

WYROK

z dnia 18 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 listopada 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2019 r. przez Wykonawcę **SKROMAK Sp. z o.o. (ul. Górczewska 80 lok. 18, 01-401 Warszawa)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Śródmieście m.st. Warszawy (ul. Szwoleżerów 5, 00-464 Warszawa)**

przy udziale Wykonawcy **B. K., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą TRANS-KAM 2 B. K. z siedzibą w Warszawie (ul. Barcelońska 1 lok. 1, 02-762 Warszawa)** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy B. K., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą TRANS-KAM 2 B. K. w części nr 3, 4, 5, 6 zamówienia oraz dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert, w tym dokonanie czynności wezwania Wykonawcy B. K., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą TRANS-KAM 2 B. K. do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny w części nr 3 zamówienia oraz odrzucenia oferty tego Wykonawcy w części nr 4, 5, 6 zamówienia,
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Śródmieście m.st. Warszawy (ul. Szwoleżerów 5, 00-464 Warszawa)** i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **SKROMAK Sp. z o.o. (ul. Górczewska 80 lok. 18, 01-401 Warszawa)** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego **Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Śródmieście m.st. Warszawy (ul. Szwoleżerów 5, 00-464 Warszawa)** na rzecz Odwołującego **SKROMAK Sp. z o.o. (ul. Górczewska 80 lok. 18, 01-401**

Warszawa) kwotę **18634 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset trzydzieści cztery złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz.1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest sprzątanie nieruchomości stanowiących 100% własności m. st. Warszawy administrowanych przez Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Śródmieście ADK1+6.

Odwołujący Skromak sp. z o.o. wniósł odwołanie od czynności podjętych przez Zamawiającego polegających na udzieleniu zamówienia publicznego Wykonawcy – B. K. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą TRANS-KAM 2 na wykonanie usługi sprzątania nieruchomości stanowiących 100% własności m. st. Warszawy administrowanych przez Zamawiającego, w zakresie dotyczącym części 3,4,5,6 przetargu, w tym zaniechaniu zwrócenia się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w zakresie części 3 zamówienia, zaniechanie zwrócenia się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w zakresie części 4, 5, 6, gdy złożone wyjaśnienia są lakoniczne, wewnętrznie sprzeczne, zawierają błędy rachunkowe, a ponadto nie zostały poparte stosownymi dokumentami.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 p.z.p. poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zasad uczciwej konkurencji, naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. poprzez jego niezastosowanie, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty zawierającej rażąco niską cenę, naruszenie art. 90 ust. 1 p.z.p. poprzez zaniechanie zwrócenia się do Wykonawcy – B. K. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą TRANS-KAM 2 o udzielenie wyjaśnień w sytuacji gdy cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie części 3 przetargu, a także niezwrócenie się do ww. Wykonawcy o złożenie dalszych wyjaśnień, w sytuacji gdy przedstawione wyjaśnienia są lakoniczne, wewnętrznie sprzeczne oraz zawierają błędy rachunkowe, naruszenie art. 90 ust. 3 p.z.p. poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji nieodrzućenie oferty dotyczącej części 4,5,6 przetargu, mimo że przedłożone przez Wykonawcę wyjaśnienia nie czyniły zadość wymogowi udowodnienia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez jego niezastosowanie, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy – B. K. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą TRANS-KAM 2 w zakresie dotyczącym części 3, 4, 5, 6 przetargu, odrzucenie oferty ww. Wykonawcy w zakresie części 3, 4, 5 i 6, dokonanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego na wykonanie usługi w części 3, 4, 5 i

6 zamówienia, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania. Ewentualnie Odwołujący wniósł o ponowienie czynności badania i oceny ofert na część 3, 4, 5 i 6.

Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na 6 części. Wykonawca B. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą TRANS-KAM 2 przedstawiła najniższe ceny na następujące części zamówienia - część 3, 4, 5 i 6. Ostateczna wartość oferowanego wynagrodzenia została ustalona po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej. Wynagrodzenie w zakresie ww. części wynosiło odpowiednio:

- w zakresie części 3 zamówienia - 958.355,24 zł
- w zakresie części 4 zamówienia - 1.139.994,58 zł
- w zakresie części 5 zamówienia - 931.445,44 zł
- w zakresie części 6 zamówienia - 1.148.898,07 zł

Zamawiający wezwał Wykonawcę B. K. do złożenia wyjaśnień dotyczących części 4, 5 i 6 przetargu. Wykonawca złożył wyjaśnienia dotyczące części 4, 5 i 6 zamówienia wskazując, że ok 70 % wartości kwoty wskazanej w ofercie stanowić będzie wynagrodzenie pracowników. Zdaniem Odwołującego, wyjaśnienia poza lakonicznym charakterem, nie obejmowały całości okresu objętego zamówieniem - nie podane zostało wynagrodzenia za dwa miesiące 2019 r.

Ponadto Odwołujący wskazał, że zgodnie z przyjętymi zasadami ustalenia kosztów pracowniczych, kwoty oferowane przez Wykonawców powinny być przedstawiane w wartościach netto. Natomiast kwoty przyjmowane przez Wykonawcę są cenami brutto. Jest to ustalenie nieprawidłowe, gdyż wartość podatku nie stanowi kosztów, a jest jedynie daniną publiczną. Natomiast przedstawiona tabela kalkulacji poszczególnych kosztów zamówienia została sporządzona na kwotę brutto zawierającą należny podatek VAT, który nie został uwzględniony w tej kalkulacji, a koszt wykonania zamówienia wraz z zyskiem i wszystkimi dodatkowymi kosztami powinien zawierać się w kwocie oferty netto.

W celu prawidłowego porównania ofert składanych przez poszczególnych Wykonawców, elementem koniecznym jest szczegółowe zbadanie stosowanej przez Wykonawcę stawki podatku VAT. W przeciwnym razie porównanie zaoferowanych kwot, stanowić będzie naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał także, że w pierwszym z pism Wykonawca przewidział kwotę wynagrodzenia za część 4 zamówienia 1.140.000 zł brutto, przy czym dokonując wyliczenia nie uwzględnił kosztów za dwa miesiące 2019 r. Po zwróceniu uwagi przez Zamawiającego na powyższe uchybienie, Wykonawca zaktualizował swoje wyliczenia obejmując nimi rok 2019. Mimo wzrostu kosztów o kwotę wynikających z uwzględnienia 2 miesięcy 2019 r.,

łączna suma kosztów pracowniczych za cały okres trwania umowy nie uległa zmianie. Wykonawca przedstawiając stosowne wyliczenia nie uwzględnił w nich kosztów urlopów pracowniczych czy też ewentualnych kosztów wypłaty ekwiwalentów urlopowych, co również doprowadziło do zaniżenia wartości zamówienia.

Odwołujący wskazał także na rozbieżności wynikające z cen jednostkowych za poszczególne usługi oferowane przez Wykonawcę. W ramach identycznej usługi zastosowane zostały 3 różne stawki, co wynika z zestawienia cen jednostkowych dla usługi mycia znaków dla części 4, 5 i 6 zamówienia. W przypadku formularza cenowego dla części przetargowej nr 4 cena jednostkowa wyniosła 1,5 zł, dla części przetargowej nr 5 - 3 zł, zaś dla części przetargowej nr 6 - 5 zł. Wskazane rozbieżności wskazują, że ceny przedstawiane przez Wykonawcę oderwane zostały od realiów rynkowych i w całości podporządkowane wyliczeniom matematycznym pozwalającym na zaoferowanie najniższej ceny.

Odwołujący podniósł także argument, że cena jednostkowa usługi umycia 1m² okien w części 4 przetargu wyceniona została na kwotę 0,19 zł, co oznacza, że koszt umycia 100 m² okien (około 40 okien) wynosi zaledwie 19 zł. Biorąc pod uwagę minimalną stawkę godzinową wynagrodzenia oraz możliwości przerobowe jednego pracownika, należy uznać, że jeden pracownik nie jest stanie w ciągu godziny umyć 40 okien, a taka ilość jest konieczna dla wypracowania zysku pozwalającego na wypłatę choćby minimalnego wynagrodzenia.

