

Sygn. akt: KIO 1733/17

WYROK
z dnia 31 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **31 sierpnia 2017 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **21 sierpnia 2017 r.** przez wykonawcę **A. C. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „C. A. Usługi - Handel - Transport”, Charęźów 6, 26 - 060 Chęcín** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Gnojno, Gnojno 145, 28 - 114 Gnojno**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża **A. C. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „C. A. Usługi - Handel - Transport”, Charęźów 6, 26 - 060 Chęcín** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **A. C. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „C. A. Usługi - Handel - Transport”, Charęźów 6, 26 - 060 Chęcín** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Kielcach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie nieograniczonego pn.: „Zakup biletów miesięcznych dla uczniów dowożonych do placówek szkolnych na terenie gminy Gnojno w roku szkolnym 2017/2018”, zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 549499-N-2017 z 12.07.2017 r., przez Gmina Gnojno, Gnojno 145, 28 - 114 Gnojno zwane dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 16.08.2017 r. (e-mailem) Zamawiający przekazał informację wyborze oferty najkorzystniejszej firmy – M. G. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „BUS TOUR” M. G., Samocice 113,33-220 Bolesław zwana dalej: „BUS TOUR”. Jednocześnie Zamawiający odrzucił ofertę A. C. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą „C. A. Usługi - Handel - Transport”, Charężów 6, 26 - 060 Chęciny zwany dalej: „C. A. Usługi - Handel – Transport” albo „Odwołującym” na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) zwanej dalej: „Pzp”.

W dniu 21.08.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) C. A. Usługi - Handel - Transport wniósł odwołanie na w/w czynności. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 21.08.2017 r. (e-mailem). Zarzucił naruszenie przez Zamawiającego:

1) art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującej z powodu uznania iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zupełnie pomijając fakt, że Odwołująca złożyła stosowne wyjaśnienia oraz dowody w rozumieniu art. 90 ust. 3 Pzp adekwatne do złożonego przez Zamawiającego treści wezwania (pismo z 24.07.2017 r.) zobowiązującego Odwołującego do złożenia wyjaśnień,

2) art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 i ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez naruszenie zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu a polegających w pierwszej kolejności na zbyt ogólnym, blankietowym zobowiązaniu wszystkich wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny a następnie na niewłaściwej, arbitralnej ocenie tak złożonych wyjaśnień, co w konsekwencji doprowadziło do bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego gdzie Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny są wyjaśnieniami niewystarczającymi, udzielonymi formalnie, bez merytorycznego odniesienia się do treści tych wyjaśnień, podczas gdy złożone przez BUS TOUR wyjaśnienia co do formy oraz merytorycznej treści niczym tak naprawdę nie różnią się od wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, co więcej opierają się na tym samym kluczowym argumencie tj. skorzystaniu

z pomocy publicznej na realizację przedmiotowej usługi (dopłacie do biletów ulgowych na podstawie zawartej umowy z Samorządem Województwa Świętokrzyskiego),

3) art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wadliwe dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej BUS TOUR, podczas gdy w świetle stawianych kryteriów oceny ofert najkorzystniejszą ofertą jest oferta Odwołującego, która została bezpodstawnie odrzucona i pominięta,

4) art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 11 ust. 3 Pzp poprzez ich niewłaściwe zastosowanie w sprawie, zbyt ogólne, zdawkowe i niejasne dokonanie uzasadnienia faktycznego oraz prawnego decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, powodach jej odrzucenia, w tym zakresie jedynie enigmatycznie podnosząc, że Odwołujący w *“sposób nienależyty odniósł się do treści wezwania w myśl art. 90 ust. 1 Pzp oraz do elementów cenotwórczych”* (w ogóle nie precyzując jakie elementy cenotwórcze Zamawiający miał na myśli), wskazując dodatkowo, że odpowiedź została udzielona formalnie, przez co Odwołujący tak naprawdę nie jest w stanie poznać i ocenić motywów jakimi kierował się Zamawiający podejmując tak dotkliwą dla Odwołującego decyzję o odrzuceniu jego oferty i pozbawiać go tym samym możliwości zdobycia przedmiotowego zamówienia publicznego. Wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i dokonania ponownie czynności badania i oceny ofert wraz z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
2. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty BUS TOUR,
3. uznania za najkorzystniejszą ofertę złożonej przez Odwołującego,
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, według rachunków przedstawionych na rozprawie.

Ponadto wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów w postaci:

1. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „S/WZ” wraz z załącznikami, protokołu postępowania sporządzonego przez Zamawiającego wraz z załącznikami,
2. Ogłoszenia o zamówieniu,
3. Oferty Odwołującego,
4. pismo wyjaśniającego Odwołującego z 10.08.2017 r. stanowiące szczegółowe zestawienie kosztów oraz przewidywanego zysku w związku z realizacją zamówienia,
5. pismo Odwołującego z 26.07.2017 r. wraz z wyjaśnieniami potwierdzającymi brak wystąpienia rażąco niskiej ceny oferty,
6. pismo wykonawcy BUS TOUR wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny oferty,
7. pismo Wójta Gminy Gnojno z 02.08.2017 r. skierowanego do komisji przetargowej postępowania,
8. pismo komisji przetargowej z 31.07.2017 r. uwzględniającego wyjaśnienia Odwołującego

w zakresie braku rażąco niskiej ceny jego oferty,

9. pismo Zamawiającego z 24.07.2017 r. - wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty.

W zakresie w/w dowodów nr 1 -9, Odwołujący wnosił o zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia pełnej dokumentacji przetargowej w oryginale.

10. informacja z otwarcia ofert i rozstrzygnięcia przetargu w sąsiedniej gminie Chmielnik na okoliczność wykazania cen rynkowych w tego typu zamówieniach publicznych, gdzie świadczona usługa swym zakresem, wielkością, jest niemal identyczna do usługi objętej niniejszym postępowaniem przetargowym co jednoznacznie przesądza, że oferta Odwołującego w niniejszym postępowaniu nie zawiera rażąco niskiej ceny,

ZARZUT NARUSZENIA ART. 89 UST. 1 PKT 4 ORAZ ART. 7 UST. 11 UST. 3 PZP W ZW. Z ART. 90 UST. 1 PZP W ZW. Z ART. 89 UST. 1 PKT 4 PZP.

Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp *„zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”*. W sytuacji potwierdzenia się przesłanki rażąco niskiej ceny obowiązkiem Zamawiającego jest taką ofertę odrzucić. Zanim to jednak nastąpi Zamawiający ma również obowiązek podjąć wnikliwe wyjaśnienia w celu ustalenia czy oferta wykonawcy, co do której powziął wątpliwość w zakresie ceny, rzeczywiście jest ceną rażąco niską. W tym zakresie Zamawiający winien się wykazać najwyższą starannością oraz ostrożnością w zakresie przedmiotowych ustaleń, bowiem zaistnienie tej negatywnej przesłanki jaką jest rażąco niska cena skutkuje najbardziej dotkliwą dla wykonawcy sankcją, tj. odrzuceniem jego oferty w postępowaniu i uniemożliwieniu mu zdobycia zamówienia. W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie dochował w tym zakresie nałożonych na niego ustawą prawo zamówień publicznych obowiązków, naruszając przy tym szereg opisanych w zarzutach przepisów prawa, co w efekcie skutkowało podjęciem wadliwej, zaskarżonej niniejszą skargą decyzji tj. odrzuceniem oferty Odwołującego. W pierwszej kolejności warto przedstawić istotną z punktu widzenia niniejszego odwołania hierarchię zdarzeń jakie miały miejsce w toku postępowania. Po dokonaniu czynności otwarcia ofert Zamawiający w myśl art. 90 ust. 1 Pzp pismem z 24.07.2017 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Warto zwrócić uwagę, że treść tego wezwania jest bardzo ogólna, zdawkowa, w zasadzie ograniczająca się do przywołania treści art. 90 ust. 1 Pzp. Zamawiający nie postawił konkretnego pytania w odniesieniu do poszczególnych elementów cenotwórczych oferty.

W odpowiedzi Odwołujący pismem z 26.07.2017 r. przedstawił Zamawiającemu stosowne wyjaśnienia. Wskazał, że w 49 % zamówienie zostanie sfinansowane poprzez stosowną umowę z Samorządem Województwa Świętokrzyskiego. Nadto podniósł, że na terenie gminy Gnojno świadczy już usługi przewozu w ramach innych przedsięwzięć

(znanych Zamawiającemu z urzędu), co pozwoli mu na dodatkowe oszczędności. Załączył również na tę okoliczność dowód w postaci aktualnych rozkładów jazdy oraz wyjaśnił w jaki sposób wpłynie to na cenę usługi w ramach niniejszego postępowania.

Następnie Odwołujący nie mając żadnych informacji od Zamawiającego, który niepotrzebnie przedłużał to postępowanie, dodatkowo w dniu 10.08.2017 r. złożył Zamawiającemu dodatkowe wyjaśnienia w zakresie kalkulacji kosztów oraz wysokości planowanego zysku. Odwołujący podjął decyzję o złożeniu uzupełniających wyjaśnień ponieważ z treści w/w wezwania Zamawiającego trudno było tak naprawdę wywieść czego Zamawiający od Odwołującego oczekuje.

Warto w tym miejscu przytoczyć nadal aktualny wyrok KIO z 10.05.2013 r., sygn. akt: KIO 962/13: *"W przedmiotowej sprawie zwrócić należy uwagę na fakt, że zamawiający sformułował wezwanie do wyjaśnień w sposób bardzo ogólny, nie zadając żadnego szczegółowego pytania. Tym samym wykonawca nie miał obowiązku szczegółowego odnoszenia się do każdej pozycji kosztowej". Tym samym brak jest podstaw do zarzucenia złożonym wyjaśnieniom iż są niepełne lub zbyt ogólne. Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Olsztynie V Wydział Gospodarczy z 9 grudnia 2010 r. sygn. Akt V Ga 122/10 należy wskazać, że wezwanie do złożenia wyjaśnień winno być sformułowane w formie pytań. Pytanie do wykonawcy powinno, wskazywać elementy oferty, które podczas badania oferty wzbudziły wątpliwości i co do których zamawiający oczekuje wyjaśnień. Tak więc wykonawca aby te wątpliwości rozwiązać musi wiedzieć, które to elementy wyceny oferty wzbudziły zastrzeżenia zamawiającego i w jakim kierunku mają iść jego wyjaśnienia. Natomiast gdy zamawiający nie wskazuje jakich konkretnie kwestii co do których domaga się wyjaśnień i do których wykonawca ma się odnieść, a podnosi jedynie iż zaoferowana cena jest niska w stosunku do szacowanej przez niego wartości zamówienia, to przy tak ogólnikowym sformułowaniu wezwania brak jest podstawy do domagania się by wykonawca złożył szczegółowe wyjaśnienia".* Podsumowując ten wywód prawny, pytanie do wykonawcy powinno wskazywać elementy oferty, które podczas badania oferty wzbudziły wątpliwości i co do których zamawiający oczekuje wyjaśnień. Tak więc wykonawca aby te wątpliwości rozwiązać musi wiedzieć, które to elementy wyceny oferty wzbudziły zastrzeżenia Zamawiającego i w jakim kierunku mają iść jego wyjaśnienia. Tymczasem Zamawiający zobowiązując Odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, ograniczył się jedynie do powołania na art. 90 ust. 1 Pzp. Taki stan doprowadza do dużej niepewności wykonawców, którzy nie wiedzą w jaki sposób dokonać wyjaśnień, a co więcej może przyczynić się do naruszenia zasady równego traktowania. Hipotetycznie każdy wykonawca składa wyjaśnienia wedle własnego uznania i wiedzy, zaś Zamawiający może wówczas uznać tylko te wyjaśnienia, które wydają mu się najbardziej szczegółowe i doniosłe. Taki stan mógł mieć miejsce właśnie w niniejszym postępowaniu, gdzie Zamawiający w sposób arbitralny uznał

jedynie wyjaśnienia wykonawcy BUS TOUR odrzucając jednocześnie wyjaśnienia złożone przez Odwołującego i odrzucając ostatecznie jego ofertę. Na marginesie wyjaśnienia obu w/w wykonawców są do siebie bardzo podobne. BUS TOUR przedstawiając swoje wyjaśnienia ograniczył się w zasadzie do pisemnych wyjaśnień bez powoływania się i przedstawiania konkretnych dowodów na potwierdzenie swoich twierdzeń. W odniesieniu do zarzutu nierównego traktowania wykonawców, w świetle zaistniałych faktów Odwołujący ma prawo wysunąć zarzut jakoby Zamawiający z góry był nastawiony na wybranie jednego, konkretnego wykonawcy tj. wykonawcy BUS TOUR. Świadczy o tym w pierwszej kolejności fakt, że pismem z 31.07.2017 r. Komisja Przetargowa uznała wyjaśnienia Odwołującego za wystarczające i złożyła Wójtowi Gminy Gnojno do podpisu decyzję o wyborze jako najkorzystniejszej oferty właśnie oferty Odwołującego. W odpowiedzi na w/w pismo Wójt Gminy Gnojno odmówił podpisania takiej decyzji, jednocześnie nakazując komisji przetargowej dokonania wprost wyboru konkretnego wykonawcy nie czyniąc w tym zakresie żadnego umotywowanego uzasadnienia. To również świadczy o arbitralnej, nieobiektywnej decyzji Zamawiającego odrzucającej ofertę Odwołującego. Wójt Gminy w przedmiotowym piśmie zarzucił rażąco niską cenę Odwołującemu, nie wziął jednak pod uwagę, że w roku szkolnym 2016/2017 wykonawca BUS TOUR realizował taką samą usługę na rzecz gminy Gnojno za kwotę 135 894,00 zł a więc niemal identyczną jak obecna cena oferty Odwołującego. Z daleko posuniętej ostrożności Odwołujący również wyjaśnia, że skoro Zamawiający miał wątpliwości co do złożonych wyjaśnień Odwołującego, to mając na uwadze sposób w jaki zobowiązał się do złożenia tych wyjaśnień winien ponownie wezwać do ich złożenia w celu uszczegółowienia poprzednio złożonych wyjaśnień. Zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu oferty powinien mieć niemal 100% pewności, że oferta zawiera rażąco niską cenę i winna zostać odrzucona. Tymczasem o rażąco niskiej cenie można mówić wówczas gdy już niejako *"na pierwszy rzut oka"* da się stwierdzić, że za podaną w ofercie cenę wykonanie zamówienia nie jest możliwe, W tym zakresie warto jednak dodać, że oferta wykonawcy BUS TOUR oraz oferta Odwołującego stanowi różnicę jedynie 8,5 %. To pokazuje, że oferta Odwołującego jest ofertą niską a nie *"rażąco niską"* w stosunku do ofert innych wykonawców, w tym wykonawcy BUS TOUR, biorących udział w tym postępowaniu. Taka cena oferty może tylko świadczyć o jej konkurencyjności, atrakcyjności a nie fakcie, że jest ofertą z rażąco niską ceną jak błędnie uznał Zamawiający. Warto w tym miejscu przytoczyć tezę wyroku KIO z 28.03.2017 r., sygn. akt: KIO 466/17, którego treść jest następująca: *"Istnieje możliwość zwrócenia się do wykonawcy, który złożył wyjaśnienia nie potwierdzające, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską o dalsze wyjaśnienia kosztów, czy założeń przyjętych do kalkulacji, które wzbudziły wątpliwości zamawiającego. Dążenie do wyjaśnienia wątpliwych informacji w wyjaśnieniach przystępującego służy interesowi zamawiającego, który żądając dalszych wyjaśnień*

uzyskuje lepszą możliwość weryfikacji założonych kosztów i zapewnia sobie ocenę realności wykonania zamówienia zgodnie z jego przedmiotem, ale także zapobiega eliminacji z postępowania wykonawcy korzystniejszego pod względem ekonomicznym. Możliwość wezwania do dodatkowych wyjaśnień zachodzi wyłącznie w sytuacji, gdy: 1. sam zamawiający nie poinformował wykonawcy, jakie elementy oferty budzą wątpliwości zamawiającego, co do ewentualnego rażącego zaniżenia oferty, a wezwanie było odzwierciedleniem przepisów ustawy; 2. wykonawca złożył wyjaśnienia, poparł je dowodami i z tych wyjaśnień wprost jednoznacznie nie wynika, że wykonawca zaoferował cenę rażąco niską, a niektóre elementy wyjaśnień, co do kosztów, czy założeń kalkulacyjnych nie zostały w dostateczny sposób wyjaśnione przez wykonawcę i budzą wątpliwości zamawiającego". W innym wyroku KIO z 07.03.2017 r., sygn. akt: KIO 321/17 KIO stwierdziło, że: „jeśli ustawodawca nie zakazał zamawiającemu ponowienia czynności wezwania do wyjaśnień ceny rażąco niskiej, jeśli złożone wyjaśnienia nadal w jakiś aspektach budzą wątpliwości zamawiającego, ale jednoznacznie nie da się przypisać, że oferta zawiera cenę rażąco niską, to zamawiający powinien podjąć takie działanie. Sankcja odrzucenia jest w takim przypadku nie odpowiednia do celu ustawy, jakim jest wybór oferty najkorzystniejszej, a taką przecież może się jeszcze okazać oferta przystępującego. Brak dokonania rzeczywistej oceny wyjaśnień wykonawcy stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.)". Warto w świetle powyższych orzeczeń KIO podnieść, że powody odrzucenia oferty Odwołującego nie są jasne i klarowne, przez co można przypuszczać, że Zamawiający miał co najwyżej wątpliwości w zakresie złożonej w ofercie ceny już po złożeniu przez Odwołującego wyjaśnień. Zamawiający w żaden sposób nie wykazał swojej pewności, że oferta Odwołującego w świetle zaistniałych okoliczności, ewidentnie potwierdza zajęcie rażąco niskiej ceny. Odwołujący na potwierdzenie aktualnych cen rynkowych w realizacji tego typu usług, w celu lepszego zobrazowania swoich twierdzeń, przedkłada wyniki postępowania przetargowego w sąsiedniej gminie Chmielnik, gdzie mamy do czynienia z podobnym zamówieniem publicznym co stanowi kolejny dowód na to, że oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny, a wręcz przeciwnie może co najwyżej potwierdzać, że to Zamawiający dokonał wadliwego szacowania wartości przedmiotowego zamówienia.

Na marginesie nie sposób również przyjąć, jak usiłuje to wmówić Zamawiający, że wyjaśnienia BUSTOUR stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie zastrzegł skutecznie tajemnicy przedsiębiorstwa zatem wnoszę o ujawnienie wszystkich pisma wykonawcy BUS TOUR na rozprawie w zakresie wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny złożonej oferty. Zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp "postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne" chyba, że zostaną spełnione przesłanki o których mowa w art. 8 ust. 3 Pzp "nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępnione oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa" Wykonawca BUS TOUR jedynie wskazał, że zastrzega tajemnicę przedsiębiorstwa przy czym nie podał na tę okoliczność żadnego uzasadnienia co zatem uznać należy, że nie wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

ZARZUT NARUSZENIA ART. 91 UST. 1 PZP.

Zgodnie z Rozdziałem XIII SIWZ - *OPIS KRYTERIÓW, KTÓRYMI ZAMAWIAJĄCY BĘDZIE SIĘ KIEROWAŁ PRZY WYBORZE OFERTY WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT*, w odniesieniu do Wykonawców, którzy spełnili postawione warunki Zamawiający dokona oceny ofert na podstawie następujących kryteriów:

Cena - 60%,

Termin płatności faktury - 40%.

W świetle powyższych kryteriów oceny ofert najkorzystniejszą ofertę złożył zatem Odwołujący, który podając cenę w wysokości 128 557,00 zł oraz termin płatności faktury 30 dni uzyskał maksymalną ilość 100 pkt. Tymczasem oferta wykonawcy BUS TOUR wadliwie uznana przez Zamawiającego najkorzystniejszą w zakresie kryterium ceny była droższa od oferty Odwołującego, który zaoferował cenę w wysokości 149 978,40 zł. W świetle powyższych stawiany zarzut jest zatem w pełni zasadny i winien zasługiwać na uwzględnienie.

ZARZUT NARUSZENIA ART. 92 UST. 1 PKT. 3 PZP W ZW. Z ART. 8 UST. 1 PZP WZW.Z ART. 7 UST. 1 I UST. 3 PZP.

Zamawiający w piśmie z 16.08.2017 r. nie dokonał należytego wyjaśnienia podstawy faktycznej oraz prawnej decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego ograniczając się w tym zakresie do bardzo ogólnikowych i lakonicznych stwierdzeń: *"Wykonawca złożył wyjaśnienia, które Zamawiający uznał za niewystarczające. Wykonawca udzielając odpowiedzi nie odniósł się w sposób należyty do art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz do elementów cenotwórczych. Odpowiedź udzielona została formalnie"*. Na koniec Zamawiający w sposób bezrefleksyjny przywołał jeden z wyroków KIO, którego teza nijak nie potwierdza motywów decyzji Zamawiającego. Takie uzasadnienie Zamawiającego pozwala uznać, że Zamawiający sam nie wiedział co tak naprawdę Odwołujący ma wyjaśnić a przez to trudno mu było również uzasadnić swoją późniejszą decyzję o odrzuceniu oferty. Wskazuje na elementy cenotwórcze, których nie wymienia zarówno w w/w piśmie jak również w piśmie na etapie wezwania do złożenia wyjaśnień. W tym miejscu warto przywołać wyrok KIO z dnia 20.07.2015 r., sygn. akt KIO 1429/15: *„Wykonawcy nie mogą domyślać się podstaw decyzji zamawiającego ani domniemywać zakresu stwierdzonych przez niego nieprawidłowości*

w złożonych dokumentach”.

Odwołujący zaznaczał, że obowiązek informacyjny określony w art. 92 ust. 1 Pzp stanowi przejaw realizacji wyrażonej w art. 8 ust. 1 tej ustawy zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia oraz sformułowanej w art. 7 ust. 1 Pzp, zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji (znajduje to potwierdzenie m.in. w uzasadnieniu wyroku z 17.08.2011 r., sygn. akt: KIO 1653/11). Rozwijając tę tezę, zgodnie ze wskazanym uzasadnieniem wyroku KIO: *“lakoniczne i enigmatyczne uzasadnienie podjętej wobec wykonawcy czynności pozbawia tego wykonawcę możliwości obiektywnej oceny jej poprawności i ewentualnego rzeczowego zakwestionowania argumentów., które legły u jej podstaw, uchybiając tym samym fundamentalnym regułom rządzącym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe oznacza, że w przedmiotowej sprawie zamawiający naruszył także wynikające z art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 ZamPublU zasady podstawowe dotyczące prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”.*

Zamawiający w dniu 22.08.2017 r. (e-mailem) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenia przystąpień nie miały miejsca.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, zaś Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówieniu.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił 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 SIWZ wraz z załącznikami, protokołu postępowania sporządzonego przez

Zamawiającego wraz z załącznikami, ogłoszenia o zamówieniu, oferty Odwołującego, oferty BUS TOUR, pisma Zamawiającego z 24.07.2017 r. - wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty, pisma Odwołującego z 26.07.2017 r. w wraz z wyjaśnieniami, pisma wyjaśniającego Odwołującego z 10.08.2017 r. stanowiące szczegółowe zestawienie kosztów oraz przewidywanego zysku w związku z realizacją zamówienia /de facto dwa pisma, jedno wraz z cennikami linii komunikacyjnych/, pismo BUS TOUR wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny oferty, pismo komisji przetargowej z 31.07.2017 r., pismo Wójta Gminy Gnojno z 02.08.2017 r. skierowanego do komisji przetargowej oraz informacji o wyborze ofert najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego z 16.08.2017 r.

Dodatkowo, Izba zalicza w poczet materiału dowodowego korespondencje Odwołującego z Zamawiającym – pisma z 31.07.2017 r., 01.08.2017 r. – odpowiedź Zamawiającego z 01.08.2017 r. Podobnie wniosek o wgląd z 17.08.2017 r. i udostępnienie wyjaśnień BUS TOUR złożonych na wezwanie w zakresie ceny rażąco niskiej (18.08.2017 r.).

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego również:

- 1) informacje z otwarcia ofert i rozstrzygnięcia przetargu w sąsiedniej gminie Chmielnik – załączone do odwołania;
- 2) SIWZ z postępowania w Gminie Chmielnik – złożona na rozprawie;
- 3) kopię umowy z 31.01.2013 r. wraz z aneksami – na dofinansowanie – złożona na rozprawie;
- 4) dokumenty, które uzyskał od obecnego Zamawiającego w trybie dostępu do informacji publicznej odnośnie postępowania prowadzonego w roku ubiegłym – złożona na rozprawie;
- 5) zaświadczenia potwierdzające prawo korzystania z przystanków autobusowych – złożona na rozprawie.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, a nadto stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanych na posiedzeniu i rozprawie zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującej z powodu uznania iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zupełnie pomijając fakt, że Odwołująca złożyła stosowne wyjaśnienia oraz dowody

w rozumieniu art. 90 ust. 3 Pzp adekwatne do złożonego przez Zamawiającego treści wezwania (pismo z 24.07.2017 r.) zobowiązującego Odwołującego do złożenia wyjaśnień,

2) art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 i ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez naruszenie zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu a polegających w pierwszej kolejności na zbyt ogólnym, blankietowym zobowiązaniu wszystkich wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny a następnie na niewłaściwej, arbitralnej ocenie tak złożonych wyjaśnień, co w konsekwencji doprowadziło do bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego gdzie Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny są wyjaśnieniami niewystarczającymi, udzielonymi formalnie, bez merytorycznego odniesienia się do treści tych wyjaśnień, podczas gdy złożone przez BUS TOUR wyjaśnienia co do formy oraz merytorycznej treści niczym tak naprawdę nie różnią się od wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, co więcej opierają się na tym samym kluczowym argumentie tj. skorzystaniu z pomocy publicznej na realizację przedmiotowej usługi (dopłacie do biletów ulgowych na podstawie zawartej umowy z Samorządem Województwa Świętokrzyskiego),

3) art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wadliwe dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej BUS TOUR, podczas gdy w świetle stawianych kryteriów oceny ofert najkorzystniejszą ofertą jest oferta Odwołującego, która została bezpodstawnie odrzucona i pominięta,

4) art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 11 ust. 3 Pzp poprzez ich niewłaściwe zastosowanie w sprawie, zbyt ogólne, zdawkowe i niejasne dokonanie uzasadnienia faktycznego oraz prawnego decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, powodach jej odrzucenia, w tym zakresie jedynie enigmatycznie podnosząc, że Odwołujący w *“sposób nienależyty odniósł się do treści wezwania w myśl art. 90 ust. 1 Pzp oraz do elementów cenotwórczych”* (w ogóle nie precyzując jakie elementy cenotwórcze Zamawiający miał na myśli), wskazując dodatkowo, że odpowiedź została udzielona formalnie, przez co Odwołujący tak naprawdę nie jest w stanie poznać i ocenić motywów jakimi kierował się Zamawiający podejmując tak dotkliwą dla Odwołującego decyzję o odrzuceniu jego oferty i pozbawiać go tym samym możliwości zdobycia przedmiotowego zamówienia publicznego.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania i przytoczonych tam pism, tj. korespondencji między Odwołującym oraz Zamawiającym. Izba odniesie się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywania kolejnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutu pierwszego oraz drugiego. Izba uznała w/w zarzuty za podlegające oddaleniu.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, iż wezwanie z 24.07.2017 r. ma charakter blankietowy, a ściślej nie wskazuje czego oczekiwał Zamawiający. W tym kontekście konieczne jest przywołanie przedostatniego akapitu, który wprost stwierdza: „*złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny w zakresie opisanym w art. 90 ust.1 (...)*”. Jednoznacznie więc wynika, że Zamawiający oczekiwał szczegółowego wyliczenia ceny, czyli kalkulacji. Odwołujący w ramach terminu wyznaczonego w wezwaniu przedstawił wyjaśnienia, lecz bez takich dowodów dotyczących wyliczenia ceny, czyli kalkulacji. Taką wyczerpującą kalkulację przedstawił natomiast Wykonawca wybrany. Tego rodzaju kalkulacja ma charakter dowodu wewnętrznego, który ma charakter wystarczający, gdy na cenę składają się przed wszystkim elementy, o których wartości decyduje głównie Wykonawca (za wyrokiem KIO z 17.07.2015 r., sygn. akt: KIO 1410/15, czy też wyrok KIO 05.05.2016 r., sygn. akt: KIO 598/16). Nadto, wyjaśnienia wbrew tezom Odwołującego z odwołania i rozprawy nie miały załączonych aktualnych rozkładów jazdy, czy też cenników (te ostatnie dopiero przy dodatkowych samodzielnych wyjaśnieniach bez wezwania – 10.08.2017 r.).

Należy uznać, że późniejsze działanie Odwołującego potwierdza, iż Odwołujący na przełomie VII/VIII 2017 r. zorientował się (korespondencje Odwołującego z Zamawiającym – pisma z 31.07.2017 r., 01.08.2017 r. – odpowiedź Zamawiającego z 01.08.2017 r.), że jego wyjaśnienia mogą być uznane za niedostateczne i nieadekwatne do wezwania i dostał 10.08.2017 r. dodatkowe - ściśle korespondujące z wezwaniem. Izba uznała je za bezprzedmiotowe, gdyż uczynił to Odwołujący samodzielnie, poza wyznaczonym terminem. Ich uznanie przez Zamawiającego skutkowałoby niewątpliwie adekwatnym odwołaniem tego podmiotu, który w pierwotnym terminie złożył oczekiwaną kalkulację. Odwołujący zapoznał się z ich treścią (wbrew temu co mogłoby wynikać z odwołania), gdyż zgodnie z dokumentacją zostały one udostępnione za zgodą autora Odwołującemu do wglądu w dniu 18.08.2017 r. (czyli przed wniesieniem odwołania). W konsekwencji wniosek w zakresie ich odtajnienia zawarty w odwołaniu, podtrzymany na rozprawie, Izba uznała za bezprzedmiotowy i nie przychyliła się do niego.

W ocenie Izby, Zamawiający w sposób konsekwentny zgodnie z art. 7 Pzp potraktował wszystkich wykonawców, których wezwał do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco

niskiej. Gdyby wystosował dodatkowe wezwanie, jak oczekiwał tego w odwołaniu Odwołujący, winien to równie dobrze uczynić wobec trzech wykonawców. Przy czym, odbyłoby się to kosztem podmiotu, który uczynił zadość wezwaniu w wymaganym pierwotnym terminie (do 28.07.2017 r.).

Względem ponownego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaferowanej ceny. Wezwanie takie byłoby możliwe w sytuacji, gdyby wykonawca złożył rzetelne i wyczerpujące wyjaśnienia, odpowiadające wystosowanemu wezwaniu, a koniecznym byłoby wyjaśnienie kwestii, o które Zamawiający nie zapytał. W rozpoznawanym przypadku z taką sytuacją nie mieliśmy do czynienia. Wezwanie Zamawiającego wskazywało na kwestie wymagające wyjaśnienia, do których Odwołujący nie odniósł się w terminie. Brak złożenia oczekiwanego wyliczenia ceny, kalkulacji. Jak wskazała KIO w wyroku z 25.04.2014 r., sygn. akt: KIO 725/14: *„(...) prowadzona procedura wyjaśnień nie może usprawiedliwiać uchylania się przez wykonawcę od złożenia rzetelnych wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Brak rzetelności w składanych wyjaśnieniach nie może uzasadniać kolejnych wezwań kierowanych do wykonawcy”.* W przedmiotowym stanie faktycznym Izba nie dopuszcza możliwości nakazania ponownego wezwania o wyjaśnienia - tzn. dopytywania (doprecyzowania), gdyż byłoby to ponad to co zostało faktycznie złożone przez Odwołującego. Izba oparła swoje stanowisko w dużej mierze na wyroku KIO z 14.06.2016 r., sygn. akt: KIO 962/16, czy też w wyroku KIO z 06.09.2016 r., sygn. akt: KIO 1598/16, jak i w wyroku KIO z 24.08.2017 r., sygn. akt: KIO 1637, sygn. akt: KIO 1673/17.

Odnosząc się do złożonych przez Odwołującego na rozprawie dowodów, Izba wskazuje, że dowody te winny być złożone Zamawiającemu, w związku z wystosowanym przez niego wezwaniem z 24.07.2017 r., nie zaś dopiero w postępowaniu odwoławczym przed Izbą (dotyczy też dowodu z odwołania). W tym zakresie Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku SO w Poznaniu z 21.05.2008 r., sygn. akt: X Ga 127/08, gdzie wskazano, że: *„Przedstawienie w skardze wniosków dowodowych dla wykazania tej okoliczności w postaci zeznań świadków zestawienia wykonywanych umów na tym etapie postępowania jest niedopuszczalne, ponieważ ich uwzględnienie prowadziłyby do niczym nie uzasadnionego przedłużenia (...) terminu udzielonego do przedstawienia wyjaśnień. Z tego powodu wnioski dowodowe zamawiającego nie zostały dopuszczone, gdyż odmienna decyzja prowadziłyby do naruszenia art. 90 ust. 3 pzp, z którego wynika obowiązek udzielenia wyjaśnień w określonym terminie, a zachowanie terminu obarczone jest rygorem odrzucenia oferty. Konwalidacja, uzupełnianie wyjaśnień przez (...) na obecnym etapie postępowania stałoby także w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji.”* *„Wobec wykształconej w orzecznictwie zasady odrzucania ofert wykonawców, którzy złożyli niepełne*

albo niedostateczne wyjaśnienia w trybie art.90 ust. 1 pzp powtórne umożliwianie jednemu z wykonawców dokonywania tej czynności z pewnością naruszyłoby zasadę uczciwej konkurencji” oraz w wyroku SO Warszawa-Praga w Warszawie z 09.04.2010 r., sygn. akt: IV Ca 1299/09, zgodnie z którym: „złożenie przez skarżącego dodatkowych wyjaśnień i przedstawienie nowych argumentów (w celu prawidłowości wyliczenia wskazanej w ofercie ceny) dopiero na rozprawie przed KIO było spóźnione i nie mogło być wzięte pod uwagę ani przez Izbę, ani tym bardziej przez Sąd Okręgowy. Definicja „określonego terminu” na złożenie wyjaśnień Zamawiającemu (art. 90 ust.1 ustawy Pzp) oznacza, że informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane Zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego (celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego przyjęcia oferty lub jej odrzucenia), a nie w toku postępowania odwoławczego lub skargowego. Z powołanego przez skarżącego przepisu art. 188 ust.1 ustawy Pzp wynika wprawdzie, że „dowody na poparcie swych twierdzeń strony mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy”, jednak odnosząc ten przepis do sprawy niniejszej oznacza to dowodzenie, że wykonawca złożył na żądanie Zamawiającego wyjaśnienia w trybie art. 90 ustawy i jaka była ich treść, a nie uzupełnianie wyjaśnień po uznaniu, że nie są one wystarczające i nakazują odrzucenie oferty.”.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu czwartego. Izba uznała w/w zarzut za chybiony. W tym zakresie, uznać należy, że informacja Zamawiającego co do podstaw faktycznych odrzucenia z 16.08.2017 r. - „do elementów cenotwórczych” w kontekście wezwania z 24.07.2017 r. do złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny jest adekwatna i wystarczająca. Tym bardziej, że Odwołujący doskonale wiedział co było przyczyną odrzucenia jego oferty, znał treść składanych przez siebie pism oraz samego wezwania, jak i całej korespondencji z Zamawiającym. Nadto, brak złożenia generalnie kalkulacji czynił wskazywanie jednostkowych elementów cenotwórczych w uzasadnieniu faktycznym bezprzedmiotowym. Odwołujący nie miał także żadnych problemów ze sformułowaniem rzeczowego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu trzeciego. Został ten zarzut również oddalony, z uwagi na oddalenie wskazanych wyżej zarzutów, jak konsekwencje powyższego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz § 5 ust. 4 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 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47).

Przewodniczący:

.....