

Sygn. akt: KIO 2589/13

Sygn. akt: KIO 2623/13

WYROK

z dnia 2 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Robert Skrzyszewski**

Ewa Sikorska

Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: **Cyprian Świś**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 grudnia 2013 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

1. w sprawie o sygn. akt KIO 2589/13 w dniu 6 listopada 2013r., przez wykonawcę – **Energocentrum Poznań Sp. z o.o., Baranowo, ul. Nowina 2a, 62-081 Przeźmierowo,**
2. w sprawie o sygn. akt KIO 2623/13 w dniu 8 listopada 2013r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Konsorcjum: ENERGO ZET Sp. z o.o., MANBROKER Sp. z o.o., z adresem dla lidera konsorcjum ul. Zacisze 10/4, 82-300 Elbląg,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - TAURON Dystrybucja S.A., ul Jasnogórska 11, 31-358 Kraków.**

orzeka:

1. oddala oba odwołania,

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołujących: Energocentrum Poznań Sp. z o.o. z siedzibą w Baranowie oraz Konsorcjum: ENERGO ZET Sp. z o.o., MANBROKER Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Elblągu, i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30.000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Energocentrum Poznań Sp. z o.o. z siedzibą w Baranowie (15 000 zł 00 gr) oraz Konsorcjum: ENERGO ZET Sp. z o.o., MANBROKER Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Elblągu (15 000 zł 00 gr)** tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od **Odwołującego Energocentrum Poznań Sp. z o.o. z siedzibą w Baranowie**, na rzecz **Zamawiającego - TAURON Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie**, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

2.3. zasądza od **Odwołującego Konsorcjum: ENERGO ZET Sp. z o.o., MANBROKER Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Elblągu**, na rzecz **Zamawiającego - TAURON Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie**, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz.907) 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:.....

.....

.....

Sygn. akt KIO 2589/13

KIO 2623/13

Uzasadnienie

Tauron Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie, ul. Jasnogórska 11, 31-358 Kraków, Oddział w Gliwicach, ul. Portowa 14a, 44-100 Gliwice wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Wybór wykonawców realizujących odczyty układów pomiarowych klientów TAURON DYSTRYBUCJA S.A. na obszarze działalności dystrybucyjnej TAURON DYSTRYBUCJA S.A. Oddział w Gliwicach” - sygn. ZP-011-DR-1-2013.

KIO 2589/13

W dniu 30 października 2013 Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej ofert w części nr 1, nr 2, nr 3 oraz wykonawcach wykluczonych z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i o odrzuconych ofertach, w tym oferty Odwołującego: Energocentrum Poznań Sp. z o.o. ul. Nowina 2a, Baranowo, 62-081 Przeźmierowo, zwanego dalej w uzasadnieniu do KIO 2589/13 „Odwołującym”, w zakresie części nr 1.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 6 listopada wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie części część nr 1, żądając:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego złożonej w części postępowania oznaczonej, jako nr 1,
- 2) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części postępowania oznaczonej, jako nr 1,
- 3) ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 oraz 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej ustawą Pzp poprzez odrzucenie oferty Energocentrum Poznań Sp. z o.o. w sytuacji braku istnienia przesłanek określonych dyspozycją tego przepisu.

W pierwszej kolejności podniósł, iż u podstaw odrzucenia jego oferty przez Zamawiającego leżało równoczesne odrzucenie przez niego z tych samych przyczyn (upatrywanych przez Zamawiającego w art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp) oferty złożonej

przez konsorcjum Energoplus Sp. z o.o. oraz Energomiar Sp. z o.o.

W ocenie Odwołującego Zamawiający nie mógł jednakże odrzucić wspólnej oferty konsorcjum Energoplus Sp. z o.o. oraz Energomiar Sp. z o.o. z przyczyn wskazanych w art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp wykluczył z postępowania wspólnie ubiegających się o zamówienie wykonawców: Energoplus Sp. z o.o. oraz Energomiar Sp. z o.o.

Wskazał, że sytuację prawną oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z postępowania reguluje art. 24 ust.4 ustawy Pzp, na mocy którego ofertę takiego wykonawcy uznaje się za odrzuconą i w takim przypadku nie jest wymagane działanie Zamawiającego w postaci dokonania czynności odrzucenia, gdyż oferta złożona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania z mocy prawa zostaje uznana jako odrzucona.

Według Odwołującego uznanie oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z postępowania za odrzuconą ma ten skutek, iż dalsza analiza i ocena oferty w zakresie jej np. zgodności z ustawą czy z treścią SIWZ nie ma znaczenia i w związku z tym nie powinna być dokonywana.

Konsekwencją wykluczenia wykonawcy z postępowania jest – zdaniem Odwołującego - to, iż złożona przez niego oferta nie konkuruje dalej o udzielenie zamówienia publicznego oraz nie podlega badaniu i ocenie przez Zamawiającego, a zatem nie był on uprawniony do dalszego badania i oceny wspólnej oferty Energoplus Sp. z o.o. i Energomiar Sp. z o.o. i zobowiązany był do nie brania pod uwagę tejże, odrzuconej z mocy prawa oferty, przy ocenie oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący stanął na stanowisku, że złożona przez niego oferta w żaden sposób nie może być niezgodna z ustawą, postanowieniami SIWZ oraz stanowić czynu nieuczciwej konkurencji, skoro wniosek o istnieniu tego rodzaju okoliczności Zamawiający wyprowadził z nieistniejącej przesłanki wnioskowania w postaci wspólnej oferty Energoplus Sp. z o.o. i Energomiar Sp. z o.o., która na etapie badania oferty odwołującego została już odrzucona z mocy prawa i nie mogła ani konkurować w postępowaniu, ani podlegać dalszej ocenie.

Niezależnie od powyższego podniósł, że art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przewiduje obowiązek odrzucenia oferty niezgodnej z ustawą.

Wyjaśnił, że przez to pojęcie należy rozumieć ofertę, która narusza przepisy prawa zamówień publicznych lub przepisy wykonawcze, wydane na podstawie prawa zamówień

publicznych, a zatem nie można zastosować tego przepisu do odrzucenia oferty z powodu jej sprzeczności z innymi ustawami.

Nadto zarzucił, że z treści uzasadnienia odrzucenia oferty nie sposób wywieść, z którym, konkretnym przepisem ustawy oferta Odwołującego miałyby być niezgodna, gdyż zamawiający nie wskazuje tego wprost, a jedynie przytacza treść przepisów art. 82 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

Jednocześnie wskazał, że przepis art. 82 ust. 1 ustawy przewiduje, iż wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę, co Odwołujący uczynił, składając ją na część zamówienia inną od wspólnej oferty Energoplus Sp. z o.o./Energomiar Sp. z o.o.

Podkreślił przy tym, iż powyższy przepis nie jest naruszony, nawet w przypadku, gdy wykonawca złoży ofertę samodzielnie, a jednocześnie będzie uczestnikiem innej oferty wspólnej (np. w ramach konsorcjum lub spółki cywilnej).

Poza tym stwierdził, iż oferta Odwołującego nie może być niezgodna z przepisem art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, już choćby z tego względu, iż przepis ten stanowi samodzielną przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania, a wobec tego niewątpliwie oferta nie może być niezgodna z przesłanką wykluczenia z postępowania.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zauważył, że postanowienie SIWZ o dopuszczalnej maksymalnej liczbie części zamówienia, na które można złożyć ofertę przewidywało, iż każdy wykonawca może złożyć oferty częściowe na maksymalnie dwie części zamówienia.

Zwrócił przy tym uwagę, że jedynie w przypadku, gdy wykonawca złoży ofertę na większą niż dopuszczona liczbę części, ofertę w całości należy odrzucić na podstawie przepisu art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, jako nieodpowiadającą treści SIWZ.

Nie podzielił poglądu Zamawiającego o niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ opartego o regułę wynikającą z SIWZ, że każdy wykonawca może złożyć oferty częściowe na maksymalnie dwie części zamówienia, skoro Odwołujący złożył ofertę jedynie na jedną część zamówienia.

Wreszcie wskazanie Zamawiającego dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji uznał za nieudowodnione na podstawie art. 6 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Pzp, bowiem ten nie udowodnił, iż złożenie przez Odwołującego oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie wskazuje jednak żadnych konkretnych dowodów na tą okoliczność, opierając swoje twierdzenia w tym zakresie wyłącznie na powiązaniach osobowych i kapitałowych pomiędzy Odwołującym a Energoplus Sp. z o.o. oraz nie biorąc pod uwagę faktu, iż Energoplus Sp. z o.o. złożyła wspólną ofertę z Energomiar Sp. z o.o., zaś pomiędzy Energocentrum Poznań Sp. z o.o. i Energoplus Sp. z o.o. oraz Energomiar Sp. z o.o. nie zachodzą jakiegokolwiek powiązania kapitałowe czy też osobowe.

Stwierdził, iż okoliczność, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty złożyły konsorcja, których liderzy są wzajemnie powiązani personalnie poprzez tożsamość osoby prezesa zarządu, będącego osobą podpisującą oferty, oraz powiązania kapitałowe, nie jest wystarczająca do stwierdzenia zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji.

KIO 2623/13

W dniu 30 października 2013 Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej ofert w części nr 1, nr 2, nr 3 oraz wykonawcach wykluczonych z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i o odrzuconych ofertach, w tym o wykluczeniu Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: ENERGO ZET Sp. z o.o., ul. Zacisze nr 10, lok. 4, 82-300 Elbląg oraz MANBROKER Sp. zo.o., ul. Macierzy Szkolnej 4, 80-308 Gdańsk, zwanego dalej w uzasadnieniu do KIO 2623/13 „Odwołującym”, w zakresie części nr 1 i nr 2 i o odrzuceniu w tym zakresie jego oferty.

Zamawiający wykluczył z postępowania Odwołującego, zaś jego ofertę uznał za odrzuconą z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 8.1.4 SIWZ dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy oraz z uwagi na fakt zawarcia w ofercie cen rażąco niskich w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Nie zgadzając się z powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący w dniu 8 listopada 2013r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wskazując dodatkowo na zaniechanie czynności, do której Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy, to jest uwzględnienia dokumentacji złożonej przez Odwołującego, uzasadniającej pełnoprawny udział strony w całym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący decyzji Zamawiającego o wykluczeniu z postępowania o udzielenie

zamówienia zarzucił:

1. niezgodność z treścią art.24 ust.2 pkt. 4 ustawy Pzp, poprzez przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, podczas, gdy faktycznie, wszystkie ustawowe warunki udziału w takim postępowaniu zostały spełnione,

2. niezgodność z treścią art. 26 ust. 2 b i 2 c ustawy Pzp, poprzez nieuwzględnienie, jako wiarygodnych i wystarczających dokumentów, jednoznacznie i w formie przewidzianej w ustawie dowodzących realności i prawdziwości zapewnienia Zamawiającego, że konsorcjum będzie dysponowało zasobami niezbędnymi dla realizacji zamówienia,

3. niezgodności z treścią art.89 ust.1 pkt.4 ustawy Pzp, poprzez bezzasadne przyjęcie, że złożone przez Odwołującego oferty, w częściach 1 i 2 podlegają odrzuceniu, z racji zawarcia w nich cen rażąco niskich w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzucił przy tym Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt.3) i 4) ustawy Pzp,
- 3) art. 26 ust, 3 i 4 ustawy Pzp,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt. 4) ustawy Pzp,
- 5) art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Przedstawiając powyższe zarzuty wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie Zamawiającemu, aby unieważnił czynności polegające na wykluczeniu z postępowania, odrzuceniu oferty oraz wyborze oferty najkorzystniejszej,
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołujących, co w konsekwencji spowoduje wybór tej oferty jako najkorzystniejszej.

Wskazał, że na potwierdzenie dysponowania odpowiednim potencjałem ekonomicznym i finansowym Odwołujący w złożonej ofercie przedstawił:

a. kopię wymaganej w punkcie 8.1.4 SIWZ punkt 1) polisy na kwotę 1.000.000 zł (wymagane 200 000 zł),

b. zaświadczenie banku o posiadaniu zdolności kredytowej na kwotę 330.000 zł (wymagane 300 000 zł) zgodnie z 8.1.4. SIWZ punktem 2),

c. na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp Zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia firmy TECHNO-SERVICE S.A. dla Konsorcjum ENERGO ZET Sp. z o.o. i MANBROKER Sp. z o.o. w postaci wymaganej przez Zamawiającego w 8.1.4. SIWZ punkt 3)

- bilansu potwierdzający średnioroczny przychód ze sprzedaży na poziomie 4.000.000 zł.

Zwrócił uwagę, że pismem z dnia 7 października Zamawiający wezwał - w oparciu o art. 26 ust.3 - do przedłożenia dokumentów określonych w punkcie 9.1.3 punkt 3) SIWZ - bilansu potwierdzającego spełnienie warunku ekonomicznego w postaci średniorocznego przychodu ze sprzedaży za lata obrotowe 2011 i 2013 w wysokości nie mniejszej niż 4.000.000 zł.

Poza tym zauważył, że w tym samym piśmie Zamawiający stwierdził: „Wykonawca nie załączył żadnych dowodów pozwalających uznać realność możliwości korzystania z tych zasobów na etapie realizacji zamówienia np. poprzez pokazanie powiązań organizacyjnych i kapitałowych, a w szczególności nie wykazano solidarnej odpowiedzialności Wykonawcy i podmiotu trzeciego za realizację przedmiotowego zamówienia. W tych okolicznościach przedłożone zobowiązanie ma charakter fikcyjny, dlatego wezwanie należy uznać za zasadne”.

Zdaniem Odwołującego w odpowiedzi na powyższe wezwanie wykazał on, że:

a. istnieją bezpośrednie powiązania kapitałowe pomiędzy TECHNO-SERVICE SA a MANBROKER Sp. z o.o.,

b. udzielił informacji o zawartej w dniu 20 września 2012 roku umowie pomiędzy TECHNOSERVICE SA a MANBROKER Sp. z o.o. regulującej zasady współpracy pomiędzy podmiotami, bowiem poinformował Zamawiającego o istniejącym w umowie zapisie, gdzie TECHNO-SERVICE S.A. obejmuje odpłatne wsparcie MANBROKER Sp. z o.o. w zakresie „udzielenia finansowania kontraktów” (§3 punkt 2 litera c Umowy).

Poza tym wskazał, że każde zamówienie, w którym TECHNO-SERVICE S.A. udziela odpłatnie wsparcia finansowego firmie MANBROKER Sp. z o.o. poprzedzone jest zaakceptowaniem przez TECHNO-SERVICE S.A. wniosku zawierającego dokładny kosztorys oraz ryzyka związane z realizacją zamówienia.

Nadto powołał się na okoliczność, że w dniu 9 sierpnia 2013 złożono przez MANBROKER Sp. z o.o. stosowny wniosek z załącznikami, a w dniu 13 sierpnia 2013 uzyskano zgodę na gwarancję finansową ze strony TECHNO-SERVICE S.A., a następnie standardową procedurą jest zabezpieczenie środków finansowych dla Odwołującego się przez TECHNO-SERVICE S.A., co TECHNO-SERVICE S.A. potwierdził podpisując załączone do oferty „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia,

c. w odpowiedzi Zamawiającemu opisano zasady realizacji kontraktów, w których TECHNOSERVICE S.A. udziela zasobów finansowych lub ekonomicznych oraz o jego odpowiedzialności za wywiązywanie się z przyjętych w umowie zobowiązań.

Według Odwołującego przedstawił w sposób wyczerpujący Zamawiającemu informacje dotyczące:

- a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę, przy wykonaniu zamówienia,
- c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
- d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Dodatkowo oświadczył, że zgadza się z Zamawiającym, że potencjał ekonomiczny jest wartością, której nie można przekazać innemu podmiotowi, a wykazanie się potencjałem ekonomicznym, w postaci średniorocznego obrotu, podmiotu trzeciego byłoby fikcją bez prawa do dysponowania przez Odwołującego się wykazanim potencjałem podmiotu trzeciego, jednak sytuacja taka nie ma miejsca w tym przypadku.

Wyjaśnił również, że TECHNO-SERVICE S.A. bierze pełną odpowiedzialność finansową za wspierane kontrakty, w tym również za realizację przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu, co zostało potwierdzone stosownym zobowiązaniem TECHNO-SERVICE S.A., podpisanym na bazie zawartej z Odwołującym się umowy konsorcjum, a złożonym wraz z ofertą zgodnie z wymogiem art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, oraz żądaniem Zamawiającego, co Odwołujący się opisał w swoim wyjaśnieniu w pkt. e).

Według Odwołującego powyższe stanowi spełnienie i potwierdzenie przyjęcia solidarnej odpowiedzialności za realizację przedmiotu zamówienia wraz z oświadczeniem woli wykonania zamówienia wraz z przyjęciem odpowiedzialności za jego należyłą realizację.

W zakresie zarzutu odnoszącego się do zarzutu braku rażąco niskiej ceny zauważył, że w piśmie z dnia 7 października 2013r. Zamawiający wezwał Odwołującego się do złożenia wyjaśnień w zakresie obiektywnych czynników mających na zaoferowane ceny pod kątem ustalenia czy oferty Odwołującego się zawierają rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący stwierdził że, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przedstawił poszczególne czynniki mające wpływ na dokonaną w ofercie wycenę.

Wyjaśnił, że czynniki te odnosiły się w znacznej mierze do ogromnego doświadczenia Odwołującego, dzięki któremu jest on nie tylko w stanie prawidłowo wycenić ofertę, ale również wykazać, że wyliczona przez zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia jest w świetle aktualnych uwarunkowań znacznie zawyżona.

Zdaniem Odwołującego prawdopodobnie Zamawiający nie dokonał analizy zaproponowanej przez Odwołującego się ceny pod kątem uwarunkowań rynkowych (nawet dla świadczonych usług wewnątrz TAURON Dystrybucja S.A.).

W ocenie Odwołującego rynkowe ceny usług będących przedmiotem zamówienia i świadczone dla największych dystrybutorów energii elektrycznej nie odbiegają od złożonej przez niego oferty.

Podniósł, że jak wyliczył Zamawiający, złożone przez Odwołującego się oferty odbiegają od kolejnej złożonej oferty wartości o odpowiednio 24,1% i 27,9%.

Biorąc pod uwagę fakt, iż brak jest na rynku obowiązujących norm nakładów pracy będącą przedmiotem zamówienia oraz występujących na rynku od szeregu lat tendencji obniżania oferowanych cen z uwagi na znaczną konkurencję, nie można przyjąć za podstawę do skutecznego postawienia zarzutu rażąco niskiej ceny, jedynie różnic pomiędzy ofertami oraz szacunkową wartością zamówienia, podczas gdy dodatkowo różnice te mieszczą się w obrębie wahań +/- 30%, a więc standardowej różnicy cen rynkowych, która jest potwierdzana w szeregu opracowaniach publikowanych przez ekonomistów i banki w odniesieniu do naturalnych wahań cen rynkowych.

Odwołujący nie zgodził się z powodem odrzucenia i podaną przez Zamawiającego motywacją, że „złożone oferty stanowią odpowiednio 62% ceny szacunkowej w części 1 i 59 % ceny szacunkowej w części 2 oraz 69% średniej ceny pozostałych ofert w części 1 oraz 66% średniej ceny pozostałych ofert w części 2. Dodatkowo nadmienić należy, iż zaproponowane ceny jako jedyne znacznie odbiegają od pozostałych cen zawartych w ofertach innych Wykonawców - w części 1 jest to 24,1% od kolejnej oferty a w części 2 jest to 27,9% od kolejnej oferty, przy czym oferty innych Wykonawców mają charakter cenowo porównywalny w stosunku do siebie. Te elementy skłoniły Zamawiającego do wystąpienia, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienia w zakresie obiektywnych czynników mających wpływ na zaoferowane ceny pod kątem ustalenia czy oferty Konsorcjum ENERGO-ZET (zarówno w części 1 jak i 2) zawierają rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.”.

W świetle powyższego, stwierdzenie Zamawiającego – zdaniem Odwołującego, iż wymienione przez niego obiektywne czynniki organizacyjne i doświadczenie nie wyjaśniają wyliczenia stawki odpowiednio 2.18 i 2.08 zł netto należałoby uznać za złamanie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji z dwóch powodów:

1. Przyjmując, że wszystkie złożone oferty mieszczą się w granicach 30-sto

procentowej rozpiętości cenowej, a więc standardowych wahań cenowych na rynku, za dyskryminację należy uznać, że tylko w stosunku do oferty Odwołującego się zażądano wyjaśnień w stosunku do zaoferowanej ceny.

2. SIWZ nie przewiduje przedstawienia wraz z ofertą szczegółowej kalkulacji cenowej, a skoro nie zachodzi podejrzenie rażąco niskiej ceny przyjmując, że różnice cenowe pomiędzy ofertami oraz szacunkową wartością zamówienia stanowią standardową rozpiętość cenową występującą na rynku, żądanie szczegółowych wyliczeń również tej najniższej ceny są nieuprawnione.

Ponadto zaznaczył, że według jego wiedzy i doświadczenia, w niniejszym postępowaniu faktycznie miało miejsce znaczne zawyżenie przez zamawiającego szacunkowej wartości zamówienia, o czym świadczą stawki jednostkowe usług odczytu układów pomiarowo-rozliczeniowych realizowanych dla PGE Dystrybucja S.A. Oddział Łódź, gdzie kształtują się na poziomie od 1.47 do 1.97 zł netto (wartość oszacowana przez PGE wynosi 2.25 zł netto) i odczyty liczników elektrycznych dla ENERGA Operator T00, gdzie stawki te wynoszą średnio od 1.90 do 2.10 zł netto.

Poza tym zwrócił uwagę, że usługi odczytu układów pomiarowo-rozliczeniowych gazu realizowane dla Polskiej Spółki Gazownictwa Sp. z o.o. wykonywane są w uśrednionych stawkach 1.50 do 2.40 w zależności od oddziału, a usługa ta jest o bardzo podobnym charakterze, co przedmiot zamówienia ze zbliżonym poziomem kosztów realizacji i nadzoru.

Podkreślił przy tym, że zrealizował w pełni wszystkie oczekiwania Zamawiającego w przedmiocie uzupełnienia informacji, a nie było żadnych wystąpień Zamawiającego o dalsze doprecyzowanie informacji.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

KIO 2589/13

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść dokumentacji postępowania przetargowego, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, złożonych ofert, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 30 października 2013r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 29 listopada 2013r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczone, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Odwołujący złożył ofertę stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W pierwszej kolejności wymaga wskazania, że Odwołujący złożył swoją ofertę w niniejszym postępowaniu na część 1 przedmiotu zamówienia.

Poza tym Izba ustaliła, że na stronie 117 oferty Odwołującego działający w jego imieniu Prezes Zarządu Energocentrum Poznań sp. z o.o. – M..... M..... oświadczył, że wykonawca, którego reprezentuje w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. nr 50, poz.331 ze zm.) należy do grupy kapitałowej Energoplus sp. z o.o., Baranowo, ul. Nowina 2a, 62-081 Przeźmierowo.

Powyższą okoliczność przynależności do grupy kapitałowej potwierdza, także wpis w rubryce nr 7 działu 1 KRS Odwołującego – dane wspólników, gdzie podana jest nazwa Energoplus sp. z o.o.

Ponadto w dziale 2 w rubryce nr 1 KRS znajdującej się na stronie 97 oferty, jako członkowie zarządu zostali wpisani M..... M..... (prezes) i R..... B..... (wiceprezes).

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Konsorcjum spółek Energoplus sp. z o.o. i Energomiar sp. z o.o. złożyło swoją ofertę w niniejszym postępowaniu na zadanie w części 2 i 3 przedmiotu zamówienia.

Z wpisów w KRS dotyczących tego Konsorcjum znajdujących się na stronie 316 oferty Konsorcjum wynika zaś, że M..... M..... i R..... B..... są wiceprezesami Energoplus sp. z o.o.

Powyższe zgromadzone przez Izbę dokumenty w sposób jednoznaczny wskazują, że pomiędzy Odwołującym, a jednym z członków Konsorcjum ubiegającego się również o

zamówienie istnieją powiązania zarówno osobowe, jak i kapitałowe.

Powyższy zaś sposób zaoferowania świadczenia przez tych dwóch wykonawców potwierdza – w ocenie Izby – wolę ubiegania się o uzyskanie przez tych wykonawców zamówienia we wszystkich trzech częściach, co pozostaje w kolizji z treścią pkt 4 SIWZ.

Z postanowień pkt 4 SIWZ wynika, że Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych, jednak również wyraźnie zastrzegł, że każdy wykonawca może złożyć oferty częściowe na maksymalnie dwie części zamówienia.

Powołane wyżej postanowienie pkt 4 SIWZ wyrażało wolę Zamawiającego, jako organizatora przetargu, uzyskania dywersyfikacji podmiotowej wobec pożądaných części zamówień, w ten sposób, aby przynajmniej jedna część zamówienia była powierzona innemu wykonawcy.

Na tle tej sprawy Izba reprezentuje pogląd, że złożenie ofert przez dwóch wykonawców powiązanych ze sobą, zarówno pod względem osobowym, jak i pod względem kapitałowym, nawet w warunkach złożenia ofert na różne części zamówienia, stanowi zachowanie w istocie sprowadzające się do obejścia powołanego wyżej postanowienia SIWZ.

Jeżeli zatem takie działanie wykonawców powiązanych osobowo i kapitałowo nacechowane jest zamiarem pozyskania wszystkich części zamówienia, wbrew wyraźnej woli Zamawiającego wynikającej z treści pkt 4 SIWZ, to takie zachowanie – w ocenie Izby – nie jest dobrym obyczajem wśród wykonawców, którzy nie składają ofert w podobny sposób.

Stosownie do art. 3 ust.1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Według zapatrywania Izby pojęcie czynu nieuczciwej konkurencji mieści się w powołanej wyżej klauzuli generalnej, która zawiera w sobie wszelkie zachowania wykonawców sprzeczne ze standardami etyki kupieckiej, ale również działania wykonawców sprzeczne z zasadami wynikającymi z reguł SIWZ adresowanymi na jednakowych zasadach do wszystkich uczestników przetargu publicznego lub działania mające na celu obejście tych reguł.

Powyższa klauzula generalna, z racji swojej niedookreśloności i odniesienia się do

plaszczyny aksjologii w zakresie między innymi dobrych obyczajów ma przez to wymiar uniwersalny, przez co pozwala na zaliczenie do tych pojęć wszelkich zachowań niemieszczących się w schemacie reguł życia gospodarczego, w tym kolidujących z zasadami wynikających z Prawa zamówień publicznych i unormowań zawartych w SIWZ.

Wymaga podkreślenia, że istotą zastosowania klauzuli generalnej jest przekazanie przez ustawodawcę oceny kwalifikacji jej treści do właściwości organu orzekającego.

Zdaniem Izby w rozpoznawanej sprawie wskazani wyżej wykonawcy złożyli takie oferty, które są sprzeczne z dobrymi obyczajami i naruszają interes Zamawiającego, który został skodyfikowany w postanowieniach SIWZ, w omawianym przypadku w pkt 4 SIWZ. Działania Odwołującego i Konsorcjum ubiegającego się o dane zamówienie w efekcie zmierzały do ograniczenia konkurencji na tym rynku usług objętych przedmiotem zamówienia i jego podziału w sposób przez siebie ustalony, niezależnie od ujawnionych w tym zakresie w pkt 4 SIWZ planów Zamawiającego. Powyższe w sposób istotny zagroziło i naruszyło interesy innych przedsiębiorców – wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie, poprzez ograniczenie im dostępu do niego w wyniku nieuczciwych praktyk stosowanych przez konkurencję.

Podkreślenia wymaga okoliczność, iż ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego winno odbywać się w warunkach konkurencyjnych, tj. poszczególni wykonawcy – pojedynczy, czy też wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia powinni przygotowywać swoje oferty niezależnie od siebie, w warunkach konkurencji. Niedopuszczalne jest w tych warunkach jakiegokolwiek porozumienie pomiędzy kilkoma niezależnie ubiegającymi się o dane zamówienie wykonawcami, w tym w szczególności porozumienie związane z ustaleniem jakichkolwiek elementów spełniania świadczenia, czy też wynagrodzenia.

W przedmiotowej sprawie oprócz wskazanych powyżej powiązań osobowo - kapitałowych, które również umożliwiły dwóm niezależnym wykonawcom porozumienie co do treści składanych ofert, czy też podziału rynku danych usług objętych przedmiotem zamówienia, można zauważyć pewne podobieństwa formy ofert złożonych przez obydwu wykonawców. Na to podobieństwo wskazuje choćby przyjęta grafika na stronie tytułowej obydwu ofert.

W ocenie Izby powyższa sytuacja faktyczno – prawna wypełnia przesłanki z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Jeżeli wobec tego powyższa oferta stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji, to Zamawiający miał pełne podstawy prawne do odrzucenia oferty Odwołującego na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do pozostałej części uzasadnienia Zamawiającego dotyczącego rozstrzygnięcia przetargu zawartego w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 30 października 2013 r., Izba nie podzieliła argumentacji tam zaprezentowanej o ziszczeniu się przesłanek z art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, jednak okoliczności te nie mogły stać się podstawą uwzględniania odwołania – stosownie, bowiem do dyspozycji art. 192 ust. 2 ustawy Pzp - nie miały wpływu i nie mogły mieć istotnego wpływu na wynik przedmiotowego przetargu.

Izba uznała, że podanie przez Zamawiającego w swojej motywacji rozstrzygnięcia przetargu, jako podstawy prawnej odrzucenia oferty Odwołującego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz 2 ustawy Pzp, nie było prawidłowe, bowiem nie wskazał on wprost, że Odwołujący naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp oraz stanął przy tym na stanowisku, że ten złożył ofertę mającą na celu obejście przepisu art. 82 ust. 1 i art. 83 ust. 3 ustawy Pzp, a sytuacje te w niniejszym stanie faktycznym nie są równoznaczne z wystąpieniem niezgodności oferty z ustawą, czy też treścią SIWZ.

Podkreślić, bowiem należy, że przywoływane przez Zamawiającego regulacje odwołują się do zakazu złożenia w jednym postępowaniu, czy też, jak w niniejszym postępowaniu złożenia oferty maksymalnie na dwie części przez jednego wykonawcę. W sytuacji, w której o dane zamówienie, czy jego część ubiega się z jednej strony jeden wykonawca (pojedynczy), z drugiej zaś strony wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, w skład których wchodzi firma, która pojedynczo, samodzielnie złożyła ofertę w postępowaniu mamy do czynienia z innymi, odrębnymi wykonawcami ubiegającymi się o dane zamówienie. Sytuacja ta może, co najwyżej – jak zresztą Izba ustaliła to w przedmiotowej sprawie – być oceniona negatywnie, jako działanie naruszające określone przepisy prawa czy dobre obyczaje, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy, tj. w kategoriach czynu nieuczciwej konkurencji, który w świetle art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp stanowi podstawę do odrzucenia ofert wykonawców, którzy naruszają uczciwą konkurencję w postępowaniu.

Powyższa wadliwa kwalifikacja prawna dokonana w części przez Zamawiającego nie ma jednak wpływu na ocenę Izby całokształtu materiału dowodowego, z którego wynikało, że Zamawiający miał obowiązek zastosowania wobec oferty Odwołującego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

KIO 2623/13

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść dokumentacji postępowania przetargowego, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 30 października 2013r., oferty Odwołującego, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 29 listopada 2013r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień i pism Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 26 ust. 3 i 4, art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Istota sprawy sprowadza się do konieczności rozstrzygnięcia czy Odwołujący udowodnił, że realnie będzie dysponował zasobem ekonomicznym udostępnionym mu przez podmiot trzeci oraz czy wykonawca ten zaoferował rażąco niską cenę.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 7 października 2013 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do przedłożenia dokumentów określonych w punkcie 9.1.3 ppkt 3 SIWZ potwierdzających spełnienie warunku ekonomicznego w postaci osiągnięcia średniorocznego przychodu ze sprzedaży w wysokości nie mniejszej niż 4 000 000 zł za lata obrotowe zakończone w 2011 i 2012 roku.

Jednocześnie Zamawiający w powyższym wezwaniu zastrzegł, że „dokonanie interpretacji przepisu w duchu pro unijnym, nie oznacza jednak przyzwolenia na bezkrytyczne, w każdej sytuacji, gdy tylko wykonawca złoży zamawiającemu zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia odpowiedniego zasobu (w analizowanej sprawie: zdolności ekonomicznej wyrażającej się w osiągnięciu średniego rocznego przychodu netto ze sprzedaży w kwocie co najmniej 18 000 000,00 zł wynikającej ze zbadanych przez biegłego rewidenta rachunku zysków i strat), obowiązku uznania za wykazany stawianego warunku udziału w postępowaniu.”

Poza tym Izba stwierdziła, że Zamawiający wyraźnie wyartykułował w tym wezwaniu,

że „...nie można uznać, że w świetle dyrektywy istnieje obowiązek niczym nieograniczonego, oderwanego od okoliczności konkretnego przypadku, dopuszczenia powołania się na zdolności innego podmiotu, bez uwzględnienia, czy przekazanie dysponowania zdolnością ekonomiczną jest w danym przypadku realne i będzie w praktyce możliwe.”

Z uzasadnienia powyższego wezwania wynika jednoznacznie, że Zamawiający powziął wątpliwości, co do realności przekazania zasobu ekonomicznego wykonawcy i zażądał w tym zakresie stosownych dowodów. Zdaniem Izby powyższe wątpliwości Zamawiającego były uzasadnione.

Stosownie do przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Jednocześnie zgodnie z przepisem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Powołane wyżej przepisy nakładają na wykonawców obowiązek udowodnienia przed Zamawiającym dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia.

Według zapatrywania Izby Odwołujący w piśmie z dnia 9 października 2013 r. przedłożonym na wezwanie Zamawiającego złożył jedynie dodatkowe oświadczenie wraz z wyjaśnieniami, jednak powyższe może być oceniane jedynie w kategoriach udostępniania Odwołującemu przez podmiot trzeci potencjału finansowego, a nie ekonomicznego, czego

żądał Zamawiający. Powyższe jest tym bardziej znaczące w niniejszym postępowaniu, że Zamawiający w opisie warunków udziału w postępowaniu w SIWZ określił niezależnie od warunku ekonomicznego warunek finansowy, którego spełnienie przez Odwołującego zostało odrębnie wykazane.

W wyjaśnieniach tych Odwołujący jedynie uprawdopodobnił spełnianie wymaganego przez Zamawiającego warunku finansowego, lecz nie przedłożył żadnych dowodów w myśl ustawy Pzp, wykazujących realne przekazanie mu przez podmiot trzeci i udostępnienie Zamawiającemu, a także wykazanie możliwości korzystania przez Odwołującego w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia z rzekomo udostępnianego mu potencjału ekonomicznego.

Z powyższych względów wszystkie dowody złożone przez Odwołującego na rozprawie nie mogą mieć znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, skoro wykonawca wezwany do uzupełnienia dokumentów i przedłożenia stosownych dowodów nie uczynił tego w ramach toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przed Zamawiającym.

Wymaga przy tym wskazania, że na podstawie art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Jeżeli Odwołujący nie udowodnił, że spełnia warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej, to nie ma on tytułu prawnego do ubiegania się o przedmiotowe zamówienia, a wobec tego zastosowanie miał przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, o który oparł się Zamawiający dokonując rozstrzygnięcia przedmiotowego przetargu.

Przechodząc do omówienia zarzutu braku rażąco niskiej ceny Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art. 89 ust 1 pkt 4 i art. 90 ust. 2 i 3 powołanej wyżej ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności Izba zwróciła uwagę, iż Zamawiający miał obowiązek zastosowania reguły określonej w art. 90 ust. 1 cyt. wyżej ustawy Pzp, w myśl, której Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zamawiający takie czynności podjął w piśmie z dnia 7 października 2012 r. powziąwszy uprzednio wątpliwość w zakresie możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny w złożonej przez Odwołującego ofercie, zwracając uwagę, że ceny zarówno w części 1, jak i 2, są znacząco wyższe od wartości szacunkowej zamówień, jak również od średnich cen pozostałych wykonawców.

Powyższe wątpliwości Zamawiającego wynikały z różnic pomiędzy ceną oferty Odwołującego oraz innych ofert, jak również z ustalonej wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia.

Z tych powodów Zamawiający – według zapatrywania Izby - miał pełne podstawy do zwrócenia się do Przystępującego o wyjaśnienie zaoferowanej przez niego ceny w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Należy zauważyć, iż stosownie do brzmienia art. 90 ust. 2 powyżej 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.

Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z powyższego przepisu wynika, że wolą ustawodawcy było umożliwienie wykonawcom złożenia wyjaśnień, w tym wraz z przedłożeniem stosownych dowodów na okoliczność braku istnienia rażąco niskiej ceny.

W zakresie wykazania braku wystąpienia okoliczności rażąco niskiej ceny ciężar dowodowy spoczywa na Odwołującym, zgodnie z regułą dowodową wynikającą z art. 6 kodeksu cywilnego.

Według zapatrywania Izby Odwołujący w swoich wyjaśnieniach z dnia 10 października 2013 r. z dobrodziejstwa powyższego przepisu nie skorzystał, udzielając odpowiedzi w sposób bardzo ogólny, lakoniczny i nieobalający domniemania rażąco niskiej ceny.

Zdaniem Izby z uwagi na nieprecyzyjność i znaczny stopień ogólności wyjaśnień Odwołującego niepopartych żadnymi dowodami należy uznać, że Zamawiający miał obowiązek odrzucenia jego oferty na zasadzie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła przy tym, że Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na etapie wszczętego postępowania wyjaśniającego zaprzeczającego istnieniu rażąco niskiej, a w szczególności dowodu z dokumentów na potwierdzenie istnienia okoliczności o charakterze obiektywnym.

Powyższy stan rzeczy, którego następstwem powinno być odrzucenie oferty Odwołującego nie uzasadnia – według zapatrywania Izby – możliwości oceny przez Izbę dodatkowych dowodów, które nie zostały w tym zakresie przedłożone przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego.. W tym sensie Izba uznała za nieprzydatne do oceny przedmiotowej sprawy załączone przez Odwołującego dowody, a w szczególności kalkulację cenową.

Stanowisko Izby znajduje swoje potwierdzenie w judykaturze sądowej. W wyroku z dnia 5 stycznia 2007 r. - sygn. akt V Ca 214/06 Sąd Okręgowy w Warszawie przyjął zapatrywanie, że „Dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny”.

W ocenie Izby cena oferty Odwołującego odbiegająca od pozostałych swoją wartością wymagała omówienia i załączenia odpowiednich dowodów, jak chociażby kalkulacji, umów itp., czego Odwołujący nie uczynił ograniczając się jedynie do bardzo ogólnego wyjaśnienia okoliczności braku rażąco niskiej ceny.

W zakresie rażąco niskiej ceny – zdaniem Izby – Odwołujący w ramach postępowania wyjaśniającego w sposób zbyt ogólny wskazał na czynniki warunkujące obniżoną cenę.

Wskazanie takich elementów jak doświadczenie przy realizacji podobnych przedsięwzięć, doświadczenie przy rekrutacji, zatrudnianiu i wynagradzaniu w warunkach prowadzenia przez inny podmiot Agencji Zatrudnienia, zatrudnienie koordynatora dysponującego zapleczem biurowym i infrastrukturą informatyczną, a także prowadzenie z Zamawiającym polemiki odnośnie ceny nie mają charakteru obiektywnego wyjaśnienia wartości zaproponowanej ceny.

Wyjaśnienia te, zatem nie były wystarczające do obalenia domniemania rażąco niskiej ceny, a przedłożone na rozprawie dowody są już spóźnione.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oba odwołania oddalić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Przewodniczący:.....

.....

.....