Na praktykę polegającą na rażącym zaniżaniu cen, zdaniem Odwołującego może wskazywać fakt, że w przypadku postępowania dotyczącego części 2 zamówienia oferta Wykonawcy została odrzucona z przyczyn dotyczących rażącego zaniżenia ceny.

Zdaniem Odwołującego, wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę B. K. nie spełniały powyższych wymogów, a zatem w świetle regulacji art. 90 ust. 3 p.z.p. oferty podlegały odrzuceniu.

Odwołujący zwrócił także uwagę, że w części 4, 5 i 6 przetargu Zamawiający skorzystał z procedury przewidzianej w art. 90 ust. 1 p.z.p. W części 3 Zamawiający zaniechał wyjaśnienia zaoferowanej ceny, mimo że oferta cechowała się rażącym zaniżeniem ceny, a wyliczenia przedstawione w tym zakresie nie odpowiadały rynkowym realiom. W ocenie Odwołującego doszło do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji.

W ocenie Odwołującego ceny zaproponowane przez Wykonawcę B. K. dotyczące części 3, 4, 5 i 6 przetargu, są cenami nierealnymi, odbiegającymi od standardów rynkowych, a przez to uniemożliwiającymi wykonanie zamówienia zgodnie z SIWZ, w związku z czym oferty złożone na ww. części postępowania powinny zostać odrzucone. Odwołujący zaznaczył, że działania polegające na oferowaniu cen usług poniżej kosztów ich świadczenia stanowi

przejaw czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i również z tego względu oferty powinny zostać odrzucone.

Izba zważyła co następuje:

Zgodnie z artykułem 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w trakcie rozprawy wyjaśnił, że Przystępujący realizuje dotychczas na rzecz Zamawiającego usługę opisaną w części 6 zamówienia. Zamawiający jako dowód przedstawił zestawienie tabelaryczne realizacji usługi przez Przystępującego za okres ostatnich 36 miesięcy wraz z fakturami. Cena brutto wyniosła 955.872,90 zł. Dodatkowo Zamawiający wskazał, że Przystępujący wystawił 11 faktur na łączną kwotę 3.131,05 zł za prace dodatkowe w postaci mycia podłóg, sprzątnia pustostanów itp. Zdaniem Zamawiającego powyższy dowód wskazuje na okoliczność, że usługa może zostać wykonana za kwotę wskazaną powyżej, a zatem kwota zaoferowana przez Przystępującego za zrealizowanie usługi za kwotę wyższą w tej części zamówienia, to znaczy za kwotę 1.148.898,07 złotych, nie jest ceną rażąco niską i jest możliwe wykonanie tej usługi za tę kwotę. Należy wskazać, że Zamawiający część nr 6 zamówienia oszacował na kwotę o ponad 30% wyższą, a nadto na realizację zamówienia przeznaczył kwotę 1.653.580,13 zł. Oznacza to, że nawet w ocenie Zamawiającego wartość tego zamówienia znacząco przewyższa kwotę zaoferowaną przez Przystępującego. Należy bowiem przyjąć, że Zamawiający szacuje wartość zamówienia z należytą starannością. Zamawiający w trakcie rozprawy nie wykazywał i nie dowodził, aby nie oszacował wartości zamówienia z należytą starannością.

Ogólne stwierdzenie Zamawiającego, że kwota określona przez Przystępującego jest ceną, za jaką Przystępujący zrealizuje zamówienie, nie zostało poparte przez Zamawiającego żadnym dowodem i jako takie jest niewiarygodne. Po pierwsze, to obowiązkiem Wykonawcy było udowodnić, że przyjęte przez niego założenia i wysokość ceny dają gwarancję, że za zaoferowaną cenę zrealizuje zamówienie. Zgodnie bowiem z artykułem 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Ponadto ogólne porównywanie przez Zamawiającego kwoty dotychczas realizowanego zamówienia z ceną zamówienia zaoferowaną przez Wykonawcę (zamówienia, które dopiero będzie realizowane) i na tej podstawie wyciąganie jedynie ogólnych wniosków co do realności zaoferowanej ceny jest niewystarczające. Jest to wniosek ogólny. Zamawiający nie może za wykonawcę ocenić możliwości jego przedsiębiorstwa. Twierdzenie Zamawiającego stanowi porównanie

zamówienia realizowanego w przeszłości i nie uwzględnia nadchodzących ewentualnych zmian i wydatków. Tym samym Zamawiający nie wykazał, aby istniały pewne podstawy do stwierdzenia, że zamówienie może zostać zrealizowane za kwotę zaoferowaną przez Przystępującego. Zamawiający nie wskazał także żadnych dowodów w zakresie pozostałych części zamówienia.

Odwołujący w treści odwołania podniósł argument, że Przystępujący przedstawiając wyliczenia nie uwzględnił w nich kosztów urlopów pracowniczych czy też ewentualnych kosztów wypłaty ekwiwalentów za niewykorzystane urlopy, co również doprowadziło do zaniżenia wartości zamówienia.

Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie wskazywał, że koszty związane z urlopami pracowników zostaną pokryte z marży Przystępującego. Przede wszystkim jednak takie stanowisko nie wypływało z twierdzeń Przystępującego. W zakresie urlopów i ekwiwalentów za niewykorzystane urlopy Przystępujący w ogóle nie wypowiedział się, nie zaprzeczył twierdzeniu Odwołującego - także w trakcie rozprawy. Ponownie należy podkreślić, że to Wykonawca dokonuje kalkulacji ceny i to na nim spoczywa obowiązek wykazania, że cena zaoferowana przez niego nie jest rażąco niska.

Zamawiający natomiast wskazując, że wydatki na ewentualne ekwiwalenty za niewykorzystane urlopy zostaną pokryte z marży, pośrednio przyznał, że wykonawca w kalkulacji nie ujął takich kosztów. Stanowisko Zamawiającego, że kwota urlopów zostanie pokryta z marży Przystępującego jest niewiarygodne. Przystępujący wcale nigdzie nie stwierdził i nie poparł twierdzenia Zamawiającego, że ewentualne wydatki związane z urlopem pracowników zostaną pokryte z marży. Dodatkowo należy zauważyć, że marża jest czym innym niż wartość urlopów i ekwiwalentów za urlop. Z powyższego wynika, że Przystępujący nie dokonał kalkulacji uwzględniającej wydatki związane z urlopami pracowniczymi, a nadto nie jest tak, że zostaną one pokryte z przewidzianej przez Przystępującego marży. Oznacza to, że Przystępujący nie zaoferował ceny za realizację zamówienia, która będzie uwzględniała wszystkie okoliczności związane z realizacją zamówienia.

Nie można także uznać za wiarygodne twierdzeń Zamawiającego, w których przyznał, że mycie okien, czy mycie znaków drogowych stanowi marginalną część zamówienia. Rolą Zamawiającego było kompleksowe zbadanie i ocena wyjaśnień i kalkulacji wykonawcy. Wszelkie wątpliwości w tym zakresie, a za takie należy uznać kwoty zaoferowane przez Przystępującego za mycie okien - w wysokości zaledwie 0,19 groszy za 1 m² - powinny zostać wyjaśnione. Nie stanowi wiarygodnego wyjaśnienia ogólne twierdzenie Zamawiającego, o marginalności tej części zamówienia. Podkreślić należy, że Przystępujący

nie złożył żadnych wyjaśnień w tym zakresie i w trakcie rozprawy nie zakwestionował zarzutu Odwołującego w tym zakresie.

Ogólne odpowiedzi Zamawiającego, w sytuacji, gdy obowiązkiem Zamawiającego było zbadanie realności zaoferowanej ceny, przy jednoczesnym braku oświadczeń Przystępującego, jedynie potwierdzają prawidłowość zarzutów Odwołującego, że wyjaśnienia, a w zasadzie ich brak wskazują, że cena zaoferowana przez Przystępującego nie została należycie skalkulowana, przez co jest ceną rażąco niską.

