

Sygn. akt: KIO 437/13

**WYROK**  
**z dnia 12 marca 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:            Paweł Trojan**

**Protokolant:                Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 marca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27.02.2013 r. przez wykonawcę **A..... K..... prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakłady Pogrzebowe GLORIA A..... K..... z siedzibą w Sosnowcu (41-203), ul. Podjazdowa 3/6** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Prokuratura Okręgowa w Krakowie, ul. Mosiężnicza 2, 30-965 Kraków** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Przewóz zwłok w granicach obszaru działania prokuratur okręgu krakowskiego”

przy udziale wykonawcy **PROSMED B..... i G..... Spółka jawna, ul. Bieżanowska 24, 30-812 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

2. kosztami postępowania w wysokości **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych i zero groszy) obciąża Odwołującego – **A..... K..... prowadząca działalność**

**gospodarczą pod firmą Zakłady Pogrzebowe GLORIA A..... K..... z siedzibą w Sosnowcu (41-203), ul. Podjazdowa 3/6 i:**

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **A..... K..... prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakłady Pogrzebowe GLORIA A..... K..... z siedzibą w Sosnowcu (41-203), ul. Podjazdowa 3/6** tytułem wpisu od odwołania,

3. Stosownie do art. 198a i 198b 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 niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

**Przewodniczący:**

.....

## **U z a s a d n i e**

### **do wyroku z dnia 12 lutego 2013 r. w sprawie o sygn. akt KIO 437/13**

Zamawiający – Prokuratura Okręgowa w Krakowie, ul. Mosiężnicza 2, 30-965 Kraków prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Przewóz zwłok w granicach obszaru działania prokuratur okręgu krakowskiego”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest mniejsza od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 08.02.2013 r. Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu w BZP nr 1 z dnia 08.02.2013 r. pod pozycją 54238.

W dniu **22.02.2013 r.** Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w ramach zadania nr 1

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **27.02.2013 r.** wobec czynność polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, co w ocenie Odwołującego doprowadziło do dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów ustawy, który to ma wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W ocenie Odwołującego powyższe postępowanie Zamawiającego narusza przepisy ustawy Pzp oraz postanowienia SIWZ, gdyż jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty była cena zawierająca upust.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wniósł o:

1. Ponowne sprawdzenie oferty Zakładów Pogrzebowych "Gloria" oraz wykazanie, że oferta odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny.
2. Unieważnienie czynności Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty Zakładów Pogrzebowych „GLORIA" oraz doprowadzenie do wyboru oferty odwołującego
3. Unieważnieniu czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze oferty Prosmed Spółka Jawna B.....&.G.....
4. Obciążenie kosztami postępowania w sprawie wniesienia odwołania w całości Zamawiającego

W uzasadnieniu odwołania zostało wskazane, że związku z ogłoszeniem przez Prokuraturę Okręgową w Krakowie przetargu nieograniczonego na „przewóz zwłok w granicach obszaru działania prokuratur okręgu krakowskiego” - zadanie nr 1 sześciu wykonawców złożyło swoje oferty, przy czym dwóch wykonawców złożyło oferty za przewóz zwłok na poziomie 0,01 zł, jeden wykonawca złożył ofertę na przewóz zwłok za 0,89 zł. Odwołujący wskazał, iż złożył ofertę na przewóz zwłok za 5,13 zł za jednego denata oraz jeden podmiot - firma Prosmed, złożył ofertę za przewóz jednego denata za 19,00 zł oraz jeden wykonawca PUK ofertę za 64,80 zł.

Podniósł ponadto, iż postępowanie to zostało podzielone na zadania, a jego całkowita wartość została oszacowana na poziomie 125.400,00 złotych brutto, a zadanie Nr 1, w którym została wybrana oferta firmy Prosmed zostało oszacowane przez Zamawiającego na 22.000,00 zł przy założeniu, że ilość przewożonych zwłok w trakcie trwania umowy to 400 sztuk rocznie. Wynika z tego, że wartość szacunkowa wyliczona przez Zamawiającego to kwota 55,00 zł/brutto za przewóz jednego denata w obrębie zadania nr 1.

Odwołujący wskazał, iż z treści SIWZ wynika, że jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty była cena.

W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien respektować postanowienia SIWZ i wybrać ofertę najkorzystniejszą oraz wiarygodną, czyli ofertę Zakładów Pogrzebowych „GLORIA”. Trzy pierwsze firmy przedstawiły oferty zawierające ceny rażąco niskie, lecz oferta firmy Zakłady Pogrzebowe Gloria w pełni odpowiadała wymogą SIWZ, a przedstawiona w niej cena nie była rażąco niska. Zawierała kwotę 5,13 zł z upustem, o którym jest mowa w SIWZ. Ponadto Wykonawca - Zakłady Pogrzebowe „GLORIA”, wezwany pismem z dnia 21 lutego 2013 roku będącym „Wezwaniem do złożenia wyjaśnień” takowych dokonał.

Jako Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zwróciłam uwagę na innowacyjność zastosowanej metody, co jest zgodne z zapisami ustawy Pzp oraz na wszelkie oszczędności jakie poczyniłam po to, by zagwarantować właściwe wykonanie zamówienia.

W piśmie będącym „Zawiadomieniem o wyborze najkorzystniejszej oferty” Zamawiający uzasadnił, że oferta m.in. Zakładów Pogrzebowych „Gloria” została odrzucona z powodu:

1. Nie przedstawienia czynników wpływających na cenę,
2. Uznania ceny m.in. Zakładów Pogrzebowych „GLORIA” za niewiarygodną i nierealistyczną w porównaniu do ustalonej przez Zamawiającego ceny, którą ustalił na podstawie cen rynkowych podobnych zamówień
3. Oferowana cena wskazuje na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztu wytworzenia usługi oraz, że wyraża obawę, że tak niska cena może grozić nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości.

