

**WYROK**

**z dnia 24 stycznia 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 stycznia 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 stycznia 2017 r. przez **Gemini Group Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Tomaszowie Mazowieckim** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Tomaszów Mazowiecki w Tomaszowie Mazowieckim**

przy udziale wykonawcy **C. D.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Gemini Group Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Tomaszowie Mazowieckim** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez **Gemini Group Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Tomaszowie Mazowieckim** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 **Piotrkowie Trybunalskim**.

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Miasto Tomaszów Mazowiecki w Tomaszowie Mazowieckim – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup gorącego posiłku wraz z usługą wydania lub dowozu gorącego posiłku klientom MOPS w okresie od 11.01.2017 r. do 31.12.2017 r. (z zastrzeżeniem opcji).

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 3 stycznia 2017 roku wykonawca Gemini Group Sp. z o.o. w Tomaszowie Mazowieckim (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności:

- odrzucenie jego oferty
  
- zaniechanie wezwania do wyjaśnień drugiego oferenta
  
- wyboru najkorzystniejszej oferty i rozstrzygnięcie postępowania z pominięciem jego oferty

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. poprzez odrzucenie jego oferty z powodu zarzucenia zastosowania rażąco niskiej ceny lub kosztu

- art. 90 ustawy P.z.p. poprzez uznanie jego wyjaśnień za wskazujące na zastosowanie rażąco niskiej ceny lub kosztu oraz poprzez uznanie, że nie złożył wymaganych wyjaśnień wraz z dowodami
- obu ww. artykułów zastosowanych łącznie jako podstawy do wydania decyzji o odrzuceniu oferty
- art. 90 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie zapytanie o wyjaśnienia w sprawie ceny drugiego oferenta
- art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu oraz równego traktowania wykonawców;

Odwołujący zażądał:

- unieważnienia odrzucenia jego oferty,
- wezwania drugiego z oferentów do uzasadnienia ceny swojej oferty,
- dokonania ponownej oceny złożonych ofert wraz z jego ofertą,
- ponownego rozstrzygnięcia postępowania z uwzględnieniem złożonej przez niego oferty,
- pokrycia kosztów postępowania odwoławczego przez zamawiającego wg norm przepisanych,
- przedstawienia przez zamawiającego metody i sposobu wraz z kalkulacjami swojej wyceny wartości zamówienia,

- w przypadku przeszacowania wartości zamówienia - unieważnienia przetargu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że jego oferta była ofertą najkorzystniejszą zarówno pod względem ceny jak i dodatkowych kryteriów podlegających ocenie przez zamawiającego tj. terminu płatności i aspektów społecznych (kryteria te opisane zostały w s.i.w.z.)

Odwołujący stwierdził, że zamawiający uznał, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę oraz wezwał go do udzielenia wyjaśnień w tym względzie. Następnie na podstawie uzyskanych wyjaśnień ocenił, że oferta zawiera rażąco niską cenę w zakresie obejmującym koszt wytworzenia posiłków. (uzasadnienie odrzucenia oferty ). Gdyby zamawiający bezprawnie nie odrzucił oferty odwołującego, odwołujący mógłby uzyskać to zamówienie publiczne i osiągnąć związany z nim zysk. Jest to w jego mniemaniu wystarczające uzasadnienie posiadania przez niego interesu prawnego uzasadniającego udział w postępowaniu odwoławczym.

Odwołujący podniósł, że zamawiający ocenił jego wyjaśnienia niezgodnie z informacjami przekazanymi w wyjaśnieniu, źle przedstawił wykazane tam wyliczenia, pomylił dochód z kosztami, nie odniósł się wcale do podstawowego kryterium, czyli określenia kosztu wytworzenia posiłku. Zamawiający błędnie ocenił wartość zamówienia, tzn. nie oparł się na żadnych kalkulacjach tylko na swoich poglądach i przeszacował jego wartość, a odrzucając ofertę odwołującego stwierdził, że wątpliwości te powziął biorąc pod uwagę stawki tego samego typu usług stosowane na lokalnym rynku w ostatnich latach. Ponadto zamawiający powołał się na fakt, że w poprzednim roku cena tożsamyh zamówień była wyższa, a nawet w niektórych zamówieniach nawet przed kilkoma laty oraz że źródłem powyższych wątpliwości jest ogólny wskaźnik wzrostu cen towarów konsumpcyjnych na lokalnym rynku”

W ocenie odwołującego ta przesłanka jest z gruntu fałszywa ponieważ od kilku lat tj. od 2014 roku mamy deflację, która jest spowodowana m.in. wyraźnym spadkiem cen żywności. Odwołujący stwierdził, że w grudniu niższe niż rok wcześniej były ceny 40 spośród ponad 90 grup, dla których publikowane są dane. Największy, 15,4-proc. spadek zanotowano w kategorii „naprawa sprzętu sportowego”. Niewiele mniej, bo o 13,1 proc., spadły ceny w pralniach. Te usługi mają niewielki udział w naszym koszyku konsumpcyjnym.

Do spadku poziomu cen w większym stopniu przyczyniły się taniejący chleb (w grudniu kosztował o 8,7 proc. mniej niż rok wcześniej) czy mięso (spadek o 7,8 proc.)”

Odwołujący zwrócił uwagę, że cena drugiego oferenta (Dębiec Deko Smaku) także była niższa niż złożona przez niego w analogicznym okresie - przy takim samym zakresie przedmiotu zamówienia - w zeszłym roku.

W ocenie odwołującego, wycena dokonana przez zamawiającego jest przeszacowana, tym bardziej, że zamawiający odrzucając ofertę odwołującego nie przedstawił żadnych swoich danych lub wyliczeń w tym względzie, a opiera się tylko na swoich przeświadczeniach i ogólnikach bez podania jakichkolwiek dowodów, wyliczeń itp. na swoje stwierdzenia, a przecież szacując wartość zamówienia na pewno opierał się na realnych wyliczeniach. W ocenie odwołującego, jest to wyraźna przesłanka do unieważnienia postępowania w całości.

Odwołujący podniósł, że zamawiający – mimo twierdzenia, że ceny rosną – nie był zaniepokojony obniżeniem ceny przez drugiego oferenta, mimo że w poprzednim roku wykonywał te usługi za cenę wyższą niż zaoferowaną w tym postępowaniu.

Odwołujący stwierdził, że cena kosztu przygotowania posiłku zaoferowana przez niego różniła się tylko o 0,56 groszy od oferty złożonej przez drugiego oferenta- a ta właśnie przesłanka determinowała zamawiającego do odrzucenia oferty odwołującego.

Odnosząc się do drugiego zarzutu zamawiającego tj. uznania, że nie doszło do złożenia wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust.1 ustawy P.z.p. oraz że cyt.: „analiza samych danych przedłożonych w arkuszach potwierdza, że cena w zakresie obejmującym koszt wytworzenia posiłków jest rażąco niska”, odwołujący stwierdził, że na wezwanie zamawiającego przedstawił wyjaśnienia dotyczące wysokości naszej oferty. Po pierwsze, określił minimalny średni koszt wytworzenia posiłku (food cost) na poziomie 6,05 ( sześć złotych 05/100 ) a nie jak całkowicie bezpodstawnie twierdzi zamawiający : 1,90 (jeden złoty 90/100 ). Dla wskazania poziomu przeciętnego kosztu wybrał dwa dania o krańcowo różnym koszcie produktu (ale zgodne z zaleceniami zamawiającego) i obliczył średnią cenę uzyskania posiłku. Zwrócił uwagę, że te jak chciałby zamawiający, „nie spełniające wymogów „ II dania to (z podanych surowców) np.: kotlet schabowy, ziemniaki, surówka oraz ćwiartka

tylna kurczaka pieczona, ryż, warzywa zasmażane lub surówka. W ocenie odwołującego, są to dania tradycyjnie podawane w Polsce i nie ma obaw o ich jakość ponieważ przygotowywane są z pełnojakościowych produktów i w odpowiednich warunkach sanitarnych.

Odwołujący stwierdził, że obliczenie to jest bardzo proste i polega na przeliczeniu gramatur wymaganych przez Zamawiającego z uwzględnieniem ceny 1 kg produktu - wychodzi nam koszt surowca na jedno danie. Zamawiający w ogóle nie zauważył tego wyliczenia i się do niego nie odniósł. Zwrócił tylko uwagę, że nie wie skąd podajemy cenę 3 pln z kg surówki lub 1,6 za litr zupy. Pominął natomiast całą kalkulację.

Odwołujący wyjaśnił, że zamówienie składało się z 3 części: Posiłki wydawane w lokalu w ilości 178 dziennie tylko w dni robocze. - cena odwołującego za sztukę to: 11,44 pln - 11,44 odjąć zakładany koszt zakupu surowca 6,05 = 5,39 pln.

Posiłki dowożone do Domu Opieki w ilości 2 dziennie tylko w dni robocze. Cena odwołującego za sztukę to: 8 pln

- 8 pln odjąć zakładany koszt zakupu surowca 6,05 = 1,95

Posiłki dowożone do podopiecznych MOPS w ilości 50 dziennie we wszystkie 30 dni miesiąca

- nasza cena to 11,88 pln

- 11,88 minus zakładany średni koszt surowca 6,05 = 5,83

A więc po odjęciu od poszczególnych cen zakładanego kosztu surowca pozostają nam następujące kwoty w miesiącu: 5,39 pln razy 22 dni robocze razy 178 sztuk dziennie= 21 107,24 pln plus 1,95 pln razy 22 dni robocze razy 2 sztuki dziennie= 85,8 pln plus 5,83pln razy 30 dni razy 50 sztuk dziennie= 8 745,00 pln. Suma tych 3 składowych daje nam kwotę: 29938,04 pln (dwadzieścia dziewięć tysięcy dziewięćset trzydzieści osiem złotych 04/100 ).

Zarzut zamawiającego, że odwołujący chce robić posiłki w cenie 1,95 jest więc całkowicie chybiony. Zamawiający pomylił po prostu pożytcie kosztowa z przychodowa. Tak samo błędne jest sformułowanie zamawiającego, że posiłki bezmięsne będą robione poniżej ceny 1,95 lub ceny 3,45 pln — oczywiście punktem odniesienia powinna być t kwota 6,05 (to tylko w zakresie zakupu surowca)

i oczywiste jest, że jeżeli zabraknie droższego składnika czyli mięsa to średnia cena nie powinna przekraczać ceny droższego dania. Odwołujący stwierdził, że nie jest też prawdą, że posługuje się kwotami niezgłoszonymi w ofercie tj. 178x5,53x22dni, 2x1,95x22dni, 50x5,83x30dni, ponieważ są to kwoty wynikające z kalkulacji, a nie z oferty. Ponadto to kwoty pokazujące przychody po zakupach surowca, a na takie pozycje nie było miejsca w formularzu ofert.

Odwołujący podniósł, że zamawiający wezwał go do złożenia wyjaśnień w najkrótszym możliwym terminie ustawowym. Termin zbiegał się ze okresem świąt wigilijnych, a kończył w we wtorek 27 grudnia 2016 roku czyli pierwszego dnia roboczego po świątach. Odwołujący miał faktycznie tylko kilka godzin na przygotowanie wyjaśnień.

Odwołujący stwierdził, że kolejne pozycje w kalkulacji to koszty stałe:

- pensje 5 pracowników - są to po prostu kwoty obciążające pracodawcę przy wypłacie minimalnego wynagrodzenia w wysokościach pensji minimalnej od stycznia 2017 roku - ich wysokości nie trzeba uwiarygodniać ponieważ to kwoty ustawowe i każdy może je sprawdzić choćby na stronie rządowej.

- koszty przyszłe paliwa, energii, gazu określone zostały na podstawie doświadczenia swojego i współpracowników

W ocenie odwołującego, nie ma podstaw do tego, by w takim wyjaśnieniu rozpisywać pobory mocy każdego urządzenia, wyliczać ile będzie chodziła zamrażarka itp. itd. - jeszcze biorąc pod uwagę czy jest np. lato, czy zima, rodzaj surowca itd. Są to koszty poboczne, szczegóły, które nie mają wpływu istotnego na zaoferowaną cenę ostateczną oferty. W sumie odwołujący oszacował te koszty na poziomie 15 748,00 pln i te koszty zostały zawyżone bo np. kierowca nie musi pracować na pełny etat skoro posiłki maja być

dowiezione w 3 godziny (11-14). Po odjęciu od kwoty pozostałej po zakupie surowca czyli 29938,04 pln, kwoty kosztów stałych czyli 15 748,00 pln. Pozostaje na jeszcze kwota 14 190,04 złotych wolnych środków. Odwołujący nie określił tej kwoty jako zysk tylko jako kwota, która ma jeszcze w miesiącu w rezerwie. Podnosi to możliwą cenę, jaką może wydać na posiłek o około 3 złote na sztuce.

Odwołujący stwierdził, że jeżeli rozbije koszty stałe na liczbę posiłków w miesiącu czyli (178x22plus 2x22plus 50x30 = 5460 sztuk miesięcznie)

14 190,04pln / 5460szt.= 2,88 pln

to koszt wykonania posiłku wyniesie 2,88 (jednostkowy koszt stały wynikający z kosztów stałych) plus 6,05 cost food plus około 3 złotych REZERWY na I posiłek. (jeśli będzie niewykorzystana, to będzie zyskiem spółki)

Odwołujący stwierdził, że jego konkurent, który nie został poproszony o złożenie wyjaśnień podał *de facto* cenę wykonania posiłku zaledwie o 0,56 groszy wyższą. Chodzi tutaj o koszt sporządzenia głównej, największej części zamówienia czyli 178 posiłków dziennie - tutaj cena oferty Deko Smaku była 12 złotych , a odwołującego 11,44 pln. Różnica to zaledwie 0,56 groszy. Różnica w cenie całej oferty odwołującego i oferty konkurenta dotyczy głównie kosztu dowiezienia 50 posiłków do podopiecznych MOPS i tylko w tym zakresie drugi oferent złożył ofertę wyższą w sposób widoczny — bo nie w sposób istotny na cenę kosztu przygotowania posiłku.

Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 lutego 2015 r. (sygn. akt: KIO 132/15), z którego wynika, że „z samego braku dowodu nie można jeszcze wywodzić, iż cena jest rażąco niska, a przedmiotem oceny pozostają wówczas wyjaśnienia samego wykonawcy. Jeżeli wykonawca powołuje się na właściwe tylko jemu okoliczności powodujące możliwość znacznego obniżenia ceny i możliwe jest wsparcie tej argumentacji dowodem, to wówczas taki dowód powinien być przedłożony zamawiającemu, aby uczynić wyjaśnienia przekonującymi dla zamawiającego. O tym czy, dany dowód jest możliwy do uzyskania decydować będzie charakter okoliczności powoływanych przez wykonawcę. Jeżeli są one obiektywnie możliwe do stwierdzenia w postaci zaświadczeń, informacji wytworzonych przez podmioty niezależne od wykonawcy to wówczas taki dokument będzie

miał walor dowodowy wykraczający poza samą treść wyjaśnień wykonawcy (np. zaświadczenie o zwolnieniu podmiotowym, uzyskanych upustach od dostawców, i inne wpływające na cenę). Jeżeli natomiast okoliczności, jakie przywołuje wykonawca w wyjaśnieniach dotyczą wyłącznie założeń przyjętych do kalkulacji ceny, to wówczas trudno jest oczekiwać od wykonawcy, aby posiadał i przedłożył dowody mające inny walor niż oświadczenie własne wykonawcy. W takiej sytuacji w zasadzie ustalenie, czy cena ma charakter ceny rażąco niskiej, opierać się będzie na samych wyjaśnieniach wykonawcy.”

Odwołujący stwierdził, że odniesienie zarzutu o rażąco niskiej cenie do jednego lub niektórych tylko elementów ceny ( 1,95 czy 3,45 ) powoduje, że zarzut ten jest nietrafny, ponieważ zamawiający nie powinien ingerować w zasady przeprowadzenia kalkulacji wewnętrznej dokonanej przez wykonawcę;

Odnosząc się do zarzutu, że odwołujący powołuje się na okoliczności przyszłe i niepewne (dotyczy dotacji PFRON dla osób niepełnosprawnych), odwołujący podkreślił, że zatrudnienie takich osób było warunkiem społecznym przetargu, a odwołujący ma możliwość skorzystania z refundacji kosztów pracy przez PFRON - chociaż wcale nie musi tego robić. Samo zaś refundowanie wynika wprost z ustawy i nie ma tam elementu niepewności.

Odwołujący podniósł, że zamawiający powinien zakończyć proces wyjaśnienia ceny i kosztu do chwili gdy zgromadzone wyjaśnienia i dowody pozwalają mu w sposób obiektywny ocenić te elementy. Sankcję odrzucenia oferty z powodu spóźnionych wyjaśnień dotyczących elementów oferty wpływających na wysokość ceny ustawa p.z.p. przewiduje wyłącznie w okolicznościach, gdy zamawiający stwierdzi rażąco niską cenę z powodu udzielenia pomocy publicznej - w odniesieniu do pozostałych parametrów oceny wymienionych w przepisie art. 90 ust. 2 ustawy p.z.p. nie ma takiej sankcji, wobec czego zamawiający może przyjąć wyjaśnienia złożone po czasie. W związku z powyższym zamawiający nie powinien być odmawiać nam prawa do złożenia dodatkowych wyjaśnień. Ponadto zamawiający w ogóle nie odniósł się do innych informacji zawartych w wyjaśnieniach tj.

- faktu sporządzenia kalkulacji przez osobę, która przez wiele lat wykonywała dla zamawiającego tożsamą usługę w spółce Fischer Group oraz jej kwalifikacji zawodowych (technik technolog zbiorowego żywienia)

- informacji o braku konieczności dokonania jakichkolwiek inwestycji (lokal jest w pełni wyposażony i przygotowany do celów zbiorowego żywienia) zarówno technicznych jak i technologicznych.

Odwołujący stwierdził, że oferował także w wyjaśnieniach, że jeśli zamawiający ma jeszcze wątpliwości co do ceny, to może przygotować szczegółowe kalkulacje konkretnych dań.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 9 stycznia 2017 roku zamawiający wniósł o:

1. Oddalenie odwołania,
2. Przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do pisma.

Zamawiający stwierdził, że na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., wezwał odwołującego się do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny w zakresie wskazanym w wezwaniu. Na powyższe wezwanie wykonawca udzielił pisemnej odpowiedzi nie załączając żadnych dowodów na podane tezy i twierdzenia. Z przywołanego art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. wynika, że integralną częścią wyjaśnień są złożone dowody. Wykonawca powinien „złożyć” dowody, a więc przedłożyć zamawiającemu stosowne dokumenty lub inne środki dowodowe albo odwołać się do bezspornych i powszechnie dostępnych źródeł dowodowych.

Zamawiający podniósł, że od 19 października 2014 r., ustawą z dnia z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy -Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2014r. poz.1232 ) nadano nowe brzmienie ww. przepisowi. Po tej zmianie postępowanie dotyczące rażąco niskiej ceny ma charakter dowodowy a nie wyjaśniający, na co wskazują również nowe brzmienia art. 90 ust. 2 i 3 ustawy. Złożenie więc lakonicznych „wyjaśnień” wraz z wnioskiem o poprawienie przez zamawiającego - z góry założonych - pomyłek, bez załączenia jakiegokolwiek dowodu nie może być uznane za spełnienie wymogu, o którym mowa w ww. przepisie. Odwołujący nie przedłożył zamawiającemu ani cennika dostawcy, u którego nabywał będzie produkty do wytworzenia posiłków, ani potwierdzenia zatrudnienia liczby osób wskazanych w kalkulacji ani żadnego innego potwierdzenia faktów i kosztów przywołanych w wyjaśnieniach.

Zamawiający stwierdził, że nie znalazł podstawy prawnej wzywania wykonawcy do uzupełnienia tego braku formalnego o dowody, gdyż zakres możliwości wezwania do uzupełnienia dotyczy spełniania warunków udziału w postępowaniu. Tym bardziej, że nowa treść art. 90 ust 3 wskazuje wyraźnie, iż niezłożenie wyjaśnień - rozumianych jako wyjaśnień „wraz z dowodami” powoduje odrzucenie oferty.

Zamawiający podniósł, że nie jest także prawdą twierdzenie zawarte w odwołaniu, iż zamawiający wyznaczył najkrótszy możliwy termin na złożenie wyjaśnień, który rzekomo utrudnił ich złożenie. Zauważyć, że w tej kwestii ustawa nie wyznacza żadnego terminu, zaś wskazanie pięciodniowego terminu - nie licząc dnia doręczenia, uwzględniło fakt trwania okresu świątecznego i dawało wykonawcy kilka dni roboczych na opracowanie odpowiedzi i dowodów. Należy także zwrócić uwagę, że zamawiający także musiał zrealizować te czynności i rozstrzygnąć przetarg w terminie umożliwiającym zawarcie umowy najpóźniej w dniu 11 stycznia 2017r., uwzględniając jeszcze termin z art. 29 ust. 2 ustawy.

Zamawiający stwierdził, że odwołujący się przyjmuje też bezzasadne założenie, że zamawiający powinien tak długo wzywać do dodatkowych wyjaśnień aż wykonawca skutecznie udowodni, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Nie można się z tym zgodzić. Wskazywana przez odwołującego się potrzeba zasięgnięcia przez zamawiającego dodatkowych wyjaśnień dotyczy sytuacji, gdy w złożonych wyjaśnieniach zachodzą pewne nieścisłości, niespójności lub nie wyjaśniono wszystkich aspektów. Nie stoi zaś za tym oczekiwanie by zamawiający tak długo uzupełniał informacje aż dojdzie do przekonania, że cena nie jest rażąco niska.

Zamawiający podniósł, że – niezależnie od powyższego – zamawiający dokonał analizy złożonej odpowiedzi, i nawet gdyby hipotetycznie przyjąć wiarygodność wszystkich złożonych wyjaśnień oraz przyjąć założenie, że są one „udowodnione” i tak nie można przyznać, że wykonawca wykazał, iż cena oferty nie jest rażąco niska. Przede wszystkim przy ocenie oferty z tego punktu widzenia należy brać pod uwagę wszystkie aspekty i okoliczności związane z realizacją zamówienia. O rażąco niskim charakterze ceny zaproponowanej w ofercie świadczy m. in. fakt, iż ten sam posiłek oferowany w cenie 11,40 zł. w punkcie żywieniowym - dostarczany (a więc z uwzględnieniem kosztów dowozu) do domu dziennego pobytu kosztuje już tylko 8,46 zł., zaś z usługą dowozu do domu klienta łącznie 11,88 zł. Sam więc odwołujący się ujawnia, że cena tych posiłków (jednakowych tego samego dnia) została sztucznie zaniżona a sposób jej zaniżenia można ocenić jako rażący i

spekulacyjny. Konstrukcja oferty składa się z trzech oferowanych świadczeń, zatem zamawiający musiał ocenić wszystkie te elementy oferty.

Zamawiający stwierdził, że należy zaprzeczyć tezie odwołującego się, że zaoferowana cena nie różni się znacząco od cen w poprzednich latach. Przekonanie to jest oparte na błędnym założeniu, że w poprzednich latach istniał identyczny zakres zamówienia. Odwołujący się przywołuje różne globalne wartości udzielonych zamówień w poprzednich latach, jednak nie dostrzega, że wówczas również zakres zamówienia był inny (tzn. inna liczba punktów żywieniowych, brak wymagań odnośnie podawania posiłków w szklanych naczyniach, inna liczba wydawanych posiłków itp.). Z tego też względu dokonując oszacowania wartości przedmiotu zamówienia na ten rok, zamawiający uwzględnił nie tylko wartość podobnego zamówienia udzielonego w okresie ostatnich 12 miesięcy, ale także dokonał pisemnego „rozeznania rynku”, w wyniku którego ustalono uśrednioną szacunkową cenę jednego posiłku wydawanego w punkcie żywieniowym na kwotę 13,20 zł. brutto (nie licząc wartości dowozu posiłków do domu dziennego pobytu lub mieszkań klientów) oraz 14,50 zł. posiłku z dowozem. W zestawieniu z tą wartością złożona przez odwołującego się oferta w każdym aspekcie odbiegająca od wartości zamówienia wynikającej z rozeznania rynku uprawniała zamawiającego do oceny, że zaoferowana cena w ofercie odwołującego się jest rażąco niska.

Rażące zaniżenie ceny jest dla zamawiającego bardzo istotną okolicznością, która przekłada się na standard i jakość wydawanych posiłków, a tym samym spełnienie zadania w postaci zapewnienia posiłków o wysokiej jakości dla klientów Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej w Tomaszowie Mazowieckim. Zaoferowana cena przez odwołującego się budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Potwierdzają to nawet dowody załączone do odwołania; np. faktura na niską cenę mięsa - obniżoną ze względu na bardzo krótki termin przydatności do spożycia (Faktura VAT nr 407400379).

Zamawiający dostrzega także, że przy większym stanie gwarantowanego zatrudnienia dodatkowych osób (dwie osoby nowozatrudnione wymagane w SIWZ oraz dodatkowo zaoferowane 3 osoby nowozatrudnione = 5 osób) odwołujący się nie uwzględnił kosztu zatrudnienia tych osób. Jak się okazało ze złożonych wyjaśnień - odwołujący przewiduje że nie poniesie żadnego realnego kosztu zatrudnienia tych osób licząc na refundację z PFRON. Zamawiający podniósł, przysługujące środki z PFRON są

„dofinansowaniem” częściowym wynagrodzenia, a nie jego sfinansowaniem. Ponadto uzyskanie dofinansowania jest obwarowane wieloma innymi uwarunkowaniami, których spełnienie daje dopiero możliwość jego uzyskania. Warunki te określają szczegółowo art. 26 a - 26e ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych. Oznacza to, że zamawiający prawidłowo ocenił zaoferowaną cenę jako rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca C. D. . Przystępujący poparł stanowisko odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania.

### **Izba ustaliła, co następuje:**

Pismem z dnia 22 grudnia 2017 roku zamawiający, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień z uwagi na to, że zaoferowana cena oraz jej istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Zamawiający - Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Tomaszowie Mazowieckim - zwrócił się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania dostępnych dla Wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska.

Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy.

Zamawiający stwierdził, że wyjaśnień w powyższym zakresie, w tym złożenia dowodów oczekuje w terminie 5 dni od daty doręczenia niniejszego wezwania. Zamawiający odrzuci ofertę wykonawcy, jeżeli nie udzieli wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z złożonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

W wyznaczonym terminie odwołujący złożył wyjaśnienia następującej treści:

Danie mięsne		Cena za kilogram	porcji
chleb	200g	3	0,6
zupa	0,5l	1,6	0,8
ziemniaki	300g	1	0,3
mięso schab	300g	15	4,5
Surówka	150	3	0,45
Razem			6,65

Danie mięsne			
Ryż	200g	2	0,4
Mięso ćwiartka	300g	4	1,2
surówka	150g	3	0,45
zupa	0,5l	1,6	0,8
Pieczywo	200g	3	0,6
Razem			3,45

Średnia  $(6,65 + 3,45)/2 = 5,05$

Opakowanie 1

Zostaje 21107,24

178\*5,39\*22 dni 85,8

2\*1,95\*22 dni 8745

50\*5,83\*30 dni

Pensja brutto

Kucharz	2409,6
Kucharz	2409,6
Kucharz	2409,6
Kierowca	2409,6
Pomoc	12048
	1200
Paliwo	1500
Opłaty	1000
Czynsz	15748
Razem koszty	29938,04
Pozostaje	15748

Nie korzystamy z innej pomocy państwa

Nasza kalkulacja stanowi tajemnicę handlową i nie wyrażamy zgody na jej udostępnianie poza zakres konieczny do rozstrzygnięcia przetargu.

Proszę także o ewentualne poprawienie drobnych błędów rachunkowych,

proszę także w razie wątpliwości o zadanie pytań w celu ich wyjaśnienia. Pozostaje nam duży margines na ewentualne zmiany cen itp., zwiększenie zatrudnienia itp.. Dzięki temu możemy zwiększyć koszt dania nawet o 3pln, a druga oferta była wyższa zaledwie o 0.6 pln

Kalkulacje sporządzane są przez panią J. K. zawodowe i pedagogiczne - technika, technologa zbiorowego żywienia, która ma wieloletnie doświadczenie. Oprócz tego robiła propozycje dań i kosztorysy dla spółki Fischer Group, która przez wiele lat realizowała to samo zadanie dla MOPS i zawsze uzyskiwała pozytywne rekomendacje pani Dyrektor S. .

Inne osoby zatrudnione przy tym zadaniu także posiadają doświadczenie przy zbiorowym żywieniu.

Zakład nie wymaga żadnych nakładów inwestycyjnych ani pod względem technicznym ani technologicznym.

Na żądanie MOPS możemy przedstawić dodatkowe kalkulacje oparte np. na konkretnym jadłospisie.”

Pismem z dnia 28 grudnia 2017 roku zamawiający poinformował, że na podstawie art. 89. ust. 1 pkt. 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2015r. poz. 2164 z późn. zm.) odrzuca ofertę złożoną przez: GEMINI GRUP Sp. z o.o., ponieważ wykonawca nie udzielił wyjaśnień wraz z załączeniem dowodów oraz ponieważ dokonana ocena wyjaśnień (bez dowodów) potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia

Zamawiający stwierdził, że pismem z dnia 22 grudnia 2016 roku na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2015r. poz. 2164 z późn. zm.)-zwana dalej Pzp, wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień oraz złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny, ponieważ uznał iż zaoferowana cena wydaje się być rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego oraz wynikających z odrębnych przepisów.

Wątpliwości te Zamawiający powziął biorąc pod uwagę stawki tego samego typu usług stosowane na lokalnym rynku w ostatnich latach.

W szczególności Zamawiający ocenił cenę zaoferowaną w stosunku do najniższej ceny oferowanej przez Wykonawców w tego samego typu zamówień w ostatnich latach. Z porównania tego wynika, iż zaproponowana cena jest niższa w stosunku do stosowanej w ubiegłym roku a w niektórych zamówieniach nawet przed kilkoma laty. Źródłem powyższych wątpliwości jest ogólny wskaźnik wzrostu cen towarów konsumpcyjnych na lokalnym rynku.

Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp 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.

Podstawą odrzucenia są dwie hipotezy tego przepisu. Nie można bowiem uznać aby złożone pismo stanowiło wyjaśnienie w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż jego integralną częścią powinno być złożenie dowodów potwierdzających zasadność zastosowanej ceny. Przedłożone pismo zawiera tylko ogólną kalkulację i wyliczanie dokonane we własnym zakresie przez Wykonawcę bez wskazania dowodów potwierdzających możliwość świadczenia usługi po tych cenach. W szczególności Wykonawca nadal podaje ogólne ceny poszczególnych składników posiłków np. zupa lub surówka, nie wskazując jakie składniki kosztowe ukształtowały osiągnięcie tej ceny, np.: litr zupy kosztuje 1,60 zł za kg (litr) lub surówka 3,00 zł za kg.

Z tego względu nie można uznać, aby dokonano złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie. Nie można uznać, że wykonawca podając ogólną cenę produktu wieloskładnikowego (np. zupy lub surówki) dokonuje wyjaśnień na temat sposobu ukształtowania tej ceny. Nadal jest to niejasne dla zamawiającego i uniemożliwia weryfikację w zakresie rażąco niskiego poziomu ceny.

Również istotny jest brak jakichkolwiek dowodów na potwierdzenie sposobu ukształtowania ceny oraz takich wydatków jak pensja brutto kucharza, kierowcy, pomocy, paliwa, opłat, czynszu.

Niezależnie od powyższego należy podnieść, że przedstawione przeliczenie dotknięte jest wewnętrznymi błędami oraz nieścisłościami w wyliczeniach, które powodują, iż Wykonawca nie wywiązał się z obowiązku, o którym mowa w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp tj.

wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Przy zbiorowym wyliczeniu Wykonawca zastosował bowiem stawki, które wcześniej nie zostały wskazane w przykładowym rozliczeniu wartości posiłku tj.: 178x5,53x22dni, 2x1,95x22dni, 50x5,83x30dni.

Zamawiający może jedynie przypuszczać, że w tej wartości ostatecznie Wykonawca zdefiniował koszt posiłku w Domu Dziennego Pobytu na kwotę 1,95 zł. Biorąc pod uwagę powyższą wartość oraz podany koszt drugiego z analizowanych dań tj. 3,45 zł Zamawiający uznaje, iż potwierdza to fakt, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przedkłada to się automatycznie na zgodność wykonania zamówienia z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia tj.: „(...) Gorące posiłki muszą być przygotowywane zgodnie z zasadami racjonalnego żywienia, powinny być urozmaicone, o wysokiej wartości odżywczej, sporządzone z pełnowartościowych produktów z uwzględnieniem sezonowości ich występowania. (...)”. Ten element opisu przedmiotu zamówienia wskazuje na znaczenie jakie Zamawiający przypisał jakości posiłków wydawanych swoim klientom. Celem Zamawiającego było zapewnienie posiłków wysokiej jakości i kaloryczności, zaspokajającej podstawową potrzebę bytową jaką jest zapewnienie gorącego posiłku osobom tego potrzebującym.

Pomimo wniosku Wykonawcy o poprawienie drobnych błędów rachunkowych Zamawiający nie mógł tego dokonać we własnym zakresie. Prawo nie przewiduje również możliwości wezwania Wykonawcy do uzupełnienia lub poprawienia złożonych wyjaśnień, gdyż te zastrzeżone są jedynie do ściśle określonych dokumentów wymienionych w art. 26 ust. 3 i 3a ustawy Pzp.

Zważywszy także należy, że Wykonawca przyjął jako element kształtowania kosztu okoliczność przyszłą i niepewną jaką jest możliwość otrzymania dotacji z PFRON na zatrudnienie niepełnosprawnych osób. Ze względu na swój charakter okoliczność ta nie może być ujęta jako wiarygodna na podstawie tak niskiego ukształtowania ceny.

Powyższe okoliczności wskazują więc, że nie doszło do złożenia wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wraz z załączonymi dowodami. A ponadto analiza samych danych przedłożonych w arkuszach potwierdza, że cena w zakresie obejmującym koszt wytworzenia posiłków jest rażąco niska. Wskazuje ona na to, iż zastosowane produkty nawet osiągnęte w tych stawkach nie będą zapewniały najwyższej wartości produktu. Co tym

bardziej należy negatywnie ocenić wobec złożonego wyjaśnienia, że dania bezmięsne oraz mięsno-warzywne mogą być przygotowane po jeszcze niższym koszcie wytworzenia, a więc jeszcze niższym niż kwota 3,45 zł -wskazana jako koszt wytworzenia najtańszego posiłku.

Przy ocenie tej Zamawiający wziął pod uwagę zarówno obowiązujące ceny rynkowe jak i uwarunkowania lokalnego rynku, a także ceny zakupu posiłków z poprzednich lat.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Biorąc więc pod uwagę obie te podstawy tj.: art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, Zamawiający postanowił odrzucić złożoną ofertę.

Brak udzielonych wyczerpujących informacji oraz brak załączonych dowodów a także przedstawiony sposób kalkulacji ceny wskazuje, iż Zamawiający udzielając zamówienia w tej cenie ponosi ryzyko jakości i należytego wykonania tak istotnego zamówienia jakim jest zapewnienie gorącego posiłku klientom MOPS.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony jest korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy,

oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Izba wskazuje na brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p., odnoszącego cenę do wartości przedmiotu zamówienia – ma to być „cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Tym samym, to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających... etc. Definicja tego typu została wypracowana w orzecznictwie i nie występują w tym zakresie kontrowersje.

Analiza treści wskazanego przepisu pozwala na wniosek, iż zamawiający jest obowiązany żądać od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień każdorazowo, gdy tylko powźmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny pod względem jej rażącego zaniżenia. Podkreślenia wymaga, że sformułowanie „budzą wątpliwości” wskazuje na wrażenie zamawiającego charakteryzujące się dużym stopniem subiektywności. Ustawa w tym zakresie nie wskazuje żadnych przesłanek uzasadniających konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Zamawiający może powziąć wątpliwości w oparciu o szereg czynników, w tym doświadczenie nabyte przy udzielaniu tego rodzaju usług, znajomość cen obowiązujących na rynku, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu itp.

Fakt, iż w przedmiotowym postępowaniu, w odniesieniu do oferty przystępującego, zamawiający tego rodzaju wątpliwości podjął, wynika z pisma z dnia 22 grudnia 2016 roku, gdzie zamawiający wprost stwierdził, że cena oferty w części wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy P.z.p., obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy.

W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym ciężar ten spoczywał na odwołującym, który wszakże - w ocenie Izby - ciężarowi temu nie sprostał. Podkreślenia wymaga, że wykonawca broniący swojej oferty, winien w szczególności wykazać zasadność i rzetelność wyjaśnień złożonych w wyniku wezwania wystosowanego przez zamawiającego na mocy art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. Izba w postępowaniu odwoławczym ocenia bowiem zgodność z prawem czynności zamawiającego, czyli - w rozpoznawanym przypadku - trafność oceny złożonych wyjaśnień.

Dokonując analizy wyjaśnień złożonych przez odwołującego, Izba stwierdziła, iż wyjaśnienia te są zbyt ogólne, by uznać je za wystarczające do uznania, że wykonawca ten nie zaoferował rażąco niskiej ceny. Przede wszystkim wyjaśnienia te, w zakresie podanych wartości, są bardzo niejasne i niezrozumiałe, że nie sposób ocenić, w jaki sposób wpływają na obniżenie ceny. Odwołujący wskazał kilka wartości, które uwzględnił przy kalkulacji ceny, ale są one nieczytelne i mało rzeczowe. Tymczasem dla wyjaśnienia elementów ceny mających wpływ na jej wysokość istotne są właśnie konkretne wartości i ich wpływ na cenę. Nie sposób ocenić, czy przyjęte stawki są stawkami realnymi, skoro nie zostały one oparte żadnymi dowodami. Izba nie dała wiary stanowisku odwołującego, że nie dysponował on żadnymi dowodami, które mógł złożyć na wezwanie zamawiającego. Dowodami takimi mogą być umowy z dostawcami, faktury i rachunki potwierdzające koszty wykorzystywanych mediów, umowy o pracę z zatrudnionymi pracownikami, listy płac i wiele innych. Wobec braku jakichkolwiek konkretnych danych, ocena zasadności przyjętych wartości jest po prostu niemożliwa.

Odnosząc się do wyjaśnień i danych zawartych w odwołaniu, Izba wskazuje, że informacje takie winny być przekazane przez odwołującego zamawiającemu, w związku z wystosowanym przez niego wezwaniem z dnia 22 grudnia 2016 roku, nie zaś dopiero w postępowaniu odwoławczym przed Izbą. W tym zakresie Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 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 prowadziłoby do niczym nie uzasadnionego przedłużenia (...) terminu udzielonego do przedstawienia wyjaśnień. Z tego powodu wnioski dowodowe zamawiającego nie zostały dopuszczone, gdyż odmienna decyzja prowadziłaby 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 Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 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.*

W ocenie Izby brak jest podstaw do 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 się nie ustosunkował. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 25 kwietnia 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”.

Z uwagi na powyższe Izba uznała, iż odwołujący nie wykazał, iż zaferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, co winno skutkować odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p.

Izba oddaliła zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. oraz art. 90 ustawy P.z.p. poprzez wskazanie ich obu jako podstawy odrzucenia oferty odwołującego. W myśl art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p., zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p., 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. W ocenie Izby w rozpoznawanej sprawie nie zaszyły przesłanki, o których mowa w art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p., ponieważ odwołujący udzielił wyjaśnień a ich ocena nie potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Złożone wyjaśnienia nie potwierdzają jednak również faktu, że cena nie jest rażąco niska, co uzasadnia odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. i powoduje, że sama czynność odrzucenia oferty odwołującego jest prawidłowa i zasadna.

Izba oddaliła zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów mających wpływ na zaoferowaną przez niego cenę. Odwołujący nie wyjaśnił bowiem, dlaczego w jego ocenie cena przystępującego jest rażąco niska i nie podał żadnych argumentów oraz dowodów na poparcie podniesionego zarzutu. Podkreślić należy, że sam fakt, iż jeden z wykonawców jest wezwany do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., a drugi nie, nie stanowi jeszcze przesłanki do postawienia zarzutu w tym zakresie. Zarzut zaniechania wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień winien być poparty uzasadnionym stanowiskiem odwołującego co do konieczności wezwania innego wykonawcy do wyjaśnienia zaoferowanej przez niego ceny.

Izba nie uwzględniła żądania wezwania zamawiającego do wskazania metody i sposobu oszacowania zamówienia i – w przypadku stwierdzenia przeszacowania – nakazania unieważnienia postępowania. Izba wskazuje, że przesłanki unieważnienia postępowania zawarte są w art. 93 ustawy P.z.p. i ewentualne przeszacowanie wartości postępowania nie jest uwzględnione we wskazanym artykule jako jedna z podstaw unieważnienia.

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

Izba nie uwzględniła wniosku przystępującego o zasądzenie na jego rzecz kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą. W myśl § 5 ust. 3 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 ze zm.), w przypadku oddalenia odwołania, przez Izbę:

- 1) Izba zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty, o których mowa w § 3 pkt 2;
- 2) jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba zasądza od odwołującego na rzecz wnoszącego sprzeciw koszty, o których mowa w § 3 pkt 2.

Z powyższego wynika, iż koszty postępowania odwoławczego przysługują przystępującemu jedynie w przypadku korzystnego dla niego rozstrzygnięcia w sytuacji, gdy zamawiający uprzednio uwzględnił odwołanie, a przystępujący wniósł sprzeciw wobec takiego uwzględnienia, co w rozpoznawanym przypadku nie miało miejsca.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

.....