Należy także zauważyć, że złożone przez Przystępującego kalkulacje różnią się od siebie, w zależności od tego, kiedy były złożone. Cena powinna być obliczona w sposób prawidłowy i uwzględniający wszystkie okoliczności już w chwili złożenia oferty przez wykonawcę. Przystępujący dwukrotnie przedstawiał wyjaśnienia w tym zakresie. Pierwotnie Przystępujący przedstawił wyjaśnienia, które nie uwzględniały wydatków w 2019 roku, co potwierdza nierzetelność kalkulacji i budzi wątpliwość co do rzeczywistych możliwości zrealizowania zamówienia za wskazaną cenę. Kolejne wyjaśnienia uwzględniały rok 2019, jednak pomniejszone zostały dotychczasowe kwoty, co do których wskazywano, że mogą być niewiarygodne i niewystarczające na zrealizowanie zamówienia.

Izba miała na uwadze także okoliczność, że Przystępujący oraz Zamawiający nie odnieśli się do twierdzeń Odwołującego o nieprawidłowej kalkulacji podatku VAT, tj. braku możliwości uiszczenia należności z tytułu podatku w przypadku wynagrodzeń wypłaconych pracownikom.

Co istotne, Przystępujący nie wypowiedział się w trakcie rozprawy co do postawionych przez Odwołującego zarzutów. W żaden sposób nie odniósł się do przedstawionych przez Odwołującego twierdzeń, nie zakwestionował argumentów podnoszonych przez Odwołującego.

W argumentacji podniesionej w trakcie rozprawy wskazał jedynie, że „czym innym jest czynność wyboru oferty, a czym innym udzielenia zamówienia. Odwołanie zostało wniesione od czynności udzielenia zamówienia, a Zamawiający nie udzielił dotychczas zamówienia, nie został objęty czynnością zaskarżoną zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego”. Twierdzenia Przystępującego są bezzasadne. Okoliczność, że w petitum odwołania zakwestionowano czynność udzielenia przez Zamawiającego zamówienia, nie zaś wyboru oferty najkorzystniejszej pozostaje bez znaczenia dla niniejszego rozstrzygnięcia. Podstawą rozstrzygnięcia Izby jest rozpoznanie zarzutów podniesionych w odwołaniu. Zarzut jest to wskazanie podstawy prawnej wraz z przytoczeniem okoliczności faktycznych, które uzasadniają naruszenie wskazanego przepisu prawa. Uszło uwadze Przystępującego, że w petitum odwołania Odwołujący przedstawił zarzuty, w tym wskazał na czynności Zamawiającego, których Zamawiający zaniechał: brak wezwania Przystępującego do

wyjaśnień w części 3 zamówienia, brak odrzucenia oferty Przystępującego w zakresie części 4, 5, 6 z uwagi na wyjaśnienia, które nie potwierdzały, aby było możliwe zrealizowanie zamówienia za wskazaną w ofercie cenę. Nadto z treści uzasadnienia odwołania wynikają szczegóły zaskarżenia. Ze zrozumieniem zarzutów, wskazaniem zakresu zaskarżenia nie miał także problemów Zamawiający. Zarówno w treści odpowiedzi na odwołanie, jak i w trakcie rozprawy odniósł się do przedstawionych w treści odwołania zarzutów. Bez znaczenia pozostają także twierdzenia Przystępującego co do żądań sformułowanych przez Odwołującego. Podstawą rozpoznania Izby są zarzuty stawiane Zamawiającemu, prawidłowość dokonanych przez Zamawiającego czynności w postępowaniu. Izba nie jest związana samymi żądaniami. Ponadto, gdy Odwołujący w treści żądania zawarł ponowienie czynności badania i oceny ofert przez Zamawiającego oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego, to oczywistym jest, że uprzednio Zamawiający powinien dokonać czynności odrzucenia oferty Przystępującego lub wykluczenia go z postępowania.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie pozostaje także argumentacja podniesiona w trakcie rozprawy przez Zamawiającego, zgodnie z którą Zamawiający nie dysponuje środkami, które pozwolą mu na udzielenie zamówienia Odwołującemu. Wskazywane przez Zamawiającego okoliczności nie są przedmiotem zarzutu i nie mają żadnej wartości dowodowej dla oceny prawidłowości czynności Zamawiającego polegającej na ocenie wyjaśnień złożonych przez Przystępującego. Dotyczą one ewentualnej sytuacji przyszłej i nie mają związku z niniejszym postępowaniem odwoławczym.

W świetle powyższego za zasadny należało uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego artykułu 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieodrzućenie oferty Przystępującego w części 4, 5, 6 pomimo, że przedłożone przez tego Wykonawcę wyjaśnienia nie czyniły zadość wymogowi udowodnienia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Odwołujący postawił zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie zwrócenia się do Przystępującego o udzielenie wyjaśnień w sytuacji, gdy cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, w zakresie części 3 przetargu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie tego zarzutu. W argumentacji wskazał, że nie wziął pod uwagę średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, ponieważ jeden wykonawca złożył ofertę ponad dwukrotnie wyższą od wyceny inwestorskiej; Odwołujący złożył ofertę o ok. 1.600 zł wyższą od wybranego wykonawcy; Odwołujący obniżył cenę swojej oferty w toku aukcji elektronicznej o prawie połowę w stosunku do pierwotnej oferty. Nadto Zamawiający zwrócił uwagę, że w każdym przypadku Zamawiający powinien indywidualnie dokonać oceny, czy określona okoliczność, w stanie

faktycznym konkretnego postępowania, skutkuje powstaniem podejrzenia rażąco niskiej ceny. Zamawiający zwrócił także uwagę, że nie ma obowiązku żądać wyjaśnień od wykonawcy, jeżeli wskazane rozbieżności wynikają z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Dalej Zamawiający wskazał, że: „Oczywistość takich okoliczności oznacza, że wiadomość o nich rozwiewa wszelkie wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Dzieje się tak np. wówczas gdy wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania została przeszacowana, tj. ustalona na znacząco wyższym poziomie, niż wynikałoby to z realiów rynkowych, a złożone w postępowaniu oferty potwierdzają tę sytuację.”

Zgodnie z artykułem 90 ust. 1a ppkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych, w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

W ocenie Izby Zamawiający nie wykazał, na czym polega oczywistość określona we wskazanym artykule. Z przytoczonego powyżej fragmentu odpowiedzi na odwołanie wynika, że oczywistości tej Zamawiający upatruje w przeszacowaniu przez Zamawiającego wartości zamówienia dokonanej przed jego wszczęciem. Jednak Zamawiający nie wykazał przeszacowania wartości tej części zamówienia, pomimo, że na tę okoliczność powołał się w treści odpowiedzi na odwołanie. Nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów. Oznacza to, że Zamawiający nie dowiódł istnienia jakichkolwiek oczywistych okoliczności, które mogłyby uzasadnić odstępnie od zbadania ceny zaoferowanej przez Przystępującego.

Ponadto sama okoliczność, że cena zaoferowana przez Odwołującego w tej części zamówienia była jedynie o 1.600 złotych wyższa od ceny zaoferowanej przez Przystępującego nie oznacza automatycznie, że Przystępujący prawidłowo skalkulował cenę. Tym bardziej, że wobec treści wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w innych częściach postępowania, zachodzą uzasadnione wątpliwości co do rzetelności i prawidłowości skalkulowanej przez Przystępującego ceny zamówienia w części nr 3. Istniejące nieścisłości wskazane w niniejszym postępowaniu pozwalają na przyjęcie, że Przystępujący nie oszacował kwoty zamówienia w sposób należyty. Ponadto Odwołujący wskazał, że w części nr 3 zamówienia zaoferował korzystniejszą cenę z uwagi na to, że posiada szczególne warunki, które pozwalają mu na obniżenie ceny, to jest zatrudnienie osób niepełnosprawnych. Z wiedzy Odwołującego wynika, że Przystępujący takich osób nie zatrudnia. Przystępujący nie zaprzeczył temu twierdzeniu. Tym samym nie jest wiadomo,

dlaczego Przystępujący zaoferował cenę znacznie niższą niż pozostali wykonawcy. W konsekwencji Izba uznała, że Zamawiający nie wykazał, aby zaistniały podstawy do rezygnacji z zastosowania wezwania do wyjaśnienia czynników dotyczących zaoferowanej przez Przystępującego ceny w części 3 zamówienia.

Za bezzasadny należy uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z artykułem 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący nie uzasadnił i nie wykazał żadnych przesłanek do odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie tego artykułu.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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 (t.j. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1).

Przewodniczący:

.....