

WYROK

z dnia 16 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 listopada 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 listopada 2015 r. przez wykonawcę **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Izbę Skarbową w Gdańsku, ul. Długa 75/76, 80-831 Gdańsk**

przy udziale wykonawcy **M. K., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Lireco eco M. K., Grochowa 10, 81-017 Gdynia** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części II zamówienia i odrzucenie oferty wykonawcy **M. K., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Lireco eco M. K., Grochowa 10, 81-017 Gdynia** oraz powtórzenie czynności wyboru i oceny ofert;

2. kosztami postępowania obciąża **Izbę Skarbową w Gdańsku, ul. Długa 75/76, 80-831 Gdańsk** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Izby **Skarbowej w Gdańsku, ul. Długa 75/76, 80-831 Gdańsk** na rzecz **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** kwotę **19 201 zł 77 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy dwieście jeden złotych, siedemdziesiąt siedem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione

z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 Gdańsku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*świadczenie usług w zakresie sprzątanía pomieszczeń w budynkach Izby Skarbowej w Gdańsku, terenów zewnętrznych wokół budynków oraz prac naprawczych i konserwacyjnych*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 sierpnia 2015 r. pod numerem 2015/S 157-289273.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach części II zamówienia i zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- 1) art. 7 ust 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, bowiem dokonanie wyboru oferty zawierającej rażąco niską cenę jest niezgodne z przepisami ustawy,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 i pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego pomimo, że oferta złożona przez tego Wykonawcę zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 3) art. 90 ust. 1 i ust 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, który nie złożył wyjaśnień i dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności nie złożył wyjaśnień i dowodów w zakresie:
 - kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
 - oszczędności w metodzie wykonania zamówienia,
 - rozwiązań technicznych,
 - wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy.

W związku ze sformułowanymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Przystępującego jako najkorzystniejszej,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,

3. odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust 1 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wybrany wykonawca mimo wezwania do złożenia dowodów potwierdzających, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny nie przedstawił wyjaśnień i dowodów, które by powyższe domniemanie obaliły,
4. powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wskazał, że w jego ocenie, oferta wybranego Wykonawcy powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jednocześnie Odwołujący podniósł, że zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę stanowi naruszenie zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji przez Zamawiającego w zaistniałym stanie faktycznym. Odwołujący podał, że w ramach części II zamówienia złożone zostały 4 oferty:

- 1) IMPEL Cleaninig Sp. z o.o. - cena oferty 1.462.712,33 zł,
- 2) Jantar 2 Sp. z o.o. - cena oferty 1.817.542,80 zł,
- 3) Konsorcjum Firm S4H Sp. z o.o.- cena oferty 1.513.469,10 zł,
- 4) Lireco eco - cena oferty 1.008.842,39 zł.

Dalej Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający podał, iż zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia w zadaniu II kwotę 1.334.111,52 zł brutto. Zamawiający po otwarciu złożonych ofert, dokonał ich sprawdzenia oraz stwierdził, że wysokość ceny podanej w ofercie przez Wykonawcę Lireco eco M. K. z siedzibą w Gdyni jest o ponad 30% niższa od wartości średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. W wyniku powzięcia tej informacji Zamawiający w dniu 20 października br. zwrócił się do Wykonawcy z wezwaniem do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zamawiający w skierowanym do Wykonawcy piśmie wyraźnie podkreślił, iż wzywa do złożenia wyjaśnień w zakresie „(...) *zapropionowania tak niskiej ceny, w tym złożenia dowodów.*” Zdaniem Odwołującego, na uwagę zasługuje zatem fakt, że Zamawiający miał świadomość, kierując pismo do Wykonawcy, iż oferta Lireco eco zawiera „*tak niską cenę*”. Jest to okoliczność niezwykle istotna, w ocenie Odwołującego, w kontekście dokonania przez Zamawiającego weryfikacji wyjaśnień złożonych przez wezwanego Wykonawcę oraz uznania ich za wyczerpujące i dokonania - na tej podstawie - kwestionowanego przez Odwołującego wyboru.

Pismem z dnia 22 października 2015 r. wybrany Wykonawca złożył wyjaśnienia Zamawiającemu. W opinii Odwołującego, wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę są

lakońiczne, gołosłowne, niewiarygodne i w żadnym stopniu nie zasługują na jakąkolwiek analizę, a tym samym uwzględnienie jako wyczerpujące znamiona wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Wskazywane wyjaśnienia nie zawierają żadnych konkretnych informacji, a tym bardziej dowodów potwierdzających: 1) ilość osób i etatów przewidzianych do realizacji usługi, 2) kosztów pracy pracowników przewidzianych do realizacji usługi, 3) wielkości pomocy publiczno-prawnej do zatrudnionych pracowników, 4) kosztów amortyzacji sprzętu, niezbędnego do prawidłowej realizacji usługi, 5) kosztów chemii niezbędnej do prawidłowej realizacji usługi itp.

Jednocześnie, zdaniem Odwołującego, na szczególną uwagę zasługuje okoliczność, iż Wykonawca nie złożył Zamawiającemu żadnych dowodów. Tym samym zdziwienie Odwołującego budzi fakt, iż na podstawie tychże wyjaśnień, Zamawiający wybrał Wykonawcę, bowiem na ich podstawie nie był w stanie dokonać jakiegokolwiek analizy pod kątem rażąco niskiej ceny.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z prawem zamówień publicznych, to na Wykonawcy spoczywał ciężar udowodnienia, że cena złożonej przez niego oferty nie jest rażąco niska. Wykonawca nie udzielił wyjaśnień w taki sposób, aby nie pozostawiać wątpliwości co do wysokości zaproponowanej w ofercie ceny. W związku z tym Zamawiający zobowiązany był na podstawie art. 90 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp odrzucić taką ofertę. Zamawiający zaś w podanym stanie faktycznym zamiast odrzucić ofertę Przystępującego wybrał ją jako najkorzystniejszą, tym samym naruszając swoją decyzją postanowienia art. 90 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W piśmie z dnia 22 października 2015 r. Wykonawca zawarł jedynie kilka ogólnikowych zdań, które w jego ocenie, stanowiły wyjaśnienie sposobu kalkulacji ceny.

Wyjaśniając koszty osobowe w pkt 1 pisma Wykonawca podał, iż *„Oczywistym jest, że przy refundacji kosztów zatrudnienia osób niepełnosprawnych, inaczej należy kalkulować koszty pracownicze, gdyż te w znacznej części zostaną pokryte z dotacji. W konsekwencji otrzymane środki wpływają na kalkulację zysku.”* W świetle przytoczonego wyjaśnienia Odwołujący postawił pytanie: Czy Zamawiający wie, jaka jest wielkość refundacji kosztów do jednego etatu, ile jest osób niepełnosprawnych przewidywanych do zatrudnienia przez Wykonawcę, co oznacza *„znaczna część pokryta z dotacji”*. Pismo Wykonawcy nie zawiera bowiem żadnych wyliczeń poszczególnych kosztów składających się na zaoferowaną cenę. Brak też jakichkolwiek dowodów na poparcie tezy o sposobie zatrudnienia osób czy też uzyskiwanych poziomach dotacji.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że sam Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nałożył na wykonawców określone warunki w zakresie zatrudnianych osób, w tym do prac na wysokościach czy posiadających uprawnienia eklektyczne do 1 Kw. Przystępujący powołał się w swoich lakońicznych wyjaśnieniach na korzystanie z

dofinansowania do zatrudniania osób niepełnosprawnych, zatem nasuwa się pytanie, zdaniem Odwołującego, czy Zamawiający jest w stanie ocenić na podstawie złożonych wyjaśnień, czy tenże Wykonawca do prac na wysokościach zatrudni osoby z orzeczonym stopniem niepełnosprawności i czy osoby z orzeczonym stopniem niepełnosprawności (jakim?) będą posiadać stosowne uprawnienia elektryczne.

Odwołujący podniósł również, iż czytając wyjaśnienia Wykonawcy w zakresie kosztów materiałowych można odnieść wrażenie, że Wykonawca nie ma najmniejszego pojęcia, o czym pisze i czego od niego wymaga Zamawiający, wzywając do złożenia stosownych wyjaśnień oraz dowodów na potwierdzenie tychże wyjaśnień. Przystępujący nie złożył żadnych konkretnych wyliczeń kosztów, żadnych informacji o przyznawanych rabatach ani dowodów na zmagazynowanie posiadanych środków. Wzywany Wykonawca nawet nie podjął próby wskazania, iż posiada jakieś wyjątkowe, dostępne tylko jemu i oszczędne metody realizacji usługi.

Zdaniem Odwołującego, pismo z dnia 22 października 2015 r. nie wychodzi poza przytoczenie kilku banalnych, ogólnikowych zdań o wyjątkowym doświadczeniu tego Wykonawcy, a tym samym nie stanowi wymaganego w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp dowodu na wykazanie, iż oferowana cena nie jest ceną rażąco niską.

Nic nie wyjaśnia, w ocenie Odwołującego, podnoszona przez Wykonawcę okoliczność posiadania własnego sprzętu i urządzeń. Powszechnie wiadomym jest, że firmy świadczące usługi w zakresie przedmiotu zamówienia posiadają sprzęt niezbędny do wykonania realizowanych usług. Trudno sobie wyobrazić, aby w celu realizacji pojedynczej usługi wykonawca dokonał zakupu całego wyposażenia technicznego i parku maszynowego. Poza tym, nie uwzględnienie w cenie oferty kosztu związanego z amortyzacją sprzętu na potrzeby przedmiotowego zamówienia, jakie ma miejsce w ofercie wybranego Wykonawcy, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, bowiem każdy z Wykonawców w cenie swojej oferty uwzględnił koszt amortyzacji sprzętu. Jest to powinność wynikająca z przepisów prawa.

Powoływanie się przez wybranego Wykonawcę na okoliczność, że posiada zmagazynowane zapasy powinno, zdaniem Odwołującego, budzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego, z uwagi na dwa bezsporne fakty. Po pierwsze dlatego, że fakt posiadania zapasów trudno powiązać z oszczędnościami - koszt zakupu zmagazynowanych zapasów Wykonawca przecież i tak poniósł. Po drugie - Wykonawca ten ponosi koszt magazynowania zgromadzonych zapasów, ewentualne koszty utylizacji magazynowanych środków, jeśli ulegną przeterminowaniu, czy też ryzyko ich utraty lub zniszczenia.

Nadto, wybrany Wykonawca nie przedstawił żadnych dokumentów (faktur VAT, umów, itp.), na dowód posiadania na lokalnym rynku atrakcyjnych rabatów, na jakie się powołuje. Odwołujący jest zdania, że zawarcie w wyjaśnieniach ogólnego twierdzenia o tym, że Wykonawca ma możliwość uzyskania rabatów, bez podania podstaw do takiego

twierdzenia nie mogło być potraktowane przez Zamawiającego jako dostateczne i wiarygodne uzasadnienie zaproponowanej ceny.

Z tych względów, zdaniem Odwołującego, należy uznać, iż twierdzenia Wykonawcy, zawarte w jego wyjaśnieniach z dnia 22 października 2015 r. w żaden sposób nie dowodzą, aby w zakresie powołanych powyżej okoliczności uzasadniały podanie przez Przystępującego tak niskiej ceny oferty w przedmiotowym postępowaniu. Należy stwierdzić, w ocenie Odwołującego, że wyjaśnienia te składają się z niczym niepopartych twierdzeń i deklaracji - zatem są gołosłowne.

Z powyższego wynika, że treść wyjaśnień wybranego Wykonawcy nie daje podstaw do tego, aby przyjąć, że Wykonawca ten miał większą możliwość od innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia do obniżenia kosztów wykonania usługi. Co więcej, twierdzenia zawarte w wyjaśnieniach nie zostały poparte odpowiednimi dowodami przez Wykonawcę. W tym przedmiocie Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2015 r., sygn. akt: sygn. KIO 637/15 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 września 2015 r., sygn. akt: KIO 1836/15.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W przedmiotowym postępowaniu w ramach części II zamówienia zostały złożone 4 oferty, których cena kształtowała się na następującym poziomie (pkt 9 *Zestawienie ofert* protokołu postępowania):

- 1) IMPEL Cleaninig Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu - cena oferty: 1.462.712,33 zł,
- 2) Jantar 2 Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku - cena oferty: 1.817.542,80 zł,
- 3) Konsorcjum: S4H Sp. z o.o. (lider), Clean Service Sp. z o.o., KMORDER Sp. z o.o. z siedzibą w Olszynie - cena oferty: 1.513.469,10 zł,
- 4) M. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Lireco eco - cena oferty: 1.008.842,39 zł.

Zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie tej części zamówienia, tj. 1.344.111,52 zł (pkt 8 ppkt 1 *Otwarcie ofert* protokołu postępowania).

Pismem z dnia 20 października 2015 r. Zamawiający, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się do Przystępującego „o udzielenie wyjaśnień w zakresie zaproponowania tak niskiej ceny, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w odniesieniu do Części II zamówienia. Zamawiający informuje, iż zgodnie z art. 90 ust. 2 Ustawy obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy.” W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podał, że zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp „cena oferty Wykonawcy wydaje się rażąco niska w

stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, ponieważ oferta Wykonawcy w Części II zamówienia jest niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w ramach tej części zamówienia.”

W odpowiedzi (pismo z dnia 22 października 2015 r.) Przystępujący przedstawił następujące informacje „mające wpływ na cenę netto przedmiotowej usługi:

1. Koszty osobowe

Szeroko korzystamy z programów organizowanych przez Powiatowe Urzędy Pracy, dzięki którym pozyskujemy fundusze na wyposażenie nowych stanowisk pracy. Nasza firma zarejestrowana jest również w Systemie Obsługi Dofinansowania i Refundacji, jako beneficjent do otrzymywania wynagrodzeń dla niepełnosprawnych pracowników. Na tej podstawie został firmie nadany numer PEFRON.

Posiadamy comiesięczne dofinansowanie, które następuje na podstawie zarejestrowanej ilości pracowników w danym miesiącu. Otrzymywanie dotacji uzależnione jest od tego czy na danym obiekcie zostaną zatrudnione osoby niepełnosprawne. Jednocześnie oświadczamy, iż przewidujemy w przypadku przedmiotowego zamówienia, że prace będą wykonywane przez osoby niepełnosprawne.

Oczywistym jest, że dzięki refundacji kosztów zatrudnienia osób niepełnosprawnych, inaczej należy kalkulować koszty pracownicze, gdyż te w znacznej części zostaną pokryte z dotacji. W konsekwencji otrzymywane środki wpływają na kalkulację zysku.

Należy podkreślić, że posiadamy głębokie doświadczenie w kwestii zatrudniania pracowników niepełnosprawnych z różnymi stopniami niepełnosprawności do wykonywania usługi na innych obiektach w ramach realizacji zamówień publicznych.

Ponadto, mając na celu dobro naszego zakładu staramy się, aby nie zwalniać stałych wykwalifikowanych, pełnowartościowych pracowników z wieloletnim doświadczeniem oraz stażem w naszej firmie.

2. Koszty materiałowe

Przystępując do kalkulacji kosztów zakupu niezbędnych środków chemicznych zabezpieczających wymagania SIWZ, przyjęto ceny, jakie oferowane są naszej firmie przez hurtownię w związku z długotrwałą współpracą. Nie doliczaliśmy do nich żadnych dodatkowych marż.

Podkreślenia wymaga fakt, iż w związku z umową wiążącą pomiędzy naszą firmą i dostawcą chemii nie możemy zdradzić cen stanowiących tajemnicę handlową, ponieważ wyjaśnienia będą publicznie dostępne np. dla oferentów.

Ponadto we wcześniejszych okresach dokonaliśmy zakupu wymaganych środków i obecnie dysponujemy ich znaczącym zapasem, czyli wykorzystując oferowaną najniższą cenę produktów kupowano je w ilościach dużo większych niż konieczne, co również wpłynęło na powstanie zapasu. Okoliczność ta również wpłynęła na dokonywaną przed przetargiem kalkulację ofertową.”

Zamawiający pozytywnie zweryfikował wyjaśnienia Przystępującego i uznał jego ofertę za najkorzystniejszą (pkt 13 ppkt 3 *Najkorzystniejsza oferta* protokołu postępowania).

W toku posiedzenia Przystępujący przedłożył pismo z dnia 16 listopada 2015 r., zawierające „szczegółowe wyjaśnienia mające zdecydowany wpływ na skalkulowaną cenę usługi brutto za cały okres jej trwania.” W szczególności wskazano, ilu pracowników i z jakim stopniem niepełnosprawności zostanie zatrudnionych do realizacji przedmiotowego zadania, a także podano kwotę dofinansowania na daną osobę. Dokonano oszacowania rodzaju i ilości produktów niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia oraz skalkulowano ich cenę. Nadto wyjaśniono, iż środki i sprzęt potrzebny do wykonania niniejszego zamówienia jest magazynowany w pomieszczeniach należących do Przystępującego. Dodatkowo, skalkulowano pozostałe koszty i zysk.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na gruncie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca wykreował dla zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w tym przedstawienia dowodów, w okolicznościach tam określonych. Wystosowanie rzeczowego wezwania dla wykonawcy rodzi domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny, które mocą przepisu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp zobowiązany jest obalić wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień. Właściwe odkodowanie norm zawartych w powołanych przepisach prowadzi do wniosku, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny winien przedstawić informacje i dowody na ich poparcie, na podstawie których zamawiający, w sposób niebudzący wątpliwości ma możliwość rozstrzygnięcia, że relacja kosztów realizacji zamówienia występujących u danego wykonawcy do ceny pozostaje na takim poziomie, że pozwala na wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę i osiągnięcie zysku. Wyjaśnienia muszą mieć zatem charakter wyczerpujący i odnosić się do warunków konkretnego wykonawcy, nie mogą zaś stanowić informacji ogólnych, które równie dobrze mogłyby charakteryzować każdego wykonawcę biorącego udział w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego. Nie można również pomijać, że wolą ustawodawcy jest, aby wyjaśnienia znalazły oparcie w przedłożonych dowodach.

W orzecznictwie przesądzono również, że formalne zrealizowanie obowiązku przez wykonawcę, a więc złożenie wyjaśnień bez wykazania, iż wykonawca ma możliwość zrealizowania zamówienia za zaproponowaną cenę nie może prowadzić do pozytywnej ich weryfikacji, w tych okolicznościach konieczne jest odrzucenie oferty wykonawcy (art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp). Przyjęto bowiem, że skoro wykonawca nie uzasadnił i nie wykazał elementów kosztotwórczych zaoferowanej ceny, to tym samym nie jest możliwa ocena, czy stanowi ona cenę realną. Podkreślenia przy tym wymaga, że zamawiający nie jest uprawniony, w świetle powołanych przepisów, do domniemywania jakichkolwiek okoliczności, niestanowiących treści wyjaśnień, za pomocą których sam wykonawca nie opisuje własnej sytuacji i które pozostają nieudowodnione.

W tym miejscu wypada również zauważyć, że w świetle powołanych przepisów prawa, w ocenie Izby, brak podstaw do wezwania do złożenia dodatkowych wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Jeśli bowiem Zamawiający wypełnił obowiązek z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, to kolejnym jest ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, zobowiązanego do obalenia domniemania rażąco niskiej ceny. Rolą zamawiającego nie jest dokonywanie wielokrotnej oceny wyjaśnień składanych wobec kolejnych wezwań zamawiającego, bowiem to prowadziłoby do przejęcia inicjatywy przez zamawiającego w zakresie wyjaśnień, a przynajmniej w odniesieniu do ich poprawności i wyczerpującego charakteru (wobec konieczności ciągłej weryfikacji kolejnych wyjaśnień), co nie znajduje uzasadnienia, skoro ciężar udowodnienia realności zaoferowanej ceny spoczywa na wykonawcy w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego.

Dostrzeżenia wymaga również, że postępowanie odwoławcze nie służy prowadzeniu wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Z całą mocą podkreślić należy, że postępowanie przed Izbą nie ma na celu dokonywania czynności, które wykonawca winien realizować w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i których ocena dokonywana jest przez Zamawiającego, a dopiero efekt tej oceny podlega ewentualnie weryfikacji przez Izbę (art. 172 ust. 1 w zw. z art. 181 ust. 1 ustawy Pzp). Przyjęcie odmiennego stanowiska nie tylko nie znajduje uzasadnienia ze względu na zakres kognicji Izby, ale również z uwagi na fakt, że bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa materialnego nie można pomijać wykorzystując narzędzia procesowe.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że bezsporne między stronami jest, że Zamawiający był uprawniony do wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny i, że zrobił to w sposób prawidłowy. Spór toczy się zaś wokół oceny złożonych przez Przystępującego wyjaśnień.

W ocenie Izby, przedmiotowe wyjaśnienia nie dają Zamawiającemu podstaw do stwierdzenia, że zaoferowana cena ma charakter realny. Analiza ich treści skłania do wniosku, że po pierwsze, okoliczności podane przez Przystępującego być może i dotyczą jego sytuacji, ale przedstawione są na tyle ogólnie, wręcz szablonowo, że nie można odkodować ich jakiegokolwiek związku z tym konkretnym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego i zaoferowaną ceną. Po drugie zaś, nie są z pewnością wyczerpujące, bowiem koszty osobowe i koszty materiałowe z pewnością nie stanowią jedynych elementów kosztotwórczych ceny. W istocie rzeczonymi informacjami mogłoby się posłużyć wielu wykonawców w różnych postępowaniach, co oznacza, że nie mają one waloru charakteryzującego indywidualną sytuację Przystępującego, który zaoferował określoną cenę w tym konkretnym postępowaniu i jego zadaniem jest obalenie domniemania rażąco niskiej ceny.

Odnosząc się szczegółowo do przedłożonych wyjaśnień stwierdzić należy, że sam fakt pozyskiwania funduszy na wyposażenie nowych stanowisk i możliwość uzyskania refundacji wynagrodzeń zatrudnionych osób niepełnosprawnych nie pozwala na ocenę, w jaki sposób ta okoliczność wpłynęła na skalkulowaną cenę. Nie wiadomo bowiem, ile osób zatrudni Przystępujący do realizacji przedmiotowego zamówienia, nawet gdyby przyjąć, choć okoliczności charakteryzujących wykonawcę nie sposób domniemywać, że chodzi o minimalną ilość zakreśloną przez Zamawiającego, to dalej nie ma wiedzy, ile wśród tych osób będzie niepełnosprawnych i w jakim stopniu. Nie jest prawdą, jak twierdzi Przystępujący, że wiedza ta jest powszechnie dostępna. Znana jest jedynie wysokość refundacji w zależności od stopnia niepełnosprawności, ale warunki wykonania zamówienia przez Przystępującego nie są przecież znane innym wykonawcom ani Zamawiającemu. Nie mówiąc już o tym, że Przystępujący zdaje się zapominać, że ciężar dowodu w przedmiocie rażąco niskiej ceny jego obciąża, a okoliczności podane w wyjaśnieniach winny mieć potwierdzenie w przedstawionych dowodach.

Jeśli idzie o koszty materiałowe, to w istocie z wyjaśnień nie można powziąć żadnych informacji dających obraz ich wysokości. Dowiadujemy się jedynie tyle, że skalkulowano koszty na poziomie cen zaproponowanych przez hurtownię, z którą Przystępujący współpracuje. Wskazana okoliczność w żaden sposób nie daje podstaw do zweryfikowania ceny zaproponowanej przez Przystępującego. Zaś uzasadnienie, że ceny poszczególnych artykułów nie mogą być ujawnione z uwagi na możliwość ich poznania przez konkurencję w żaden sposób nie przekonuje, skoro Przystępujący z uwagi na tajemnicę ustawowo chronioną (art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) mógł zastrzec ich poufność i tym samym zapewnić sobie ochronę przed ich ujawnieniem konkurencji.

Analogicznie należy ocenić możliwość skorzystania przez Przystępującego ze zgromadzonych zapasów. W istocie nie wiadomo, czy wartość zakupu tych zapasów została

skalkulowana w zaoferowanej cenie, a jeśli tak, to w jakiej wysokości oszczędności wynikające z zakupu większej ilości materiałów (efekt skali) miały wpływ na wysokość zaproponowanej ceny.

Dostrzeżenia również wymaga, że podane przez Przystępującego elementy kosztotwórcze nie są jedynymi niezbędnymi dla kalkulacji ceny oferty. Potwierdzeniem powyższego jest nie tylko doświadczenie życiowe, ale również informacje zawarte w piśmie procesowym z dnia 16 listopada 2015 r. Nie ma zaś racji Przystępujący, że choć wyjaśnienia może i są lakoniczne, to nie było potrzeby złożenia dokładniejszych. Wręcz przeciwnie, Przystępujący miał za zadanie wykazać realność zaoferowanej ceny w warunkach jemu dostępnych, w ramach tego konkretnego zamówienia (art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp), a nie oczekiwać, że okoliczności na potwierdzenie powyższego będą poszukiwać czy to Zamawiający, czy to inni wykonawcy.

Okoliczności, na które zwrócił zaś uwagę Zamawiający również nie mogą stanowić podstawy oceny. Po pierwsze, Zamawiający nie może ich domniemywać, o czym była mowa wyżej. Zatem, brak podstaw do przyjęcia, że prowadzenie jednoosobowej działalności gospodarczej generuje mniejsze koszty niż spółka kapitałowa, skoro na tę okoliczność Przystępujący się nie powoływał i kosztów tych w wyjaśnieniach w ogóle nie wykazał. Po drugie, nie ma doniosłości prawnej w świetle przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp okoliczność, że cena oferty Przystępującego jest nieco ponad 30% niższa od wartości średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Wielkość tego odchylenia ponad graniczną wartość nie ma bowiem znaczenia dla oceny złożonych wyjaśnień. Jakkolwiek Izba dostrzega, że oferta Przystępującego jako jedyna mieści się w kwocie, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, to również przedmiotowa okoliczność nie może mieć wpływu, w świetle powołanych przepisów prawa, na ocenę wyjaśnień Przystępującego. Celem Zamawiającego nie jest bowiem udzielenie zamówienia z pogwałceniem bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa.

Nie służy prowadzeniu wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, do czego wydaje się zmierzał Przystępujący, rozprawa, o czym szerzej była mowa wyżej. Postępowanie przed Izbą nie ma na celu dokonywania czynności, które wykonawca winien realizować w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i których ocena dokonywana jest przez Zamawiającego, a efekt tej oceny podlega ewentualnie weryfikacji przez Izbę. Z tych względów twierdzenia zawarte w piśmie procesowym z dnia 16 listopada 2015 r. oraz przedłożone dowody nie mogły być brane pod uwagę. Na marginesie należy jedynie zwrócić uwagę, że nie było żadnych przeszkód, aby wyjaśnienia złożone na wezwanie Zamawiającego przybrały taki kształt, jak w powołanym piśmie procesowym. Zaś zaniechanie powyższego obciąża wyłącznie Przystępującego i prowadzi do konstatacji, że wyjaśnienia złożone przez Przystępującego nie zawierają uzasadnienia dla zaoferowanej

ceny i tym samym nie obalają domniemania zaproponowania ceny rażąco niskiej. W konsekwencji stwierdzić należy, że ocena wyjaśnień dokonana przez Zamawiającego była nieprawidłowa, bowiem oferta Przystępującego winna być odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi samodzielną podstawę do odrzucenia oferty w okolicznościach zaistniałych w analizowanej sprawie, zatem zarzut jego naruszenia należało uznać za trafny.

Jednocześnie brak było podstaw do stwierdzenia naruszenia przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, bowiem w niniejszej sprawie nie zaistniały okoliczności tam wskazane. Przystępujący co do zasady złożył wyjaśnienia, ale okazały się one niewystarczające, jednocześnie rzeczony wyjaśnienia nie potwierdziły, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, a jedynie nie zostało obalone domniemanie w tym przedmiocie.

Zarzut naruszenia przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie znalazł potwierdzenia, gdyż obowiązek wyartykułowany w tym przepisie Zamawiający zrealizował prawidłowo, co więcej materia ta nie była przez Odwołującego kwestionowana.

Zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp należy uznać na chybiony. Okoliczności, że Przystępujący nie uwzględnił w cenie oferty kosztu amortyzacji sprzętu nie da się ustalić na podstawie lakonicznych wyjaśnień złożonych na wezwanie Zamawiającego, a zatem nie jest możliwe przypisanie Przystępującemu czynu nieuczciwej konkurencji.

Obarczony błędem wybór oferty najkorzystniejszej stanowi o przekroczeniu przez Zamawiającego podstawowych zasad postępowania, wyrażonych w przepisie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zaś, za bezprzedmiotowy należało uznać zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 2 ustawy Pzp wobec nieuczynienia przedmiotem zarzutu i jego uzasadnienia faktycznego okoliczności tam wskazanych.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. a i b 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł, wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600,00 zł oraz koszty dojazdu na rozprawę w wysokości 601,77 zł.

Przewodniczący:

