

WYROK

z dnia 16 grudnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Klaudia Szczytowska - Maziarz**

Protokolant: **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 grudnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **2 grudnia 2010 r.** przez **IMPEL TECH SOLUTIONS Sp. z o.o., 04-242 Warszawa, ul. Marsa 56A** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 2 PUM w Szczecinie (dawniej: Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 2 Pomorskiej Akademii Medycznej w Szczecinie), Al. Powstańców Wielkopolskich 72, 70-111 Szczecin,**

przy udziale wykonawcy **Wiesława Kożybskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą "WK" Wiesław Kożybski, ul. Studzienna 31/23, 71-714 Szczecin,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża IMPEL TECH SOLUTIONS Sp. z o.o., 04-242 Warszawa, ul. Marsa 56A**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez IMPEL TECH**

SOLUTIONS Sp. z o.o., 04-242 Warszawa, ul. Marsa 56A tytułem wpisu od odwołania,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 886 zł 70 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset osiemdziesiąt sześć złotych siedemdziesiąt groszy) przez **IMPEL TECH SOLUTIONS Sp. z o.o., 04-242 Warszawa, ul. Marsa 56A** na rzecz **Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego Nr 2 PUM w Szczecinie, 70-111 Szczecin, Al. Powstańców Wielkopolskich 72**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie Krajowej Izby Odwoławczej oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Szczecinie.**

Przewodniczący

.....

UZASADNIENIE

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Usługi konserwacyjno - naprawcze i usuwanie awarii w branżach elektrycznej, sanitarnej, ślusarsko - stolarskiej, wentylacyjno - klimatyzacyjnej i ogólnobudowlanej w obiektach i budynkach Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego Nr 2 PAM w Szczecinie" wykonawca IMPEL TECH SOLUTIONS Sp. z o.o. (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego - Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego Nr 2, naruszających następujące przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) (dalej „ustawa Pzp”):

1. art. 7 ust. 1 i 3, poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i niedozwolone porównywanie oferty odwołującego z innymi ofertami, nie złożonymi w przetargu, a także poprzez stawienie odwołującemu dodatkowych wymagań, nie ujętych w SIWZ,
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 32 ust. 1, poprzez nieuprawnione przyjęcie, iż oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę,
3. art. 90 ust. 1 - 3, poprzez wadliwą wykładnię przepisów o instytucji wyjaśnień wykonawcy co do tego, czy złożona przez niego oferta zawiera rażąco niską cenę i błędne przyjęcie, iż istnieją przesłanki do uznania, iż z przedstawionych wyjaśnień odwołującego nie wynika jednoznacznie, że cena oferty tego wykonawcy nie stanowi rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,
4. art. 91 ust. 1, poprzez wadliwy wybór najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. uchylecia wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. uchylecia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
3. dokonania ponownej oceny ofert wraz z ofertą odwołującego.

Odwołujący podał, że w dniu 22 listopada 2010 r. otrzymał od zamawiającego zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty odwołującego, który w uzasadnieniu swojej decyzji wskazał, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu, ponieważ zawiera rażąco niską cenę - cena zaoferowana przez odwołującego wynosi 3.390.624,00 zł brutto i jest niższa o 31 % od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT, która wynosi 4.921.968 zł brutto. Wskazał, że według zamawiającego cena zaoferowana przez odwołującego jest także niższa o 8,69 % od ceny drugiego wykonawcy, który złożył ofertę w w/w postępowaniu, a który aktualnie świadczy

przedmiotowe usługi (z wyjątkiem usług stolarskich i pomiarów elektrycznych) na rzecz zamawiającego.

Odwołujący podał także, że został wezwany przez zamawiającego do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i przedłożenie dowodów na poparcie twierdzeń zawartych w wyjaśnieniu.

Wyjaśnił, że przekazał zamawiającemu wyjaśnienia, w których wskazał, jakie kwoty w cenie ofertowej stanowią koszty robocizny, materiałów, narzędzi, jaka jest wysokość marży itp., a nadto, że dzięki szczegółowej analizie przedmiotu zamówienia oraz wieloletniemu doświadczeniu w realizacji usług objętych postępowaniem jest w stanie za zaoferowaną cenę należycie wykonać zamówienie.

Odwołujący wskazał, że w ocenie zamawiającego wyjaśnienie odwołującego nie pozwala na ocenę, czy faktycznie zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską, ponieważ odwołujący nie wskazał żadnych obiektywnych czynników, które pozwoliły na zaoferowanie tak niskiej ceny w sytuacji, gdy za obiektywny czynnik nie można uznać ogólnikowego powołania się na wieloletnie doświadczenie w realizacji usług objętych zamówieniem, nie popartego żadnymi dowodami.

Odwołujący dodatkowo wskazał, że wedle zamawiającego o tym, iż zaoferowana cena jest rażąco niska świadczy choćby fakt, że zamawiający na podstawie umowy zawartej w dniu 6 maja 2008 r. aktualnie płaci wynagrodzenie miesięczne w wysokości 59.500 zł netto za mniejszy zakres usług w stosunku do zakresu objętego niniejszym zamówieniem (bez usług stolarskich i pomiarów elektrycznych), tj. mimo większego zakresu usług oraz wzrostu minimalnego wynagrodzenia za pracę i wzrostu cen towarów i usług w stosunku do 2008 roku wynagrodzenie netto za jeden miesiąc, jakie zaoferował odwołujący wynosi 2 779 200,00 zł netto (kwota ta podzielona przez 48 m-cy to 57.900 zł netto).

Odwołujący, nie podzielając stanowiska zamawiającego, podniósł następujące okoliczności:

- zamawiający błędnie przyjął, iż odrzucając ofertę wykonawcy nie musi udowodnić, że nastąpiło w tym konkretnym przypadku złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę, tj. ceny całego zamówienia, za którą nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia; to na zamawiającym spoczywa ciężar dowodu w przypadku, gdy chce odrzucić ofertę wykonawcy,
- za chybione uznać należy dokonywanie przez zamawiającego oceny jego oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu z inną ofertą, złożoną we wcześniejszym przetargu, ponieważ brak jest przesłanek do podejmowania jakichkolwiek decyzji wyłącznie na tej podstawie i w konsekwencji decydować o odrzuceniu oferty,
- aby wykazać rażąco niską cenę, badać należy cenę całej oferty, nie jej

poszczególnych elementów, tak jak to zrobił zamawiający,

- zamawiający nie zadał sobie trudu, aby wykazać, iż za cenę zaoferowaną przez odwołującego nie jest możliwe wykonanie zamówienia; zarzut taki wobec oferty odwołującego nie pojawił się,
- zaoferowane przez odwołującego wynagrodzenie brutto 3 390 624 zł zostało wyliczone na podstawie cen dostawców usług i materiałów dla jego firmy oraz kalkulacji własnych,
- zaoferowana cena jest ceną realną, za którą odwołujący będzie wstanie wykonać zamówienie z należytą starannością oraz zgodnie z wymaganiami w SIWZ,
- odwołujący oświadczył, że przyjął 9 etatów w grupie technicznej, uwzględniając realne wynagrodzenia w kwocie 517 574,60 zł brutto rocznie, co oznacza, że wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę od 2008 roku nie ma wpływu na wynagrodzenie poszczególnych pracowników, średnia miesięczna pensja brutto pracownika z narzutami wynosi 4 792,36 zł brutto,
- odwołujący uwzględnił wzrost cen materiałów od dostawców, z którymi Grupa Kapitałowa posiada umowy z ponadprzeciętnymi rabatami w stosunku do firm usługowych na rynku; kalkulacja cenowa obejmowała także specjalistyczne czyszczenie instalacji klimatyzacji wentylacji raz na 24 miesiące przez specjalistyczną grupę działu klimatyzacji odwołującego wyposażoną w odpowiednie urządzenia zgodnie z wymaganiami SIWZ i aktualnymi wymogami Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 10 listopada 2006 roku w sprawie wymagań, jakim powinny odpowiadać pod względem fachowym i sanitarnym pomieszczenia i urządzenia zakładu opieki zdrowotnej; koszty czyszczenia specjalistycznego instalacji klimatyzacji (213 773,20 zł netto) zostały ryczałtowo przeliczone na koszty miesięczne w pozycji „Serwisy, konserwacje, przeglądy okresowe”; firma, która jest zmuszona wynająć firmę w zakresie specjalistycznego czyszczenia instalacji wentylacji i klimatyzacji ponosi zwiększone koszty,
- zamawiający na podstawie umowy zawartej w dniu 6 maja 2008 roku z firmą „WK” Wiesław Kożybski nie uwzględnił usług stolarskich i pomiarów elektrycznych; zamawiający na podstawie SIWZ wymaga obecnie wykonywania dodatkowo usług stolarskich co zwiększa jedynie zakres prac wykonywanych przez techników obiektu, pozostałe materiały są skalkulowane lub podlegają refakturowaniu zgodnie z SIWZ; pomiary elektryczne zawarte dodatkowo w SIWZ zostały skalkulowane w kwocie 17 901,00 zł netto rocznie ryczałtowo i uwzględnione w pozycji „Serwisy, konserwacje, przeglądy okresowe”,
- zaoferowana ryczałtowo cena 3 390 624,00 zł brutto za okres 48 miesięcy nie jest

ceną rażąco niską - firma „WK” Wiesław Kożybski zaoferowała cenę 3 818 122,00 zł brutto, stanowi prawdopodobnie jedynie wyższą marżę oferenta,

- oferta odwołującego jest przygotowana solidnie uwzględniając realia rynkowe oraz sytuację bieżącą budżetu Szpitali pod kątem obsługi multitechnicznego obiektów zgodnie ze złożonymi referencjami,
- odwołujący uwzględnił marżę w wysokości 7 procent.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz stanowisk stron i przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego:

1. Ogłoszenie o zamówieniu z dnia 23 września 2010 r. (2010/S 185-282590),
2. Protokół postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o wartości zamówienia równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, prowadzony przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
3. Specyfikację istotnych warunków zamówienia opracowaną przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
4. Ofertę odwołującego i przystępującego,
5. Wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp z dnia 15 listopada 2010 r. skierowane przez zamawiającego do odwołującego,
6. Odpowiedź odwołującego z dnia 17 listopada 2010 r. na w/w wezwanie,
7. Zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania z dnia 22 listopada 2010 r.,
8. Odwołanie z dnia 30 listopada 2010 r.,
9. Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego Wiesława Kożubskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą "WK" Wiesław Kożybski z dnia 1 grudnia 2010 r.,
10. Odpowiedź zamawiającego na odwołanie z dnia 10 grudnia 2010 r.

Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej odwołującego, ponieważ Izba oceniała zgodność podjętej przez zamawiającego czynności, polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego, której podstawą była odpowiedź, jakiej udzielił odwołujący w piśmie z dnia 22 listopada 2010 r., która takiej kalkulacji nie zawierała. Trafnie też zamawiający podniósł na rozprawie, że rozprawa nie może stanowić kontynuacji procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp skoro postępowanie

odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą stanowi ocenę zakończonej już procedury wyjaśniającej na okoliczność zaoferowania rażąco niskiej ceny.

Zarzut nieuprawnionego przyjęcia, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw.z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujące okoliczności istotne dla rozpoznania tego zarzutu.

Zgodnie z pkt. 2 części ogólnej Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o wartości zamówienia równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych wartość szacunkowa zamówienia (bez VAT) została ustalona przez zamawiającego w wysokości 4 034 400,00 zł.

Zgodnie z postanowieniem rozdziału XVI „Opis sposobu obliczenia ceny” zamawiający zażądał od wykonawców podania w formularzu oferty wynagrodzenia netto, podatku VAT i wynagrodzenia ryczałtowego brutto za okres 48 miesięcy oraz miesięczne wynagrodzenie ryczałtowe - netto, podatek VAT w % oraz miesięczne wynagrodzenie brutto.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofertę złożyło dwóch wykonawców:

- odwołujący z ceną 3 390 624,00 zł brutto,
- przystępujący z ceną 3 818 122,00 zł brutto.

Zamawiający, pismem z dnia 15 listopada 2010 r., wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień: „dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanego wynagrodzenia i przedłożenie dokumentów na poparcie twierdzeń zawartych w wyjaśnieniu”. W piśmie podał także, że wynagrodzenie zaoferowane przez odwołującego jest niższe o ok. 31% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT oraz wskazał, że udzielając wyjaśnień odwołujący powinien udowodnić, że zaoferowana cena jest ceną realną, za którą odwołujący będzie w stanie wykonać zamówienie z należytą starannością oraz zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ. Zamawiający poinformował nadto odwołującego, że oceniając wyjaśnienia będzie brał pod uwagę wyłącznie obiektywne czynniki mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

W piśmie z dnia 17 listopada 2010 r. (pkt 3) odwołujący w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego:

- poinformował, że składa wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływa na wysokość zaoferowanego wynagrodzenia,

- wskazał, że zaoferowane wynagrodzenie zostało wyliczone na podstawie cen dostawców usług i materiałów dla firmy odwołującego oraz kalkulacji własnych,
- oświadczył, że zaoferowana cena jest ceną realną, za którą będzie w stanie wykonać zamówienie z należytą starannością oraz zgodnie z wymaganiami w SIWZ (w tym wzoru umowy),
- oświadczył, że na podstawie powyższych danych oraz swojego doświadczenia w zakresie multitechnicznej obsługi obiektów przyjął 9 etatów grupy technicznej, uwzględniając wynagrodzenie w wysokości 517 574,60 zł,
- oświadczył, że uwzględnił wycenę roczną specjalistycznych serwisów, przeglądów okresowych wykonywanych przez własnych techników w wysokości 164 812,36 zł,
- wskazał koszty materiałów w wysokości 68 177,03 zł brutto rocznie, koszty transportu własnego w wysokości 23 160,00 zł brutto rocznie, koszty wynajęcia pomieszczeń wraz z mediami w wysokości 50 950,01 zł oraz koszty narzędzi i wyposażenia w wysokości 22 982,00 zł brutto rocznie, które to składniki sumując dają wynagrodzenie roczne w wysokości 847 656,00 zł brutto z uwzględnieniem marży w wysokości 7%,
- stwierdził, że jego oferta uwzględnia wszystkie wymagania zamawiającego opisane w SIWZ,
- stwierdził, że dzięki szczegółowej analizie przedmiotu zamówienia oraz wieloletniemu doświadczeniu w realizacji usług objętych postępowaniem złożył ofertę zapewniającą należyłą realizację zamówienia,
- oświadczył, że oferta została przygotowana należycie, obejmując swoim zakresem wszystkie składniki cenotwórcze.

Pismem z dnia 22 listopada 2010 r. zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu złożonej przez odwołującego oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu faktycznym swojej decyzji zamawiający podał, że:

- cena odwołującego jest niższa o 31% od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT,
- cena odwołującego jest niższa o 8,69% od ceny drugiego wykonawcy (w odpowiedzi na odwołanie zamawiający sprostował, że różnica ta wynosi 11,2%), który złożył ofertę, a który aktualnie świadczy przedmiotowe usługi z ograniczonym w stosunku do obecnego postępowania zakresem usług,

- w złożonych na wezwanie zamawiającego wyjaśnieniach odwołujący ograniczył się do wskazania, jakie kwoty w cenie stanowią koszty robocizny, materiałów, narzędzi, jaka jest wysokość marży,
- złożone przez odwołującego wyjaśnienia (w tym powołanie się na szczegółową analizę przedmiotu zamówienia oraz doświadczenie) nie pozwalają na ocenę, czy cena nie jest ceną rażąco niską,
- odwołujący nie podał żadnych obiektywnych czynników, za taki nie może być uznane ogólnikowe powołanie się na wieloletnie doświadczenie odwołującego, nie poparte żadnymi dowodami.

Odwołujący szczególnie mocno podkreślał niedopuszczalność porównania przez zamawiającego ceny ofertowej odwołującego do wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o wartość podatku VAT.

Izba stanowisko odwołującego uważa za błędne, w pełni podzielając przyjęty w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że wobec braku ustawowego zdefiniowania pojęcia „cena rażąco niska”, koniecznym jest porównanie ceny ofertowej przede wszystkim do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia, powiększonej o wartość podatku VAT, a także do cen innych ofert złożonych w postępowaniu, jak również do cen rynkowych danych usług, produktów, czy robót budowlanych, objętych przedmiotem zamówienia.

Jednocześnie Izba wskazuje, że kwestia ta nie ma kluczowego znaczenia dla rozpoznania zarzutu, ponieważ porównanie ceny ofertowej do wartości szacunkowej zamówienia powiększonej, ze względu na wskazywanie przez wykonawców cen brutto, o wartość podatku VAT następuje w celu podjęcia przez zamawiającego decyzji o skierowaniu do wykonawców wezwania do złożenia wyjaśnień na okoliczność zaoferowania ceny rażąco niskiej, nie stanowi natomiast podstawy odrzucenia oferty.

Tak też było w przedmiotowym postępowaniu, w którym zamawiający w piśmie z dnia 15 listopada 2010 r. powołał się właśnie na rozbieżność ceny ofertowej brutto odwołującego i wartości szacunkowej powiększonej o wartość podatku VAT na poziomie 31% (zamawiający podał: „ok. 31%).

Izba wskazuje nadto, iż odwołujący w ogóle nie kwestionował zasadności skierowania do niego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby brak jest podstaw, aby porównanie to - przywołane również w zawiadomieniu o rozstrzygnięciu postępowania z dnia 22 listopada 2010 r. - uznać za podstawę odrzucenia oferty odwołującego. Przeczy temu konstrukcja uzasadnienia faktycznego, w którym zamawiający wskazanie przyczyn odrzucenia oferty poprzedził opisem przebiegu postępowania: podstawa wezwania → wezwanie → wyjaśnienia → ocena wyjaśnień.

Odwołujący podnosił także argument, iż zamawiający winien badać cenę całej oferty, nie zaś jej poszczególne składniki.

Argument ten pozostaje jednak w oderwaniu od treści uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty, w którym zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do którejkolwiek z wartości cząstkowych (kosztów wskazanych przez odwołującego w wyjaśnieniach, tj. kosztów transportu własnego, wynajęcia pomieszczeń wraz z mediami, narzędzi i wyposażenia, czy wysokości marży).

Odwołujący podnosił nadto argument, iż zamawiający - kierując do niego wezwanie na okoliczność zaoferowania ceny rażąco niskiej - winien wskazać elementy oferty, co do których oczekuje wyjaśnień.

Stanowisko to Izba uznaje za błędne w sytuacji, gdy wykonawcy w SIWZ zostali zobligowani do podania jedynie całkowitego wynagrodzenia ryczałtowego brutto (za 48 miesięcy) i miesięcznego wynagrodzenia ryczałtowego brutto, co oznacza, że żadne elementy - składowe ceny ofertowej nie zostały przez zamawiającego wskazane, a zatem zamawiający pozostawił wykonawcom swobodę co do budowy ceny.

Skoro zatem poszczególni wykonawcy, korzystając z pozostawionej im przez zamawiającego postanowieniami SIWZ swobody, nie zostali zobligowani do podania elementów składających się na cenę całkowitą brutto (czy to całkowitą za 48 miesięcy czy miesięczną), to trudno przypisać zamawiającemu obowiązek wskazywania elementów, których nie zna, a które w przypadku każdego z wykonawców mogły być inne - odpowiednio do przyjętego sposobu budowy ceny (grupowania kosztów).

Dodatkowo Izba wskazuje, że składając pismo z dnia 22 listopada 2010 r. odwołujący wprost poinformował, że składa wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływa na wysokość zaoferowanego wynagrodzenia, a zatem nie kwestionował wówczas wadliwości wezwania.

Wskazać wreszcie należy, w odniesieniu do argumentu o braku podstaw do żądania przez zamawiającego dowodów potwierdzających wyjaśnienia wykonawcy, że argument ten, stanowiąc w istocie zarzut, jest spóźniony, ponieważ dotyczy czynności zamawiającego, polegającej na wezwaniu odwołującego do wyjaśnień na okoliczność zaoferowania ceny rażąco niskiej z dnia 15 listopada 2010 r.

Znaczenie zasadnicze dla oceny podjętej przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp ma

kwestia oceny przez zamawiającego odpowiedzi, jakiej udzielił odwołujący w piśmie z dnia 22 listopada 2010 r. w następstwie wezwania zamawiającego.

Izba w pełni podziela pogląd wyrażany już wielokrotnie w orzeczeniach Krajowej Izby odwoławczej, zgodnie z którym wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ustanawia domniemanie prawne zaproponowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wyjaśnienia wykonawcy mają doprowadzić do obalenia tego domniemania. Odwołujący nie kwestionował czynności zamawiającego, polegającej na wezwaniu go do złożenia wyjaśnień, co pozwala przyjąć, iż był świadom i nie kwestionował ustanowienia domniemania, że zaoferowana przez niego cena w wysokości 3 390 624,00 zł jest ceną rażąco niską.

Izba wskazuje, że obalenie domniemania co do zaoferowania ceny rażąco niskiej nie może następować poprzez oświadczenia i twierdzenia wykonawcy jak na przykład, że zaoferowane wynagrodzenie zostało wyliczone na podstawie cen dostawców usług i materiałów dla firmy odwołującego oraz kalkulacji własnych, ponieważ mają one uniwersalny i oczywisty wręcz charakter.

Nie może także być podstawą obalenia tego domniemania doświadczenie wykonawcy w sytuacji, gdy zamawiający zna to doświadczenie jedynie ze złożonego wraz z ofertą wykazu wykazywanych usług, a odwołujący wskazał tylko jedną usługę podobną do usługi będącej przedmiotem zamówienia, a doświadczenie na tym poziomie było wymogiem minimalnym, właściwym również dla drugiego wykonawcy.

Nie może także być podstawą obalenia tego domniemania jedynie wyliczenie elementów ceny ofertowej w skali roku (wynagrodzenie 9 etatów grupy technicznej w wysokości 517 574,60 zł, wycena specjalistycznych serwisów, przeglądów okresowych wykonywanych przez własnych techników w wysokości 164 812,36 zł, koszty materiałów w wysokości 68 177,03 zł, koszty transportu własnego w wysokości 23 160,00 zł, koszty wynajęcia pomieszczeń wraz z mediami w wysokości 50 950,01 zł oraz koszty narzędzi i wyposażenia w wysokości 22 982,00 zł) w sytuacji, gdy wykonawca nie wyjaśnia co dało mu podstawy do przyjęcia tych wielkości w szczególności, gdy nie wskazuje wysokości cen dostawców usług i materiałów, na które się powołuje, a które mają być właściwe i szczególnie korzystne), jak należy się domyślać, jedynie dla firmy odwołującego.

Izba nie podziela także stanowiska odwołującego zaprezentowanego na rozprawie, jakoby fakt, że rabaty, na które odwołujący powoływał się w wyjaśnieniach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, był przeszkodą w ujawnieniu ich zamawiającemu skoro odwołującemu przysługuje prawo zastrzeżenia tych informacji.

Trudno również uznać za uzasadniające wysokość zaoferowanej ceny oświadczenia, iż oferta uwzględnia wszystkie wymagania zamawiającego opisane w SIWZ, została złożona dzięki szczegółowej analizie przedmiotu zamówienia, że oferta została przygotowana

należycie, obejmując swoim zakresem wszystkie składniki cenotwórcze, czy też jedynie zapewnienia wykonawcy, że zaoferowana cena jest ceną realną, za którą będzie w stanie wykonać zamówienie z należytą starannością oraz zgodnie z wymaganiami w SIWZ skoro były to podstawowe obowiązki każdego wykonawcy, który chciał złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu i były warunkiem złożenia oferty, której treść jest zgodna z treścią SIWZ, której to zgodności zamawiający, wzywając odwołującego do złożenia wyjaśnień nie podważał.

Powyższe uzasadnia w ocenie Izby stanowisko, iż odwołujący nie wskazał żadnego obiektywnego czynnika mającego wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Podkreślić należy, że poza samym wskazaniem czynnika, wykonawca winien wskazać, na czym polega jego powiązanie (wpływ) z wysokością zaoferowanej ceny.

Reasumując, odwołujący nie obalił domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej, stąd oferta ta nie mogła zostać uznana za niepodlegającą odrzuceniu.

Brak wskazania przez odwołującego obiektywnych czynników, które jedynie przykładowo wskazuje art. 90 ust. 2 ustawy Pzp wpływa także na treść uzasadnienia powodów odrzucenia oferty odwołującego.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba doszła do przekonania, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie, a tym samym, że zamawiający nie naruszył przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Zarzut niedozwolonego porównywania oferty odwołującego z innymi ofertami, nie złożonymi w przedmiotowym przetargu oraz stawiania odwołującemu dodatkowych wymagań, nie ujętych w SIWZ, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Zarzut odwołującego odnoszący się do porównania oferty odwołującego z innymi ofertami, nie złożonymi w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pozostaje bez związku z treścią uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego, tj. czynności zamawiającego, której zgodność z przepisami ustawy Pzp bada Izba w następstwie złożonego przez odwołującego odwołania.

W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty odwołującego zamawiający porównał cenę ofertową odwołującego do ceny ofertowej przystępującego, tj. ceny zaoferowanej przez tego wykonawcę w przedmiotowym postępowaniu, nie zaś zaoferowanej przez tego wykonawcę w innym postępowaniu, co wynika wprost ze zdania: „Cena zaoferowana przez Impel Tech Solutions sp. z o.o. jest także niższa o 8,69% od ceny drugiego wykonawcy, który złożył ofertę w w/w postępowaniu (...)”.

Faktu tego nie zmienia to, że zamawiający porównując cenę oferty odwołującego do ceny ofertowej przystępującego zaproponowanej w przedmiotowym postępowaniu jednocześnie wskazał, że przystępujący jest podmiotem, który „aktualnie świadczy przedmiotowe usługi (z wyjątkiem usług stolarskich i pomiarów elektrycznych).

Wskazana informacja dodatkowa wydaje się co najwyżej sugerować, że cena przystępującego jest ceną wiarygodną przez fakt wiedzy i doświadczenia, jakich nabył ten wykonawca świadcząc usługi na rzecz zamawiającego.

Faktu tego nie zmienia także inna informacja dodatkowa, poczyniona nadto przez zamawiającego na marginesie („W związku z powyższym jedynie na marginesie Zamawiający podaje, że (...)), a dotycząca odwołania się do wynagrodzenia, jakie aktualnie płaci zamawiający za zbliżony zakres usług, ponieważ podstawą odrzucenia oferty odwołującego było to, że odwołujący „nie podał żadnych obiektywnych czynników, które pozwoliły mu na zaoferowanie tak niskiej ceny. Za obiektywny czynnik nie można uznać ogólnikowego powołania się na wieloletnie doświadczenie w realizacji usług objętych zamówieniem, nie popartego żadnymi dowodami”.

Odwołujący, pomimo użycia liczby mnogiej (zarzut porównywania oferty odwołującego z innymi ofertami, nie złożonymi w przedmiotowym przetargu), nie podał jakie inne oferty, w jakiej liczbie postępowań ma na myśli.

Odwołujący nie wskazał także, jakie dodatkowe wymagania, nie ujęte w SIWZ postawił zamawiający odwołującemu przy ocenie złożonej przez odwołującego oferty pod kątem zaoferowania ceny rażąco niskiej. Postawienie odwołującemu dodatkowych wymagań nie znajduje żadnego odzwierciedlenia w treści uzasadnienia zakwestionowanej przez odwołującego czynności zamawiającego, wobec czego jedynie przekonanie własne odwołującego jest niewystarczające do unieważnienia decyzji zamawiającego.

Raz jeszcze Izba odsyła do zacytowanego powyżej powodu odrzucenia oferty odwołującego.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba doszła do przekonania, że zarzuty nie zasługują na uwzględnienie, a tym samym, że zamawiający nie naruszył przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Zarzut wadliwego wyboru najkorzystniejszej oferty, czym zamawiający naruszył przepis art. 91 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

W konsekwencji uznania, że zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego Izba uznała, że zamawiający prawidłowo dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego.

Wobec powyższego, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając koszty zastępstwa zamawiającego przez pełnomocnika w maksymalnej kwocie 3 600,00 zł oraz koszty dojazdu zgodnie z § 3 pkt 2 lit. a i b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący

.....