

Sygn. akt: KIO 2354/12

WYROK
z dnia 13 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 listopada 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 października 2012 r. przez wykonawcę **Wrocławski Medyczny Park Naukowo-Technologiczny Sp. z o.o., ul. Kutnowska 1-3, 53-135 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, ul. St. Dubois 5A, 00-184 Warszawa,**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Soflab Technology Sp. z o.o., ul. Ligocka 103, 40-568 Katowice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy **4system Polska Sp. z o.o., ul. Botaniczna 70, 65-392 Zielona Góra** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Wrocławski Medyczny Park Naukowo-Technologiczny Sp. z o.o., ul. Kutnowska 1-3, 53-135 Wrocław** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Wrocławski Medyczny Park Naukowo-Technologiczny Sp. z o.o., ul. Kutnowska 1-3, 53-135 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Wrocławskiego Medycznego Parku Naukowo-Technologicznego Sp. z o.o., ul. Kutnowska 1-3, 53-135 Wrocław** na rzecz **Skarbu Państwa - Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, ul. St. Dubois 5A, 00-**

184 Warszawa 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 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, Skarb Państwa - Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, z siedzibą w Warszawie prowadzi, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „świadczenie usługi audytu w ramach projektu Elektroniczna Platforma Gromadzenia Analizy i Udostępniania zasobów cyfrowych o Zdarzeniach Medycznych (P1) oraz Platforma udostępniania on-line przedsiębiorcom usług i zasobów cyfrowych rejestrów medycznych (P20)”.

Pismem z dnia 18 października 2012 r., zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wskazując jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Soflab Technology Sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach. Tym samym pismem zamawiający poinformował, iż działając na podstawie art. 90 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej także, jako „Pzp], odrzucił ofertę wykonawcy Wrocławski Medyczny Park Naukowo-Technologiczny Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu. W uzasadnieniu zamawiający wskazał, iż wyjaśnienia złożone przez Wrocławski Medyczny Park Naukowo-Technologiczny Sp. z o. o. wskazują, że cena zawarta w jego ofercie jest skalkulowana nierzetelnie, przez co jest ceną nierealistyczną. Zamawiający podniósł, iż dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jednocześnie złożenie oferty z przedmiotową ceną wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji.

Od powyższych czynności zamawiającego odwołanie w dniu 29 października 2012 r., złożył wykonawca Wrocławski Medyczny Park Naukowo-Technologiczny Sp. z o. o. zarzucając zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 90 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne przyjęcie, iż oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a jednocześnie że złożenie oferty z przedmiotową ceną wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, czego skutkiem jest bezpodstawne odrzucenie złożonej przez odwołującego oferty;
- 2) naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty, niebędącej ofertą najkorzystniejszą w świetle ustalonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert;
- 3) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców.

Odwołujący wnosił o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, a w konsekwencji dokonania wyboru złożonej przez odwołującego oferty, jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołujący wskazywał, iż zamawiający przyjął, że wartość 6.270 zł stanowi dla odwołującego stały miesięczny koszt z zatrudnienia specjalisty, który będzie uczestniczył w wykonywaniu zamówienia. Tymczasem złożone przez odwołującego, pismem z dnia 4 października 2012r. wyjaśnienia jednoznacznie wskazują, iż: „ (...) Ustalona przez Wykonawcę stawka wynagrodzenia godzinowego wynosi średnio 40 zł. W przeliczeniu w oparciu o przyjętą stawkę godzinową otrzymujemy wynagrodzenie w wysokości od 2.640 zł do 5.240 zł średniomiesięcznie. Wymiar godzinowy pełnego etatu w skali miesiąca wynosi średnio 168 godzin, co w przeliczeniu przez przyjętą przez Wykonawcę stawkę godzinową daje wynagrodzenie miesięczne w wysokości 6.720 zł”. Dalej odwołujący wskazywał, iż faktyczny koszt ponoszony przez niego w związku z zatrudnieniem specjalisty dla potrzeb realizacji zamówienia uzależniony jest zatem od ilości faktycznie przepracowanych godzin. Odwołujący jednoznacznie wskazał, iż podstawą zatrudnienia będą umowy cywilnoprawne, a nie stosunek pracy. W związku z charakterem świadczonych usług wysokość wynagrodzenia specjalisty świadczącego usługi a rzecz odwołującego w związku z realizacją zadań na rzecz różnych zamawiających jest uzależniona od liczby faktycznie świadczonych usług, co oznacza, że nie jest wartością stałą. Odwołujący stwierdził, że zamawiający wychodzi z błędnego założenia co do stałości stawek we wszystkich realizowanych przez odwołującego zadaniach. Tymczasem wysokość stawki godzinowej eksperta w różnych projektach kształtuje się na różnym poziomie. Tym samym również koszty odwołującego kształtują się na różnych poziomach w zależności od faktycznego zaangażowania godzinowego w ramach różnych realizowanych zadań w danym miesiącu. Odnosząc się do wskazywanego przez zamawiającego poziomu utylizacji odwołujący podniósł, iż zatrudnienie specjalistów do realizacji zadania na rzecz zamawiającego nastąpi na podstawie umów cywilnoprawnych, co ma kluczowe znaczenie dla określenia poziomu utylizacji. Powyższe czyni podstawy przyjętych przez zamawiającego założeń odnośnie poziomu utylizacji całkowicie błędnymi. Z punktu widzenia odwołującego ponoszony koszt sprowadza się, do ilości godzin faktycznie świadczonych na rzecz Klientów Odwołującego usług. Ze względu na cywilnoprawny charakter zawieranych przez odwołującego umów, zamawiający nie opłaca godzin spędzonych na dojazdach, urlopiach oraz w okresie choroby.

Założenia przyjęte przez zamawiającego odnośnie osiągalnego poziomu utylizacji, oparte są zatem na błędnych podstawach oraz subiektywnych ocenach, co czyni przyjęty przez Zamawiającego sposób rozumowania niedopuszczalnym w toku oceny ofert w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przyjęty przez zamawiającego dla potrzeb wyliczeń i oceny złożonych przez odwołującego wyjaśnień dotyczących składników cenotwórczych oferty poziom utylizacji wynika zatem z błędnych założeń. Odwołujący wskazywał, iż przyjęcie przez zamawiającego w sposób arbitralny, niewynikający z ustaleń o charakterze obiektywnym, zakładanego poziomu utylizacji dla potrzeb oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny jest działaniem niedopuszczalnym, prowadzących do ocen subiektywnych, które w sposób rażący narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący stwierdził, że zaoferowana cena nie kształtuje się poniżej taktycznych kosztów realizacji zamówienia i jest ceną rynkową, co wyklucza możliwość uznania jej za rażąco niską. Nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego co do marginalności posiadania przez odwołującego biura w Warszawie dla faktycznych kosztów realizacji zamówienia. Ze względów oczywistych nie wszystkie prace będą prowadzone i w lokalizacjach wskazanych przez zamawiającego. Fakt posiadania biura w Warszawie pozwala ponadto na uzyskanie korzystniejszych warunków w relacjach z ekspertami świadczącymi usługi na rzecz odwołującego. W ocenie odwołującego nie można również zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego, jakoby średni koszt konsultanta 6720 zł był zaniżony w związku z ponoszeniem przez osobę zatrudnioną na podstawie umowy cywilnoprawnej 50% kosztów uzyskania przychodu, w tym kosztów związanych z wykonaniem umowy, zabezpieczeniem emerytalnym, kosztami doskonalenia, dojazdu i zakwaterowania. Odnosząc się do powołanej przez zamawiającego podstawy prawnej odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, wskazywał, iż zgodnie z 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 interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta bądź narusza ten interes. Odwołujący podnosił, iż dowiódł w sposób bezsprzeczny i nie budzący wątpliwości, iż zaoferowana cena w żadnej mierze nie kształtuje się poniżej ponoszonych przez odwołującego kosztów, co wyklucza możliwość uznania, że złożenie przez odwołującego oferty stanowi w okolicznościach zaistniałego stanu faktycznego czyn nieuczciwej konkurencji.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający, Skarb Państwa - Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, z siedzibą w Warszawie prowadzi, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „świadczenie usługi audytu w ramach projektu Elektroniczna Platforma Gromadzenia Analizy i Udostępniania zasobów cyfrowych o Zdarzeniach Medycznych (P1) oraz Platforma udostępniania on-line przedsiębiorcom usług i zasobów cyfrowych rejestrów medycznych (P20)”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 sierpnia 2012 r., pod numerem 2012/S 157-262648.

Zgodnie z protokołem postępowania zamawiający określił wartość szacunkową zamówienia na kwotę 5.723.577,24 zł w tym wartość przewidywanych zamówień uzupełniających ustalona została na kwotę 520.325,20 zł.

Izba ustaliła również, iż zgodnie z treścią załącznika nr 3 do SIWZ wykonawcy zobligowani byli do podania uśrednionej stawki godzinowej dla wszystkich osób pełniących wyszczególnione role w projekcie. Dla wyliczenia należało przyjąć ilość godzin na poziomie 64 000. Zgodnie z rozdziałem VII SIWZ jako kryterium oceny ofert zamawiający określił wyłącznie cenę.

Do upływu terminu składania ofert swoje oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Soflab Technology Sp. z o.o. na kwotę 4.723.200,00 zł brutto;
- 2) Fujitsu Technology Solutions Sp. z o. o. na kwotę 7.488.000,00 zł brutto;
- 3) Wrocławski Medyczny Park Naukowo-Technologiczny Sp. z o. o. na kwotę 3.857.280,00 zł brutto;
- 4) Ericpol Sp. z o.o. na kwotę 6.643.840,00 zł brutto;
- 5) 4system Polska Sp. z o. o. na kwotę 6.218.880,00 zł brutto.

Poszczególni wykonawcy zaproponowali następujące uśrednione stawki godzinowe dla wszystkich osób pełniących wyszczególnione role w projekcie:

- 1) Soflab Technology Sp. z o.o. 73,8 zł brutto;
- 2) Fujitsu Technology Solutions Sp. z o. o. 117 zł brutto;
- 3) Wrocławski Medyczny Park Naukowo-Technologiczny Sp. z o. o. 60,27 zł brutto;
- 4) Ericpol Sp. z o.o. 103,81 zł brutto;
- 5) 4system Polska Sp. z o. o. 97,17 zł brutto.

Pismem z dnia 26 września 2012 r., zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się do wykonawcy Wrocławski Medyczny Park Naukowo-Technologiczny Sp. z o. o., o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na jej cenę i przedstawienia jednoznacznych dowodów potwierdzających możliwość zrealizowania przedmiotu zamówienia zgodnie z przedstawioną przez wykonawcę ofertą cenową.

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca w piśmie z dnia 4 października 2012 r., wyjaśnił, iż: „(...) cena złożonej przez wykonawcę oferty została skalkulowana jako suma kosztów zmiennych przeprowadzenia projektu, kosztów ogólnych funkcjonowania firmy w części dotyczącej projektu oraz zysku. Została ona wyrażona poprzez uśrednioną stawkę godzinową pracy eksperta oraz zakładaną przez Zamawiającego liczbę godzin tj. 64 000. Oferowana przez Wykonawcę średnia stawka godzinowa dla wszystkich osób pełniących role w projekcie to 49 zł netto, co w przeliczeniu w oparciu o zakładaną ilość godzin daje cenę netto 3.136.000 000 zł, oraz kwotę 3.857.280,00 zł brutto. (...) Na koszt realizacji zamówienia składają się głównie wynagrodzenia ekspertów. Wykonawca posiada biuro w Warszawie. Wykonawca zatrudnia ekspertów w oparciu o umowy cywilnoprawne, co znacząco obniża koszty zatrudnienia. Wykonawca w ramach prowadzonej przez siebie działalności świadczy wiele usług o podobnym charakterze polegających zarówno na zarządzaniu projektami, jak i świadczeniu usług audytu, co daje możliwość świadczenia usług po niższych kosztach, w związku z równoległym zatrudnieniem ekspertów przy realizacji różnych projektów. (...) Ustalona przez wykonawcę stawka wynagrodzenia godzinowego wynosi średnio 40 zł. W przeliczeniu w oparciu o przyjętą stawkę godzinową otrzymujemy wynagrodzenie w wysokości od 2.640 zł do 5.240 zł średniomiesięcznie. Wymiar godzinowy pełnego etatu w skali miesiąca wynosi średnio 168 godzin, co w przeliczeniu przez przyjętą przez Wykonawcę stawkę godzinową daje wynagrodzenie miesięczne w wysokości 6.720 zł. Wartości te w sposób jednoznaczny potwierdzają, iż składniki cenotwórcze złożonej oferty w pełni uwzględniają uwarunkowania rynkowe. Pozostałe 18,36% wartości uśrednionej stawki godzinowej dla wszystkich osób pełniących role w projekcie wskazanej w formularzu ofertowym stanowią koszty ogólne funkcjonowania firmy w części dotyczącej projektu oraz zysk. (...) cena złożonej przez Wykonawcę oferty nie odbiega w sposób znaczący od ceny kolejnej droższej jedynie o 18% od ceny Wykonawcy. (...) Zaproponowana przez nas kwota 3.857.280,00 zł, w pełni pokrywa nasze oczekiwania finansowe związane z przedmiotowym zamówieniem. Ujęto w niej wszelkie wymagane składniki wynikające z opisu przedmiotu zamówienia oraz warunków umowy.”

Dalsza część wyjaśnień objęta została przez wykonawcę tajemnicą przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 18 października 2012 r., zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wskazując jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Soflab Technology Sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach oraz m.in. o na odrzuceniu podstawie art. 90 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, oferty wykonawcy Wrocławski Medyczny Park Naukowo-Technologiczny Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu.

Czynności te leżą bezpośrednio u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Ponadto Izba ustaliła, iż zamawiający w dniu 29 października 2012 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 185 ust. 2 Pzp swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy 4system Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Zielonej Górze oraz Soflab Technology Sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach, stając się uczestnikami przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść oferty Odwołującego, złożone przez niego wyjaśnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również Izba uznała, iż odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta może być uznana za najkorzystniejszą.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, iż zarzut ten nie potwierdził się. Należy wskazać, iż wszczęcie procedury określonej w art. 90 ust. 1 ustawy p.z.p. ustanawia domniemanie zaoferowania przez wykonawcę rażąco niskiej ceny. Izba stoi na stanowisku, że to na wykonawcy ciąży obowiązek obalenia tego domniemania. Bez wątplenia 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 zaistnienie po stronie wykonawcy obiektywnych czynników wpływających na obniżenie ceny oferty powinno być udowodnione. Wykonawca, który składa wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinien bowiem wskazać co spowodowało obniżenie ceny, jak również w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie. Udzielone wyjaśnienia mają bowiem potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana.

Odnosząc się do przedmiotowej sprawy należy wskazać, iż zamawiający dokonał prawidłowej oceny złożonych przez odwołującego wyjaśnień, zgodnie z kryteriami określonymi przykładowo w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Ocena tych wyjaśnień stanowi bowiem podstawę do uznania za potwierdzony zarzut zaoferowania rażąco niskiej ceny. Niewątpliwie norma prawna wynikająca z art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych skierowana jest do zamawiającego. Wykonawcy nie muszą w swoich wyjaśnieniach wymieniać wprost czynników, o których mowa w przywołanym przepisie. Wykonawcy wolno opisać dowolne przyczyny uzasadniające rzetelną kalkulację ceny ofertowej, jednak pod warunkiem, że mają one charakter obiektywny, dający się zweryfikować. W ocenie Izby w złożonych przez odwołującego wyjaśnieniach takich czynników brak. O ile odwołujący w wyjaśnieniach wskazuje np. że posiada biuro w Warszawie, czy że w ramach prowadzonej działalności świadczy wiele usług o podobnym charakterze co daje możliwość świadczenia usług po niższych kosztach, w związku z równoległym zatrudnieniem ekspertów przy realizacji różnych projektów to brak jest jakiegokolwiek argumentacji która wskazywała by w jaki sposób przekłada się to na zaproponowaną cenę jak też, iż są to czynniki obiektywne dostępne tylko dla tego wykonawcy. Za takie czynniki nie mogą być również uznane zawarte w wyjaśnieniach stwierdzenia odwołującego, iż zaproponowana kwota w pełni pokrywa jego oczekiwania finansowe związane z przedmiotowym zamówieniem, czy też fakt, że przyjęty wskaźnik kosztów ogólnych wynika z dotychczas realizowanych przez odwołującego projektów o podobnym zakresie, a zakładana rentowność z przyjętych przez odwołującego założeń funkcjonowania firmy. Nie sposób nadać im waloru obiektywności i dostępności tylko dla odwołującego. W ocenie Izby poprzestając jedynie na złożeniu ogólnikowych wyjaśnień i odstępując od udowodnienia powoływanych przyczyn wykonawca czyni to na własne niebezpieczeństwo. Izba nie podzieliła poglądu odwołującego, że zamawiający nie dokonał rzetelnej i wyczerpującej oceny wyjaśnień. Wobec ogólnikowych stwierdzeń zawartych w wyjaśnieniach zamawiający, nie miał możliwości dokonywania głębszej analizy złożonych wyjaśnień. gdyż nie zawierały one żadnych szczegółowych danych, które takiej analizie mogłyby być przez zamawiającego poddane. W ocenie Izby informacje zawarte w wyjaśnieniach odwołującego zawierają - wbrew dyspozycji art. 90 ust. 2 ustawy Pzp - tylko

ogólne stwierdzenia i nie wyjaśniają, czy i jaki wpływ mają poszczególne czynniki na konkretną wysokość zaoferowanej ceny, ani nie wskazują żadnych dowodów na potwierdzenie prawidłowości wyliczenia ceny. W tej sytuacji zamawiający był zobowiązany odrzucić ofertę skarżącego, skoro złożone wyjaśnienia nie potwierdziły, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia co dawało podstawę do uznania, że cena oferty jest rażąco niska – zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Ciężar dowodu, że cena nie jest ceną rażąco niską, spoczywa na wykonawcy składającego ofertę, a nie na zamawiającym, który w dodatku nie musi „*podpowiadać*” wykonawcy, dlaczego uważa cenę za rażąco niską. Stanowisko takie znajduje uzasadnienie w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9 kwietnia 2010 r. (IV Ca 1299/2009).

Dodatkowo należy wskazać, iż późniejsze, po upływie wyznaczonego przez zamawiającego terminu, uzupełnienie złożonych wyjaśnień jest niedopuszczalne, w szczególności na etapie rozpoznawania środków ochrony prawnej. Dlatego też pod uwagę nie mogły być wzięte argumenty zgłaszane przez odwołującego na rozprawie, iż dysponuje on mieszkaniem służbowym w Warszawie, posiada odpowiedni zasób osobowy jak i poziom zatrudnienia czy też w końcu, iż dysponuje on niezbędnymi narzędziami audytowymi i nie będzie musiał ponosić kosztu ich zakupu. W konsekwencji, Izba biorąc pod uwagę złożone na rozprawie oświadczenia zarówno stron jak i przystępującego uznała, że odwołujący w przedmiotowej sprawie nie wykazał, iż znajduje się w korzystniejszej sytuacji od innych wykonawców co uzasadniałoby cenę jego oferty. Dlatego też należało stwierdzić iż zamawiający prawidłowo uczynił odrzucając jego ofertę na podstawie wskazanego przepisu. Tak udzielonych wyjaśnień nie można bowiem potraktować jako wystarczających w rozumieniu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Powyższe przesądza również o niezasadności zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp gdyż zamawiający prowadzi postępowanie w sposób zapewniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

Za potwierdzony natomiast Izba uznał zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp – poprzez odrzucenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w sytuacji gdy brak było podstaw ku takiemu działaniu zamawiającego. Nie sposób zgodzić się z zamawiającym, iż odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, automatycznie skutkuje również wystąpieniem przesłanki do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Niewątpliwie wskazane przepisy odwołują się do dwóch różnych, rozerwalnych podstaw odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający nie wskazał jak czyn w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji miałby być popełniony, brak na tą okoliczność jakiegokolwiek argumentacji zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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: