliczony w oparciu o minimalne wynagrodzenie. W ocenie I., uwzględniając wyjaśnienia (...) S.A. jak również oświadczenie złożone na rozprawie, jednoznacznie wynikało z nich, że wykonawca ten nie uwzględnił realnych kosztów pracy w swojej kalkulacji przedstawionej zamawiającemu a jedynie wskazał kalkulację, która przy założeniu wynagrodzenia na poziomie minimalnym pozwalała na wykazanie zysku, co dodatkowo potwierdza oświadczenie ze strony 4. wyjaśnień (...) S.A. ponownie odnoszące się do założenia minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Izba uznała również za zasadną argumentację odwołującego wskazującą, że realne, rzeczywiste koszty pracy są wyższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę przez odniesienie się do średniego wynagrodzenia w branży gazowniczej kształtującego się na poziomie 45,02 zł brutto na osobogodzinę pracy dla specjalistów oraz 23,81 zł dla asystentów (w oparciu o raport płacowy załączony do pisma procesowego odwołującego) oraz uwzględniając informację z pisma procesowego, niekwestionowaną przez (...) S.A. dotyczącą realnych wydatków (...) S.A. z tytułu wynagrodzenia, które oscyluje na poziomie około siedmiu tysięcy zł. Izba podzieliła również stanowisko zaprezentowane przez odwołującego, że nie ma znaczenia przy wykazaniu realnych kosztów pracy realizacja innych zleceń w okresie realizacji przedmiotu zamówienia, bowiem liczba roboczogodzin koniecznych do wykonania pracy w ramach projektu wskazuje na faktyczne koszty pracy jak również inne faktyczne koszty ogólne obciążające firmę, takie jak koszty budynków, utrzymania infrastruktury, mediów, licencji na oprogramowanie, reklamy, finansowe, koszty zarządu i administracji itd.

Izba wskazała dalej, że wyjaśnienia wykonawcy powinien badać nie tylko przez zsumowanie podanych w nim kwot (o ile takowe w ogóle są podane), ale i poprzez realność poczynionych założeń, co do czasochłonności pracy, co do rzeczywistości i zgodności z prawem stawek wynagrodzenia oraz do realnego kosztu czynności do zrealizowania celem osiągnięcia przedmiotu zamówienia. Izba wskazała, że zamawiający wymagał od wykonawcy złożenia wraz z wyjaśnieniami dowodów, w zakresie kosztów pracy, które skalkulował (...) S.A. na poziomie minimalnym brak jest dowodów potwierdzających realność wykazanych wartości.

W zakresie pozostałych elementów ceny Izba wskazała, że (...) S.A. nie odniósł się do żadnych szczególnych uwarunkowań, które wskazywałyby na specjalne rabaty, promocje czy też inne powiązania pomiędzy wykonawcą a podwykonawcami, które przekładałby się na korzyści finansowe pozwalające na obniżenie ceny. Izba zaznaczyła również, że złożone w załączeniu do pisma, objęte tajemnicą przedsiębiorstwa dokumenty nie miały w ogóle znaczenia

dla wykazania realności zaoferowanej ceny, nie potwierdzały istnienia korzystnych warunków realizacji usług jak również nie odnosiły się do realizacji przedmiotowego zamówienia.

W zakresie kosztów materiałów oraz kosztów administracyjnych, jak w ocenie I. słusznie zauważył odwołujący, (...) S.A. wskazał, że koszty administracyjne są stałe, takie same dla wszystkich wykonawców, co niewątpliwie nie mogło mieć znaczenia dla obniżenia ceny oferty bowiem nie stanowiło o oszczędnościach w stosunku do pozostałych ofert. W zakresie informacji dotyczących zmniejszenia kosztów realizacji inwestycji (...) S.A. w punkcie 5 wyjaśnień wskazał, że posługiwać się będzie specjalistycznym oprogramowaniem pn. (...). Izba wskazała, że wykonawca, mimo załączenia umowy na wdrożenie programu, nie wykazał w jaki sposób i jak faktycznie zastosowanie wymienionego wyżej oprogramowania wpływa na obniżenie kosztów przez usprawnienie i przyspieszenie procesu projektowania przez zmniejszenie ilości godzin niezbędnej do wykonania dokumentacji wykonawczej, o około 30% w porównaniu do ilości godzin, jakie byłyby potrzebne do wykonania takich samych prac bez wykorzystania tego oprogramowania.

W ocenie I. nie potwierdzały również realności ceny oferty oszczędności, jakie (...) S.A. uzyska w związku z posiadaniem ubezpieczeniem, bowiem obniżenie ceny oferty o kwotę, jaka miałyby pokrywać koszt ubezpieczenia, choć realny, nie przesądza o realności ceny oferty.

Izba wskazała również, że powoływanie się na długoletnie doświadczenie firmy również nie stanowiło uzasadnienia dla obniżenia ceny, bowiem doświadczenia nie można odmówić również innym wykonawcom ubiegającym się o przedmiotowe zamówienie, podobnie jak posiadania materiałów czy sprzętu niezbędnych do realizacji zamówienia, takich jak sprzęt komputerowy.

Uzasadnienia dla wysokości zaoferowanej ceny nie mogły stanowić inne realizowane przez (...) S.A. zamówienia, jako że za wyjątkiem charakteru usługi nie jest możliwe proste przełożenie cen zaoferowanych w innym postępowaniu na ofertę złożoną zamawiającemu.

W ocenie I. odwołujący, mimo, że nie znał całości wyjaśnień (załączniki zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa) w sposób analityczny i właściwy wykazał, że oferta odwołującego, z uwzględnieniem złożonych wyjaśnień, nie zwiera wszystkich składników, które należało w cenie skalkulować jak również nie zaistniały przyczyny, które wskazywałyby na realność zaoferowanej ceny. W ocenie I. działanie zamawiającego w zakresie oceny oferty (...) S.A. nie było prawidłowe, było niezgodne z obowiązującymi przepisami, co doprowadziło do naruszenia zasady zamówień publicznych, w tym w szczególności podnoszonych przez odwołującego zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji określonych w art. 7 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 186 ust. 6, art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Skargę na powyższy wyrok złożył (...) S.A. i zaskarżył go w części, tj. w zakresie punktu 1.B). Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP - poprzez uznanie, że oferta G. podlega odrzuceniu, jako zawierająca rażąco niską cenę oraz uznanie, że zamawiający naruszył ten przepis poprzez jego niezastosowanie;
- 2) art. 90 ust. 3 ustawy PZP - poprzez uznanie, że oferta G. podlega odrzuceniu z uwagi na to, że ocena złożonych przez G. wyjaśnień dotyczących ceny oferty wraz z dostarczonymi dowodami rzekomo potwierdza, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez uznanie, że Zamawiający nieprawidłowo uznał, że wyjaśnienia G. wykazały, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- 3) art. 190 ust. 1a ustawy PZP - poprzez uznanie, że G. nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

4) art. 7 ust. 1 ustawy PZP - poprzez uznanie, że wybór oferty G. doprowadził do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji;

5) art. 190 ust. 7 ustawy PZP - poprzez dokonanie arbitralnej, wybiórczej, niezgodnej z zasadami doświadczenia życiowego i logiki oceny zgromadzonego materiału dowodowego, w szczególności wyjaśnień G. z dnia 30 marca 2015 r. wraz z załączonymi do tych wyjaśnień dokumentami (część niejawną wyjaśnień); oparcie się wyłącznie na twierdzeniu odwołującego, że brak wykazania rzeczywistych kosztów zatrudnienia nie pozwala na przyjęcie, że G. wykazał, że jego cena nie jest rażąco niska, mimo że przedstawione dokumenty i wyjaśnienia jednoznacznie potwierdzają, że zaoferowana cena jest rynkowa i pozwala na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia - również przy przyjęciu wyższych stawek wynagrodzenia niż minimalne;

6) art. 192 ust. 2 ustawy PZP - poprzez uwzględnienie odwołania pomimo tego, że zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów tej ustawy wskazanych wyżej (pkt 1-4 powyżej).

Skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w punkcie 1. B) poprzez oddalenie odwołania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum w składzie Biuro (...) sp. z o.o. oraz (...) sp. z o.o. oraz zasądzenie na rzecz skarżącego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego wraz z kwotami opłat skarbowych od udzielonych pełnomocnictw według norm przepisanych. Skarżący wniósł również o przeprowadzenie dowodu osobowego z zeznań wskazanych świadków.