Odwołujący wskazał, iż jako wykonawca biorący udział w zamówieniu wyraża sprzeciw w związku z powyższym uzasadnieniem, gdyż zamawiający uzasadniając swój wybór zaprzecza postawionej przez siebie tezie, gdyż firma Zakłady Pogrzebowe „GLORIA” przedstawiła w piśmie wyjaśniającym czynniki wpływające na cenę w przedstawionej ofercie z dokładnym uzasadnieniem, ponadto uznanie ceny Zakładów Pogrzebowych „GLORIA” za niewiarygodną i odrzucenie oferty jako zawierającej rażąco niską cenę na podstawie tylko porównania jej do ustalonej przez Zamawiającego ceny jest niezgodne z ocenami Zespołów Arbitrów oraz Krajowej Izby Odwoławczej w podobnych sprawach (cytat jak wyżej). Wyrażając opinię, że firma Zakłady Pogrzebowe „GLORIA” chce realizować zamówienie poniżej kosztu wytworzenia usługi Zamawiający traktuje ofertę Odwołującego na równi z ofertami innych wykonawców, których oferty były na poziomie 0,01 zł i 0,89 zł. Zamawiający w tym miejscu nie zadał sobie trudu, by dokonać rzetelnej oceny i uzasadnienia w sprawie mojej oferty tym bardziej, że w piśmie uzasadniającym opisał wszelkie aspekty mające wpływ na cenę zawartą w ofercie i zwrócił uwagę na oszczędności metody oraz wskazał na fakt innych źródeł finansowania firmy. Skoro bowiem firma Prosmed przystąpiła do tej samego zamówienia, a cena zawarta w jej ofercie zawierała ryczałt to na jakiej podstawie wyliczono, że koszt paliwa to 6,00 złotych. W ocenie Odwołującego tym bardziej koszt ten jest zadziwiający biorąc pod uwagę rozmiar terytorialny zadania nr 1 oraz fakt, iż pomimo jakiegokolwiek porozumienia z Koncernem Statoil cena paliwa w dniu dzisiejszym znacznie przekracza kwotę 5,60 złotego za jeden liter. W tym miejscu zauważyć trzeba, że najmniejsze auto osobowe spala około 6 litrów paliwa na przejechane 100 kilometrów. Dlatego ceny tej nie da się w ten sposób skalkulować. Skoro zatem zamawiający przyznał, że firma Prosmed nie będzie ponosić kosztów transportu w związku z innymi źródłami dochodu tej firmy (np.: w związku z innymi umowami), to powinien był przyjąć argumentację Zakładów Pogrzebowych „GLORIA”, które również dokonują takowych przewozów na zlecenie Rodzin, za które uzyskuje znacznie wyższe dochody, a zlecenie dla Prokuratury jest jednym z nich, nie jedynym.

Zdaniem Odwołującego Prokuratura jako zamawiający nie wzięła powyższego pod uwagę, a zważyć należy, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 10 maja 2011 r. (sygn. akt KIO/UZP 834/11) stwierdziła, że „dla uznania, że cena jest rażąco niska konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę”. Zamawiający nie wykazał, że wykonawca nie wykona zamówienia.

Mając na uwadze, że zamawiający dokonał wadliwej oceny badania rynku poprzez wycenę jednego przewozu zwłok na poziomie 55,00 zł/brutto oraz zapisy SIWZ, w których zamawiający wyraźnie określił kryteria wyboru najlepszej oferty należy stwierdzić, że działanie zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Zakładów Pogrzebowych „Gloria”,

która to zawiera najniższą realną cenę jest czynnością niezgodną z przepisami ustawy Pzp i godzi bezpośrednio w interes wykonawcy.

W dalszej części uzasadnienia wskazał, iż gdyby założyć, że cenę rażąco niską określa się tylko na podstawie porównania jej z ceną założoną przez zamawiającego, czyli w sposób jaki zamawiający przedstawił w swoim uzasadnieniu, to wszyscy wymienieni wykonawcy, których ceny znacznie odbiegały od kalkulacji zamawiającego powinny być przez niego odrzuceni. Zamawiający potraktował natomiast ofertę firmy Prosmed jako prawidłową i najkorzystniejszą pomimo, że w uzasadnieniu o odrzuceniu ofert sam zwrócił uwagę na fakt, iż porównywał ceny wykonawców wyłącznie z ceną ustaloną przez siebie.

W ocenie Odwołującego z powyższego wynika, że zamawiający przyjął metodę arytmetyczną, nie zauważając przy tym, że oferta firmy Prosmed również w znacznym stopniu odbiega od kalkulacji zamawiającego (ponad 50%).

Według oceny Zespołu Arbitrów mechaniczne porównanie wartości zamówienia z cenami złożonych ofert nie daje podstaw do złożenia priori, że mamy do czynienia z ceną nierealistyczną, co groziłoby nierzetelnym wykonaniem zamówienia w przyszłości. Powyższa zasada wynika z wyroku KIO z dnia 05.11.2008 r., sygn. akt KIO/UZP/1137/08. We wskazanym wyroku Izba 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.

Odnoszenie ceny oferowanej wyłącznie do wartości szacunkowej zamówienia przy ocenie, czy dana oferta jest rażąco niska nie jest wystarczające (wyrok KIO z dnia 21 lipca 2008 roku, sygn., akt KIO/UZP/691/08). Nie ma bowiem żadnego wzoru matematycznego, który pozwalałby ustalić, czy istnieje uzasadnione prawdopodobieństwo rażąco niskiej ceny. Cenę tę należy odnosić do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego specyfiki oraz rynku danego rodzaju usług, jak też wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia ustalonej z należytą starannością (wyrok z dnia 16 lipca 2008 roku sygn.. akt KIO/UZP/671/08), dlatego uzyskanie zdecydowanie niższych cen realizacji zamówienia w stosunku do wartości szacunkowej nie stanowi okoliczności przesądzającej, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną.

Zdaniem Odwołującego wobec powyższego niniejsze odwołanie jest konieczne i uzasadnione, stąd wnoszę jak w petitum.

