

Sygn. akt: KIO 2251/11

WYROK

z dnia 3 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 października 2011 r. przez **Kancelarię Radców Prawnych Ćwik i Partnerzy Spółka partnerska w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Finansów Departament Finansów Resortu w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Pawła Graneckiego prowadzącego Kancelarię Doradztwa Prawnego Paweł Granecki w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **Kancelarię Radców Prawnych Ćwik i Partnerzy Spółka partnerska w Warszawie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Kancelarię Radców Prawnych Ćwik i Partnerzy Spółka partnerska w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Ministerstwo Finansów Departament Finansów Resortu w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na doradztwo prawne i reprezentację prawną przy prowadzeniu postępowań realizowanych w ramach Projektów Programu „e-Podatki”: „e-Deklaracje 2”, „e-Podatki: i „e-Rejestracja”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 19 października 2011 roku wykonawca Kancelaria Radców Prawnych Ćwik i Partnerzy Sp. partnerska w Warszawie (dalej: odwołujący się) wniósł odwołanie na czynność oceny ofert złożonych w postępowaniu, w szczególności na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Kancelarię Doradztwa Prawnego Paweł Granecki (przystępujący) oraz odrzucenie oferty odwołującego się, a przez to zaniechanie uznania złożonej przez odwołującego się oferty za najkorzystniejszą.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe i niezgodne ze stanem faktycznym zastosowanie, w szczególności przez odrzucenie oferty odwołującego się pomimo, iż nie zawiera ona rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 2) art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego się mimo, iż udzielił on obszernych i wyczerpujących wyjaśnień, a udzielone wyjaśnienia nie potwierdziły (a co jest warunkiem koniecznym odrzucenia oferty i co wprost i literalnie wynika z przepisu ustawy Pzp), że oferta odwołującego się zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 3) art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez nieuwzględnienie wyjaśnień złożonych przez odwołującego się lub niewłaściwe zrozumienie bądź brak zrozumienia złożonych w tym zakresie wyjaśnień odwołującego się,
- 4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia z naruszeniem zasad zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w szczególności przez bezpodstawne i nie znajdujące uzasadnienie w przepisach prawa odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego się,

Odwołujący wniosk o:

- 1) unieważnienie dokonanej przez zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienie dokonanej przez zamawiającego czynności oceny złożonych w postępowaniu ofert,
- 3) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny złożonych w postępowaniu oferty, z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego,
- 4) nakazanie zamawiającemu uznania oferty złożonej przez odwołującego za niepodlegającą odrzuceniu, w tym za niezawierającą rażąco niskiej ceny,
- 5) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej i uznania oferty złożonej przez odwołującego za najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu,

W uzasadnieniu odwołujący się podniósł, że dnia 8 września br. zamawiający wystąpił do odwołującego z prośbą o „udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny”. Odwołujący udzielił stosownych, obszernych wyjaśnień, zawierających kalkulacje kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia, w szczególności te dotyczące kosztów roboczogodziny.

Odwołujący zwrócił uwagę Zamawiającego na dane statystyczne traktujące o przeciętnym wynagrodzeniu za ostatnie kwartały 2011 r. publikowane w postaci komunikatów/obwieszczeń Prezesa GUS w Monitorze Polskim - kwoty te oscylują w granicach kwoty 3500 zł czy też przeciętne w województwie mazowieckim wynagrodzenie brutto w sektorze przedsiębiorstw (lipiec 2011) 4407,09 zł. Odwołujący zwrócił dodatkowo uwagę, iż przeciętnie w miesiącu kalendarzowym jest 23 dni roboczych. W konsekwencji powyższego rzeczywisty koszt roboczogodziny pracownika wynagradzanego na poziomie powyżej wskazywanych przeciętnych wynagrodzeń wynosi w granicach 20 - 24 zł.

Przedstawiciel Odwołującego, mec. Dariusz Ówik wyjaśnił jednocześnie, iż jako wspólnik spółki partnerskiej - partner Kancelarii świadczy poza Kancelarią pomoc prawną także na podstawie umowy o pracę przy jednoczesnym braku stałego uposażenia z tytułu zarządzania Kancelarią jako spółką partnerską czy też innych świadczeń realizowanych w związku z jej funkcjonowaniem. Stanowi to więc o obniżeniu kosztów jednostkowego zatrudnienia oraz redukcji kosztów odwołującego w ogóle.

Odnosząc się do poszczególnych tez odwołujący podniósł, iż wskazywani w ofercie pracownicy nie są zatrudniani w związku ze złożoną ofertą, a są na stałe zatrudnieni w Kancelarii, przy czym dysponują stanowiskami pracy pozwalającymi na sprawne i prawidłowe realizowanie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący się podkreślił, że zamawiający nie określił szacowanego przez siebie minimalnego poziomu liczby godzin na rzecz realizacji poszczególnych etapów. Z tego względu oczekiwanie zaoferowania ceny o wartości ryczałtowej za poszczególne etapy wynika tak naprawdę w zdecydowanej mierze z dotychczasowego doświadczenia Kancelarii. Mając na względzie, że członkowie zespołu Kancelarii świadczą tego rodzaju usługi na co dzień, dokonanie oceny czasochłonności nie rodziło większego rodzaju trudności. Istotnym także z punktu widzenia czasochłonności realizowanego wsparcia prawnego jest okoliczność trybu postępowania narzuconego przez zamawiającego - przetargu nieograniczonego, co w naturalny sposób zmniejsza liczbę hipotetycznych sporów-odwołań do KIO. Bardzo istotnym z punktu widzenia przy dokonywaniu wyceny była analiza dotychczasowego doświadczenia ze współpracy z Ministerstwem Finansów w postępowaniu na opracowanie Koncepcji transformacji działania administracji podatkowej w ramach Programu e-Podatki obejmującego projekty e Deklaracje2, e Podatki i e Rejestracja e-Podatki. W trakcie tej współpracy materiały przygotowywane przez pracowników Ministerstwa były w znakomitej większości na wysokim poziomie nie tylko merytorycznym, ale także w zakresie zgodności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, czego nie sposób pominąć w toku przygotowań do złożenia oferty konkurencyjnej, co wynika wprost z choćby prowadzonej korespondencji - zamawiający dysponuje tymi samymi osobami ze swojej strony do realizacji przedmiotowego projektu, jak w ramach ww. programu e-Podatki kilka lat temu.

W ocenie odwołującego złożona oferta nie zawiera ceny, która w jakikolwiek sposób mogłaby zostać uznana za rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, w szczególności w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący podkreślił, że zaoferowana cena jest wynikiem rzetelnej wyceny oraz świadomego działania, nie jest wynikiem błędu ludzkiego, zawiera wszelkie koszty związane z realizacją całości zamówienia oraz mieści się w granicach prawa, tj. nie jest skierowana przeciwko jakimkolwiek innym podmiotom, nie jest ceną dumpingową i zawiera w sobie

Odwołujący się stwierdził ponadto, że spośród zakresu oczekiwanych czynności w ramach przedmiotowego zamówienia wyłącznie w zakresie ewentualnego zastępstwa przed SO istnieje konieczność angażowania osób z tytułem radcy prawnego - wszystkie pozostałe mogą być realizowane bez tego poziomu kwalifikacji.

Argumentacja prezentowana w samej informacji o odrzuceniu oferty nie skutkuje udowodnieniem, że w istocie zaproponowana cena jest wartością poniżej kosztów wytworzenia usługi.

W dniu 24 października 2011 roku do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Paweł Granecki prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Kancelaria Doradztwa Prawnego Paweł Granecki w Warszawie.

Izba ustaliła, co następuje:

Wartość szacunkowa zamówienia określona przez zamawiającego wyniosła 121 951,22 zł. Kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 150 000,00 zł. W postępowaniu złożono 9 ofert. Ceny siedmiu ofert kształtują się na poziomie od 101 475 zł do 180 650 zł. Cena oferty złożonej przez odwołującego się wynosi 13 400 zł, zaś cena oferty złożonej przez Kancelarię Radców Prawnych „Stopczyk&Mikulski” sp. k. wynosi 13 776 zł

Pismem z dnia 8 września 2011 roku zamawiający wezwał odwołującego się do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, ponieważ oferowana cena znacząco odbiega od wartości oszacowanej przez zamawiającego na etapie przygotowania postępowania oraz od cen pozostałych ofert. Zamawiający prosił o podanie w szczególności następujących danych, jakie zostały przyjęte w celu obliczenia:

- czasu niezbędnego do realizacji poszczególnych etapów postępowań, o których mowa w rozdziale I ust. 3 i 4 SIWZ oraz na przygotowanie stanowisk w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą i sądem okręgowym,

- kosztów realizacji zadań przy postępowaniach, o których mowa w rozdziale I ust. 3 i 4 SIWZ oraz przygotowania stanowisk w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą i sądem okręgowym,

- kosztów pracy osób wskazanych przez wykonawcę w wykazach osób za realizację poszczególnych etapów postępowań, o których mowa w rozdziale I ust. 3 i 4 SIWZ oraz za przygotowanie stanowisk w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą i sądem okręgowym.

Pismem z dnia 14 września 2011 roku odwołujący się wyjaśnił, co następuje:

Wskazywane w ofercie odwołującego się osoby do realizacji przedmiotowego postępowania są pracownikami odwołującego się zatrudnionymi na podstawie umów o

pracę. Mając na uwadze, że wynagrodzenie pracowników podlega ochronie i w świetle obowiązujących przepisów prawa oraz ugruntowanego orzecznictwa Sądu Najwyższego bez uprzedniej zgody zainteresowanego pracownika pracodawca nie ma prawa ujawniać wysokości wynagrodzeń poszczególnych pracowników, odwołujący się nie może odnosić się do konkretnych kwot wynagrodzenia wskazanych w ofercie osób. Jednakże mając na względzie choćby dane statystyczne traktujące o przeciętnym wynagrodzeniu odpowiednio za ostatnie kwartały 2011 roku kwoty te oscylują w granicach kwoty 3500 zł czy też przeciętne w województwie mazowieckim wynagrodzenie brutto w sektorze przedsiębiorstw (lipiec 2011 roku) – 4407,09 zł – należy przedmiotowe kwoty odnieść do warunków oferowanych przez odwołującego się. Dodatkowo należy zauważyć, że przeciętnie w miesiącu kalendarzowym jest są 23 dni robocze. W konsekwencji powyższego rzeczywisty koszt roboczogodziny pracownika wynagradzanego na poziomie powyżej wskazywanych przeciętnych wynagrodzeń wynosi w granicach 20-24 zł. Jednocześnie wspólnik odwołującego się Mec. Dariusz Ćwik świadczy poza Kancelarią pomoc prawną także na podstawie umowy o pracę przy jednoczesnym braku stałego uposażenia z tytułu zarządzania Kancelarią jako spółką partnerską czy też innych świadczeń związanych z jej funkcjonowaniem.

Odwołujący się zauważył, że poszczególne tezy zawarte w wezwaniu zamawiającego sprowadzają się do usług polegających na pracy wskazanych w ofercie osób, gdyż z punktu widzenia prawidłowości realizacji przedmiotu zamówienia odwołujący się nie będzie ponosić dodatkowych kosztów, gdyż wskazywani pracownicy nie są zatrudniani w związku ze złożoną ofertą i dysponują stanowiskami pracy pozwalającymi na sprawne i prawidłowe realizowanie zamówienia. Wskazane w ofercie kwoty stanowią iloczyn powyżej wskazanych wartości roboczogodzin oraz odpowiedniej liczby godzin. Zamawiający nie określił minimalnego poziomu liczny godzin na rzecz realizacji poszczególnych etapów, z tego względu oczekiwanie zaoferowania ceny o wartości ryczałtowej za poszczególne etapy wynika z dotychczasowego doświadczenia Kancelarii.

W dotychczasowej praktyce personel odwołującego się uczestniczył w bardzo wielu projektach – postępowaniach o zamówienie publiczne związanych z podobnymi oczekiwaniami. Doświadczenie odwołującego się pozwala na oferowanie pomocy prawnej z wykorzystaniem sprawdzonych konstrukcji formalno-prawnych.

Istotnym z punktu widzenia czasochłonności realizowanego wsparcia prawnego jest okoliczność trybu postępowania narzuconego przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego, co w naturalny sposób zmniejsza liczbę hipotetycznych sporów-odwołań

do KIO, gdyż ewentualne zarzuty odnośnie do warunków udziału w postępowaniu będą rozstrzygane na rozprawie łącznie z ewentualnymi zarzutami dotyczącymi SIWZ.

Pismem z dnia 14 października 2011 roku zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Kancelarię Doradztwa Prawnego Paweł Granecki. W tym samym piśmie zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego się na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy pzp, gdyż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie zamawiającego w treści wyjaśnień odwołujący się nie przedstawił zamawiającemu szczegółowych założeń, które zostały przez niego przyjęte w toku obliczenia ceny złożonej w postępowaniu oferty. Nie udzielił też precyzyjnych odpowiedzi na część pytań sformułowanych przez zamawiającego.

Zamawiający uznał, że przyjmując stawkę roboczogodziny wskazaną przez wykonawcę (20-24 zł) i wykorzystaną przy kalkulacji ceny za poszczególne etapy (6 etapów łącznie za cenę 6600 zł), w okresie 3 lat wykonawca przeznaczy przynajmniej 275 roboczogodzin na realizację wszystkich etapów, co daje przeciętnie 7,6 roboczogodziny pracy w miesiącu kalendarzowym oraz około 45 godzin na każdy z 6 etapów realizacji przedmiotu zamówienia (3 etapy w każdym z planowanych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, objętych usługą doradztwa prawnego). W ocenie zamawiającego tak skalkulowana oferta nie daje gwarancji należytego jej wykonania.

Niewiarygodne są również wyjaśnienia wykonawcy odnoszące się do kosztów pracy osób biorących udział w realizacji zamówienia. Jako że 4 osoby wskazane przez wykonawcę w wykazie osób są osobami z wyższym wykształceniem prawniczym, a 2 z nich legitymują się uprawnieniami radcy prawnego, stawka roboczogodziny wskazana przez wykonawcę jako stawka wynagrodzenia pracowników wykonawcy jest stawką niewiarygodną. Osoby o takich kwalifikacjach i umiejętnościach są na rynku warszawskim wynagradzane powyżej kwot wskazanych przez wykonawcę. W toku czynności szacowania przedmiotu zamówienia zamawiający analizował wysokość stawek za usługi prawnicze oferowanych przez podmioty prowadzące praktykę prawniczą lub doradczą w zakresie prawa zamówień publicznych w Warszawie – wysokość stawek za roboczogodzinę wynosiła od 246 do 650 zł.

Nieprzekonujący jest także wywód wykonawcy dotyczący tak znaczącego wpływu na cenę oferty doświadczenia wykonawcy w świadczeniu usług o podobnym charakterze. Zamawiający zauważył, że usługi doradztwa prawnego i reprezentacji prawnej są usługami intelektualnymi i jako takie są jednorazowe i niepowtarzalne. W ocenie zamawiającego jednakowy dla wszystkich wykonawców pozostaje nakład czasu niezbędny dla prawidłowej

realizacji przedmiotu zamówienia. Nietrafny jest argument wykonawcy, że brak określenia przez zamawiającego liczby godzin niezbędnych do realizacji danego elementu przedmiotu zamówienia daje dużą autonomię w zakresie budowania ceny oferty.

Zamawiający stwierdził, że oferta wykonawcy podlega również odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 roku Nr 153, poz. 1503 ze zm.). Czynem nieuczciwej konkurencji – w myśl art. 3 ust. 2 tej ustawy – jest między innymi utrudnianie dostępu do rynku, w szczególności poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców czy rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów. W ocenie zamawiającego oferta wykonawcy to wyraźny przejaw dumpingu cenowego. Art. 14 ustawy Pzp stanowi, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Ocena sytuacji dokonana przez zamawiającego dokonywana jest także przez pryzmat postanowień przepisu art. 5 Kodeksu cywilnego. W ocenie zamawiającego prawidłowa wykładnia przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie określenia, kiedy mamy do czynienia z rażąco niską ceną, musi być dokonywana z uwzględnieniem zasad doświadczenia życiowego oraz racjonalności.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest niezasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Jak już wyżej wskazano zamawiający odrzucił ofertę odwołującego się powołując się na dwie podstawy: art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, tj. z uwagi na fakt, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący się w odwołaniu zaskarżył jedynie czynność odrzucenia jego oferty z powodu zaoferowania w niej rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie zarzucił zaś zamawiającemu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, tj. odrzucenia oferty z tego powodu, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zarzut ten nie został

podniesiony ani poprzez dokładne wskazanie naruszonego przepisu, ani też nie wynika z dalszej części odwołania. Odwołujący się w tej kwestii nie podjął w ogóle polemiki z argumentacją zamawiającego wskazaną w piśmie z dnia 14 października 2011 roku. Wobec nie zaskarżenia tej czynności uznać należy, że stała się ona skuteczna i już z samego tego powodu odwołanie winno podlegać oddaleniu.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz innych zarzutów wskazanych w odwołaniu. W ocenie Izby odwołujący się nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie definiują pojęcia »rażąco niska cena«. Słownik języka polskiego PWN opisuje przymiotnik »rażący« jako dający się łatwo stwierdzić, wyraźny, oczywisty, niewątpliwy, bezsporny. A zatem oferta podlega odrzuceniu o ile zawiera cenę wyraźnie i w oczywisty, bezsporny sposób zaniżoną. Tę zaniżoną cenę odnosić należy do przedmiotu zamówienia i ustalonej dla tego przedmiotu zamówienia wartości. Izba wskazuje tu na orzeczenie Zespołu Arbitrów z dnia 1 marca 2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/-546/06, iż: "Skoro cena oferty uznanej za najkorzystniejszą stanowi około 62% ceny oferty zawierającej najwyższą cenę i około 57% wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług, to w ocenie Zespołu Arbitrów zamawiający powinien wszcząć postępowanie wyjaśniające w trybie art. 90 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Tak duża rozbieżność cen ofert, jeśli przyjąć, iż wartość szacunkowa zamówienia została ustalona prawidłowo, wskazuje bowiem na ewentualne ryzyko powierzenia zamówienia wykonawcy, który nie będzie w stanie za nią rzetelnie wykonać zamówienia".

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Redakcja przepisu pozwala na wniosek, iż wymieniony w nim katalog okoliczności mogących mieć wpływ na obniżenie ceny oferty nie jest katalogiem zamkniętym. W wezwaniu z dnia 8 września 2011 roku zamawiający w sposób precyzyjny wskazał, jakie okoliczności będą dla niego istotne przy ocenie, czy odwołujący się zaoferował rażąco niską cenę, czy też nie. O ile odwołujący się kwestionował zasadność udzielania jakichkolwiek informacji w tym zakresie lub też takich informacji, jakich zażyczył sobie zamawiający, mógł czynność wezwania do udzielenia wyjaśnień zaskarżyć za pomocą środków ochrony prawnej przewidzianej w przepisach ustawy Pzp.

W ocenie Izby należy zgodzić się z zamawiającym, iż wyjaśnienia złożone przez odwołującego się nie były wystarczające do stwierdzenia, czy odwołujący się zaoferował rażąco niską cenę, czy też nie. Nie zawierały one informacji, o które prosił zamawiający, a te, które zostały zawarte mają charakter bardzo ogólny i nie dający wiedzy o ich wpływie na cenę oferty.

W myśl art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W dyspozycji tegoż przepisu znajduje się również sytuacja, kiedy wykonawca złożył wyjaśnienia, ale wyjaśnienia te są zbyt ogólnikowe, by ocenić, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Zważyć należy, iż nie chodzi tu bowiem o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich wyjaśnień, które w sposób nie budzący wątpliwości pozwalają na ocenę oferty pod względem zaoferowania rażąco niskiej ceny. Wskazówką dla wykonawcy składającego wyjaśnienia winien być przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, w którym jest mowa nie tylko o złożonych wyjaśnieniach, ale również o dowodach na ich potwierdzenie. Oczywistym jest zatem, że przedstawione wyjaśnienia winny być nie tylko konkretne i przekonywujące, ale również poparte stosownymi dowodami. Skład orzekający Izby zgadza się nadto ze stanowiskiem wyrażonym w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 marca 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 262/09), iż wszczęcie przez zamawiającego procedury wyjaśniającej (niezakwestionowane w terminie przez odwołującego się) ustanawia domniemanie prawne zaoferowania przez wzywanego do złożenia wyjaśnień wykonawcę ceny rażąco niskiej. Odwołujący się poprzez swoje wyjaśnienia, domniemania tego nie obalił.

Odwołujący się bardziej szczegółowe informacje przekazał dopiero na rozprawie. W ocenie Izby takie działanie jest nieuprawnione. Odwołującemu się został wyznaczony przez zamawiającego termin na złożenie stosownych wyjaśnień i obowiązkiem odwołującego się było dochowanie tego terminu. Przyjęcie, iż możliwe jest złożenie wyjaśnień po wyznaczonym terminie, razem ze środkiem ochrony prawnej powodowałoby sytuację, gdzie wykonawca dysponowałby kolejnym terminem na wyjaśnienia w kwestii rażąco niskiej ceny. Działanie takie stanowiłoby obejście przepisów ustawy Pzp oraz pozostawałoby w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

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

.....