

Sygn. akt: KIO 1555/18

WYROK

z dnia 27.08.2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Emil Kawa
Protokolant:	Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 sierpnia 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6.08.2018 r. przez wykonawcę **Cotel Sp. z o.o., ul. Kukuczki 5 lok. 17-18, 50-570 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Tauron Sprzedaż Sp. z o.o. i Tauron Sprzedaż GZE Sp. z o.o., ul. Łagiewnicka 60, 30-417 Kraków.**

przy udziale:

wykonawcy **Gallup Arteria Management Sp. z o.o. Sp.k., ul. Stawki 2A, 00-193 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności zaproszenia wykonawców do zawarcia umowy ramowej oraz dokonanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,

2. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczoną przez odwołującego Cotel Sp. z o.o., ul. Kukuczki 5 lok. 17-18, 50-570 Wrocław tytułem wpisu od odwołania i:

2.1. zasądza od zamawiającego Tauron Sprzedaż Sp. z o.o. i Tauron Sprzedaż GZE Sp. z o.o., ul. Łagiewnicka 60, 30-417 Kraków na rzecz odwołującego kwotę 18 600,00 (osiemnaście tysięcy sześćset) złotych tytułem zwrotu kwoty uiszczzonego wpisu i kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Tauron Sprzedaż Sp. z o.o. ul. Łagiewnicka, 30-417 Kraków oraz Tauron Sprzedaż GZE Sp. z o.o. 44-100 Gliwice Barlickiego 2, dalej zwani „Zamawiającym”, prowadzą postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „*zawarcie umów ramowych na świadczenie w imieniu i na rzecz TAURON Sprzedaż sp. z o.o. i TAURON Sprzedaż GZE sp. z o.o. usług pośrednictwa sprzedaży produktów lub usług Zamawiającego za pomocą centrum telefonicznego i realizowanych przy wykorzystaniu systemu CC Zamawiającego i/lub Wykonawcy*”.

Zamawiający w wyniku oceny ofert dokonał zaproszenia czterech wykonawców do zawarcia umowy ramowej, spośród których zostanie w dalszym postępowaniu wybrany wykonawca do realizacji zamówienia. Równocześnie Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty wykonawcy COTEL sp. z o.o. ul. Kukuczki 5 lok. 17-18, 50-570 Wrocław, zwanego dalej „Odwołującym”, z powodu uznania rażąco niskiej ceny złożonej oferty, który to wykonawca wniósł od takiej czynności Zamawiającego odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 90 ust. 3 oraz art. 92 ust.1 Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, a w konsekwencji zaniechanie uznania jego oferty za jedną z czterech najkorzystniejszych, w tym dowolne ustalenie, że cena oferty Odwołującego jest rażąco niska.

Z ostrożności wskazał także na dowolne ustalenie, że cena jednostkowa sprzedaży produktu prąd (wraz z usługą) w Kampanii sprzedażowej w procesie zawierania umów przez telefon oraz poza siedzibą sprzedawcy stanowi istotną część składową ceny całej oferty. Podnosząc powyższe wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru ofert najkorzystniejszych, w tym unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert .

Uzasadniając podniesione zarzuty podał, że Zamawiający pismem z dnia 25.07.2018 r. poinformował Odwołującego o wynikach postępowania w zakresie części pierwszej zamówienia na którą złożył Odwołujący ofertę, oraz o wykonawcach z którymi zostanie zawarta umowa ramowa. Ponadto, w treści ww. informacji Zamawiający wskazał, iż oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu tej decyzji Zamawiający stwierdził m.in., że:

- „Dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta na część 1 przedmiotu zamówienia zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”;

- „W niniejszej sprawie Wykonawca wskazał opierając się na danych z roku 2014, że koszty sprzedaży produktu zostaną pokryte w sytuacji zaistnienia zdarzenia przyszłego i niepewnego jakim jest sprzedaż min. 2 produktów prąd wraz z usługą w Kampanii

Sprzedazowej w ciągu jednej godziny pracy konsultanta. Zamawiający powtórnie zwrócił się do Wykonawcy o wyjaśnienia i przedłożenie aktualnych raportów sprzedaży celem rozwiania wątpliwości Zamawiającego co do aktualności ilości sukcesów sprzed 4 lat”;

- „Z przedstawionych raportów wynika, że w zakładanym przez Wykonawcę czasie możliwa jest sprzedaż na poziomie 1,82, co nie dowodzi min. 2 sprzedaży jaką wykazywał w pierwotnych wyjaśnieniach

- „W ocenie Zamawiającego przedłożone przez Wykonawcę wyjaśnienia na ponowne wezwanie różnią się od wyjaśnień poprzednich w zakresie sposobu kalkulowania ceny i nie usuwają wątpliwości w zakresie elementu oferty „cena sprzedaży 1 produktu prąd wraz z usługą w Kampanii Sprzedażowej” mającego wpływ na cenę. Przeciwnie Wykonawca przedstawił kalkulację, z której wynika, że łączny koszt bazowy jednej godziny pracy w jego przedsiębiorstwie wynosi ok. 25,45 zł brutto (t. 16,85 zł koszt konsultanta, 1,26 koszt rozmowy tel., 7,34 (5,97 zł netto) koszty działalności i ogólnego zarządu) co przekracza przy uwzględnieniu aktualnych raportów, zaoferowaną przez niego cenę 14,00 zł brutto”;

- „W związku z powyższym Zamawiający powziął uzasadnione wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia przez ww. Wykonawcę”.

Odwołujący, odnosząc się do podstawy odrzucenia wskazanej w art. 90 ust.3 Pzp podał, że w świetle tego przepisu podstawą odrzucenia oferty może być jedynie ustalenie zaistnienia jednej z dwóch okoliczności:

- wykonawca nie udzielił wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp lub
- dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Jak wynika ze stanowiska Zamawiającego nie twierdzi on, że Odwołujący nie udzielił wyjaśnień, jak również, że wyjaśnienia te były na tyle ogólne i lakoniczne, że należałoby sytuację tę zrównać z brakiem wyjaśnień. U podstaw odrzucenia oferty Odwołującego leży zatem ustalenie Zamawiającego, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami potwierdzają, że cena oferty jest rażąco niska. Odnosząc się do zawartych w informacji o odrzuceniu stanowisk ocennych podał, że brak jest stwierdzenia o rażąco niskiej cenie oferty, ale Zamawiający posługuje się określeniami typu „Zamawiający powziął uzasadnione wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia przez ww. Wykonawcę”. Stwierdzenie to zdaje się potwierdzać, że przywołane przez siebie okoliczności dotyczące wyceny dokonanej

przez Odwołującego, Zamawiający nie traktuje jako potwierdzające zaoferowanie rażąco niskiej ceny, ale jedynie jako rodzące jego wątpliwości dotyczące realności tej wyceny. Powyższe świadczy o braku zaistnienia przywołanej przez Zamawiającego podstawy prawnej odrzucenia oferty Odwołującego tj., iż możliwości uznania, że dokonana ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Podkreślił, że ustalenie zaoferowania przez niego rażąco niskiej ceny całej oferty, oparte zostało przez Zamawiającego wyłącznie na zakwestionowaniu jednej z czterech składowych tej ceny tj. „*ceny jednostkowej sprzedaży produktu prąd (wraz z usługą) w Kampanii sprzedażowej w procesie zawierania umów przez telefon oraz poza siedzibą sprzedawcy*”. Wyjaśnił, że pozostałe trzy składniki cenowe dotyczą: - ceny jednostkowej sprzedaży produktu prąd (wraz z usługą) w Kampanii Pozyskaniowej; ceny jednostkowej sprzedaży produktu gaz (wraz z usługą) w Kampanii Pozyskaniowej w procesie zawierania umów poza siedzibą sprzedawcy; ceny jednej roboczogodziny pracy konsultanta. Natomiast w uzasadnieniu informacji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego nie zostały sformułowane jakiegokolwiek uwagi w odniesieniu do cen zaoferowanych za pozostałe trzy usługi, objęte przedmiotem zamówienia. Wyłącznie w oparciu o zakwestionowanie wyceny jednej z części składowych Zamawiający przyjął *a priori*, iż cena całej oferty jest rażąco niska.

Okoliczność ta potwierdza zasadność zarzutu naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez dowolne ustalenie, że cena całej oferty Odwołującego jest rażąco niska.

Z uzasadnienia decyzji Zamawiającego w żaden sposób nie wynika na jakiej podstawie uznał on, że zaoferowanie ceny jednostkowej 14 zł brutto za wykonanie jednej z czterech usług składających się na przedmiot zamówienia oznacza, że cena całej oferty jest rażąco niska. Okoliczności tej, pomimo wynikającego z art. 92 ust. 1 ustawy Pzp obowiązku przedstawienia uzasadnienia decyzji o uznaniu oferty za rażąco niską, Zamawiający nawet nie uprawdopodobnił.

Podkreślił, że wezwanie skierowane do Odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp dotyczyło wyceny wszystkich usług składających się na przedmiot zamówienia, a zatem czterech cen jednostkowych. Skoro, jak wynika z uzasadnienia informacji o odrzuceniu oferty Zamawiającego, oparł ją wyłącznie na zakwestionowaniu wyceny jednej z tych usług, to należy zasadnie uznać, że przedstawione przez Odwołującego wyjaśnienia odnoszące się do pozostałych cen jednostkowych zostały przyjęte.

Odwołujący podniósł, iż jak wynika z przedstawionego przez Odwołującego stanu faktycznego wywód o zaoferowaniu przez niego rażąco niskiej ceny Zamawiający oparł na następujących ustaleniach:

- „Z przedstawionych raportów wynika, że w zakładanym przez Wykonawcę czasie możliwa jest sprzedaż na poziomie 1,82, co nie dowodzi min. 2 sprzedaży jaką wykazywał w pierwotnych wyjaśnieniach”;

- „Wykonawca przedstawił kalkulację, z której wynika, że łączny koszt bazowy jednej godziny pracy w jego przedsiębiorstwie wynosi ok. 25,45 zł brutto (t. 16,85 zł koszt konsultanta, 1,26 koszt rozmowy tel., 7,34 (5,97 zł netto) koszty działalności i ogólnego zarządu) co przekracza przy uwzględnieniu aktualnych raportów, zaoferowaną przez niego cenę 14,00 zł brutto”;

Odnosząc się do powyższych ustaleń Zamawiającego wskazał, że w sposób dowolny, wbrew treści złożonych przez Odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień, przyjął on założenie osiągnięcia przez Odwołującego średniej sprzedaży na poziomie 1,82 sprzedaży/1h (tzw. sukcesów), zamiast jak faktycznie wynika ze złożonych wyjaśnień min. 2 sprzedaży/1h. W treści swoich wyjaśnień z dnia 15.06.2018 r. Odwołujący w sposób wyraźny oparł swoją kalkulację oraz wyjaśnienia na założeniu osiągnięcia w toku realizacji zamówienia średniej 2 sprzedaży/1h. Jak wynika z pism Zamawiającego wiarygodność tego założenia w żaden sposób nie została przez niego zakwestionowana, a jedynie jak wynika z jego pisma z dnia 28.06.2018 r. poprosił on Odwołującego o uszczegółowienie wyjaśnień z dnia 15.06.2018r. poprzez przedstawienie raportów z kampanii sprzedażowej z ostatnich 12 miesięcy. Jak wynika z pisma Odwołującego z dnia 02.07.2018 r. przedstawiając Zamawiającemu dodatkowe raporty z poprzednich 12 miesięcy, gdzie jeden z raportów za okres od 01.08.2017 do 31.12.2017 r. wskazywał sprzedaż 1,82/1h, Odwołujący w żaden sposób nie wycofał się z przyjętego w piśmie z dnia 15.06.2018 r. dla kalkulacji ceny oferty założenia osiągnięcia w toku realizacji przedmiotowego zamówienia średniej sprzedaży na poziomie min. 2 sprzedaży/1h.

Przedstawienie dodatkowych obliczeń rentowności zamówienia opartych o raporty z okresu poprzednich 12 miesięcy miało wyłącznie na celu uczynienie zadość prośbie Zamawiającego w tym zakresie, w żaden sposób nie oznaczało ono natomiast wycofania się Odwołującego z poczynionego na użytek obliczenia ceny oferty założenia osiągnięcia w toku realizacji zamówienia wyników na poziomie min. 2 sprzedaży/1h. Te dodatkowe wyjaśnienia wręcz potwierdzały, że przyjęte w kalkulacji założenie uzyskania min. 2 sprzedaży/1h jest możliwe do osiągnięcia, skoro nawet w poszczególnych okresach uprzedniego roku faktyczna sprzedaż wynosiła: 1,88/1h w okresie od 01.08.2017 do 31.08.2017 r.; - 1,82/1h w okresie od 01.08.2017 do 31.12.2017 r.; tj. była bardzo zbliżona do przyjętego w ofercie założenia 2 sprzedaży/1h.

Podał dodatkowo, że uwzględniając nawet przypisane przez Zamawiającego koszty Odwołującego na poziomie 25,45 zł brutto (za 1h pracy w przedsiębiorstwie Odwołującego) wykonanie tej usługi w żaden sposób nie będzie skutkowało powstaniem straty w trakcie

realizacji zamówienia. Mając bowiem na uwadze cenę jednostkową wynoszącą 14 zł, przy uwzględnieniu średniej sprzedaży na poziomie 2/1h, zysk Odwołującego na 1h pracy wynosić będzie 2,55 zł.

Zwrócił także uwagę na całkowitą dowolność Zamawiającego, który z przedstawionych mu raportów sprzedaży z 2017 r. wybrał jeden z najmniejszą sprzedażą (1,82/1h). Tymczasem Odwołujący przedłożył trzy raporty ze sprzedażą na poziomie: 1,82; 1,88 oraz 2,10. Gdyby choćby Zamawiający wyciągnął średnią z tych raportów, co uznać należałoby za działanie w pełni uzasadnione, to otrzymałby wynik 1,93/1h, a zatem istotnie wyższy niż przyjęte w uzasadnieniu odrzucenia oferty 1,82/1h.

Wskazał także na możliwości uzyskania przez Odwołującego dodatkowych zysków przy realizacji Kampanii sprzedażowej. Jednakże Zamawiający nie uwzględnił opisanych w treści wyjaśnień aspektów dotyczących szczególnych możliwości realizacji kampanii sprzedażowej.

Podkreślił także, że wszystkie opisane w wyjaśnieniach szczególne okoliczności, a do których Zamawiający w ogóle się nie odniósł w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, były przez niego brane pod uwagę w trakcie kalkulacji cen zaproponowanych w postępowaniu przetargowym, jako okoliczności zwiększające zyskowość realizacji kampanii sprzedażowych.

Stwierdził, że Zamawiający odrzucenia oferty dokonał w oparciu o wybiórczą ocenę złożonych przez Odwołującego wyjaśnień. Niezależnie od wskazanych powyżej zastrzeżeń dotyczących założeń poczynionych przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego należy ponadto wskazać, iż założenia te oparte zostały wyłącznie na najbardziej skrajnym i pesymistycznym wariantcie (wariant 1).

Podkreślił, że wybór poszczególnych wariantów rozliczenia należy m.in. do Zamawiającego i nie jest racjonalnym założeniem, że w toku realizacji umowy zastosowanie znajdzie wyłącznie wariant nr 1. Podał, że Zamawiający nie zakwestionował żadnego z przedstawionych w treści wyjaśnień wariantów, dopuszczalne byłoby zatem nawet oparcie obliczeń wyłącznie na wariantcie nr 5 (wynagrodzenie: 57,09 zł). Racjonalnym w tej sytuacji podejściem do wyjaśnień Odwołującego byłoby choćby wyciągnięcie średniej z wariantów nr 1,2,4 i 5, która dawała wynagrodzenie za sukces w wysokości aż 34,84 zł. Tym bardziej zatem budzi zastrzeżenie uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego, które oparte zostało na wynagrodzeniu za sukces w wysokości 14 zł. Podał także, że wśród kosztów wykonania zamówienia Odwołujący ujmował wyłącznie: koszt 1h pracy konsultanta (16,85 zł) oraz koszt jednej rozmowy telefonicznej (1,26 zł). Tymczasem, Zamawiający doliczył do kosztów Odwołującego z tytułu wykonania zamówienia również koszt działalności ogólnego zarządu (5,97 zł), co daje łącznie kwotę 25,45 zł. Należy zaznaczyć, że ten ostatni koszt jest kosztem stałym i jest pokrywany z całości działalności wykonywanej przez Odwołującego, której jedynie wycinkiem byłyby usługi świadczone na rzecz Zamawiającego.

Reasumując przedstawioną na poparcie zasadności podniesionych zarzutów argumentację, podał, że treść złożonych przez Odwołującego bardzo obszernych wyjaśnień, wraz z dowodami, stanowi potwierdzenie, że cena oferty Odwołującego nie jest rażąco niska. Opisane w treści niniejszego odwołania okoliczności potwierdzają, iż Zamawiający w sposób wadliwy dokonał oceny ww. wyjaśnień, a przywołane w uzasadnieniu odrzucenia oferty okoliczności mające uzasadniać zaoferowanie przez Odwołującego rażąco niskiej ceny są wynikiem wybiórczej i subiektywnej ich oceny Zamawiającego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania podając, że w jego ocenie zarzuty postawione w odwołaniu są w całości bezpodstawne i bezzasadne, a w konsekwencji nie mogły być uwzględnione przez Zamawiającego. Na wstępie odniesienia się do podniesionych zarzutów podał, że Odwołujący poprzez sformułowanie zarzutów określa zakres sporu objętego kognicją Krajowej Izby Odwoławczej w ramach przedmiotowego postępowania. Określenie tego zakresu staje się jednak problematyczne z uwagi na przedstawienie zarzutów przez Odwołującego. Konstrukcja zarzutu/ów wraz z opisem sugerować może bowiem, że Odwołujący stawia zarzut łącznego naruszenia przepisów art. 90 ust. 3 i art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp. Jednakże w dalszej treści odwołania mowa jest wszakże o „zarzucie naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp i w kontekście takiego zarzutu Odwołujący dalej przytacza wszelkie okoliczności faktyczne. Nie jest przytaczana natomiast żadna argumentacja na okoliczność rzekomego naruszenia art. 92. ust. 1 pkt 1 Pzp. W związku z powyższym konsekwencje niespójności w obligatoryjnym elemencie odwołania jakim jest przedstawienie zarzutu obciąża Odwołującego jako stronę. Niezależnie od oceny formalnej poprawności zarzutów Zamawiający wskazuje, że wykonał ciężący na nim obowiązek informacyjny wynikający z art. 92 ust. 1 pkt. 1 Pzp. Odnosząc się w tym zakresie podał, że Zamawiający poinformował na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone oraz o powodach odrzucenia ofert. W przypadku Odwołującego było to wskazanie w ofercie rażąco niskiej ceny. Odwołujący otrzymał szerokie uzasadnienie faktyczne decyzji o odrzuceniu oferty, nawiązujące bezpośrednio do wyjaśnień udzielonych na wezwanie Zamawiającego. Zamawiający przedstawił nieścisłości wynikające z wyjaśnień oraz podniósł, że wyjaśnienia nie usuwają wątpliwości co do rażąco niskiej ceny. Zamawiający wskazał również podstawę prawną odrzucenia oferty, tj. art. 90 ust. 3 Pzp. W świetle powyższego Zamawiający nie uznaje zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Wskazał także, iż zdaniem Zamawiającego odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie - stosownie do art. 192 ust. 2 Pzp - z uwagi na brak naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia i w konsekwencji powinno zostać w całości oddalone.

Odnosząc się do zarzutu odwołania w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego podał, że Odwołujący w uzasadnieniu odwołania zarzuca Zamawiającemu dowolność ustaleń, „że

złożone wyjaśnienia wraz z dowodami potwierdzają, że cena oferty jest rażąco niska." W dalszej kolejności Odwołujący zarzuca Zamawiającemu „wybiórczą ocenę złożonych przez siebie wyjaśnień”.

W odniesieniu do osobno rozpatrywanego zarzutu „dowolnego ustalenia, że cena jednostkowa sprzedaży produktu prąd (wraz z usługą) w Kampanii Sprzedażowej w procesie zawierania umów przez telefon oraz poza siedzibą sprzedawcy stanowi istotną część składową ceny całej oferty" należy w pierwszej kolejności zauważyć, iż postanowienia pkt. 4.5.1 lit. a SIWUR (dotyczące części nr przedmiotu Zamówienia) określają, iż ww. cenie jednostkowej należy przypisać wagę 40% (przy jedynym kryterium stanowiącym cenę). W ramach poszczególnych cen jednostkowych wskazanych w tym postanowieniu analizowana cena jednostkowa posiada najwyższą wagę. Pozostałe ceny jednostkowe tj. cena jednostkowa sprzedaży produktu prąd (wraz z usługą) w Kampanii Pozyskaniowej w procesie zawierania poza siedzibą sprzedawcy, cena jednostkowa sprzedaży produktu gaz (wraz z usługą) w Kampanii Pozyskaniowej w procesie zawierania poza siedzibą sprzedawcy oraz cena jednej roboczogodziny pracy konsultanta posiadają przypisaną wagę odpowiednio w wysokości 10%, 15% i 35%. Nawiązał w tym zakresie do opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych (Badanie rażąco niskiej ceny oferty po nowelizacji) gdzie wskazano, iż „w zakresie istotnych części zamówienia ważne jest, aby te części miały znaczenie dla całości wyceny przedmiotu zamówienia (przy wynagrodzeniu ryczałtowym) albo jeśli są to istotne części zamówienia, które stanowią przedmiot odrębnego wynagrodzenia (np. przy wynagrodzeniu kosztorysowym)". Bez wątplenia, zdaniem Zamawiającego przy określonej wadze analizowanej ceny jednostkowej będzie ona miała znaczenie dla całości wyceny przedmiotu zamówienia. Tym samym, argument o dowolności ustalenia nie jest możliwy do utrzymania, choćby w świetle postanowień SIWUR, znanych również Odwołującemu.

Podał, że Odwołujący zarzuca Zamawiającemu w ocenie wyjaśnień przyjęcie sprzedaży (sukcesu) na poziomie 1,82 na godzinę pracy konsultanta zamiast minimum poziomemu 2 sukcesów. Zarzut ten nie jest uprawniony. Zamawiający swoją ocenę oparł na załączonych do wyjaśnień zestawieniach, a przede wszystkim do zestawienia najbardziej miarodajnego, tj. za ostatnie 12 miesięcy poprzedzających wszczęcie postępowania. W zestawieniu tym Odwołujący wyraźnie wskazuje, że jego wskaźnik sukcesu na godzinę to 1,82 za okres od 01.08.2017 do 31.12.2017 r. Oczywiście jest, że dane historyczne, na podstawie których można wywodzić wnioski nie pokrywają się z założeniami Odwołującego co do przyszłych wartości sukcesu. Mało tego, wartość sukcesu *może być nawet niższa* niż dane historyczne, czego Odwołujący nie uwzględnia, zakładając scenariusz najbardziej optymistyczny czyli wzrostowy. Poziom sukcesu w wartości równej co najmniej w Kampanii Sprzedażowej według wyjaśnień Odwołującego gwarantuje mu zysk i godziwe wynagrodzenie. Jest zatem kluczowy do określenia czy cena wskazana w ofercie nie jest rażąco niska.

Na Odwołującym zatem ciążył obowiązek chociażby wskazania okoliczności przemawiających za przyjęciem tego poziomu. Okolicznościami takimi mogłoby być wskazanie oryginalności metody sprzedaży, unikalność rozwiązań wpływająca na obniżenie kosztów, rabaty u partnerów biznesowych, unikalność systemu na którym Odwołujący pracuje, wykazanie się zespołem skutecznych konsultantów. Odwołujący nie przytoczył żadnych z powyższych okoliczności, wskazał jedynie że system którego używa ma określoną właściwość, tj. predictive, a jego najlepsi konsultanci mają średnią 2,10 sukcesu na godzinę przy czym wynik ten (ogólnie przekraczający 2 sukcesy na 1h) uzyskuje jedynie czterech z nich.

Zamawiający wbrew twierdzeniom Odwołującego nie był zobowiązany do wyciągnięcia średniej z przedstawionych wyników sprzedaży za 2017 r., ponieważ byłoby to już wystąpieniem przeciwko zasadzie równego traktowania wykonawców, a po drugie niemożliwe logicznie, ponieważ nie można wyciągać średniej z sprzedaży za miesiąc sierpień oraz sprzedaży za miesiące od sierpnia do grudnia a także ze sprzedaży osiągniętych przez konsultantów z najlepszymi wynikami, ponieważ dane te nie są tożsame. Wartość sukcesu za sierpień zawiera się w wartości sukcesu za sierpień - grudzień a wyniki konsultantów należą do innej kategorii danych

Zamawiający nie mógł również przyjąć za wyjaśnione okoliczności dotyczących szczególnych warunków wykonywania umowy takich jak sprzedaż wielolicznikowa, sprzedaż łączona oraz sprzedaż poprzez zawarcie umowy przy pomocy poczty elektronicznej. Przyjęte przez Odwołującego w wyjaśnieniach założenia oparte na co najmniej 10% udziale takich okoliczności przy zawieraniu umów nie były poparte żadnymi danymi. Odwołujący nie udostępnił żadnych statystyk, danych oraz wyliczeń, które umożliwiłyby ocenę prawidłowości takiego założenia i usuwały wątpliwości Zamawiającego w tym zakresie. Wątpliwości Zamawiającego nie usunęły również wyliczenia wariantowe wynagrodzenia Odwołującego zaprezentowane w wyjaśnieniach. Przede wszystkim wyliczenia te oparte były o zakładany optymistycznie poziom 2 sukcesów w Kampanii Sprzedażowej oraz 1 sukcesu w Kampanii Pozyskaniowej. Odwołujący posłużył się również dwoma z trzech systemów wynagradzania opisanych w wzorze umowy realizacyjnej. Wyliczenia te nie mogły być miarodajne w sytuacji, gdy ich część składowa a więc kwota ofertowa musiała być jeszcze przeliczona o poziom sukcesu, niezależnie czy był to najmniej korzystny dla Odwołującego system wynagradzania czy też pożądaný z jego punktu widzenia.

Zamawiający nie zgadza się z zarzutem wybiórczej oceny kosztów wykonania zamówienia. Zamawiający dokonał zsumowania kosztów prezentowanych przez Odwołującego w wyjaśnieniach. Gdyby Odwołujący nie uważał ich za istotne w sprawie to by ich nie przedstawiał. A zatem Zamawiający wskazał, że koszt bazowy pracy konsultanta w przedsiębiorstwie Odwołującego to 25,45 brutto na co złożyły się 16,85 zł pracy konsultanta,

1,26 zł koszt rozmowy telefonicznej, 7,34 zł koszty działalności ogólnego zarządu u Odwołującego. Na tej podstawie Zamawiający nabral większych wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia przez Odwołującego, zwłaszcza w kontekście oferowanej ceny w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej.

Odnosząc się do zasadności zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 90 ust.3 Pzp wskazał na szereg orzeczeń KIO mających wskazywać kiedy w postępowaniu można uznać wystąpienie rażąco niskiej ceny. Podał, że z uwagi na odbieganie cen zaoferowanych przez Odwołującego o ponad 30% od średniej arytmetycznej wszystkich ofert złożonych w postępowaniu i wątpliwości co do oferowania przez Odwołującego cen rażąco niskich zwrócił się z wezwaniem do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Czynność ta stanowiła realizację obowiązku określonego ustawowo.

Zamawiający wskazał Odwołującemu, które elementy wyceny oferty zostały przez niego zakwestionowane i które budzą jego wątpliwości. Zamawiający zwrócił się bowiem wyraźnie do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień wobec faktu, iż ceny jednostkowe sprzedaży produktu w Kampanii Sprzedażowej i w Kampaniach Pozyskaniowych (a więc zarówno produktu prąd, jak i produktu gaz (z usługą)) zaoferowanych na część 1 odbiegają o ponad 30% od średniej arytmetycznej wszystkich ofert złożonych na wskazaną część w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Wezwaniem do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny (pismo z dnia 12 czerwca 2018 r., znak: TS/PZ-1/2018-06-12/0000007) powodowało powstanie domniemania zaoferowania przez Odwołującego rażąco niskiej ceny. Domniemanie to mogło być obalone przez Odwołującego poprzez złożenie odpowiednich, wyczerpujących i konkretnych wyjaśnień wraz z dowodami, odnoszących się przede wszystkim do wątpliwości Zamawiającego sformułowanych w wezwaniu (a więc dotyczących konkretnych cen jednostkowych).

W odpowiedzi na ww. wezwanie Zamawiającego Odwołujący przesłał pismo w którym wskazał wariantowe ujęcie wynagrodzenia uzyskanego za wykonanie Kampanii w ramach scenariuszy od najmniej korzystnego po korzystny - oczekiwany. Odwołujący wskazał, że do wyliczeń posłużył się założeniami wynikającymi z SIWUR, a mianowicie z załącznika nr 1 do SIWUR, tj., Szczegółowego OPZ oraz załącznika nr 7, tj. Wzoru Umowy realizacyjnej do postępowań szczegółowych.

Odwołujący przyjął, że średni czas rozmowy sprzedażowej to 15 min., co wywnioskował z faktu, że Zamawiający w Szcz. OPZ wskazał na potrzeby kontroli prowadzonych rozmów z klientami 15 minut jako średni czas odsłuchiwanym rozmów dla Kampanii Sprzedażowej oraz 25 minut jako średni czas odsłuchiwanym rozmów dla Kampanii Pozyskaniowej. Odwołujący wywiódł, że konsultant jest w stanie zrealizować w średnim czasie prowadzonych rozmów w przedsiębiorstwie Odwołującego minimum 2 piętnasto-minutowe sukcesy w Kampanii Sprzedażowej oraz 1 dwudziestopięć-minutowy sukces w Kampanii

Pozyskaniowej. Zgodnie z oświadczeniem Odwołującego średni czas prowadzonych rozmów to 40 - 45 minut na godzinę zegarową. Odwołujący na potrzeby wskazania wariantów posłużył się opisanymi w Umowie realizacyjnej dwoma z trzech systemów wynagrodzenia. Wynagrodzeniem w systemie nr 1 (Sukces) oraz nr 2 (Sukces oraz RHB). Dodatkowo Odwołujący wskazał okoliczności, których zaistnienie w jego założeniach przełożyłoby się na wyższe wynagrodzenie. Okoliczności te to sprzedaż łączona, sprzedaż wielolicznikowa oraz sprzedaż poprzez elektronicznych akcept klienta. Odwołujący w wyjaśnieniach zestawiał warianty wynagrodzenia zgodnie z systemami biorąc pod uwagę stawkę 14 zł brutto dla Kampanii Sprzedażowej oraz 150 zł brutto dla Kampanii Pozyskaniowej. Po rozliczeniu według odpowiedniego wzoru systemu wynagradzania z założeniem 2 sukcesów na jednostkę czasową dla sprzedaży przy kampanii Sprzedażowej oraz jednego sukcesu dla Kampanii Pozyskaniowej wynagrodzenie w najmniej korzystnym scenariuszu wyniosłoby 28 zł natomiast dla Kampanii Pozyskaniowej 150 zł. Odwołujący jako dowód powołał między innymi raport kampanii sprzedażowej za 2014 r., z której wynika iż średnia liczba sukcesów na godzinę to 2,41 oraz raport kampanii Pozyskaniowej za 2017 r., z której wynika, że średnia liczba sukcesów na godzinę to 0,37. Z kolei raport dla Kampanii Pozyskaniowej prądu dla Tauron za styczeń - maj 2018 r. wskazuje że średnia liczba sukcesów to 0,59. Wyjaśnienia oraz przede wszystkim dowody do nich załączone nie usunęły wątpliwości Zamawiającego co do rażąco niskiej ceny. W związku z tym Zamawiający zwrócił się pismem z dnia 28 czerwca 2018 r, znak: TS/PZ-1/2018-06-28/00000010 o dodatkowe doprecyzowanie informacji zawartych w wyjaśnieniach z 13 czerwca 2018 r poprzez przedłożenie aktualnego, nie starszego niż 12 miesięcy Raportu dla Kampanii Sprzedażowej zawierającą ilości prawidłowo zawartych w ciągu 1 godziny kontraktów zawierających definicję sukcesu. Odwołujący złożył taki raport. Raport ten wskazywał, że Kampania Sprzedażowa za okres od 1.08.2017 do 31.08.2017 r. odnotowała 1,88 sukcesu na godzinę. Kampania Sprzedażowa za okres od 01.09.2017 do 31.12.2017 r. odnotowała 1,82 sukcesów na godzinę. Odwołujący podał również wyniki swoich konsultantów z najlepszymi wynikami w liczbie 8 osób, którzy w Kampanii Sprzedażowej odnotowali jako grupa 2,1 sukcesu na godzinę, przy czym najlepszy z nich miał wynik 2,39 sukcesu na godzinę a najgorszy 1,92 sukcesu na godzinę, przy czym proporcje konsultantów osiągających wynik 2 i więcej sukcesu na godzinę wynosiła połowę wszystkich konsultantów z najlepszymi wynikami. Odwołujący podał dodatkowo swoje koszty, tj. koszt roboczogodziny konsultanta na poziomie 16,85 zł, koszty rozmowy telefonicznej na poziomie 1,26 zł a także koszty działalności i ogólnego zarządu w wysokości 5,97 netto. Po przeanalizowaniu całości wyjaśnień Odwołującego Zamawiający stwierdził, iż przedstawione oświadczenia wraz z załączonymi dokumentami nie rozstrzygają w żaden sposób wątpliwości Zamawiającego, nie są wyczerpujące i dostatecznie konkretne, a przede wszystkim wyraźnie potwierdzają

rozbieżność pomiędzy wskazywanym w wyjaśnieniach założeniem Odwołującego, że jest w stanie wykonać 2 sukcesy na godzinę w Kampanii Sprzedażowej a dowodami, które przytacza i z których wynika, że liczba sukcesów na godzinę w Kampanii Sprzedażowej to 1,82. Mało tego, wskazuje, że tylko konsultanci z najlepszymi wynikami są w stanie osiągnąć wartość 2 i więcej sukcesu, przy czym z dowodów wynika, że wśród grupy konsultantów z najlepszymi wynikami tylko połowa faktycznie wartość tę przekracza. W zakresie kosztów ponoszonych przez Odwołującego Zamawiający na podstawie podanych wartości wskazał, że koszty pracy konsultanta w rozliczeniu godzinowym przekraczają cenę zaoferowaną 14 zł brutto.

W konsekwencji, Zamawiający uznał, że dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do samej czynności odrzucenia oferty podał, że brak odrzucenia przy uzyskaniu przez Zamawiającego takich wyjaśnień wiązałoby się z istotnym ryzykiem naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp. Podkreślił, że przyjęcie przez zamawiającego wyjaśnień, które są niepełne lub niejasne, albo nie na temat, stanowi naruszenie art. 90 ust. 3 Pzp i w konsekwencji tego inni uprawnieni wykonawcy mogą w postępowaniu odwoławczym żądać odrzucenia wybranej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt. W przypadku gdy tak kwalifikowane jest przyjęcie wyjaśnień niepełnych to z pewnością z takim ryzykiem związane jest przyjęcie wyjaśnień potwierdzających nieprawidłowość ceny.

Podkreślił, że Zamawiający w toku postępowania wyjaśniającego nie otrzymał także dowodów, które pozwoliłyby mu zweryfikować jednoznacznie wiarygodność i zasadność przedłożonych wyjaśnień co do sposobu kalkulacji ceny. Zamawiający dokonując oceny oferty Odwołującego kierował się również przytoczonymi powyżej wskazaniem z orzeczeń KIO. Przede wszystkim przyjął w pierwszej kolejności metodę oceny, która w literaturze jest uznawana za obiektywną i weryfikowalną, a polegającą na porównaniu ceny danej oferty ze średnią arytmetyczną cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. Sposób odwołuje się do średniej ceny rynkowej, a więc praktyki wykonawców stosowanej w konkretnym postępowaniu. Jednocześnie możliwe było odwołanie się do doświadczenia zdobytego we wcześniejszych postępowaniach, które dotyczyły podobnego przedmiotu zamówienia. Przeprowadzając ocenę Zamawiający analizował czynniki wskazane w art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp (a wymienione także w wezwaniu), w tym wszelkie zindywidualizowane czynniki dotyczące Odwołującego. Podkreślił, że w złożonych wyjaśnieniach Odwołujący nie tylko nie usunął wątpliwości Zamawiającego, ale je jeszcze bardziej pogłębił, ze względu na rozbieżność założeń dotyczących osiągnięcia sukcesu sprzedaży, a faktów wynikających z analizy historycznej danych sprzedażowych. Określenie przez Odwołującego poziomu sukcesu Kampanii Sprzedażowej opiera się na przesłankach niepotwierdzonych danymi

historycznymi z raportu za ostatnie 12 miesięcy przed wszczęciem postępowania. Odwołujący odnosi pojęcie sukcesu do zdarzeń zakładanych w przyszłości w aspekcie pozytywnym. Założenie to jest jednak obarczone ryzykiem niepewności, ponieważ istnieje realna możliwość nieosiągnięcia przez Odwołującego poziomu sukcesu. Odwołujący nie wziął tego pod uwagę w wyjaśnieniach. Nie zostało przez Odwołującego uprawdopodobnione, jakie okoliczności przeważają za przyjęciem wskaźnika sukcesu na poziomie 2 sprzedaży, czy są to okoliczności związane z oryginalnością metody, rozwiązaniami wpływającymi na obniżenie kosztów czy też dysponowaniem zespołem czołowych konsultantów.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Gallup Arteria Management sp. z o.o. sp.k. poparł stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania. Podał, że oferta wykonawcy COTEL została w sposób prawidłowy odrzucona z postępowania ponieważ dokonana ocena wyjaśnień tego wykonawcy potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę z uwagi na fakt, że Wykonawca uzależnia możliwość wykonania zamówienia od zdarzenia przyszłego i niepewnego jaki jest sprzedaż min. 2 produktów (prąd) w ciągu 1 godziny pracy konsultanta, opierając się na raportach z 2014 roku, podczas gdy raporty z 2017 roku nie potwierdzają takiej efektywności pracy konsultantów tego wykonawcy, a zatem zaoferowana cena jest niższa od łącznych kosztów jednej godziny pracy w przedsiębiorstwie wykonawcy.

Podkreślił, że istotne dla niniejszej sprawy, jest to, że zgodnie z orzecznictwem KIO, a także aktualnym brzmieniem art. 90 ust. 1 Pzp dopuszczalna jest ocena poszczególnych składników ceny (istotnych części składowych) pod kątem ustalenia ceny rażąco niskiej. Nie zawsze zatem niezbędne jest wykazywanie, że wszystkie zsumowane elementy składowe ceny nie pozwalają na realizację przedmiotu zamówienia i są niższe od kosztów całości realizacji zamówienia, wystarczające jest bowiem ustalenie, że takowy charakter można przypisać istotnej części składowej ceny.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przesłaną przez Zamawiającego, treść odwołania, pisma Zamawiającego, Odwołującego i Przystępującego, dowodów przedstawionych na rozprawie w tym stanowiska stron podanych do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła nadto, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu środków ochrony prawnej w postaci odwołania. Stan faktyczny sprawy jaki wynikał z treści odwołania i stanowisk Zamawiającego i Przystępującego był niesporny pomiędzy stronami i tym samym nie wymagał uzupełnienia.

Osią sporu pomiędzy stronami była kwestia innej oceny prawidłowości kalkulacji przez Odwołującego kosztów Kampanii Sprzedażowej mającej zdaniem Zamawiającego istotny wpływ na cenę oferty.

Na wstępie wskazać należy, że Zamawiający prowadzi postępowanie o zawarcie umowy ramowej, na podstawie której będzie udzielał konkretnych zamówień szczegółowych. Przedmiotem umowy ramowej jest świadczenie za pośrednictwem telefonu usług na rzecz Zamawiającego. W ramach umowy ramowej mogą być zawierane umowy szczegółowe w ramach różnych kampanii - np. kampanii sprzedażowej, pozyskaniowej, czy informacyjnej. Dla każdej z kampanii inaczej jest też liczone wynagrodzenie w ramach tej kampanii. W ramach tzw. Umowy Realizacyjnej Zamawiający, może zlecić przeprowadzenie wykonawcy łącznie wszystkich kampanii, tylko niektórych z nich, albo wyłącznie jednej. Wynagrodzenie liczone jest w jednym z trzech systemów: System 1- gdzie głównym składnikiem wynagrodzenia za stawka za sukces, w systemie 2 i 3 głównym składnikiem wynagrodzenia jest stawka rbh. Ten pierwszy system będzie miał zastosowanie przede wszystkim do kampanii sprzedażowych i pozyskaniowych, drugi do mieszanych, a trzeci innych kampanii (np. informacyjnych). W zależności od konkretnego zamówienia i typu zlecanej kampanii, istnieją różne systemy wynagradzania. Oferta Cotel została odrzucona z uwagi na rażąco niską cenę w zakresie ceny za prowadzenie Kampanii Sprzedażowej. W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Cotel Zamawiający wskazał, że dokonana ocena wyjaśnien tego wykonawcy potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę z uwagi na fakt, że Wykonawca uzależnia możliwość wykonania zamówienia od zdarzenia przyszłego i niepewnego jaki jest sprzedaż min. 2 produktów prąd w ciągu 1 godziny pracy konsultanta, opierając się na raportach z 2014 roku, podczas gdy raporty z 2017 roku nie potwierdzają takiej efektywności pracy konsultantów tego wykonawcy, a zatem zaoferowana cena jest niższa od. łącznych kosztów jednej godziny pracy w przedsiębiorstwie wykonawcy.

W zakresie sposobu liczenia cen za poszczególne kampanie wskazać należy, że w formularzu ofertowym, wykonawcy mieli podać 4 rodzaje cen, tj. cenę sprzedaży produktu prąd w Kampanii Sprzedażowej (waga 40%), cenę sprzedaży produktu prąd w Kampanii Pozyskaniowej (waga 10%), cenę sprzedaży produktu gaz w Kampanii Pozyskaniowej (waga 15%) oraz cenę roboczogodziny pracy konsultanta (waga 35%). Cena przyjęta do porównania była sumą wszystkich cen jednostkowych,— liczonych zgodnie z przyznanymi im wagami. Oznacza to, że zaoferowanie niższej ceny sprzedaży produktu prąd w Kampanii

sprzedażowej lub ceny roboczogodziny było korzystniejsze dla wykonawcy z perspektywy uzyskiwanych punktów.

Podkreślić należy, że wskutek przeprowadzenia postępowania zostanie zawarta umowa ramowa na podstawie której następnie zawierane będą umowy realizacyjne. Wynagrodzenie za umowy realizacyjne będzie określone na podstawie stawek wskazanych w niniejszym postępowaniu. Niewątpliwym jest, że odrębnie jest rozliczane wynagrodzenie w zakresie systemu nr 1, nr 2 i nr 3. Oznacza to, że w ramach każdej umowy realizacyjnej, stosowany będzie wyłącznie 1 rodzaj wynagrodzenia. Jeżeli cena za realizację danego typu zamówienia (kampanii) lub cena roboczogodziny jest rażąco niska, a wykonawca zostałby wybrany do realizacji tego typu kampanii, to nie będzie mógł „odrobić” zaniżonego wynagrodzenia przez inne systemy wynagrodzenia. Nie wiadomo bowiem, czy te inne umowy realizacyjne także zostaną mu zlecone.

Odnosząc się do treści art. 90 ust.1 Pzp wskazać należy, że nowelizacja Pzp, która weszła w życie 28 lipca 2016 r. uelastyczyła możliwość badania rażąco niskiej ceny przez zamawiającego umożliwiając żądanie od wykonawców wyjaśnień i dowodów na potwierdzenie, że zaproponowana cena lub koszt lub ich istotne części nie są rażąco niskie.

Zamawiający powinien badać wyjaśnienia wykonawcy przede wszystkim pod kątem realności poczynionych założeń co do czasochłonności pracy, co do realności i zgodności z prawem stawek wynagrodzenia oraz do realnego kosztu czynności niezbędnych do zrealizowania w ramach przedmiotu zamówienia. Racjonalność dokonanej oceny Zamawiającego powinna być odczytywana jako umiejętność wskazania w okolicznościach danej sprawy, które elementy oferty i wyjaśnień, jego zdaniem, stanowią o nierealności założeń oferty wykonawcy.

Wskazać należy, że ze względu na wysokość oferowanej przez Odwołującego ceny Zamawiający dwukrotnie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty. Zamawiający oceniając złożone wyjaśnienia stwierdził, że ofertę należy odrzucić bo wyjaśnienia złożone przez Odwołującego nie usunęły wątpliwości Zamawiającego co do rażąco niskiej ceny, a także przedstawione oświadczenia wraz z załączonymi dokumentami nie rozstrzygają w żaden sposób wątpliwości Zamawiającego.

W podsumowaniu stanowiska Zamawiający podał, odnosząc się do brzmienia art. 90 ust.3 Pzp, iż przedłożone wyjaśnienia potwierdzają rażąco niską cenę, ale stanowisko to nie zawiera przekonującego uzasadnienia na czym Zamawiający oprął swoje stanowisko. Izba wskazuje, że aby możliwe było odrzucenie oferty wykonawcy to czynność ta jako eliminująca wykonawcę z postępowania musi opierać się na ustaleniach, które pozwalają na jednoznaczne stwierdzenia, iż oferta nie spełnia postawionych w SIWZ warunków przedmiotowych. Powyższe w sposób jednoznaczny wynika z treści art. 90 ust. 3 Pzp, gdzie ustalono obowiązek Zamawiającego do odrzucenia oferty tylko w sytuacji, gdy dokonana

ocena złożonych wyjaśnień potwierdza rażąco niską cenę oferty wykonawcy. Jeśli w oparciu o przedłożone wyjaśnienia i dowody brak jest możliwości takiego kategorycznego stwierdzenia to Zamawiający winien w dalszym ciągu prowadzić postępowanie wyjaśniające, lub w przypadku uznania, że brak jest wyjaśnień w odpowiedzi na wezwania taka ofertę odrzucić. W tym przypadku niewątpliwym, zdaniem Izby, jest, że Zamawiający takich kategorycznych ocen wobec oferty Odwołującego nie podjął.

W tym zakresie wskazać także należy, że zgodnie z przepisem art. 190 ust.1a Pzp w tym postępowaniu niewątpliwie ciężar dowodu spoczywa na Odwołującym. Jednakże podkreślić należy, że na Zamawiającym spoczywa ciężar wykazania, że podjęta czynność odrzucenia oferty jest prawidłowa, co winno jednoznacznie wynikać z informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Z analizy treści wyjaśnień wynika iż Odwołujący wskazał cały szereg okoliczności i sposobów (5) liczenia ceny ofertowej, do których Zamawiający się nie odniósł. Z informacji o odrzuceniu oferty wynika, że Zamawiający zakwestionował tylko cenę za kampanie sprzedażową natomiast brak jest jakichkolwiek odniesień się, co do prawidłowości skalkulowania cen za inne kampanie. W szczególności Zamawiający nie odniósł się dlaczego zakładany przez Odwołującego wskaźnik sprzedaży produktów w ciągu jednej godziny jest nierealny.

Podkreślić należy, że Odwołujący już od 8 lat realizuje dla Zamawiającego zamawianą w tym postępowaniu usługę i niewątpliwie Odwołujący posiada największą wiedzę w tym zakresie spośród wszystkich wykonawców którzy ofertę w tym postępowaniu złożyli. Również Zamawiający niewątpliwie posiada pełnię wiedzy w tym zakresie i tym samym winien był nie w oparciu o zwroty niedookreślone uznające wyliczenia Odwołującego za „niewiarygodne” i „zbyt optymistyczne” wykazać, dlaczego zaoferowana cena nie jest realna do osiągnięcia.

Jednakże trudno doszukać się w stanowisku Zamawiającego głębszej analizy kosztów, które wykonawca winien ponieść, aby prawidłowo wykonać zamówienie. Ocena ceny ofertowej została dokonana raczej w odniesieniu do ceny ofert innych wykonawców. Zdaniem Izby Zamawiający nie przedstawił argumentów, które świadczyłyby w sposób pewny i kategorycznych, że oferta Odwołującego w świetle złożonych wyjaśnień jest rażąco niska.

Celem wykazania prawidłowej czynności odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający na rozprawie przedstawił trzy dokument mające potwierdzać zasadność tego stanowiska. Zdaniem Izby żaden z nich nie potwierdza, że złożona przez Odwołującego oferta zawiera rażąco niską cenę, albo, że jest tak nierealistyczna jak to licznie podkreśla Zamawiający. Przedstawione dowody odnoszą się do postępowań dotychczas realizowanych przez Odwołującego oraz odpowiedzi Odwołującego na pytanie

Zamawiającego, jednakże odnoszące się do dotychczasowego sposobu wynagradzania za realizację zamówienia. Wskazać należy, iż w dotychczasowych postępowaniach Zamawiający płacił wykonawcy za czas niezbędny do zrealizowania sprzedaży produktu (max 120 min). Natomiast a wg zasad obecnego postępowania Zamawiający będzie płacił za sprzedaż produktu (za sukces) niezależnie od czasu jaki wykonawcy będzie potrzebny do jego zrealizowania. Tym samym przedłożone dowody nie przystają do sytuacji z tego postępowania.

Nadto przy ocenie wyjaśnień Odwołującego należy zwrócić uwagę na kwestię, że w postępowaniach mających za przedmiot takie świadczenie usług jak w tym postępowaniu, brak jest możliwości przedstawienia dowodów w oparciu o które można bezspornie ocenić przyjęte założenia wyliczeń ceny oferty. Wszystkie wyliczenia opierają się na przyjęciu zasady szacowania kosztów realizacji zamówienia i możliwych do osiągnięcia przychodów. Na problemy z tym związane zwrócił uwagę SO w Łodzi w wyroku z 10 kwietnia 2015 (sygn. akt III Ca 1904/14), gdzie wskazał - „Przechodząc do oceny, czy przedstawione w toku postępowania odwoławczego przez zamawiającego oraz wykonawcę wybranego dowody są wystarczające do przyjęcia, iż zadeklarowana przez skarżącego wysokość przychodu z tytułu reklam jest możliwa do osiągnięcia podnieść należy, że wysokość tego przychodu może być wyłącznie szacowana, nigdy natomiast nie będzie możliwe stwierdzenie z całkowitą pewnością, że przychód ten wyniesie określoną kwotę”.

Dlatego też Zamawiający nie może oczekiwać w tego rodzaju postępowaniach wykazania, że zaoferowana cena jest ceną pewną, ale ocenić czy przyjęta metoda szacowania przychodów i kosztów jest w założeniach wykonawcy realna.

Odnosząc się do możliwości badania elementów ceny ofertowej wskazać należy, że tylko całościowa ocena wyjaśnień dokonana przez Zamawiającego może doprowadzić do stwierdzenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę (vide KIO 880/16 z 7 czerwca 2016 r.). Zamawiający uznał, że zaoferowana cena jednostkowa sprzedaży produktu - prąd (wraz z usługą) w Kampanii sprzedażowej w procesie zawierania umów przez telefon oraz poza siedzibą sprzedawcy stanowi istotną część składową ceny całej oferty, gdyż zgodnie z postanowieniem pkt. 4.5.1 lit. a SIWUR tej cenie jednostkowej przypisano wagę 40%.

Izba zauważa, że pozostałe ceny jednak łącznie stanowią 60 % ceny oferty i jak twierdzi Odwołujący cena za Kampanie sprzedażową stanowi tylko 4,2% sumy wszystkich cen jednostkowych zamówienia. Ponadto zarówno z informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego jak i stanowiska Zamawiającego wynika, że oferta Odwołującego została uznana za rażąco niska z powodu przyjęcia niskiej ceny za sprzedaż jednego produktu i przyjęcia do wyliczeń nierealistycznego założenia według Zamawiającego - aż 2 sukcesów sprzedaży na godzinę. Zamawiający zakwestionował tylko cenę za kampanie sprzedażową natomiast brak jest

jakichkolwiek odniesień się, co do prawidłowości skalkulowania cen za inne Kampanie i możliwości /lub braku/ uzyskania przychodów pokrywających koszty realizacji zamówienia.

Izba uznaje, że element ceny za część zamówienia może mieć istotny wpływ na możliwość osiągnięcia przychodu który pokryje koszty realizacji zamówienia, ale Zamawiający uznając wbrew twierdzeniom wykonawcy, iż cena za ten element będzie miała charakter przesądający w zakresie rażąco niskiej ceny oferty winien to być wykazać i uzasadnić. Brak jest także wykazania dlaczego Zamawiający uznał, że zakładany przez Odwołującego poziom 2 sukcesów w Kampanii Sprzedażowej oraz 1 sukcesu w Kampanii Pozyskaniowej na 1 godzinę pracy konsultanta są zbyt optymistyczne.

W tym zakresie wskazać należy chociażby, że Odwołujący w drugich wyjaśnieniach wskazał, że uzyskiwał już świadcząc dla Zamawiającego taką samą usługę – ale w innej formule wynagradzania (mniej motywującej), efekt nawet ponad 2 sukcesów sprzedaży na godzinę. Podał, że Kampania sprzedażowa za okres od 1.08.2017 do 31.08.2017 r. odnotowała średnio 1,88 sukcesu na godzinę, a Kampania sprzedażowa za okres od 01.09.2017 do 31.12.2017 r. odnotowała średnio 1,82 sukcesów na godzinę. Odwołujący podał również wyniki pracy swoich konsultantów w liczbie 8 osób, którzy w Kampanii sprzedażowej odnotowali jako grupa 2,1 sukcesu na godzinę, przy czym najlepszy z nich miał wynik 2,39 sukcesu na godzinę a najgorszy 1,92 sukcesu na godzinę. Zamawiający nie odniósł się do tej kwestii mimo korzystnej dla Odwołującego sytuacji, gdyż Odwołujący nadal świadczy Zamawiającemu takie usługi i tym samym personel nabył dalszego doświadczenie w tym zakresie.

Reasumując powyższe Izba uznała, że sprawa rażąco niskiej ceny oferty Odwołującego nie została oceniona w sposób pełny z uwzględnieniem wszystkich okoliczności, a przede wszystkim Zamawiający nie wykazał okoliczności na których się oparł dokonując odrzucenia oferty Odwołującego. Samo stwierdzenie o nierealistycznych założeniach – przy niekwestionowaniu ww. stwierdzeń Odwołującego powoduje sytuację, że zasadnym jest uznanie, że Zamawiający nie wykazał, że dokonał oceny wyjaśnień w sposób pozwalający na stwierdzenie, że oferta Odwołującego została skalkulowana w sposób nierzetelny. W ocenie Izby dążenie do wyjaśnienia wątpliwych informacji w wyjaśnieniach Odwołującego służy interesowi Zamawiającego, który żądając ewentualnie 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.

Izba uznała, że Zamawiający nie miał podstaw zastosować art. 90 ust.3 ustawy Pzp, gdyż jego dyspozycja wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta zawiera cenę rażąco niską, czego Zamawiający nie wykazał. Powyższe wskazuje także, że Zamawiający w sposób niepełny poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego ofertę, czym

naruszył przepis art. 92 ust.3 Pzp. Izba wskazuje, że jest związana przedstawionym stanem faktycznym, a nie podana kwalifikacją prawną danego zarzutu.

Reasumując powyższe Izba stwierdza, że dokonana ocena wyjaśnień Odwołującego w zakresie że zaferowana cena nie jest rażąco niska potwierdza, że brak jest podstaw do przyjęcia rażąco niskiej ceny oferty Odwołującego. Zamawiający nie wykazał, że podjęta przez niego decyzja oparta jest obiektywnie zasadna. Trudno uznać za przekonujące stwierdzenia Zamawiającego, nie poparte żadną głębszą analizą, że przyjęte przez Odwołującego założenie możliwości wykonania 2 sprzedaży produktu w ciągu godziny w Kampanii Sprzedażowej jest niewiarygodne i zbyt optymistyczne. Ponadto z analizy stanowiska zamawiającego zawartego w odpowiedzi na odwołanie daje się wywieść, że Zamawiający „faworyzuje” dla przyjętych ustaleń, wyliczenia Odwołującego odnoszące się do najmniej korzystnego dla Odwołującego wskazanego wariantu przychodu z Kampanii. Brak jest także jednoznaczności w stanowisku Zamawiającego, co jest niezbędne dla stwierdzenia rażąco niskiej ceny oferty. Zamawiający oceniając przedłożone dowody wielokrotnie podkreśla, że przedstawione oświadczenia wraz z załączonymi dokumentami nie rozstrzygają wątpliwości Zamawiającego.

Zdaniem Izby brak jest podstaw, aby zarzucić Odwołującemu- biorąc pod uwagę zdobyte doświadczenie w wykonywaniu tego typu zamówienia oraz przy zmianie sposobu wynagradzania, iż nie będzie w stanie dokonać sprzedaży około 2 produktów w ciągu jednej godziny. Wskazuje na to chociażby fakt, że średnia z przedstawionych wyników kampanii sprzedażowych za różne wynosi 1,93 w sytuacji kiedy uzyskiwane były też wyniki znacznie przekraczające 2/h.

Tym samym Izba uznała, że w tak ustalonym stanie faktycznym sprawy brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego z powodu uznania, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba orzekła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp.,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. Dz.U. z 22 maja 2018r. poz. 972.).

Przewodniczący