

**WYROK**  
**z dnia 7 lipca 2014 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **7 lipca 2014 roku** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 czerwca 2014 roku przez **Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: PBS Sp. z o.o. (Lider), Millward Brown S.A. (Partner) z siedzibą dla Lidera w Sopocie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Instytut Badań Edukacyjnych w Warszawie,

przy udziale **Wykonawcy - GFK Polonia Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: PBS Sp. z o.o. (Lider), Millward Brown S.A. (Partner) z siedzibą dla Lidera w Sopocie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: PBS Sp. z o.o. (Lider), Millward Brown S.A. (Partner) z siedzibą dla Lidera w Sopocie**, tytułem wpisu od odwołania

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

W dniu 23 czerwca 2014 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. 2013 r. poz. 907 ze zm. - zwany dalej „ustawa Pzp”), odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum - PBS Spółka z o.o. z siedzibą w Sopocie (Lider) oraz Millward Brown S.A. z siedzibą w Warszawie (Partner).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Badanie normalizacyjne kwestionariuszy: Słowa i Gesty oraz Słowa i Zdania - Inwentarz Rozwoju Mowy i Komunikacji oraz kwestionariusza Krótki Inwentarz Rozwoju Mowy i Komunikacji” prowadzi Zamawiający - Instytut Badań Edukacyjnych w Warszawie. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dz. UE z dnia 05 kwietnia 2014 roku, pod numerem 2014/S 068-116905.

Odwołanie złożono na czynność Zamawiającego podjętą w ramach postępowania polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego, dokonaną w dniu 12 czerwca 2014 roku.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp polegające na bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego wskutek uznania, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 2) art. 90 ust. 3 ustawy Pzp polegające na błędnym i bezpodstawnym uznaniu, że wyjaśnienia Odwołującego złożone wskutek wezwania w trybie art. 90 ust. 1 i ust. 2 ustawy potwierdzają, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę;
- 3) art. 7 ust. 1 oraz 90 ust. 3 ustawy Pzp polegające na błędnym i bezpodstawnym uznaniu, że Odwołujący w wyjaśnieniach złożonych w trybie art. 90 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp nie obalił domniemania o istnieniu rażąco niskiej ceny z uwagi na brak jakichkolwiek dowodów, skoro Zamawiający przedstawienia takich dowodów nie wymagał;
- 4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp polegające na prowadzeniu przez Zamawiającego postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji.

Wobec powyższego, Odwołujący wnosił o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty Odwołującego;
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownie czynności badania i oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu, zgodnie z wymaganiami ustawy Pzp,
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, przy uwzględnieniu zarzutów objętych odwołaniem.

Interes prawny Odwołującego doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Naruszenie interesu prawnego Odwołującego polega na tym, iż w przypadku uwzględnienia odwołania, Zamawiający będzie zobligowany do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej cenowo, z uwagi na to że cena była jedynym kryterium oceny ofert.

Odwołanie wniesione zostało w dniu 23 czerwca 2014 roku, zaś zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty Odwołujący otrzymał w dniu 12 czerwca 2014 roku, co oznacza, iż Odwołujący uczynił zadość wymaganiom określonym w art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp tj. odwołanie wniesiono w terminie ustawowym, z uwzględnieniem faktu, że 10. dzień terminu przypada na niedzielę będącą dniem ustawowo wolnym od pracy. Kopia odwołania przekazana została Zamawiającemu. Wpis w wymaganej wysokości został uiszczony na rachunek UZP

W uzasadnieniu podniesiono, że Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty GFK Polonia Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Jednocześnie, Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty Odwołującego uzasadniając tę czynność stwierdzeniem, iż cena zawarta w ofercie Odwołującego jest rażąco niska, zaś Odwołujący składając - na wezwanie Zamawiającego - wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny. W ocenie Odwołującego, zaskarżona czynność Zamawiającego istotnie narusza przepisy ustawy Pzp i z tej przyczyny konieczne było złożenie odwołania.

Odnosząc się w pierwszym rzędzie do analizy pojęcia rażąco niskiej ceny użytego w ustawie Pzp wskazano na istotne dla zarzutów odwołania tezy z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych. Przywołano następujące orzeczenia: wyrok KIO z 4 maja 2010r., KIO/UZP 664/10; wyrok KIO z 10 czerwca 2009 r., KIO/UZP 684/09; wyrok KIO z 1 lipca 2013 r., KIO 1428/13; .wyrok SO w Katowicach z 21.6.2010 r., XIX Ga 175/10, niepubl.; wyrok SO w Radomiu z 14.2.2006 r., IV Ca 28/06, niepubl; wyrok KIO z 14.2.2008 r., KIO/UZP 73/08; wyrok ZA z: 29.10.2007 r., UZP/ZO/O-1273/07, Legalis; 25.10.2007 r., UZP/ZO/O-1251/07, Legalis; wyrok KIO z 27.9.2013 r., KIO 2181/13; wyrok KIO z 20.5.2013 r., KIO 1018/13; wyrok KIO z 4.6.2013 r. KIO 1187/131; wyrok z 22.4.2013 r., KIO 810/13; wyrok KIO z 18.4.2013 r., KIO 772/13; wyrok SO w Katowicach z 21.6.2010 r., XIX Ga 175/10, niepublik.; orzeczenie ETS z dnia 22 czerwca 1989 r., C-103/88, F. SpA v. Comune di Milano; wyrok KIO z 23.4.2013 r., sygn. KIO 848/13; Odnośnie do formalnych aspektów wezwań i wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 i ust. 2, kluczowe są tezy ujęte w wyrokach: wyrok KIO z 13.6.2013 r., sygn. KIO 1282/13; wyrok KIO z 10.5.2013 r., KIO 962/13; wyrok KIO z 23.4.2013 r., KIO 848/13.

Biorąc pod uwagę powyższe orzecznictwo, Odwołujący stwierdził, że:

- za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, znacząco odbiegającą od cen przyjętych na rynku, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów realizacji usługi.

Klasyfikując ofertę, jako ofertę z rażąco niską ceną, należy wziąć pod uwagę takie okoliczności jak: 1) wyraźne przekroczenie dolnego progu cen na zamówienie tego samego rodzaju; 2) znaczne dysproporcje w stosunku do: a) wartości całego przedmiotu zamówienia, b) wysokości cen rynkowych, c) cen przedstawionych w ofertach innych wykonawców; 3) oczywisty brak ekwiwalentności w stosunku do przedmiotu zamówienia sugerujący wykonanie zamówienia poniżej kosztów wytworzenia.

- Wykonawca może poprzestać na samych wyjaśnieniach, w sytuacji, gdy zamawiający nie zażądał przedłożenia dowodów na poparcie wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

- Gdy zamawiający nie wskazuje jakich konkretnie kwestii, co do których domaga się wyjaśnień i do których wykonawca ma się odnieść, a podnosi jedynie, iż zaoferowana cena jest niska w stosunku do szacowanej przez niego wartości zamówienia, to przy tak ogólnikowym sformułowaniu wezwania brak jest podstawy do domagania się by wykonawca złożył szczegółowe wyjaśnienia.

- Nie jest wykluczone doprecyzowanie argumentacji wykonawcy dotyczącej obalenia domniemania rażąco niskiej ceny na etapie postępowania odwoławczego.

W ocenie Odwołującego przedstawione tezy mają kluczowe znaczenie dla zarzutów odwołania. W zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty wskazano, że: „przedstawione wyjaśnienia nie poparte żadnymi obiektywnymi racjonalnymi argumentami stanowią jedynie zbiór subiektywnych odczuć Wykonawcy, który złożył takie, a nie wymagane wyjaśnienia. W żaden sposób nie dowodzi, nawet nie uprawdopodobnia, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska”. Odnosząc się do tak sformułowanego uzasadnienia, należy podnieść, że wezwanie skierowane do Odwołującego przez Zamawiającego w dniu 19 maja 2014 roku w części, która dotyczyła wyjaśnienia czy oferta zawiera rażąco niską cenę: po pierwsze - zostało sformułowane bardzo ogólnie, ponieważ w zasadzie zawierało powtórzenie przepisów ustawy Pzp, tj. powołanie treści art. 90 ust. 1 i ust. 2, a jednocześnie wezwanie to nie zawierało żadnych konkretnych pytań względem kwestii, których wyjaśnienia domagał się Zamawiający; po drugie - nie wskazywało na obowiązek przedstawienia przez Wykonawcę dowodów do przedstawianych wyjaśnień.

Już tylko z tej przyczyny, przy ocenie czy oferta Odwołującego zawierała rażąco niską cenę, Zamawiający nie mógł czynić Odwołującemu zarzutu, iż nie przedstawił dowodów stwierdzeń zawartych w wyjaśnieniach lub też, że te wyjaśnienia są ogólnikowe i „suche”. To Zamawiający jest odpowiedzialny za przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z prawem a wezwanie do złożenia wyjaśnień w określonym

zakresie zostało wykonane przez Odwołującego zgodnie z zobowiązaniem, które w taki sposób określił Zamawiający. Sama zatem okoliczność, że takie dowody nie zostały przedstawione, jak również to, że wyjaśnienia (w ocenie Zamawiającego) miały ogólną treść nie mogło być przyczyną odrzucenia oferty, skoro niczego ponadto Zamawiający nie domagał się od Odwołującego. Stwierdzenie takie potwierdzają przywołane powyżej orzeczenia Izby, w tym wyroki o sygn. KIO 848/13 oraz KIO 962/13.

Przyjęcie odmiennej tezy (tj. że Odwołujący zobowiązany był do przedstawienia dowodów, których przedstawienia Zamawiający nie wymagał) stałoby w sprzeczności z zasadami prowadzenia postępowania określonymi w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawca ma prawo oczekiwać, że nie poniesie negatywnych konsekwencji swoich działań, których dokonał zgodnie z wezwaniem Zamawiającego, który - co jeszcze raz należy podkreślić - nie wymagał od Odwołującego przedstawienia dowodów, ani wskazanie określonych okoliczności. To drugie ma o tyle istotne znaczenie, że Zamawiający zarzucił Odwołującemu rażąco niską cenę w zakresie ceny zawartej w pkt III.2 Oferty Odwołującego, tj. dotyczącej wykonania części zamówienia w zakresie prawa opcji. Należy zatem zauważyć, że w części tej Odwołujący (w formularzu oferty zgodnym z SIWZ) przedstawił dwie składowe ceny, tj. wykonanie wywiadów ankietarskich po cenie (zależnie od próby) 98,40 złotych albo 135,30 złotych za jeden przeprowadzony wywiad. Zamawiający bez trudności mógł wskazać, że wnosi o wyjaśnienie ceny za przeprowadzenie wywiadów w ramach zastrzeżonego prawa opcji, czego nie uczynił, choć wyraźnie jednocześnie zastrzegł (dopiero w uzasadnieniu odrzucenia oferty), że zarzut rażąco niskiej ceny dotyczy tej części oferty Odwołującego, która dotyczyła prawa opcji (pkt 4.16 OPZ stanowiący załącznik nr 7 do SIWZ). Powyższe, w ocenie Odwołującego, prowadzi do jednoznacznego wniosku, że odrzucenie oferty Odwołującego było czynnością niezgodną z treścią art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego, podkreślono, że w ocenie Odwołującego, złożone przez niego wyjaśnienia wskazywały obiektywne okoliczności, których wymagał od niego Zamawiający i jak tego wymaga art. 90 ust. 2 ustawy Pzp.

Przede wszystkim, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, Odwołujący jednoznacznie oświadczył w wyjaśnieniach i czego wymagał od niego Zamawiający, że zaoferowana cena obejmuje wszystkie elementy zamówienia określone w załączniku nr 7 do SWIZ, tj. Opisie przedmiotu zamówienia, w tym między innymi wszystkie zadania wykonawcy oraz produkty badania przy uwzględnieniu wszystkich obowiązków związanych z prawidłową i należyłą realizacją zamówienia. W tym zakresie, zupełnie bezpodstawne a zarazem niezrozumiałe jest przeciwne twierdzenie Zamawiającego zawarte w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Ponadto, w swoich wyjaśnieniach, Odwołujący wskazał na następujące okoliczności, o których mówi art. 90 ust. 2 ustawy Pzp:

- doświadczenie w realizacji projektów edukacyjnych;
- znajomość dokładnych, rzeczywistych kosztów wygenerowanych w prowadzeniu porównywalnych projektów dającą możliwość precyzyjnego określenia ceny w prowadzonym postępowaniu;
- wypracowanie optymalnych procedur postępowania, dzięki którym możliwe jest ograniczenie zbędnych kosztów przy wykonaniu zamówienia, co wiąże się to również z dużym doświadczeniem Odwołującego w tym zakresie;
- doświadczenie w prowadzeniu projektów edukacyjnych pozwalające na optymalne planowanie kolejnych badań, bez potrzeby tworzenia rezerw finansowych na poczet ewentualnych przyszłych kar umownych lub też odszkodowań;
- posiadanie rozbudowanej sieci ankieterów na terenie całego kraju, co pozwala w znacznej mierze ograniczyć koszty prowadzenia badań;
- jednoczesne prowadzenie wielu projektów przez obie firmy pozwalające na optymalizację kosztów prac terenowych;
- organizacja usług pocztowych polegających na wysyłce oraz zwrocie wypełnionych ankiet. Korzystne umowy ramowe zawarte z dostawcami takich usług są elementem wpływającym na obniżenie kosztów realizacji zamówienia;
- PBS Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) jest jedyną z pierwszej dziesiątki firm badawczych w Polsce zlokalizowaną poza Warszawą, co skutkuje niższymi kosztami płacowymi i organizacyjnymi przedsiębiorstwa;
- ewentualna realizacja badania oznacza dla Lidera Konsorcjum przewagę rynkową i stawia wykonawcę w znacznie korzystniejszej sytuacji w stosunku do pozostałych firm z branży badawczej. Biorąc ten element pod uwagę, Odwołujący uznał, że budując swoją pozycję jest w stanie zrealizować ten projekt z niższą niż standardowo marżą (ale nadal z marżą!).

W końcu Odwołujący w wyjaśnieniach wskazał, że: „Wszelkie oszczędności (..) zostały dokonane wyłącznie w drodze optymalizacji prowadzonych prac. Oszczędności nie dotyczyły żadnych obszarów, w których ograniczenie kosztów oznaczałoby ryzyko obniżenia jakości wykonania zamówienia. Zaproponowana kwota jest wystarczająca, aby zrealizować zamówienie z zachowaniem najwyższej jakości. Jednocześnie nie wymusza szukania oszczędności kosztem ankieterów, szkoleń, pracowników etatowych - oszczędności powstają dzięki wykorzystaniu wieloletniego doświadczenia w realizacji wielomodułowych projektów. Gwarantując wysoką jakość usług i pełną uczciwość, w przypadku wyboru naszej oferty, zapewniamy Państwu możliwość bezpośredniego nadzoru nad całością wykonywanego Zamówienia”.

W ocenie Odwołującego nie ulega wątpliwości, że podane przez niego w wyjaśnieniach okoliczności stanowią obiektywne czynniki, o których mowa w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Okoliczności te są na tyle skonkretyzowane, że bez trudności pozwalały Zamawiającemu dokonać oceny, czy zaoferowana przez Odwołującego cena jest ceną rynkową. Co równie istotne i było już wcześniej podkreślane, wyjaśnienia Zamawiającego odpowiadały treści żądania, jakie skierował Zamawiający do Odwołującego, ponieważ wezwanie Zamawiającego powoływało się ogólnie na treść art. 90 ust. 2 ustawy Pzp i nie zawierało jednocześnie żadnych konkretnych pytań do Odwołującego.

Dodatkowo podkreślono, że Zamawiający - z racji wielokrotnego (kilkadziesiąt badań w ciągu ostatnich 24 miesięcy) prowadzenia w przeszłości postępowań, których przedmiotem były badania edukacyjne - posiadał „z urzędu” wiedzę niezbędną w zakresie cen rynkowych usług badawczych. Taka wiedza pozwalała Zamawiającemu na dokonanie autonomicznej oceny „rynkowości” cen podanych przez Odwołującego i to niezależnie od oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego. Co również bardzo istotne, w wielu z tych przetargów oferty członków Konsorcjum Odwołującego były wybierane, jako najkorzystniejsze, i Zamawiający wiedział, jakie ceny oferowane były w przeszłości przez rynek, ale również przez Odwołującego. Już tylko na podstawie posiadanej przez siebie wiedzy i doświadczenia (jako organizatora przetargów) Zamawiający mógł w zgodzie z przepisami prawa i rzetelnie ocenić wysokość ceny oferowanej przez Odwołującego pod kątem jej rynkowości.

W przeszłości Odwołujący był już kilkakrotnie wzywany do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. W odpowiedzi na te wezwania, Odwołujący kierował podobnej treści wyjaśnienia, jak w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający, nigdy nie kwestionował „ogólności”, ani też wartości dowodowej tych wyjaśnień, a wezwania Zamawiającego zawsze były praktycznie identycznej treści. Wykonawca nie mógł oczekiwać, że dla celów niniejszego postępowania Zamawiający oczekuje czegoś ponad normalnie oczekiwane przez niego wyjaśnienia, skoro sama treść wezwania była ogólnikowa i nie zawierała konkretnych pytań. Jako dowód złożył wezwania Zamawiającego oraz wyjaśnienia Odwołującego w ramach innych postępowań prowadzonych przez Zamawiającego).

Zdaniem Odwołującego, bezpodstawne jest również stwierdzenie Zamawiającego, jakoby Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie swoich twierdzeń. W ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dowodem może być wszystko, co przedstawia określone fakty, w tym również oświadczenia własne wykonawców. Odwołujący zawarł w swoich wyjaśnieniach szereg twierdzeń, które stanowią jego oświadczenia własne, niemniej są one poparte informacjami zawartymi w samej ofercie. Otóż, formularz ofertowy (zgodny z SIWZ) zawiera szczegółowe wyliczenie kosztów dla części podstawowej zamówienia (pkt III. 1 Oferty Odwołującego), jak



i dla opcjonalnej części zamówienia (pkt III.2 Oferty Odwołującego), która określa cenę za jednostkowy wywiad kwestionariuszowy. „Ogólność” - jak widzi to Zamawiający - sformułowań zawartych w wyjaśnieniach Odwołującego wynika z faktu, że wykonawcy zobowiązani byli do przedstawienia szczegółowego kosztorysu, który określał poszczególne elementy kształtujące cenę oferowaną przez wykonawców. Zamawiający miał zatem możliwość weryfikacji wyceny poszczególnych zadań realizowanych w ramach części podstawowej zamówienia i części opcjonalnej zamówienia,

Niezależnie od całości powyższego, Odwołujący nie ma również wątpliwości, że cena zaoferowana przez niego w ramach zamówienia była ceną rynkową. Odwołujący wielokrotnie realizował usługi badawcze w postaci wywiadów kwestionariuszowych typu CAPI, których cena jest zbliżona do ceny zaoferowanej w ramach niniejszego Zamówienia. Wiedzę w tym zakresie posiadał Zamawiający, Odwołujący przedstawił stosowne zestawienie nr 1 jako dowód.

Zamawiający pominął okoliczność, że Odwołujący nie ma możliwości weryfikacji kosztów związanych z realizacją badań edukacyjnych a ponoszonych przez podmioty konkurencyjne względem niego. Odwołujący nie ma też wpływu na wysokość tych kosztów, zaś w złożonych przez siebie wyjaśnieniach racjonalnie wyjaśnił, dlaczego koszty Odwołującego są na poziomie wskazanych w ofercie. Wyjaśnienia Odwołującego wskazują również o zastosowanie marży, niższej niż standardowa, niemniej stanowiącej zysk z realizacji zamówienia. Każda pozycja w zestawieniu cenowym (Pkt III.1 Oferty) zawiera marżę Odwołującego w wysokości 15%-20% w zależności od pozycji, zaś w pkt III.2 Oferty marża wynosi ok. 25%. Wysokość marży zależy od przyjętej polityki, na co Odwołujący wskazywał już w wyjaśnieniach. Co warte podkreślenia - wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, złożył tańszą ofertę w zakresie części podstawowej zamówienia.

Trzeba zauważyć zatem, że cena była jedynym kryterium oceny ofert (zgodnie z § 13 SIWZ), zaś waga dla poszczególnych części zamówienia przedstawiała się następująco: 1. Cena za realizację części podstawowej zamówienia 65; 2. Cena za realizację opcji zamówienia 35; RAZEM 100%.

Nadto, zestawienie elementów cenotwórczych dla części podstawowej zamówienia jest znacznie bardziej złożone (21 pozycji) aniżeli dla realizacji opcji zamówienia (2 pozycje tożsame rodzajowo). W takiej sytuacji, Odwołujący nie ma żadnych wątpliwości, iż skoro Zamawiający nabrał wątpliwości co do ceny zaoferowanej przez Odwołującego w zakresie części opcjonalnej zamówienia (na co jednoznacznie wskazuje dopiero w uzasadnieniu odrzucenia oferty), to Zamawiający powinien już w wezwaniu określić, że oczekuje wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny wywiadów ankieterskich realizowanych w ramach części opcjonalnej zamówienia. Odwołujący, ani nie był uprawniony, ani też zobowiązany do

interpretacji wezwania Zamawiającego, jak również do odczytywania jego intencji, a tym bardziej nie mógł i nie musiał wskazywać nic ponad to, czego domagał się Zamawiający.

Precyzując istotniejsze z „obiektywnych czynników”, o których mowa w art. 90 ust. 2 ustawy, a które Odwołujący wskazał z swoich wyjaśnieniach z dnia 21.05.2014 roku, należy dodatkowo wyjaśnić, co następuje:

- w swoich wyjaśnieniach Odwołujący szeroko wskazywał na doświadczenie w realizacji badań edukacyjnych na rzecz Zamawiającego. Załączono zestawienie nr 2 przedstawiające udział członków konsorcjum Odwołującego w przetargach realizowanych dla IBE w latach 2010-2014. Z zestawienia tego wynika, że członkowie konsorcjum Odwołującego mają kilkudziesięciokrotnie większe doświadczenie aniżeli konkurencja, w szczególności w projektach złożonych i o znacznej wartości. Z tej przyczyny, Odwołujący nie miał wątpliwości, że uzasadnione jest powoływanie się przez Odwołującego na to doświadczenie, jako czynnik, który pozwala optymalizować koszty oraz procedury w kolejnych badaniach.

Nadto, jak wskazuje orzecznictwo, doświadczenie w realizacji danego rodzaju zamówień jest obiektywnym czynnikiem, o którym mowa w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp (tak w wyroku KIO z 23.4.2013 r., sygn. KIO 848/131). Zestawienie to zawiera informacje, które są Zamawiającemu znane z urzędu, a zatem powoływanie się przez Odwołującego na doświadczenie w prowadzeniu badań edukacyjnych nie może być uznawane przez Zamawiającego, jako nieudowodnione, ani też kwestionowane przez Zamawiającego, gdyż jest to okoliczność notoryjna dla Zamawiającego. Odwołujący nie ma możliwości wykazania tego czynnika innym środkiem dowodowym.

- czynnikiem notoryjnym jest również istnienie różnicy pomiędzy kosztami płacowymi i organizacyjnymi dla przedsiębiorstwa prowadzonego na terenie województwa mazowieckiego oraz na terenie województwa pomorskiego. Odwołujący przedstawił zestawienie nr 3 przeciętnych miesięcznych wynagrodzeń brutto w sektorze przedsiębiorstw w roku 2013. Dane te pochodzą z Raportów o Sytuacji Społeczno -Gospodarczej Województwa w 2013 roku i zamieszczone są na stronach Urzędów Statystycznych poszczególnych województw, które należą do służb statystyki publicznej, podległych Prezesowi Głównego Urzędu Statystycznego. Są to źródła dostępne publicznie. Bezpodstawne i zupełnie chybione jest zatem powoływanie się Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty na komercyjne artykuły prasowe i dotyczące kosztów usług komunalnych (!) I tym samym próba wykazania, że koszty życia w Trójmieście oraz w Warszawie są na identycznym poziomie oraz nie mają wpływu na prowadzenie firmy. Zresztą, nawet odnosząc się tylko do danych podawanych przez samego Zamawiającego w zakresie wynagrodzeń specjalistów, to również z nich jednoznacznie wynika, że wynagrodzenia specjalistów w Trójmieście są niższe o ok. 10-20%.

Należy nadto wskazać, że PBS uczestniczył w badaniach branżowych, które określały wysokość wynagrodzeń w branży badawczej. **Z załączonego zestawienia nr 4 także bezsprzecznie wynika, że koszty wynagrodzeń w PBS są niższe od średniej. W tym miejscu, Wykonawca zastrzegł, iż informacje zawarte w tym zestawieniu stanowią tajemnicę**

Odnosnie natomiast do kosztów organizacyjnych, to wskazać należy, że Lider Konsorcjum posiada również biuro w Warszawie i ma porównanie stawek czynszu najmu. Stawka czynszu najmu biura Lidera Konsorcjum w Sopocie wynosi 28,01 zł/m<sup>2</sup>, zaś w Warszawie 73,00 zł/m<sup>2</sup>. PBS Sp. z o.o. realizuje 90% zamówienia (pod względem wartościowym) w ramach konsorcjum Odwołującego, a zatem miarodajne jest posługiwanie się tymi kosztami z punktu widzenia województwa pomorskiego.

Podsumowując tę część, Odwołujący ponownie podkreślał, że złożone przez niego wyjaśnienia wskazywały obiektywne czynniki, jak tego wymaga art. 90 ust. 2 ustawy. Wskazane okoliczności stanowią niewątpliwie o możliwości konkurowania ceną przez Odwołującego na rynku badań edukacyjnych. W końcu, co należy szczególnie zaznaczyć, wskazane czynniki w znacznej mierze były możliwe do zweryfikowania o dane dostępne publicznie lub z urzędu przez Zamawiającego, jak również uzupełnione były szczegółową kalkulacją ceny zawartą w samej ofercie Odwołującego.

Abstrahując od całości powyższego, Odwołujący podnosił, że zaoferowana przez niego cena jest ceną rynkową oraz zapewnia mu zysk, co wyraźnie zaznaczono w wyjaśnieniach z dnia 21.05.2014 roku. Z tych względów, cena ta nie mogła być uznana za cenę przez Zamawiającego za cenę rażąco niską.

Klasyfikując ofertę, jako ofertę z rażąco niską ceną, należy wziąć pod uwagę takie okoliczności jak: 1) wyraźne przekroczenie dolnego progu cen na zamówienie tego samego rodzaju; 2) znaczne dysproporcje w stosunku do: a) wartości całego przedmiotu zamówienia, b) wysokości cen rynkowych, c) cen przedstawionych w ofertach innych wykonawców; 3) oczywisty brak ekwiwalentności w stosunku do przedmiotu zamówienia sugerujący wykonanie zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. Za ofertę z rażąco niską ceną można uznać zatem ofertę z ceną niewiarygodną, znacząco odbiegającą od cen przyjętych na rynku, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów realizacji usługi. Według definicji słownikowej „rażący” - to dający się łatwo stwierdzić, wyraźny, oczywisty, niewątpliwy, bezsporny (wyr. KIO z 18.4.2013 r., KIO 772/13). W kontekście takiej treści orzecznictwa, Odwołujący w zestawieniu nr 5 przedstawiał kalkulację ceny w zakresie realizacji części opcjonalnej zamówienia. Z kalkulacji tej jednoznacznie wynika zdaniem Odwołującego, że cena ta zapewnia należyłą realizację całego przedmiotu zamówienia oraz jego realizację z zyskiem dla Odwołującego. W takim stanie rzeczy nie można uznać za rażąco niską cenę, która jest ceną rynkową.

W podsumowaniu, Odwołujący stanowczo podnosił, że odrzucenie jego oferty wskutek uznania, że zaoferowana cena jest rażąco niska stanowi istotne naruszenia przepisów ustawy Pzp. Naruszenie to ma charakter zarówno formalny (w tym ogólnikowość wezwania Zamawiającego, brak wezwania do przedstawienia dowodów), jak i materialny (Odwołujący wykazał w wyjaśnieniach istnienie „obiektywnych czynników” określonych w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp).

Mając to uwadze, złożenie odwołania uznano za konieczne a Odwołujący wnosił jak w części wstępnej.

**Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentów złożonych w wyniku wezwania Zamawiającego, wyjaśnień złożonych przez Wykonawców, materiałów złożonych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, a odrzucenia oferty Odwołującego i potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia, ponieważ jego oferta sklasyfikowana jest na pierwszej pozycji w rankingu ofert względem ustalonego w postępowaniu kryterium oceny ofert – najniższa cena. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca **GFK Polonia Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Przystąpienie spełniało przesłanki formalne.

W postępowaniu ustalono, że w dniu 19 maja 2014 roku Odwołujący został na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwany do złożenia wyjaśnień, czy oferta zawiera

rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zarówno w zakresie podstawowym, jak i opcjonalnym. W wyjaśnieniach Wykonawca miał uwzględnić okoliczności wynikające z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp oraz wskazać, czy skalkulowana cena obejmuje wszystkie elementy zamówienia określone w załączniku nr 7 (OPZ), w tym między innymi wszystkie zadania wykonawcy oraz produkty badania przy uwzględnieniu wszystkich obowiązków związanych z prawidłową i należyłą realizacją zamówienia.

W wyznaczonym terminie Wykonawca wyjaśnienia o treści opisanej w odwołaniu złożył. Ocena tych wyjaśnień przez Zamawiającego dokonana w piśmie Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej skutkowałą odrzuceniem oferty Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Z uwag natury ogólnej zauważyć należy, iż zgodnie z art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Możliwość zastosowania przywołanego przepisu poprzedzona być musi wyczerpaniem przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej cenę, którą reguluje art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Ze stanowiska doktryny oraz orzecznictwa wynika, że procedura wyjaśniająca nie może być pominięta (tak wyrok ETS z 22 czerwca 1989 r., sygn. C-103/88). Jeżeli wyjaśnienia nie zostaną złożone lub z ich treści wynika, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną, ofertę należy odrzucić na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Automatyczne przyjmowanie, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, że cena poniżej pewnego poziomu jest ceną rażąco niską, jest niedopuszczalne. Ocena, czy zaoferowana cena jest niewiarygodna, dokonywana jest w świetle złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, gdy w okolicznościach sprawy zachodziły podstawy do wszczęcia takiej procedury wyjaśniającej.

Samo pojęcie rażąco niskiej ceny w ustawie Pzp nie jest zdefiniowane. Przyjmuje się za orzecznictwem europejskim, orzecznictwem sądów okręgowych, KIO oraz doktryną, iż za cenę rażąco niską uważana jest cena nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert (tak np. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08). W wyroku z dnia 28 marca 2013 roku KIO przyjęła, że o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne (sygn. akt KIO 592/13). O zjawisku rażąco niskiej ceny będziemy mówili, kiedy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a różnica ta nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, to zamówienie wykonać (tak KIO w wyroku z dnia 4 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1562/11).

Z kolei art. 90 ust. 1 ustawy Pzp regulujący instytucję wyjaśnień ma na celu ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający korzystając z tej regulacji, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. 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. Zamawiający powinien pozyskać jednoznaczne wyjaśnienia od wykonawcy i dopiero w wyniku oceny tych wyjaśnień podjąć dalsze decyzje, w tym o wyborze oferty (sygn. akt UZP/ZO/0-564/06 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 8.04.2009 r., sygn. Akt XII Ca 59/09).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, jednoznacznie podkreślić należy, że w ocenie składu orzekającego Izby przedmiotowej sprawie, wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie elementów mających wpływ na wysokość ceny stanowi domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej.

Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień ma obowiązek podać Zamawiającemu okoliczności uzasadniające obniżenie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia lub też innych czynników, do których odnosi się wezwanie Zamawiającego. Niewątpliwie przy ocenie wyjaśnień uwzględnić należy treść samego wezwania wystosowanego przez Zamawiającego.

Zamawiający, gdy otrzyma odpowiedź na swoje wezwanie kierowane do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp powinien poddać ją bardzo wnikliwej analizie. Przede wszystkim w pierwszej kolejności powinien ustalić czy taką odpowiedź można w ogóle uznać za wyjaśnienia składane przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Nie każde bowiem pismo składane w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego może być uznane za takie wyjaśnienia. Prawidłowo złożone wyjaśnienia muszą spełniać wymagania określone w art. 90 ust. 1 Pzp i pozwalać Zamawiającemu na dokonanie oceny w takim zakresie jak wynika to z art. 90 ust. 2 Pzp. Nie jest zatem wystarczające nazwanie pismo „wyjaśnieniami” czy powołanie się w jego treści na art. 90 ust. 1 Pzp. Dla uzasadnienia takiego twierdzenia można przywołać orzeczenie KIO z dnia 12 października 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1415/09) oraz orzeczenie KIO z dnia 17 marca 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 262/09).

Ponadto przy ustalaniu czy dana cena ma charakter ceny rażąco niskiej i dokonywaniu na tę okoliczność wyliczeń i analizy złożonych wyjaśnień, konieczne jest jeszcze przyjęcie trzech zasadniczych założeń. Po pierwsze, że dany wykonawca

wykonywać będzie przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami zawartymi w SIWZ (przykładowo zgodnie z odpowiednimi wymogami jakościowymi, terminowymi i innymi). Po drugie, że dane zamówienie zrealizowane będzie zgodnie z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, w tym także prawa miejscowego (np. określającymi wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę, przepisami bhp, przepisami określającymi sposób postępowania z odpadami, itp.). Wreszcie po trzecie, że wykonawca wykona daną usługę zgodnie z zasadami sztuki zawodowej, tj. np. przy użyciu odpowiednich nakładów sprzętowych, osobowych i czasowych, z zachowaniem określonych standardów. Oczywiście jest bowiem, to że nie do zaakceptowania są tego rodzaju oszczędności wykonawcy, jakie zamierza on poczynić poprzez obniżenie kosztów powstających w wyniku konieczności przestrzegania wymogów SIWZ, wymogów prawa czy zasad sztuki zawodowej.

W konsekwencji wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp Zamawiający powinien badać nie tylko poprzez zsumowanie podanych w nim kwot (o ile takowe w ogóle są podane), ale i poprzez realność poczynionych założeń co do czasochłonności pracy, co do rzeczywistości i zgodności z prawem stawek wynagrodzenia oraz do realnego kosztu czynności do zrealizowania celem osiągnięcia przedmiotu zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu stwierdzić należy, że wykonawca Konsorcjum w wyjaśnieniach przedstawiło jedynie ogólnikowe stwierdzenia, własne deklaracje (oświadczenia wykonawcy) nie poparte żadnymi dowodami i już choćby z tego powodu nie można ich było uznawać za wystarczające. Zastrzec od razu należy, że do wyjaśnień nie muszą być złożone „materialne” dowody, czy też jakiegokolwiek wyliczenia ale w przypadku, jeśli wyjaśnienia wykonawcy nie wskazują na indywidualne, dostępne wyłącznie tylko temu wykonawcy uwarunkowania, uzasadniające wysokość zaoferowanej ceny, należy uznać, że wyjaśnienia spełniające wymagania przepisów ustawy Pzp, w ogóle nie zostały złożone. Wykonawca bowiem w udzielanych wyjaśnieniach powinien udowodnić Zamawiającemu, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna, tzn., że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat. Takich okoliczności w swoich wyjaśnieniach wykonawca w żaden sposób nie wykazał. Należało zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego i Przystępującego, że złożone wyjaśnienia są ogólnikowe, nie poparte żadnymi dowodami, nie wskazują na szczególną sytuację wykonawcy, która pozwoliła mu właśnie w taki sposób, na takim poziomie skalkulować koszty. Za prawidłowością złożonych wyjaśnień nie przemawiała również okoliczność, że wcześniej (w innych prowadzonych przez tego Zamawiającego postępowaniach), takie wyjaśnienia były honorowane i uznawane za prawidłowe. Stwierdzenie to może jedynie prowadzić do wniosku zgoda odmiennego, mianowicie że złożone wyjaśnienia są nieprawidłowe. Nie może być bowiem tak, że w każdym

prowadzonym postępowaniu wykonawca składa tożsame wyjaśnienia. To raczej dowodzi uniwersalności prezentowanych tez (skoro mogą być one użyte w innych postępowaniach), niż przemawia za przedstawieniem jakiś szczególnie korzystnych warunków dostępnych jedynie Odwołującemu.

Stwierdzenie, że cena została skalkulowana biorąc pod uwagę doświadczenie w realizacji projektów edukacyjnych, znajomość kosztów porównywalnych projektów, wyjątkowe warunki wykonywania zamówienia i politykę firmy w zakresie kalkulowania marży można odnieść do każdego wykonawcy, który brał udział w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty mają (większe lub mniejsze) doświadczenie w realizacji takich projektów, ponieważ zamówienie dedukowane było profesjonalistom na rynku a nie początkującym firmom ankieterskim. Nie wymieniono choćby jednego wyjątkowego warunku wyróżniającego Odwołującego na tle innych wykonawców.

Skoro wykonawca dysponuje osobami z doświadczeniem w kierowaniu, pracach analitycznych i pomocniczych przy realizacji projektów i wypracował optymalne procedury postępowania, dzięki którym możliwe jest ograniczenie zbędnych kosztów przy wykonywaniu zamówienia, to należało pokazać jak powyższe przełożyło się na cenę oferty, w których jej punktach ta optymalizacja została uwzględniona.

Bez wątplenia czynnikiem wpływającym na wycenę oferty jest fakt posiadania rozbudowanej sieci ankietów na terenie całego kraju, co pozwala na ograniczenie kosztów badań i optymalizację kosztów prac terenowych. Przyznać należy rację Odwołującemu, że w tym przypadku pokazał On w ofercie jak kształtowało się będzie przygotowanie osób do przeprowadzania ankiet i jaki będzie tego koszt. Czy wykazał jednak wykonawca, że ten element kosztotwórczy rzeczywiście w jego ofercie został prawidłowo ujęty? W ocenie składu orzekającego poza słowną deklaracją wykonawcy, wyjaśnienia nie dają odpowiedzi na tak postawione pytanie. Przy realizacji przedmiotu zamówienia, ze względu na jego specyfikę, wszyscy wykonawcy będą musieli dysponować rozbudowaną siecią ankietów na terenie kraju, z tej prostej przyczyny, że inaczej nie da się zrealizować tego zamówienia.

Choć niewątpliwie ograniczenie kosztu usług pocztowych, w tym korzystne umowy ramowe z dostawcami tych usług mogły wpłynąć na ogólną cenę oferty, to wykonawca nie przedstawił choćby zarysu, ogólnych warunków takich umów, aby udowodnić, wykazać możliwość obniżenia z tego powodu kosztów.

Na obniżenie ceny oferty mogła mieć wpływ okoliczność, iż siedziba jednego z członków konsorcjum znajduje się poza Warszawą. Dostrzeżenia jednak wymaga, że Odwołujący dopiero do odwołania załączył zestawienie, które pokazywało w jaki sposób powyższe mogło mieć wpływ na cenę jego oferty. Izba zauważa, że złożenie nowych elementów w celu wykazania prawidłowości wyliczenia ceny ofertowej dopiero na rozprawie



przed Krajową Izbą Odwoławczą było spóźnione i nie mogło być wzięte pod uwagę. 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 (tak Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 9 kwietnia 2010 r. sygn. akt IV Ca 1299/09.). To obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie oceny wyjaśnień, a obowiązkiem Izby jest ocena czynności wykonanych przez Zamawiającego.

Zdaniem składu orzekającego Odwołujący nie pokazał w jakim stopniu wymienione przez niego w wyjaśnieniach czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny. Z tych powodów właśnie, w ocenie Izby, Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił złożone wyjaśnienia jako niewystarczające i prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Izba stwierdza, że Zamawiający należycie dokonał oceny wyjaśnień przyjmując, że wezwany Wykonawca nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wezwane Konsorcjum nie uczyniło zadość obowiązkowi spoczywającemu na podmiocie wezwanym do złożenia wyjaśnień, co musiało doprowadzić do odrzucenia oferty tego podmiotu w postępowaniu.

Celem procedury wyjaśniającej z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jest rzeczywista weryfikacja oferty wykonawcy w kontekście rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś formalistyczna ocena złożonych wyjaśnień, z pominięciem zakresu wezwania i oczekiwań Zamawiającego. Art. 90 ust. 3 ustawy Pzp dotyczy wykonawców, którzy w warunkach zasadności wezwania, lekceważą je lub przedstawiają wyjaśnienia potwierdzające zaoferowanie rażąco niskiej ceny. W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący nie zakwestionował zasadności wezwania. Samo zaś wezwanie do wyjaśnień było na tyle precyzyjnie sformułowane, że w ocenie Izby Odwołujący wiedział, jakich informacji oczekuje Zamawiający. Przyjęta metodyka oceny wyjaśnień była prawidłowa, wyjaśnienia nie zaprzeczyły złożeniu oferty, której cena nie jest rażąco niska. Końcowo, podkreślić również trzeba, że co do zasady czynność wyjaśnień powinna mieć charakter jednorazowy (tak wyrok SO w Warszawie z dnia 08 czerwca 2006 r., sygn. akt: V Ca 459/06 oraz KIO w wyroku z dnia 19 października 2012 roku, sygn. akt KIO 2096/12). Nie negując jednak możliwości kilkukrotnego wzywania do wyjaśnień przy zastosowaniu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w wyjątkowych wypadkach, jeżeli nadal istnieją wątpliwości w przedmiotowym zakresie, pomimo złożonych przez wykonawcę wyjaśnień lub wezwanie sformułowane było w sposób nieprawidłowy, z całą stanowczością podkreślić należy, że w przedmiotowym postępowaniu nie ujawniły się żadne nowe okoliczności, które warunkowałyby możliwość wystosowania do wykonawcy ponownego wezwania, celem wyjaśniania wątpliwości.

Mając na uwadze powyższe, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów wymienionych przez Odwołującego w petitum odwołania i orzekła jak w sentencji. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego nie miały i nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) 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).

**Przewodniczący:** .....