W odpowiedzi na skargę przeciwnik skargi Konsorcjum w składzie Biuro (...) sp. z o.o. w (...) sp. z o.o. w K. wniósł o: oddalenie skargi w całości, zasądzenie na rzecz przeciwnika skargi kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, oddalenie wniosku dowodowego skarżącego w zakresie dowodu z zeznań świadków.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

W ocenie Sądu Okręgowego Krajowa Izba Odwoławcza w sposób prawidłowy i staranny przeprowadziła postępowanie dowodowe oraz w sposób wnikliwy i wszechstronny rozważyła wszystkie zaoferowane jej dowody i twierdzenia. Całkowicie niezasadne i gołosłowne są twierdzenia skarżącego w przedmiocie bezkrytycznego powtórzenia stanowiska odwołującego przez Izbę. Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, co słusznie zauważył uczestnik w odpowiedzi na skargę.

Krajowa Izba Odwoławcza prawidłowo ustaliła też stan faktyczny sprawy, a z poczynionych ustaleń wyciągnęła niemal w całości właściwe wnioski prawne, stąd ustalenia te jak i wnioski prawne Sąd Okręgowy uznaje za własne w przeważającej części. Sąd Okręgowy nie aprobejuje jedynie zapatrywania Izby odnośnie stanowiska zawartego w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 30 stycznia 2015 r. (sygn. akt III CZP 34/14), o czym szerzej będzie mowa poniżej.

Wskazać też należy, że w istocie wywody zawarte w części motywacyjnej rozpoznawanego środka zaskarżenia sprowadzają się do prezentowania przez skarżącego własnej, korzystnej dla niego wersji stanu faktycznego i poczynionych na tym tle rozważań. Tego rodzaju polemika nosi natomiast cechy dowolności i nie może wywoływać oczekiwanych przez skarżącego rezultatów.

Istota niniejszej sprawy sprowadza się do ustalenia czy (...) słusznie wywiodła jeśli idzie o konieczność odrzucenia oferty skarżącego z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do zamówienia. Nie ma sporu, co do tego, że cena oferty skarżącego, to 4.417.668,80 zł netto (5.433.732,62 zł brutto), wartość średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, to 9.425.429,98 zł netto a szacunkowa wartość zamówienia, to 13.897.600,00 zł netto. Cena oferty złożonej przez skarżącego była o 30% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, jak również od wartości zamówienia netto. Zamawiający wezwał skarżącego do złożenia wyjaśnień (art. 90 ust. 1 PZP), takowe wyjaśnienia zostały złożone i uznane za prawidłowe przez zamawiającego. Słusznie jednak Izba nie zaakceptowała oceny tych wyjaśnień, jaką zaprezentował zamawiający. Otóż bez wątpienia właściwa weryfikacja tych wyjaśnień powinna spowodować odrzucenie oferty wykonawcy (skarżącego) stosownie do art. 90 ust. 3 PZP.

Skarżący w uzasadnieniu skargi powtarzając argumenty zaprezentowane w postępowaniu przed (...), wskazał na okoliczności usprawiedliwiające zaoferowaną przez niego cenę, takie jak niższe koszty pracownicze, niższe koszty usług wykonywanych przez współpracujące podmioty, posługiwanie się przy pracach projektowych specjalistycznym oprogramowaniem pn. (...), który usprawnia i przyspiesza proces projektowania, wysokość zakładanej składki ubezpieczenia, posiadane doświadczenie i znajomość procedur. Skarżący argumentował również, że pojęcie rażąco niskiej ceny nie jest w ustawie PZP zdefiniowane.

Rację trzeba przyznać skarżącemu, co do braku legalnej definicji rażąco niskiej ceny bowiem nie budzi wątpliwości fakt, że przepisy ustawy PZP ani wiążąca ustawodawstwo Unii Europejskiej nie zawierają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny i dlatego w każdym konkretnym przypadku przeprowadzenia procedury udzielania zamówienia publicznego, jeżeli zajdzie taka potrzeba, należy tę kwestię badać. Niemniej jednak już z przytoczonych przez skarżącego definicji można wyprowadzić wspólny mianownik i skonstruować ogólne reguły badania oferowanych przez wykonawców cen pod kątem ich realności, zatem twierdzenia skarżącego, co do nieostrości pojęcia są niezasadne. Badanie to powinno odbywać się w realiach danej sprawy. Zdaniem Sądu Okręgowego za rażąco niską cenę należy uznawać cenę nierealną, nieadekwatną do rzeczywistego z uwagi na przedmiot zamówienia zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów. Bezwzględną granicą musi tu być najniższy możliwy koszt wykonania przedmiotowego zamówienia, zgodnie z pożądanymi przez zamawiającego warunkami. Nie może budzić wątpliwości, że rażąco niska cena musi zostać osadzona w realiach rynkowych wartości wykonania prac. W ocenie Sądu Okręgowego punktem odniesienia do kwalifikacji ceny, jako rażąco niskiej winno być przede wszystkim: 1) ustalona należycie przez zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia; 2) ceny zaoferowane przez innych wykonawców; 3) ceny rynkowe przedmiotu zamówienia.