Zamawiający pismem dnia 07.03.2013 r. wniósł odpowiedź na odwołanie, w którym wskazał, że w odpowiedzi na odwołanie złożone przez oferenta: A..... K..... Zakłady Pogrzebowe „ GLORIA", 41-203 Sosnowiec, ul. Podjazdowa 3/6, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: „przewóz zwłok w granicach obszaru działania

prokuratur okręgu krakowskiego" w zakresie Zadania nr 1 sygn. 2811/02/13, podtrzymuję odrzucenie oferty wykonawcy i stwierdzam, że zarzut na dokonanie „niegodnych z przepisami ustawy czynności polegające na odrzuceniu oferty" jest bezzasadny. Czynność odrzucenia oferty była zgodna z Art. 90. ust.3 i poprzedzona czynnościami zgodnymi z Art. 90. ust. 1 i 2.

W sprawie dokonanej oceny wyjaśnień, które potwierdziły, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, stwierdzam że:

1) Zamawiający na podstawie Art. 90. ust 1. zwrócił się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym w szczególności o przedstawienie elementów mających wpływ na cenę jednostkowego przewozu zwłok.

a) w złożonym wyjaśnieniu wykonawca nie przedstawił czynników wpływających na cenę (kalkulację cenową za przewóz 1 szt. zwłok), wykonawca nie wykazał kosztów transportu, kosztów zużytych materiałów, opłaty pracowników, kosztów stałych działalności firmy.

2) Zamawiający oceniając wyjaśnienia wziął pod uwagę obiektywne czynniki, które mogłyby mieć wpływ na tak niską cenę (Art. 90. ust. 2).

Z danych przedstawionych w ofercie w tym, informacji o rozpoczęciu działalności gospodarczej od dnia 15 lutego 2013 r. oraz z dodatkowych przedstawionych w wyjaśnieniach wynika, że:

a) oferent będzie dopiero zdobywał doświadczenie na danym rynku,

b) nie jest w pełnym rozruchu,

c) nie posiada biura w Krakowie,

d) nie posiada własnych środków transportu,

e) nie współpracuje z podwykonawcami (nie wykazał takiej współpracy),

f) nie przedstawił także innych szczególnych warunków sprzyjających obniżeniu ceny.

3) Zamawiający uznał, że oferowana cena wskazuje na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztu wytworzenia usługi. Zamawiający uwzględnił przy tej ocenie:

a) koszty transportu - na jednym litrze paliwa można przejechać ok. 10 km. Jeżeli taką odległość przyjmiemy jako średnią odległość pokonywaną przy jednorazowym przewozie zwłok to ten średni koszt transportu jest większy od całkowitej ceny brutto za transport jednego denata oferowanej przez Wykonawcę tj. 5,13 zł. Dodatkowo do kosztów przewozu jednej sztuki zwłok należy doliczyć niższe koszty, które powiększają wartość wytworzenia usługi.

b) koszty zużytych materiałów

c) opłata pracowników

d) koszty dzierżawy środków transportu

e) kosztów stałych działalności

f) i inne

W przedstawionej powyżej sytuacji, Prokuratura Okręgowa w Krakowie jako zamawiający uwzględniając: złożone wyjaśnienia przez oferenta; ocenę czynników, które mogły mieć wpływ na tak niską cenę; analizę kosztów pojedynczego przewozu zwłok, mającą wpływ na całkowitą wartość zamówienia; uznała cenę oferenta „całkowita cena brutto za transport jednego denata w wysokości 5,13 zł” za niewiarygodną i nierealistyczną, kilkakrotnie przekraczająca wartość rynkową takiej usługi.

Prokuratura Okręgowa w Krakowie oszacowała wartość zamówienia publicznego na: „przewóz zwłok w granicach obszaru działania prokuratur okręgu krakowskiego” w zakresie Zadania nr 1 sygn. 2811/02/13 na kwotę brutto 22.000,00 zł, przy całkowitej cenie brutto za transport jednego denata 55,00 zł. Oferent – A..... K..... Zakłady Pogrzebowe „GLORIA”, 41-203 Sosnowiec, ul. Podjazdowa 3/6, przestawił ofertę na kwotę brutto 2.052,00 zł, przy całkowitej cenie brutto za transport jednego denata 5,13 zł.

Zamawiający uznał złożoną ofertę jako zawierającą próbę realizacji zamówienia poniżej kosztu wytworzenia usługi i potwierdza fakt odrzucenia oferty wykonawcy A..... K..... Zakłady Pogrzebowe „GLORIA”, 41-203 Sosnowiec, ul. Podjazdowa 3/6, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: „przewóz zwłok w granicach obszaru działania prokuratur okręgu krakowskiego” w zakresie Zadania nr 1 sygn. 2811/02/13, jako zawierającą rażąco niską cenę.

Izba ustaliła, iż przedmiotem odwołania jest czynność polegająca na odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego w zakresie zadania nr 1 na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Odwołującego oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.**



W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę dla części nr 1 z ceną ofertową niższą niż cena oferty wybranej. W przypadku zaś uwzględnienia odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba postanowiła nie dopuścić do występowania w charakterze uczestnika postępowania odwoławczego wykonawcy K..... B..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Z.P. GLORIA K..... B....., ul. Mikołajczyka 68a/4, 41-200 Sosnowiec, zgłaszającego przystąpienie po stronie Odwołującego. W ocenie Izby interes, o którym mowa w art. 185 ust. 3 ustawy Pzp, winien mieć charakter realny, gdyż tylko wtedy udział danego podmiotu jako uczestnika postępowania odwoławczego należy uznać za czyniący zadość jego uzasadnionym interesom prawnym i faktycznym odnoszonym do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Interes ten nie może być również oderwany od samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – a więc jest on ściśle związany ze statusem podmiotu w tym postępowaniu w rozumieniu art. 185 ust. 3 ustawy Pzp, który to status przystępujący utracił na skutek prawomocnego odrzucenia złożonej przez niego oferty. Ze złożonych w toku rozprawy wyjaśnień zgłaszającego przystąpienia wynika, iż nie zaskarżył on tej czynności, co doprowadziło do utraty przez niego przymiotu wykonawcy – a tylko podmiotowi posiadającemu taki status, zgodnie z treścią wskazanego wyżej przepisu ustawy Pzp w powiązaniu z definicją zwartą w art. 2 pkt 11 ustawy Pzp, przysługuje prawo do zgłoszenia przystąpienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego.

Izba dopuściła również dowody zawnioskowane przez Odwołującego w toku rozprawy, w tym dowody z dokumentów w postaci oświadczeń pana K..... B.

prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Z.P. GLORIA oraz dowód z przesłuchania strony (Odwołującego).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż szacunkowa wartość zamówienia wynosi 116.111,11 zł bez VAT, co stanowi równowartość 28.886,23 euro (Protokół postępowania – druk ZP-PN. Dla zadania nr 1 Zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 22.000,00 zł brutto (protokół nr 1 z otwarcia ofert).

Izba ustaliła ponadto, iż Zamawiający w SIWZ określiła następujące warunki realizacji przedmiotu zamówienia (Rozdział II) oraz ujął wytyczne dotyczące jego wyceny przez wykonawców (Rozdział VI).

Przedmiot zamówienia:

1. Przedmiotem zamówienia jest wykonywanie usług prokuratorskiego przewozu zwłok ludzkich z miejsc niepublicznych w układzie zadaniowym na obszarze działania prokuratur okręgu krakowskiego.

Za „miejsca publiczne” uważa się wszystkie miejsca dostępne dla nieograniczonego podmiotowo kręgu osób, w szczególności ulice, parki, chodniki i inne miejsca użyteczności publicznej transport należy do zadań powiatu - zgodnie z art. 13 Ustawy z dnia 31 stycznia 1959 o cmentarzach i chowaniu zmarłych / Dz. U. 00.23.295. z późn. zm/.

2. Celem zamówienia jest wybranie podmiotów gospodarczych i zawarcie umów na wykonywanie świadczenia usługi prokuratorskiego przewozu zwłok ludzkich, polegający na:

- przyjeździe na wskazane miejsce (w granicach administracyjnych miasta w ciągu pół godziny od momentu zgłoszenia, a poza granicami administracyjnymi miasta - w ciągu jednej godziny),
- włożeniu zwłok do worka,

- przeniesieniu zwłok do/i z środka transportu Wykonawcy,
- przewozu zwłok do wskazanego miejsca na podstawie pisemnego lub ustnego polecenia wydanego przez właściwego prokuratora oraz przekazanie uprawnionym osobom,
- dostarczenia zwłok na miejsce czynności wskazane przez prokuratora,
- zapewnieniu wszystkich niezbędnych środków technicznych i materiałów użytych do wykonania usługi (pojazd specjalistyczny, nosze, worki na zwłoki, rękawiczki i inne), a także wszelkie inne czynności, niezbędne do prawidłowego wykonania usługi.

W ofercie należy zastosować cenę ryczałtową, uwzględniając wszystkie koszty niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia wraz z wyrobami gotowymi.

### 3. Wymagania szczegółowe związane z przedmiotem zamówienia:

- a) Wykonawcę obowiązuje należyta staranność oraz etyka zawodowa w wykonaniu przedmiotu zamówienia. Realizacja usług musi odbywać się zgodnie z obowiązującymi przepisami szczegółowymi w zakresie świadczonych usług, z poszanowaniem zwłok ludzkich oraz ochroną dóbr osobistych krewnych a także prawną ochroną jakiej podlegają ludzkie zwłoki i ich szczątki .
- b) Wykonawca może powierzyć realizację przedmiotu zamówienia w części osobom lub podmiotom trzecim. W takim przypadku Wykonawca zobowiązany jest do wskazania w swojej ofercie części zamówienia (zakresu), w których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom.
- c) Wykonawca jest odpowiedzialny za całokształt, w tym za przebieg oraz terminowe wykonanie zamówienia.
- d) Wykonawca zobowiązany jest do realizacji usługi przewozu zwłok bez względu na stopień ich uszkodzenia lub stanu ich rozkładu oraz miejsca znalezienia.
- e) Wskazanie przez Wykonawcę danych kontaktowych osób odpowiedzialnych za sprawne i terminowe wykonanie zamówienia.
- f) Wykonawcę obowiązuje pełna dyspozycyjność w sprawach pilnych. Wykonawca zobowiązuje się do świadczenia usług 24 godziny na dobę, 7 dni w tygodniu.
- g) Podstawą rozpoczęcia wykonania usługi jest dyspozycja wydana telefonicznie lub faksem.
- h) Po przybyciu na miejsce zdarzenia, zlecenia na przewóz, w formie pisemnej wydaje upoważniony prokurator.
- j) Środek transportu drogowego przeznaczony do przewozu zwłok i szczątków ludzkich musi spełniać wymagania techniczne i sanitarne zgodnie z art.4 Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 27 grudnia 2007 r. (Dz. U. z 2007 roku, nr 249 poz.1866) w sprawie wydawania pozwoleń i zaświadczeń na przewóz zwłok i szczątków ludzkich.

4. Przedmiot zamówienia obejmuje ciągłe wykonywanie takiej usługi od dnia 2 marca 2013 roku do dnia 1 marca 2014 roku - zgodnie z dyspozycją Prokuratury lub działającej na jej zlecenie Policji.
5. Przedmiot zamówienia obejmuje przybycie na miejsce zgonu osoby - w granicach administracyjnych miasta w ciągu pół godziny od chwili wezwania, a poza granicami administracyjnymi miasta w ciągu jednej godziny od chwili wezwania.
6. Przedmiot zamówienia obejmuje zapakowanie zwłok w worek, przeniesienie zwłok do/i z środka transportu, przewóz zwłok do zleconego miejsca ich dowozu, a także wszelkie inne czynności, niezbędne do prawidłowego wykonania usługi.
7. W przypadku zaistnienia konieczności przewozu zwłok spoza lub poza rejon organizacyjny Prokuratury Rejonowej, Wykonawca ma obowiązek na pisemne zlecenie prokuratora zrealizować usługę. W takiej sytuacji Wykonawcy będzie przysługiwało dodatkowe wynagrodzenie za faktycznie przejechane kilometry poza obrębem działania danej Prokuratury Rejonowej wg. maksymalnej stawki za 1km przebiegu pojazdu zgodnie określonej w § 2 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy.
8. Ilość zleceń dokonywanych przez prokuratury okręgu krakowskiego będzie uzależniona od liczby zdarzeń rejestrowych w tym zakresie w poszczególnych jednostkach. Wykonawcy nie przysługuje roszczenie o brak zleceń.

Opis sposobu obliczenia ceny:

1. Wykonawca poda cenę w złotych brutto (z podatkiem VAT) oraz cenę netto .
2. Wszystkie ceny powinny zawierać w sobie ewentualne upusty proponowane przez Wykonawcę (nie dopuszczalne są żadne negocjacje cenowe).
3. Cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia należy przedstawić w „Formularzu ofertowym” stanowiącym załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. przemnażając szacowaną przez Zamawiającego ilość zdarzeń przez oferowaną cenę jednostkową. Wstawienie zera („0”), w pozycji formularza, jako wartości ceny jednostkowej lub wprowadzenie przez Wykonawcę zmian w ilościach określonych przez Zamawiającego spowoduje odrzucenie oferty.

4. Podana w ofercie częściowej (zadaniu) cena musi uwzględniać wszystkie wymagania Zamawiającego określone w niniejszej specyfikacji oraz obejmować wszelkie koszty (m.in. za/i wyładunek zwłok, ich transport do miejsca dowozu, koszt zapakowania zwłok, wszelkich koniecznych materiałów, benzyny, środków dezynfekcyjnych, koszt ubezpieczenia i inne koszty nie wymienione a konieczne do prawidłowego wykonania usług) jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji usługi transportu zwłok ludzkich
5. Rozliczenia między Zamawiającym a Wykonawcą mogą być prowadzone tylko w złotych polskich.

Następnie Izba ustaliła, iż Zamawiający przedmiotem postępowania (Rozdział II SIWZ) w zakresie zadania nr 1 uczynił usługę prokuratorskiego przewozu zwłok ludzkich z miejsc niepublicznych w układzie zadaniowym na obszarze działania następujących jednostek:

- Prokuratury Rejonowej Kraków - Krowodrza dla części miasta w granicach ustalonych tradycyjnie dla dzielnicy Krowodrza tj. dla dzielnic pomocniczych: V, VI, VII oraz gmin: Czernichów, Jerzmanowice-Przeginia, Krzeszowice.

- Prokuratury Rejonowej Kraków – Prądnik Biały tj. dla części miasta Krakowa w granicach ustalonych tradycyjnie dla dz. Krowodrza, którą obejmuje dzielnica pomocnicza IV oraz gminy: Liszki, Wielka Wieś, Zabierzów i Zielonki.

- Prokuratury Rejonowej Kraków - Nowa Huta dla części miasta w granicach ustalonych tradycyjnie dla dzielnicy Nowa Huta tj. dzielnic pomocniczych: XIV, XV, XVI, XVII, XVIII oraz gmin: Igołomia-Wawrzeńczyce, Kocmyrzów-Luborzyca, Koniusza, Koszyce, Nowe Brzesko, Pałacznica, Proszowice i Radziemice

- Prokuratury Rejonowej Kraków - Podgórze dla części miasta w granicach ustalonych tradycyjnie dla dzielnicy Podgórze tj. dzielnic pomocniczych: VIII, IX, X, XI, XII i XIII

- Prokuratury Rejonowej Kraków - Śródmieście Wschód dla części miasta w granicach ustalonych tradycyjnie dla dzielnicy Śródmieście, którą obejmują dzielnice pomocnicze II, III oraz gmin : Iwanowice, Michałowice, Skąpa, Słomniki i Sułoszowa

- Prokuratury Rejonowej Kraków - Śródmieście Zachód dla części miasta w granicach ustalonych tradycyjnie dla dzielnicy Śródmieście, którą obejmuje dzielnica pomocnicza I.

Izba ustaliła, iż w ramach zadania nr 1 oferty złożyli następujący wykonawcy:

1. PROSMED B..... & G..... Spółka jawna z jednostkową ceną ofertową wynoszącą 19,00 złotych brutto i ceną sumaryczną wynoszącą 7.600,00 zł brutto;

2. Doradztwo - Handel - Usługi RYMARCZYK S..... R..... z jednostkową ceną ofertową wynoszącą 0,89 złotych brutto i ceną sumaryczną wynoszącą 356,00 złotych brutto;
3. KARAWANA Z..... B..... z jednostkową ceną ofertową wynoszącą 0,01 złotych brutto i ceną sumaryczną wynoszącą 4,00 złote brutto;
4. Z.P. GLORIA K..... B..... z jednostkową ceną ofertową wynoszącą 0,01 złotych brutto i ceną sumaryczną wynoszącą 4,00 złote brutto;
5. Zakłady Pogrzebowe GLORIA A..... K..... z jednostkową ceną ofertową wynoszącą 5,13 złotych brutto i ceną sumaryczną wynoszącą 2.052,00 złotych brutto;
6. Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Spółka z o.o. z jednostkowa ceną ofertową wynoszącą 64,80 złotych brutto i ceną sumaryczną wynoszącą 25.920,00 złotych brutto.

Zamawiający pismem z dnia 21.02.2013 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający wskazał, iż zaoferowana przez Odwołującego cena jednostkowa odbiega drastycznie od ceny jaką Zamawiający przeznaczył na wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie zadania nr 1. Ponadto wskazał, jakie koszty winna uwzględnić cena aby wykonawca był w stanie zrealizować zamówienie.

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny pismem z dnia 22.02.2013 r. wskazał, co następuje.

W odpowiedzi na pismo z dnia 21 lutego 2013 roku będące „Wezwaniem do złożenia wyjaśnień” udzielam wyjaśnień w trybie art. 90 Pzp i uprzejmie wskazuję, że realizacja niniejszego zamówienia w przypadku mojej firmy nie będzie generowała znacznych kosztów dlatego stwierdzam jednoznacznie, że moja cena jest to cena odbiegająca od ceny jaką Zamawiający przeznaczył na wykonanie niniejszego przedmiotu zamówienia (zadanie nr 1) lecz nie jest to cena rażąco niska. Gdyby przyjąć założenie, że ceny wszystkich Wykonawców startujących w postępowaniu nie stanowią nawet 50% kwoty jaką na zlecenie chciała przeznaczyć Prokuratura, a tylko jedna przekracza znacznie budżet to zważyć należy, że żadna oferta przedłożona w toku postępowania nie powinna zostać przyjęta, tym bardziej, że Ustawa nie definiuje w żaden sposób pojęcia rażąco niskiej ceny, a więc trudno tutaj przyjąć jednoznaczne kryteria oceny.

Jednakże wykazanie przeze mnie ceny ryczałtowej na poziomie 5,13 zł za przewóz jednego denata jest zupełnie uzasadnione o czym poniżej.

W chwili obecnej moja firma dokonuje przewozów osób zmarłych na prywatne zlecenie Rodzin w sposób umożliwiający dokonanie znacznych oszczędności. Mam na myśli to, że do przewozu zwłok używamy kapsuły wielokrotnego użytku, która pozwala w sposób szczelny zabezpieczyć zwłoki, które są w każdym stanie pośmiertnym. Dodatkowo znaczne zapasy

środków ochrony oraz do dezynfekcji pozwala na użycie ich bez konieczności zaangażowania dodatkowego kapitału. W ramach swojej działalności zatrudniam wystarczającą ilość pracowników, aby zapewnić 24 godzinny dyżur obsługujący jednocześnie działalność dotychczasową i wynikająca z niniejszego postępowania. Skoro bowiem ilość zwłok nie jest zagwarantowana przez Prokuraturę rozumieć należy, że dotychczasowa liczba pracowników jest wystarczająca, a więc transport zwłok w tej materii nie generuje dodatkowych kosztów tym bardziej, że pracownicy nie mają płacone ryczałtem za każdy przewóz z osobna. Jako firma z siedzibą w Sosnowcu posiadamy swoje biuro oraz wykonujemy pracę tylko w Krakowie dlatego dojazd na miejsce zdarzenia również nie generuje dodatkowych kosztów. W związku z powyższym mając na uwadze trudną sytuację finansów Państwa a co za tym idzie również Prokuratury jako wykonawca wystawiłam w przetargu powyższą kwotę jako kwotę z upustem o jakim jest mowa w SIWZ i uważam, że kwota ta w pełni oddaje prawdziwą kalkulację i możliwości rynku przewozu zwłok.

Chcę jednocześnie dodać, że nawet organ nadrzędny wypowiedział się w sprawie cen proponowanych przez wykonawców stających do postępowań przetargowych, a jego opinia jest w tej materii pozytywna.

W związku z powyższym, mając na uwadze dobro społeczne, biorąc pod uwagę własne doświadczenie oraz fakt, iż sposób prowadzenia przeze mnie działalności daje mi sprzyjające warunki do tego, by uznać moja metodę pracy za innowacyjną i dopuszczalną. Przyjęte przeze mnie metody zarządzania i know-how pozwalają na poczynienie istotnych oszczędności wpływających na cenę oferty w ten sposób, iż nie jest ona rażąco niska.

Zamawiający pismem z dnia 22.02.2013 r. poinformował wykonawców w zakresie zadania nr 1, iż za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez wykonawcę PROSMED B..... & G..... Spółka jawna, ul. Bieżanowska 24, 30-812 Kraków z ceną jednostkową wynoszącą 19 złotych brutto i ceną całkowitą 7.600,00 złotych brutto. Jednocześnie Zamawiający poinformował wykonawców, iż oferta złożona przez Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w związku z rażąco niską ceną. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, iż oceniając wyjaśnienia z uwzględnieniem uwarunkowań art. 90 ust. 2 stwierdził, iż w złożonych wyjaśnieniach nie przedstawiono czynników wpływających na cenę (kalkulację cenową za przewóz 1 szt. zwłok), jak również że uznaje cenę tę za niewiarygodną i nierealistyczną w porównaniu do ustalonej przez zamawiającego ceny, która ustalił na podstawie cen rynkowych podobnych zamówień oraz, że oferowana cena wskazuje na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztu wytworzenia usługi i wyraża obawę, że tak niska cena może grozić nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości.

Na powyższa czynność Odwołujący wniósł odwołanie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Analizując zasadność zarzutu odnoszącego się do czynności Zamawiającego obejmującej odrzucenie oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Izba wskazuje, iż powyższy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Przedmiotem zamówienia w zakresie części nr 1 jest usługa transportu zwłok na zlecenie jednostek organizacyjnych Prokuratury Okręgowej w Krakowie. Zamawiający określił szczegółowo warunki realizacji przedmiotowej usługi oraz określił sposób obliczenia ceny. W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powziął wątpliwości w przedmiocie należytego skalkulowania cen przez poszczególnych wykonawców i wezwał ich do złożenia stosownych wyjaśnień.

Mając na względzie zgromadzony w sprawie materiał dowodowy wskazać należy, iż dla oceny dokonanej przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego najistotniejsze znaczenie ma opis przedmiotu zamówienia zawarty w treści SIWZ, oferta złożona przez Odwołującego oraz złożone przez tego ostatniego wyjaśnienia zawarte w piśmie z dnia 22.02.2013 r. W tym miejscu Izba w całej rozciągłości podzieliła wyrażone w toku rozprawy przez Przystępującego stanowisko, iż ocena dokonanej przez Zamawiającego czynności winna być dokonana w odniesieniu do czynności mających miejsce w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wszelkie czynności i wyjaśnienia Odwołującego przedsiębrane poza postępowaniem, w tym w ramach postępowania odwoławczego, są irrelevantne wobec oceny stanowiącej przedmiot odwołania czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający podejmując w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego decyzję winien uwzględnić przedmiot zamówienia, ofertę złożoną przez Odwołującego, złożone przez tego ostatniego wyjaśnienia oraz własną wiedzę na temat przedmiotu zamówienia i okoliczności jego realizacji.



Analiza złożonych przez Odwołującego wyjaśnień nie pozwala na uznanie, iż w odniesieniu do tego wykonawcy zachodzą obiektywne okoliczności uzasadniające skalkulowanie wynagrodzenia na poziomie wskazanym w złożonej przez tego wykonawcę ofercie.

Izba wskazuje, iż upatrywanie dodatkowych wpływów będących ubocznym skutkiem realizacji świadczenia stanowiącego przedmiot niniejszego postępowania, na które powołuje się Odwołujący, w ekonomii nazywane jest subsydiowaniem skrośnym (krzyżowym), tj. finansowaniem (wspieraniem) części działalności danego przedsiębiorcy z innego źródła – związanego pośrednio ze świadczeniem wspieranym (subsydiowanym) lub też nie związanym z tym świadczeniem i tym samym pokrywaniem strat, jakie przynosi pewien obszar działalności gospodarczej przedsiębiorstwa.

W niniejszym stanie faktycznym na szczególną uwagę zasługuje okoliczność, iż możliwość dalszej kontynuacji usługi (czy raczej rozwinięcia samego transportu zwłok w kompleksową usługę pogrzebową związaną z pochówkiem) stanowi zdarzenie przyszłe i niepewne, a więc dodatkowy wpływ z tego tytułu ma jedynie charakter hipotetyczny. Zdaniem Izby okoliczność ta, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie stanowi faktu notoryjnego. Brak jest bowiem jakichkolwiek obiektywnych przesłanek pozwalających na uznanie, iż konsekwencją zrealizowania samej usługi transportowej jest co do zasady powierzenie temu podmiotowi usługi pogrzebowej przez rodzinę zmarłego. Na powyższe nie wskazują przedstawione przez Odwołującego w toku rozprawy dowody w postaci oświadczeń pana Krzysztofa B. prowadzącego działalność pod firmą Z. P. GLORIA. Dowód ten dotyczy bowiem zupełnie innego podmiotu, a ponadto jako dokument prywatny stanowi jedynie dowód na okoliczność, iż osoba która go podpisała złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie (art. 246 ustawy Kodeks postępowania cywilnego). Tym samym dowód ten nie może stanowić przesłanki do uznania, iż Odwołujący ma prawo zakładać istnienie dodatkowych wpływów związanych z powziętymi przez niego informacjami w toku realizacji świadczenia dla Zamawiającego, które zrekompensują dokonaną przez niego wycenę usługi na poziomie nie uwzględniającym kosztów jej wytworzenia. Nie sposób również wyprowadzić z tego dokumentu bardziej daleko idących wniosków, tj. że okoliczność ta jest powszechnie znana i winna być niejako „z urzędu” uwzględniona przez Zamawiającego w ramach czynności oceny oferty Odwołującego. Wszakże ze złożonych przez Odwołującego w toku postępowania przetargowego wyjaśnień nie wynika, iż istniejące obiektywnie okoliczności pozwalają na realizację świadczenia za zaproponowane przez niego wynagrodzenie. Nawet użycie wspomnianej przez Odwołującego kapsuły do przewozu zwłok nie zmienia tego faktu, gdyż jednostkową cenę przewozu zwłok konsumuje w całości koszt paliwa. Analogicznie okoliczności wskazane w ramach przeprowadzonego w toku rozprawy dowodu z przesłuchania strony nie pozwalają na ocenę poprawności czynności Odwołującego, gdyż

wykazane w ramach tego przesłuchania okoliczności nie były znane Zamawiającemu na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Rolą postępowania odwoławczego jest ocena czynności podmiotu zamawiającego przedsiębiorczych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – nie zaś konwalidacja czynności dokonanych przez wykonawcę. Wszakże wykazywane w toku postępowania odwoławczego okoliczności nie zmieniają faktu, iż Zamawiający na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miał podstawy do odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego. Przeprowadzone przed Izbą dowody nie mogą stanowić podstawy do nadania innego znaczenia zdarzeniom mającym miejsce w przeszłości – jeżeli ustawodawca w ramach normy wyrażonej w art. 90 ust. 3 ustawy Pzp podjęcie decyzji o odrzuceniu oferty ogranicza jedynie do oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, a nie oceny rzeczywistości. W ramach rozpoznawania zarzutów kontroli Izby może podlegać ocena wyjaśnień dokonana przez Zamawiającego, poprawność której nie została podważona przez Odwołującego.

Zamawiający podnoszonych przez Odwołującego w toku rozprawy okoliczności nie brał pod uwagę i nie mógł tego uczynić, gdyż nie były one Zamawiającemu znane i nie stanowią one, wbrew twierdzeniom Odwołującego, faktów powszechnie znanych. Zarówno w gestii Zamawiającego, jak również Izby nie leży etyczna ocena takiego założenia, jak również fakt wykorzystania na potrzeby prowadzonej działalności korzyści ekonomicznych w postaci zysku jaki generuje pozyskanie informacji o zwłokach i nadanie przez Odwołującego takiej informacji „wartości handlowej”. Zatem pominięcie tej okoliczności przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego było nie skutkiem jego nastawienia do tego rodzaju praktyk, lecz wynikiem braku wiedzy na temat i związanych z tą okolicznością założeń ekonomicznych Odwołującego. Jedną z naczelnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest pisemność. Ponadto z treści art. 90 ust. 3 ustawy Pzp wynika, iż wyjaśnienia winny zostać poparte dowodami, których Odwołujący nie przedłożył Zamawiającemu. Tym samym również Izba oceniając dokonaną przez Zamawiającego czynność odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego uwzględniła jedynie te fakty, które stały się podstawą powzięcia przez Zamawiającego takiej decyzji, tj. fakty i okoliczności poprzedzające czynność dokonaną w dniu 22.02.2013 r.

Powyższe w ocenie Izby, w kontekście regulacji ustawy Prawo zamówień publicznych związanych z ceną rażąco niską, nie może niejako „usprawiedliwiać” zaoferowania realizacji zamawianego przez Zamawiającego świadczenia poniżej niezbędnych kosztów jego wytworzenia, a więc za cenę nierealistyczną i nie gwarantującą realizacji usługi. Okoliczność ta, tj. wykorzystanie informacji powziętych w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, mogłaby jedynie skutkować nieuwzględnieniem w cenie zysku wykonawcy, jednak nie może usprawiedliwiać okoliczności zaoferowania realizacji świadczenia za cenę nie obejmującą elementarnych i koniecznych, z punktu widzenia wymagań Zamawiającego, elementów

świadczenia. Zamawiający oceniając wyjaśnienia w oparciu o dyspozycję normy prawnej uregulowanej w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp jest podmiotem zainteresowanym w ustaleniu, czy wykonawca jest w stanie zrealizować świadczenie za zaoferowaną cenę.

W orzecznictwie i doktrynie mających za przedmiot kwestie związane z pojęciem rażąco niskiej ceny podkreśla się, iż ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, a więc taka, która prowadzi do zachwiania ekwiwalentności wzajemnych świadczeń stron stosunku zobowiązaniowego. W ocenie Izby dokonana przez Zamawiającego ocena złożonych wyjaśnień była prawidłowa. Nie sposób bowiem założyć, iż jednostkowa cena nie pozwalająca nawet na pokrycie kosztów paliwa, przy szeregu dodatkowych i koniecznych elementów wchodzących w zakres świadczenia (materiały, czynności dezynfekcji, koszty stałe) nie może zostać uznana za rażąco niską.

Okoliczność ta zmaterializowała się po dokonanej przez Zamawiającego ocenie złożonych przez Odwołującego wyjaśnień – a zatem dokonana przez Zamawiającego czynność i wskazana dla niej podstawa prawna jest jedynie następstwem okoliczności składających się na stan faktyczny niniejszej sprawy. Wskazane w art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przesłanki odrzucenia oferty, w kontekście rażąco niskiej ceny, pokrywają się co do zasady - z tym jednak zastrzeżeniem, iż pierwsza z przesłanek (ze względu na brak wątpliwości) materializuje się bez konieczności uzyskania dodatkowych wyjaśnień, druga zaś jest następstwem oceny tych ostatnich, gdyż w niektórych wypadkach dopiero one pozwalają na przypisanie wykonawcy czynu polegającego na złożeniu oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Należy wskazać, iż w procedurze wyjaśniania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, oraz w ramach oceny tych wyjaśnień istotne znaczenie mają relacje ocenianych obiektywnie kosztów do zaoferowanej ceny – nie zaś hipotetyczne założenia tego wykonawcy oderwane od samego przedmiotu świadczenia. Nie sposób również założyć, iż w ramach wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp rolą podmiotu zamawiającego jest samodzielne doszukiwanie się okoliczności mających wykazać, iż zaoferowane przez wykonawcę wynagrodzenie nie nosi znamion ceny rażąco niskiej. Zamawiający analizując złożone przez Odwołującego w toku postępowania przetargowego wyjaśnienia nie miał podstaw do uznania ich za wystarczające w kontekście znanych mu okoliczności (znajomości przedmiotu zamówienia, dokonanej przez niego wyceny popartej własnymi doświadczeniami oraz treści oferty Odwołującego i innych wykonawców).

Na powyższe wskazuje ponadto brak związku pomiędzy spodziewanymi i hipotetycznymi wpływami, a przewidywaną transakcją z Zamawiającym. W ocenie Izby wskazane przez Odwołującego w ramach wyjaśnień okoliczności nie uzasadniają skalkulowania ceny na tak niskim poziomie, zaś dokonane na etapie rozprawy wyjaśnienia

pozostają bez wpływu na ocenę poprawności dokonanej w toku postępowania przez Zamawiającego czynności.

To podmiot zamawiający, uwzględniając obiektywne okoliczności i własne doświadczenie, dokonuje oceny złożonych wyjaśnień, które w niniejszym stanie faktycznym nie pozwalały na przyjęcie, iż dla Odwołującego istniały szczególnie korzystne okoliczności pozwalające na ustalenie ceny jednostkowej na poziomie 5,13 zł brutto. Izba nie podziela poglądu Odwołującego wyrażonego w złożonych wyjaśnieniach, który wskazał, że: „(...) Ustawa nie definiuje w żaden sposób pojęcia rażąco niskiej ceny, a więc trudno tutaj przyjąć jednoznaczne kryteria oceny”. Powyższe oznaczałoby wszakże, iż mamy do czynienia z martwą normą prawną, tj. taką, dla której brak jest stanów faktycznych będących w stanie wypełnić jej hipotezę. Sam brak definicji rażąco niskiej ceny nie powoduje, iż zachodzą trudności w jej stosowaniu. Doktryna i orzecznictwo wypracowały na przestrzeni lat reguły, które pozwalają na zidentyfikowanie przewidywalnych wzorców i reguł postępowania dla podmiotów stosujących przepisy ustawy Pzp zawierające w swojej treści pojęcie „rażąco niskiej ceny”. Reguły te pozwalają na jednoznaczna ocenę ustalonego w niniejszej sprawie stanu faktycznego.

Choć Odwołujący formalnie nie podniósł zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Izba jedynie na marginesie wskazuje, iż wysokość zaoferowanej przez przystępującego PROSMED Spółka jawna ceny oraz treść złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień nie pozwalają na uznanie, iż Zamawiający w tych samych okolicznościach odmiennie ocenił sytuację dwóch wykonawców, tj. Odwołującego i Przystępującego. Przystępujący uwzględnił w zaoferowanej cenie koszt podstawowych elementów świadczenia i złożył w tym przedmiocie stosowne wyjaśnienia.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono, stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z

uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Izba odnosząc się do zgłoszonych przez Przystępującego w toku rozprawy wniosków kosztowych wskazuje, iż zgodnie z treścią § 3 pkt 2) wskazanego wyżej rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, zaś koszty uczestnika postępowania odwoławczego jedynie w okolicznościach wskazanych w § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b lub § 5 ust. 3 pkt 2, tj. gdy przystąpił on do postępowania odwoławczego i wniósł sprzeciw, zaś odwołujący cofnął odwołanie po otwarciu rozprawy lub gdy doszło do odrzucenia, bądź oddalenia odwołania przez Izbę. Tym samym Izba postanowiła nie uwzględnić wniosków Przystępującego w przedmiocie zasądzenia kosztów zastępstwa procesowego, kosztów dojazdu na rozprawę i kosztów związanych z opłatą od pełnomocnictwa.

**Przewodniczący:**

.....