Nie istnieją sztywne kryteria, jakie winny zostać spełnione, aby wyjaśnienia udzielone przez wykonawców na zapytanie zamawiającego uznane zostały za wystarczające. Ocena w każdym konkretnym przypadku dokonywana jest przez zamawiającego, a treść takich wyjaśnień musi być postrzegana przez pryzmat zapytania. Nie ulega wątpliwości, że wykorzystanie instytucji wyjaśnień (art. 90 ustawy PZP) objęte jest kontrolą w toku postępowania odwoławczego, a także skargowego, o czym zdaje się zapomnieć skarżący zarzucając – niezasadnie - Izbie orzeczenie ponad zarzuty odwołania Konsorcjum (...) i poddanie ocenie przyjętego przez zamawiającego sposobu oszacowania wartości zamówienia (art. 192 ust. 7 PZP). Okoliczność ta mogła mieć wpływ na ocenę prawidłowości zaoferowanych przez wykonawców cen za realizację przedmiotów zamówienia, a z pewnością w odwołaniu został podniesiony zarzut rażąco niskiej ceny oferty, która została wybrana przez zamawiającego. Obowiązkiem zamawiającego jest sformułowanie zapytania do wykonawców w taki sposób, aby treść wyjaśnienia czyniła zadość uwarunkowaniom danego postępowania o udzielenie zamówienia i okoliczność ta podlega kontroli I., co czyni zarzut rozstrzygnięcia ponad żądanie niezasadnym. Również zamawiający jest zobligowany przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1 PZP), a w przypadku zarzutu rażąco niskiej ceny jednej z ofert, również Izba i sąd powinien poddać kontroli wywiązanie się z tego obowiązku przez zamawiającego.

Podkreślić należy, że to jednak na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (art. 90 ust 2 PZP). Argumentacja co do realności zaoferowanej przez skarżącego ceny, nie przekonały zarówno I., jak i Sądu Okręgowego. Skarżący zaproponował niezwykle ogólne twierdzenia, kiedy to powinien przedstawić materiał dowodowy w sposób niezbity i wyczerpująco wykazujący słuszność jego twierdzeń, co do wysokości kosztów koniecznych do poniesienia w przypadku swojej oferty. Na konieczność wykazania okoliczności realności ceny wskazuje w sposób kategoryczny treść art. 90 ust 2 PZP.

Wskazać należy, że zamawiający w sposób szczegółowy i wyraźny wskazał, w jakim zakresie powziął wątpliwość co do realności i wiarygodności zaoferowanej przez skarżącego ceny i w ten również sposób wezwał skarżącego do złożenia wyjaśnień. Na tym jednak, w wymienionym obszarze zakończyła się prawidłowość działania zamawiającego.

Odnosząc się do elementu wyjaśnień, dotyczących wynagrodzenia pracowników skarżącego, niezgodne z zasadami chociażby logiki i zdrowego rozsądku wydaje się przyjęcie, że jego pracownicy wszystkich szczebli pracują za minimalne wynagrodzenie. Sprzeczne stanowisko skarżącego w tym zakresie z pewnością nie nosi znamion udowodnienia okoliczności wiarygodności tego istotnego – jeżeli nie najistotniejszego - elementu oferowanej ceny w przetargu przez skarżącego. Jeżeli natomiast z jakiś powodów skarżący jest w stanie zgromadzić wokół siebie wysoko wykwalifikowaną kadrę za wynagrodzenie minimalne, powinien okoliczności te udowodnić. Sąd orzekający zdaje sobie sprawę, że mogą istnieć pozapłacowe świadczenia, które przyciągają specjalistów do danego pracodawcy, takie chociażby jak renoma, bogaty pakiet socjalny czy też możliwość zdobycia doświadczenia w zespole o wysokich kwalifikacjach, niemniej jednak domyślanie się takich okoliczności nie jest rolą I. ani sądu i z pewnością na skarżącym ciąży obowiązek ich wykazania i co za tym idzie udowodnienia, że ten składnik zaoferowanej ceny jest realny. Już z samego porównania wskazanej przez skarżącego stawki godzinowej (12,58 zł) i niekwestionowanego przez skarżącego pisma procesowego dotyczącego realnych wydatków (...) S.A. z tytułu wynagrodzenia, z którego płynie wniosek, że wynagrodzenie to wynosi około siedmiu tysięcy złotych miesięcznie, wynika, że istnieją w tym przedmiocie znaczne rozbieżności. Skarżący natomiast zaproponował, zamiast żądanych przez Izbę dowodów w tym przedmiocie, jedynie sprzeczne twierdzenia – zarówno w wyjaśnieniach, na rozprawie przed Izbą jak i skardze.

Skarżący nie wskazał również na inne okoliczności, które umożliwiłyby mu wykonanie zamówienia za tak niską cenę. Pozostawanie w stałych stosunkach handlowych z podwykonawcami nie może samo w sobie stanowić usprawiedliwienia dla niższego ich wynagradzania. Z pewnością okoliczności te nie zostały wykazane. Również posiadanie długoletniego doświadczenia nie ma znaczenia dla obniżenia ceny, bowiem skarżący nie wykazał w jaki sposób – w porównaniu do innych wykonawców – doświadczenie to pozwoliło mu na wykonanie zamówienia za znacznie niższą od cen zaoferowanych przez inne podmioty, prowadzące podobną działalność, co skarżący. Również w tej części skarżący nie zaproponował wartościowych wyjaśnień, twierdzenia skargi nie dają odpowiedzi na pytanie, w jaki to wymierny sposób stałe stosunki handlowe z podwykonawcami wpływały na zaoferowaną cenę.

Kolejna kwestia, to posługiwanie się specjalistycznym programem. T. wskazać, że z samej okoliczności posługiwania się programem (...) podczas prac projektowych nie można zakładać obniżenia kosztów skarżącego. Aby usprawiedliwić wysokość ceny skarżący był zobowiązany przedstawić wymierne i realne oszczędności dzięki stosowaniu tego programu. Z pewnością samo przedstawienie umowy na wdrożenie tego programu nie jest wystarczające na wykazanie tych okoliczności. Właściwie skarżący na okoliczność potwierdzenia niższych kosztów związanych z korzystaniem z owego programu przedstawił jedynie tę umowę. Umowa dowodzi, że skarżący korzysta z ułatwień programu ale nie dowodzi jakie konkretnie koszty funkcjonowania przedsiębiorstwa i w jakiej wysokości zostały zmniejszone.

Słusznie też Izba wywiodła, że koszty administracyjne nie mogą wpływać na ocenę realności zaoferowanej ceny w porównaniu do pozostałych ofert, bowiem koszty te inni wykonawcy musieli ponieść w zbliżonej wysokości. Również niezrozumiałe są tworzenia skargi dotyczące innego postępowania o zamówienie publiczne. W żadnym razie nie może odnieść zamierzonego skutku argumentacja dotycząca rzekomej realności ceny zaproponowanej przez skarżącego w niniejszym postępowaniu z uwagi na wysokość oferty w innym postępowaniu, nawet pomiędzy tymi samymi podmiotami, bowiem są to odrębne postępowania, o odmiennym stanie faktycznym i sąd czy Izba nie są w żadnym razie nimi związane. Taka argumentacja pozostaje również w sprzeczności z zasadą bezpośredniości postępowania.

W tym miejscu należy podnieść, że postępowanie skargowe przed Sądem Okręgowym jest postępowaniem zasadniczo kontrolnym, z założenia uwzględniającym postulat szybkości i koncentracji materiału dowodowego. Wniosek o przeprowadzenie dowodów osobowych zgłoszony w skardze jest zasadniczo spóźniony i jako taki podlegał oddaleniu. Dodatkowo należy zwrócić uwagę, że argumenty zmierzające do wykazania, że cena zaoferowana przez skarżącego nie jest rażąco niska powinny być przytaczane na etapie składania wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy PZP. Zwlekanie do postępowania skargowego z wykazywaniem okoliczności mających potwierdzić rację skarżącego odnośnie uzasadnienia ceny w wyjaśnieniach składanych w ramach procedury o udzielenie zamówienia publicznego, nie zasługuje na aprobatę.

W tym kontekście należy jeszcze raz podnieść, że zdaniem Sądu Okręgowego w przedmiotowym postępowaniu oferta skarżącego posiadała rażąco niską cenę, G. nie przedstawił żadnych dowodów, które usprawiedliwiałyby tak niską cenę, i prawidłowo Izba nakazała jej odrzucenie. Izba nie dopuściła się żadnych z zarzucanych jej w skardze naruszeń.

Sąd Okręgowy nie podziela natomiast twierdzeń I. odnośnie prokury łącznej, co przejawiało się w krytyce I. uchwały siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 30 stycznia 2015 r. o sygn. akt III CZP 34/14. Przede wszystkim wskazać należy, że wpis w Krajowym Rejestrze Sądowym dotyczący reprezentacji spółki ma charakter konstytutywny, wbrew twierdzeniom I. o jego deklaratoryjnym charakterze. Z przedmiotowej uchwały Sądu Najwyższego, którą Sąd Okręgowy w pełni podziela, wynika, że niedopuszczalny jest wpis do rejestru przedsiębiorców w Krajowym Rejestrze Sądowym jednego prokurenta z zastrzeżeniem, że może on działać tylko łącznie z członkiem zarządu (prokura łączna niewłaściwa), bowiem jest to sprzeczne z art. 38 k.c. oraz żaden przepis k.c. o prokurze nie przewiduje takiej możliwości. Taki rodzaj udzielenia prokury z pewnością nie jest prokurą łączną, bowiem nie może być prokurą łączną udzielenie prokury tylko jednej osobie, brak jest też podstaw prawnych, aby uzależniać skuteczność czynności dokonywanych przez prokurenta w imieniu spółki od oświadczenia członka zarządu spółki. Słusznie Sąd Najwyższy wywiódł, że wpisy w Krajowym Rejestrze Sądowym takiej prokury powinny zostać wykreślone na mocy art. 12 ust. 3 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym. Wykładnia przyjęta w uchwale obowiązuje pro futuro od chwili jej podjęcia, tj. od dnia 30 stycznia 2015 r. a Sąd Okręgowy w składzie orzekającym w tej sprawie całości podziela stanowisko Sądu Najwyższego. Nieskuteczna jest reprezentacja spółki z zastosowaniem prokury łącznej niewłaściwej, a czynność prawna dokonana w ten sposób jest nieważna. W niniejszym postępowaniu oferta skarżącego została złożona w dniu 20 marca 2015 r. przez członka zarządu i prokurenta spółki bez zgodnego z prawem umocowania, zatem w sposób niewłaściwy, bowiem z naruszeniem zasady łącznej reprezentacji spółki. Otóż u skarżącego obowiązywała reprezentacja łączna członka zarządu z prokurentem ale prokurent, który złożył podpis na ofercie nie miał umocowania do działania, jako prokurent, ponieważ uchwała zarządu nr 313 z dnia 26 lutego 2015 r. o udzieleniu prokury zawierała wprost ograniczenie do działania z członkiem zarządu (k. 1725 dok. przetargowej). Ustawa zaś nie przewiduje tego rodzaju prokury (vide art. 109⁴ § 1 k.c.). Złożenie przedmiotowej oferty przez jednego członka zarządu i prokurenta, który nie ma umocowania pociąga za sobą bezwzględną nieważność czynności prawnej, jaką jest złożenie oferty (art. 58 § 1 k.c.), w konsekwencji oferta powinna zostać odrzucona nie tylko z powodu rażąco niskiej ceny ale również z uwagi na jej nieważność na mocy art. 89 ust. 1 pkt 8 PZP.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 198f ust. 2 PZP Sąd Okręgowy oddalił skargę, jako bezzasadną.

O kosztach postępowania Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 98 k.p.c., art. 99 k.p.c. i art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 198f ust. 5 PZP, zgodnie z wynikiem postępowania wywołanego skargą. Odnośnie wysokości zasądzonych na rzecz przeciwnika skargi kosztów, Sąd Okręgowy zastosował odpowiednio treść § 10 ust. 1 pkt. 4 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu.