

Sygn. akt: **KIO/UZP1234/09**

KIO/UZP 1238/09

KIO/UZP 1240/09

WYROK

z dnia 16 września 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Barbara Bettman**

Członkowie: **Magdalena Grabarczyk**
Marek Koleśnikow

Protokolant: **Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 września 2009 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **4 września 2009 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. Doradztwo Gospodarcze DGA S.A., ul. Towarowa 35, 61-896 Poznań

B. WYG International Sp. z o.o., ul. Żelazna 28/30, 00-832 Warszawa

C. SEKA S.A., ul. Paca 37, 04-836 Warszawa

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości, ul. Pańska 81/83, 00-834 Warszawa** protestów:

A. Doradztwo Gospodarcze DGA S.A., ul. Towarowa 35, 61-896 Poznań z dnia **3 sierpnia 2009 r.**

B. WYG International Sp. z o.o., ul. Żelazna 28/30, 00-832 Warszawa z dnia **30 lipca 2009 r.**

C. SEKA S.A., ul. Paca 37, 04-836 Warszawa z dnia **30 lipca 2009 r.**

przy udziale **Konsorcjum Wykonawców: FIRMA 2000 Sp. z o.o., Policy & Action Group Uniconsult Sp. z o.o., z siedzibą lidera ul. Marconich 9 lok. 19, 02-954 Warszawa,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie odwołujących:

A. Doradztwa Gospodarczego DGA S.A., ul. Towarowa 35, 61-896 Poznań i nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego A.

B. WYG International Sp. z o.o., ul. Żelazna 28/30, 00-832 Warszawa i nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego B.

Nakazuje unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje powtórzenie czynności badania, oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej.

2. Oddala odwołanie Odwołującego C - SEKA S.A., ul. Paca 37, 04- 836 Warszawa.

2. Kosztami postępowania obciąża Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości, ul. Pańska 81/83, 00-834 Warszawa oraz SEKA S.A., ul. Paca 37, 04-836 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości **1 487 zł 33 gr.** (słownie: jeden tysiąc czterysta osiemdziesiąt siedem złotych trzydzieści trzy grosze) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Doradztwo Gospodarcze DGA S.A., ul. Towarowa 35, 61-896 Poznań;**
 - B** koszty w wysokości **1 487 zł 33 gr.** (słownie: jeden tysiąc czterysta osiemdziesiąt siedem złotych trzydzieści trzy grosze) z kwoty wpisu uiszczonego przez **WYG International Sp. z o.o., ul. Żelazna 28/30, 00-832 Warszawa;**

- C.** koszty w wysokości **1 487 zł 33 gr.** (słownie: jeden tysiąc czterysta osiemdziesiąt siedem złotych trzydzieści trzy grosze) z kwoty wpisu uiszczanego przez **SEKA S.A., ul. Paca 37, 04- 836 Warszawa.**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **6 574 zł 00 gr.** (słownie: sześć tysięcy pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero grosze), stanowiącej uzasadnione koszty strony , w tym:
- A** kwoty **5 087 zł 33 gr.** (słownie: pięć tysięcy osiemdziesiąt siedem złotych trzydzieści trzy grosze) przez **Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości, ul. Pańska 81/83, 00-834 Warszawa** na rzecz **Doradztwa Gospodarczego DGA S.A., ul. Towarowa 35, 61-896 Poznań,** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa przez pełnomocnika;
- B** kwoty **1 487 zł 33 gr.** (słownie: jeden tysiąc czterysta osiemdziesiąt siedem złotych trzydzieści trzy grosze) przez **Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości, ul. Pańska 81/83, 00-834 Warszawa** na rzecz **WYG International Sp. z o.o., ul. Żelazna 28/30, 00-832 Warszawa,** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr.** (słownie: xxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym
- 4) dokonać zwrotu kwoty **40 538 zł 01 gr.** (słownie: czterdzieści tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych siedem groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A** kwoty **13 512 zł 67 gr.** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset dwanaście złotych sześćdziesiąt siedem groszy) na rzecz **Doradztwo Gospodarcze DGA S.A., ul. Towarowa 35, 61-896 Poznań;**
- B** kwoty **13 512 zł 67 gr.** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset dwanaście złotych sześćdziesiąt siedem groszy) na rzecz **WYG International Sp. z o.o., ul. Żelazna 28/30, 00-832 Warszawa;**
- C** kwoty **13 512 zł 67 gr.** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset dwanaście złotych sześćdziesiąt siedem groszy) na rzecz **SEKA S.A., ul. Paca 37, 04- 836 Warszawie.**

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługi szkoleniowo - doradcze w ramach projektu „Szkolenia z zakresu zarządzania środowiskiem.” (Dziennik Urzędowy Wspólnot Europejskich Nr 2009/S 95-136709 z 19.05.2009 r.), prowadzonym przez Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości z Warszawy, zamawiający przyjął, że zachodzi podejrzenie podania przez wykonawców, którzy złożyli oferty rażąco niskich cen, odbiegających od ustalonej wartości szacunkowej zamówienia. W tych okolicznościach zamawiający wezwał wszystkich wykonawców w trybie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420, Nr 227, poz. 1505, z 2009 r. Nr 19, poz. 101) do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny.

W wyniku analizy udzielonych wyjaśnień odnoszących się do podanych cen ofertowych oraz przeprowadzonego badania ofert, zamawiający uznał za niepodlegające odrzuceniu, oferty złożone przez:

1. ECORYS Polska Sp. z o.o., EKORYS Nederland B.V. oraz przyznał punktację (do 40 pkt) za cenę: 32,28, za udział procentowy części A budżetu w całej wartości budżetu (do 60 pkt) 50,73; łącznie 83,01;
2. konsorcjum FIRMA 2000 Sp. z o.o. i PAG Uniconsult Sp. z o.o. za cenę 40 pkt, za udział procentowy 60 pkt, razem 100 pkt.

Zamawiający wykluczył wykonawcę SEKA S.A., podając, że wymagał doświadczenia w zakresie wykonania dwóch usług szkoleniowych o określonej wartości, natomiast wykonawca ten udokumentował jedną usługę. W przypadku drugiej z wykazanych usług, w przekonaniu zamawiającego, zlecającymi byli poszczególni beneficjenci, a zamawiający jedynie finansował realizację danego projektu szkoleniowego. Zamawiający uznał również, że wykonawca ten złożył ofertę z rażąco niską ceną – podlegającą odrzuceniu, z tych względów przyjął, iż wzywaniem wykonawcy do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego wymagane doświadczenie, jest bezprzedmiotowe.

Pozostałe oferty: F5 Consulting Sp. z o.o.; WYG International Sp. z o.o.; Doradztwo Gospodarcze DGA Spółka Akcyjna, zamawiający odrzucił, przyjmując że zawierają one rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś złożone wyjaśnienia uznał za nieprzekonujące i nie poparte dowodami.

Jako najkorzystniejszą, zamawiający ocenił ofertę złożoną przez konsorcjum FIRMA 2000 Sp. z o.o. i Policy & Action Group Uniconsult Sp. z o.o., zatem wybrał tę ofertę do realizacji zamówienia.

Na opisane wyżej czynności zamawiającego, o których wykonawcy zostali powiadomieni pismem doręczonym dnia 24 lipca 2009 r. zostały wniesione protesty, a następnie odwołania zarzucające zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

- A) w dniu 3 sierpnia 2009 r. przez Doradztwo Gospodarcze DGA Spółka Akcyjna z Poznania, zwany dalej również odwołującym A,
- B) w dniu 30 lipca 2009 r. przez WYG International Sp. z o.o. z Warszawy, zwany dalej również odwołującym B,
- C) w dniu 30 lipca 2009 r. przez SEKA S.A. z Warszawy, zwany dalej również odwołującym C.

Odwołujący A - Doradztwo Gospodarcze DGA Spółka Akcyjna zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych, tj.:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 1 ustawy przez ich bezpodstawne zastosowanie;
- 2) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy przez nieuprawnione i sprzeczne z przepisami odrzucenie oferty odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, oraz błędną ocenę wyjaśnień;
- 3) art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 3 ustawy przez wybór oferty niebędącej ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy;
- 4) art. 90 ust. 1-3 w związku z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy przez brak właściwego uzasadnienia faktycznego i prawnego w zawiadomieniu wykonawcy o odrzuceniu oferty;
- 5) art. 7 ust. 1 w związku z art. 25 ustawy w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy oraz przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane. (Dz. U. Nr 87 poz. 605 ze zm.), przez nieuprawnione domaganie się w treści wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących czynników mających wpływ na wysokość ceny wraz z dowodami w postaci dokumentów uzasadniających zaproponowaną cenę;
- 6) art. 90 ust. 1 ustawy przez zwrócenie się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień z uchybieniem formy wskazanej tym przepisem;
- 7) naruszenie art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy przez usiłowanie dokonania wyboru oferty z rażącym naruszeniem prawa;
- 8) naruszenie art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r., Nr 14, poz. 114 ze zm.);

9) naruszenie art. 5 k.c., art. 58 § 1 i 2 k.c. w związku z art. 14 ustawy przez bezprawne dokonanie czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście;

10) złamanie art. 22 w związku z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.), która stanowi, że ograniczenia wolności działalności gospodarczej są dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względów na ważny interes publiczny.

W związku z powyższym wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności zamawiającego odrzucenia oferty;
- 2) unieważnienie czynności zamawiającego wyboru oferty konsorcjum Firma 2000 Sp. z o.o., Policy & Action Group Uniconsult Sp. z o.o.,
- 3) dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego A;
- 4) uznanie, iż oferta odwołującego A jest najkorzystniejsza.

W uzasadnieniu zarzutów protestu, odwołujący A podnosił, iż został wezwany przez zamawiającego do udzielenia wyjaśnień dotyczących czynników mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny (łącznie) oraz wskazanie dowodów tj. dokumentów uzasadniających zaproponowaną przez wykonawcę cenę. W odpowiedzi na wymienione wezwanie odwołujący w piśmie z dnia 18 czerwca 2009 r. szeroko uzasadnił przyjętą przez siebie kalkulację, Do pisma tego dołączył dowody w postaci listów referencyjnych potwierdzających wysoki profesjonalizm oraz posiadanie znacznego doświadczenia w zakresie przeprowadzania szkoleń w szczególności związanych z problematyką zarządzania środowiskiem. Uzasadniając swoje stanowisko w zakresie podstaw odrzucenia oferty odwołującego A, zamawiający ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że wyjaśnienia uznał za niewystarczające i nieświadczące w sposób bezsporny, iż zaproponowana cena nie jest rażąco niska, co nie stanowi wypełnienia obowiązku pełnego uzasadnienia podjętych czynności. Analizując przedłożone oferty, odwołujący doszedł do wniosku, iż łączna cena jego oferty nie była ofertą, co do której można stawiać zarzut rażąco niskiej ceny. Zatem oferta odwołującego A powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza, przy uwzględnieniu zasadności odrzucenia oferty wykonawcy WYG International Sp. z o.o. Szacunkowa wartość usługi, określona przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu wynosiła 6.138.315,44 zł. W opinii odwołującego A, złożone przez niego wyjaśnienia w odniesieniu do wysokości ceny, wskazują na to, iż zaproponowana cena pozostaje adekwatna do przedmiotu zamówienia. Zanegował podstawy stawiania zarzutu rażąco niskiej ceny oferty, kiedy wysokość tej ceny sięga 80,15% wartości szacowanej przez zamawiającego. Wskazał na powszechne zmiany rynkowo – gospodarcze, zaistniałe między dokonaniem szacunku przez zamawiającego, a złożeniem oferty przez wykonawcę, notujące spadek cen, stąd należało przyjąć, że oferta odwołującego A zawiera cenę rynkową.

Odwołujący A wywodził, iż zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei art. 90 Pzp określa, iż zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Jednocześnie zamawiający, oceniając wyjaśnienia, winien brać pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności zaś: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy. Ust. 3 art. 90 Pzp upoważnia do odrzucenia oferty 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. Ustawa oraz dyrektywy, będące podstawą wprowadzenia cytowanej normy, nie precyzują pojęcia "rażąco niskiej ceny". W tej sytuacji, opierając się na wykładni językowej, należałoby przyjąć, że użyty zwrot oznacza ofertę z ceną niewiarygodnie niską, znacząco odbiegającą od cen rynkowych. Taka cena może wskazywać na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów ponoszonych przez wykonawcę. Powyższe rozumowanie potwierdza wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 6 września 2002 r. (V Ca 1020/02), Sąd ten stwierdził, że "kwota 1 zł, jako odpowiadająca miesięcznemu kosztowi zarządzania obiektami i wynagrodzenia zarządcy (...) jest oczywiście nierealna z punktu widzenia logiki i doświadczenia życiowego i racjonalności decyzji ekonomicznych przedsiębiorców." Obowiązek odrzucenia takiej oferty jest spowodowany więc z jednej strony obawą o nienależyte wykonanie zamówienia, z drugiej zaś brakiem zgody na zachowania wykonawców, które godzą w uczciwą konkurencję. Dokonując badania ofert, zamawiający w celu ustalenia, czy nie ma do czynienia z ceną rażąco niską, powinien cenę zaproponowaną w ofercie w pierwszej kolejności odnieść do ustalonej przez siebie wartości zamówienia, uwzględniając różnice spowodowaną zawarciem w cenie kwoty podatku VAT. Wynika to wprost z brzmienia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, zgodnie z którym cenę odnosi się do przedmiotu zamówienia. Do ustalenia, czy cena zawarta w ofercie jest rzeczywiście ceną rażąco niską, a oferta powinna być odrzucona, muszą zostać wypełnione dyspozycje przepisu art. 90 ust. 1-3 Pzp. Zgodnie z jednolitymi poglądami doktryny zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień (art. 90 Pzp) jest uprawnione jedynie w sytuacji, gdy za rażąco niską może być uznana cena oferty złożonej w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Jednocześnie z powyższego stwierdzenia słusznie wyprowadzane jest stwierdzenie, że nie jest uzasadnionym zwracanie się do wykonawcy w trybie przedmiotowego przepisu o uzasadnienie kalkulacji poszczególnych cen jednostkowych oferty, nawet jeśli ceny te skalkulowano na bardzo niskim poziomie, ale np. z racji wyższych cen w innych elementach oferty, taki sposób kalkulacji nie powoduje, że cena oferty jest

rażąco niska. Odwołujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz Zespołu Arbitrów, tj. wyrok z dnia 23 maja 2006 r. (sygn. UZP/ZO/0-1463/06), w którym Zespół Arbitrów wskazał, że "nie jest uzasadnione zwracanie się przez zamawiającego o wyjaśnienie kalkulacji poszczególnych cen jednostkowych oferty, nawet jeśli skalkulowano je na bardzo niskim poziomie", wyrok z dnia 13 maja 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 403/08) oraz 11 sierpnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 765/08), w których Izba potwierdziła zakres stosowania art. 90 ust. 1 ustawy, jak również przesłanki uzasadniające zwrócenie się przez zamawiającego o udzielenie wyjaśnień, do których należy konieczność ustalenia, czy złożona w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wskazał, że w orzecznictwie KIO w sposób jednoznaczny wyjaśniono, że punktem odniesienia dla oceny, czy cena jest rażąco niska, jest jej porównanie z wartością zamówienia powiększoną o wysokość podatku od towarów i usług. Porównanie oferty odwołującego z pozostałymi ofertami, oraz kalkulacjami zamawiającego, prowadzi do wniosku, że oferta wykonawcy Doradztwo Gospodarcze DGA SA nie zawiera rażąco niskiej ceny. Odwołujący A zaznaczył, iż oferta ostatecznie uznana za najkorzystniejszą, podaje cenę na niższym poziomie niż oferta DGA S.A. Mimo, że zamawiający określając cenę jako rażąco niską miał na względzie cenę całościową, to z daleko idącej ostrożności odwołujący A odniósł się do wysokości ceny częściowej dotyczącej budżetu B, którą uzasadnił dysponowaniem własną, profesjonalną kadrą ekspercką i nie korzystaniem z usług podwykonawców w tym zakresie. Nadto wynagrodzenie tych osób nie jest określone wyłącznie obsługą tego jednego projektu. Okoliczność ta wpływa na stwierdzenie, że odwołujący A posiada optymalne zasoby ludzkie i sprzętowe, Zdobyte przez lata doświadczenie pozwoliło na wypracowanie modelu systemów szkoleniowych. Oznacza to, że niewielka część dedykowanego systemu tworzona jest od podstaw. W większości wykorzystywane są gotowe i sprawdzone komponenty, które są jedynie przystosowywane do konkretnych potrzeb. W oparciu o ten schemat odwołujący A oszacował cenę oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący A przywołał poglądy doktryny i orzecznictwa, dotyczące problematyki rażąco niskich cen ofert. Za rażąco niską cenę może być uznana cena, która jest niewiarygodna, nierealistyczna, ale odnosząca się do całej oferty (wyrok z dnia 6 sierpnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 760/08, w którego sentencji wskazano, że o rażąco niskiej cenie nie stanowią składowe części ceny, ale cena całkowita oferty brutto). Podobne wypowiada się na str. 305 w "Prawo zamówień publicznych. Komentarz" Warszawa 2007 r., pod redakcją T. Czajkowskiego. Do zbieżnych wniosków doszedł także Sąd Okręgowy w Poznaniu w postanowieniu z dnia 17 stycznia 2006 roku (sygn. akt: II Ca 2194/05) wskazując, że "choćby nawet cena części oferty mogła być uznana za rażąco niską, to żadną miarą nie czyni to rażąco niskiej ceny całej oferty." Zamawiający nie może zatem opierać się wybiórczo na poszczególnych elementach

kalkulacyjnych, stanowiących części składowe ceny. (tak też wyrok KIO z dnia 12 lutego 2009 roku sygn. akt: KIO/UZP 126/09). Podobnie wypowiedziała się KIO w wyroku z dnia 6 lutego 2009 roku (sygn. KIO/UZP 109/09), w którym wyraźnie podkreślono, że oceniając czy oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej należy brać pod uwagę ceny całkowite oferty, a nie ceny jednostkowe. Nawet jeżeli pewne części oferty czy pewna usługa mogłaby być uznana za rażąco niską, to nie skutkuje to jednak koniecznością odrzucenia oferty jako oferującej cenę rażąco niską." Przywołał również orzeczenia wydane w sprawach oznaczonych sygnaturami KIO/UZP 790/08 i KIO/UZP 794/08, gdzie podano, iż konieczność przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust. 1 i 2 Pzp zachodzi gdy:

- 1) szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia powiększona o podatek od towarów i usług przygotowana przez zamawiającego jest znacznie wyższa niż zaoferowana przez wykonawcę cena brutto,
- 2) porównanie z innymi ofertami wskazuje znaczne różnice w wysokości cen,
- 3) wartość oferty znacznie odbiega od cen rynkowych.

Zamawiający nie wskazał, że cena całej oferty odbiega od cen rynkowych lub innych złożonych ofert, jak również, aby wartość przedmiotu zamówienia przygotowana przez zamawiającego była znacznie wyższa niż oferowana przez odwołującego A. Zaoferowana cena daje mu realne możliwości wykonania usług objętych zamówieniem i nie odbiega od cen na tego typu usługi na rynku. W złożonych wyjaśnieniach, zaznaczał, że posiada wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla niego, do których zaliczył posiadanie stałego zespołu pracowników tworzących odrębny departament, zajmujący się zagadnieniami zbieżnymi z przedmiotem zamówienia, dysponowanie znaczną częścią gotowych własnych materiałów szkoleniowych, w zakresie zaś samego zarządzania ma gotowy system informatyczny. Zamawiający nie wziął także pod uwagę faktu, że ilość i wartość świadczonych usług pozwala odwołującemu na stopniowe obniżanie kosztów stałych (zjawisko skali), że ugruntowana pozycja na rynku pozwala mu nie odczuwać dolegliwych skutków obecnego kryzysu w stopniu, który by wymuszał podnoszenie cen i kosztów, że wieloletnie doświadczenie i stabilność finansowa pozwala na rzetelne szacowanie kosztów projektu, a jednocześnie na wyeliminowanie niepewności skutkującej zawyżaniem kosztów "na wszelki wypadek". Dalej za istotne uznał, że na etapie weryfikacji i oceny oferty zamawiający winien także weryfikować swoje szacunki ze względu na tendencje cenowe na rynku usług o charakterze niematerialnym, intelektualnym, które są „niewymierne” i obecnie ich ceny mają silną tendencję spadkową. Zmniejsza się także kalkulację planowanego zysku, w ramach prowadzonej działalności gospodarczej. Doktryna i orzecznictwo, dotyczące zamówień publicznych przy ocenie zarzutu rażąco niskiej ceny stoi na stanowisku (wyrok KIO/UZP 1492/08), że dla uznania, iż cena jest rażąco niska - konieczne jest wykazanie, przy określonym przedmiocie zamówienia, że nie jest możliwe

wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę. Zgodnie z wyrokiem KIO (KIO/UZP 226/08) za ofertę z ceną rażąco niską może być uznana taka oferta, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy, naraża wykonawcę na straty, realizowania zadania poniżej kosztów, a fakt taki nie ma miejsca, czego dowodzi treść oferty oraz złożone zamawiającemu wyjaśnienie. Odwołujący A podkreślił, iż uznanie zamawiającego, ceny oferty za rażąco niską, nie może mieć charakteru quasi uznania dowolnego, arbitralnego, z jakim mamy do czynienia w niniejszym przypadku. Czynności zamawiającego, który dysponuje środkami publicznymi pozostają w sprzeczności z zasadą ochrony zaufania obywateli do stanowionego prawa oraz z zasadą pewności prawa. Powyższe zasady są konsekwencją zawartego w art. 2 Konstytucji stwierdzenia, iż Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej. Takie rozumienie zasady zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez niego prawa oraz bezpieczeństwa prawnego jednostki stało się trwałą linią orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego. W orzeczeniu z dnia 2 marca 1993 r. (TK 9/92) Trybunał stwierdził, iż "pewność prawa oznacza nie tyle stabilność przepisów prawa (...) co możliwość przewidywania działań państwa i związanych z nimi zachowań obywateli. Przewidywalność działań państwa gwarantuje zaufanie do ustawodawcy i do stanowionego przez niego prawa" (OTK w 1993 r., cz. I, poz. 6, s. 70), zaś w orzeczeniu z 24 maja 1994 r. (TK 1/94) Trybunał, odwołując się do orzecznictwa Sądu Najwyższego (IPR 1/91 oraz I PRN 34/91) eksponuje wynikający z zasady zaufania w stosunkach między obywatelem a państwem, niezbędnego dla zapewnienia bezpieczeństwa prawnego jednostki, obowiązku lojalnego postępowania państwa wobec jednostki (por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14 czerwca 2000 r., P 3/00, OTK 2000/5/138). Uzasadniając pod względem prawnym i faktycznym swoje stanowisko w zakresie zasadności odrzucenia oferty odwołującego A, zamawiający ograniczył się jedynie, do przywołania podstawy prawnej odrzucenia oferty, powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, jednocześnie przedstawiając jedynie stan faktyczny i przebieg postępowania. W zakresie merytorycznej oceny złożonych wyjaśnień stwierdzono jedynie, że są one niewystarczające i nie wykazują w sposób bezsporny, iż zaproponowana cena nie jest rażąco niska. W związku z powyższym zamawiający uznał, że oferta złożona przez odwołującego A podlega odrzuceniu zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający nie odniósł się do złożonych wyjaśnień, nie ocenił argumentów w zakresie zaistnienia wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia, Nie wskazał jakim wyjaśnieniom nie dał wiary i które z przedstawionych wyjaśnień uznał za niewystarczające, a przede wszystkim zaś dlaczego uznał, że oferta Doradztwa Gospodarczego DGA S.A. zawiera rażąco niską cenę, skoro jest ona wyższa od ceny zaproponowanej przez konkurentów, których oferty z

tej przyczyny nie zostały odrzucone. Z uwagi zatem na fakt bezsporny, że ta cena nie była najniższa (była nawet wyższa - obiektywnie od oferty ostatecznie uznanej za najkorzystniejszą) zarzucił, że uzasadnienie nie jest należyte i nie odnosi się do sytuacji odwołującego A. W tym też względzie uzasadnienie nie sprostało wymogom stawianym art. 92 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp, przez faktyczny brak możliwości kontroli decyzji zamawiającego. Wykonawca bowiem nie ma koniecznej wiedzy jaki proces myślowy kierował zamawiającym do stwierdzenia, że oferta opiewająca na cenę 4 920 075,00 zł. (oferta odwołującego) jest rażąco niska w porównaniu z ofertą wygrywającą, tj. opiewającą na kwotę 4 202 950,00 zł. oraz w stosunku do ceny szacunkowej określonej w ogłoszeniu o zamówieniu 6 138 315,44 zł. Takie postępowanie w ocenie odwołującego A, w sposób oczywisty narusza zasady Prawa zamówień publicznych, w tym zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji, albowiem uniemożliwia wykonawcy podnoszenie zarzutów ściśle opierających się na przesłankach przyjętych przez zamawiającego, które winny wynikać z art. 90 ust. 2 Pzp. Lakoniczność kwestionowanego uzasadnienia skłoniła odwołującego A do domniemania, iż zamawiający albo w ogóle zaniechał oceny złożonych wyjaśnień albo dokonał tej oceny w sposób nienależyty. Jak wskazują poglądy orzecznictwa w tym zakresie "tylko wtedy, gdy Zamawiający wykaże rażące zaniżenie ceny w stosunku do czynników obiektywnych i odrzuci ofertę można mówić o zachowaniu wymagań przewidzianych w art. 90 ust. 1-3 Pzp, "(tak wyrok KIO z dnia 2 kwietnia 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 273/08). Tym samym, w sytuacji kiedy wykonawca złożył obszernie wyjaśnienia, które obiektywnie mogą stanowić dla zamawiającego podstawę do oceny w zakresie istnienia rażąco niskiej ceny, to na zamawiającym spoczywa ciężar dowodzenia faktu istnienia tej rażąco niskiej ceny, (tak też wypowiedział się wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 31 sierpnia 2005 roku sygn. UZP/ZO/O-2355/07 - w którym powołano się na dyspozycje art. 6 K.c. w zakresie rozkładu ciężaru dowodu). Zamawiający nie odniósł się do żadnego argumentu wykonawcy stawianego w przesłanych wyjaśnieniach. Nadto w wezwaniu do wyjaśnienia czynników mających wpływ na wysokość ceny, zamawiający domagał się dokumentów uzasadniających zaproponowaną cenę. W świetle przepisów Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, takie żądanie, w opinii odwołującego A, należało uznać za niedopuszczalne. Art. 90 ust. 3 Pzp stanowi jedynie o dowodach, nie wspominając o tym, że mają to być wyłącznie dokumenty. Złożone wyjaśnienia szczegółowe, (do których zamawiający w ogóle się nie odniósł) oraz załączone referencje, w pełni winny rozwiązać jakiegokolwiek wątpliwości. Celem postępowania wyjaśniającego jest wyeliminowanie z postępowania wykonawców niewiarygodnych z uwagi na proponowane ceny. Cel ten może być zrealizowany jedynie na podstawie prawdziwych i rzetelnych wyjaśnień wykonawcy, do

których mogą być załączone dowody. Podstawowym zabezpieczeniem rzetelności przedkładanych wyjaśnień jest odpowiedzialność wykonawcy za ich treść. Odwołujący A zwrócił uwagę na rolę odpowiedzialności karnej wykonawcy za czyn zabroniony z art. 297 § 1 Kodeksu karnego, tj. za przedłożenie nierzetelnego oświadczenia mającego istotne znaczenie dla uzyskania zamówienia publicznego. Z art. 90 ust. 2 Pzp nie wynika *expressis verbis* obowiązek przedłożenia dowodów wraz z wyjaśnieniami, w konsekwencji nie wynika prawo zamawiającego do żądania dowodów, potwierdzających wyjaśnienia wykonawcy, natomiast wykonawca, udzielając wyjaśnień, może takie dowody złożyć, a wówczas zamawiający będzie zobowiązany, oceniając wyjaśnienia, wziąć pod uwagę ich podparcie stosownym dowodem (tak m.in. W. Dzierżanowski, Komentarz do art. 90 ustawy z 29.1.2004 r. Prawo zamówień publicznych Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163), LEX/el. 2007). Dalej odwołujący A wywodził, iż z art. 90 ust. 3 Pzp wynika, iż podstawę odrzucenia oferty, bez jej ostatecznej merytorycznej oceny, stanowi jedynie brak złożenia wyjaśnień, a nie dowodów, Podstawę odrzucenia oferty należy rozpatrywać w korelacji z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, z którego wynika, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przedmiotowa podstawa odrzucenia opiera się na założeniu, że oferta zawiera rażąco niską cenę, a więc dochodzi tu do pozytywnego potwierdzenia tego stanu rzeczy na podstawie ustaleń faktycznych, poczynionych na bazie materiału dowodowego zebranego w postępowaniu. Stosownie do art. 90 ust. 3 Pzp zamawiający obowiązany jest odrzucić ofertę, gdy wykonawca nie złożył wyjaśnień, albo jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Gdy wykonawca złożył wyczerpujące wyjaśnienia, które obiektywnie mogą dla zamawiającego stanowić podstawę do oceny w zakresie istnienia rażąco niskiej ceny, należy zdaniem odwołującego A, wówczas przyjąć, że zgodnie z art. 6 K c., to na zamawiającym ciąży obowiązek udowodnienia faktu istnienia rażąco niskiej ceny. Brak było zanegowania przez zamawiającego, że przedstawione czynniki nie mają wpływu na wysokość ceny oferty, w kierunku redukcji wysokości tej ceny. W przypadku zatem, gdy zamawiający, mimo otrzymanych wyjaśnień, dalej ma wątpliwości co do ceny oferty, zdaniem odwołującego A, winien ponownie zwrócić się o wyjaśnienie interesujących go elementów tej oferty. Ostatecznie wskazał, że art. 90 ust. 1 Pzp nakazuje, w sytuacjach podejrzenia oferowania usługi za rażąco niską cenę, zwrócenie się do wykonawcy w formie pisemnej o wyjaśnienie tej okoliczności. Zgodnie z treścią art. 78 § 1 K.c. do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Przesłanie pisma faksem w dniu 16 czerwca 2009 r. wymogu tego nie spełnia, z czego wywiódł wniosek, że nie został skutecznie wezwany do złożenia stosownych wyjaśnień. Pogląd ten znajduje także oparcie w piśmiennictwie (Jerzy Pieróg Prawo zamówień publicznych. Komentarz wyd. 9 z 2009 r.

wyd. C.H.BECK str. 308 Nb. 3 oraz wyrok Sadu Najwyższego z dnia 23 listopada 2007 r. sygn. akt: IV CSK 228/07 stwierdzający, że "przesłanie treści oświadczenia woli faksem spełnia jedynie warunki uprawdopodobnienia za pomocą pisma"). Wobec powyższego, podążając za treścią art. 58 § 1 K.c., odwołujący A stwierdził, iż "czynność prawna sprzeczna z prawem albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna." W świetle art. 5 k.c. nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno - gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. W konkluzji odwołujący A podtrzymał stawiane zarzuty i wnioski.

Odwołujący B - WYG International Sp. z o.o. zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust 1 ustawy Pzp przez niezachowanie zasady równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 89 ust 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust 3 ustawy Pzp przez błędną ocenę złożonych wyjaśnień w zakresie zaproponowanej ceny;
- 3) art. 90 ust 3 ustawy Pzp przez uznanie, że oferta zawiera rażąco niską cenę;
- 4) art. 92 ust 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie przekazania odwołującemu B informacji o faktycznych przyczynach odrzucenia jego oferty, tj. uznania ceny za rażąco niską, co uniemożliwia prawidłowe skorzystanie ze środków ochrony prawnej.

Odwołujący B wniósł o:

- 1) przekazanie pełnego wymaganego prawem uzasadnienia odrzucenia oferty;
- 2) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) unieważnienie czynności odrzucenia złożonej oferty;
- 4) powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- 5) dokonanie czynności ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zarzutów protestu odwołujący B powołał się na doznany uszczerbek interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia. Podał, że pismem z dnia 19 czerwca 2009 r. złożył stosowne wyjaśnienia, które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający nie uznał wyjaśnień za wystarczające i na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust 3 ustawy Pzp odrzucił ofertę. Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przed odrzuceniem oferty powinien wezwać wykonawcę do stosownych wyjaśnień, o których mowa w art. art. 90 ust. 1 Pzp. Taki tryb został zastosowany. Jednakże w treści pisma informującego o odrzuceniu oferty, zamawiający nie podał, jakim wyjaśnieniom nie dał wiary i które uznał za niewystarczające i dlaczego uznał, że oferta odwołującego B zawiera rażąco niską cenę. Tym samym, zdaniem odwołującego B do chwili uzyskania wymaganego prawem uzasadnienia czynności odrzucenia oferty (zgodnie z art. 92 ust 1 pkt 2 Pzp), nie ma on możliwości złożenia protestu na wszystkie czynności i zaniechania zamawiającego, związane z odrzuceniem oferty. Odwołujący B

podkreślił, iż jego wyjaśnienia zawierają wszystkie elementy, o których mowa w art. 90 ust 2 ustawy Pzp i wskazują w sposób bezsporny, że zaoferowana cena za realizację przedmiotu zamówienia nie jest rażąco niska. Zamawiający zaniechał oceny szeroko złożonych wyjaśnień lub ocenił je uchybiając przepisom, w szczególności nie ocenił ich treści pod kątem widzenia 90 ust 2 ustawy Pzp, tj. oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu oraz wpływu pomocy publicznej, udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Podkreślił, iż złożył wyczerpujące wyjaśnienia wskazujące, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska z uwzględnieniem wszystkich czynników, które miały wpływ na zaproponowaną cenę. Odwołujący B przytoczył orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i Zespołów Arbitrów wskazujące, że ustalenie rażąco niskiej ceny dotyczy ceny oferty w całości, a nie poszczególnych jej składników. Odwołujący B podkreślał, iż w przypadku przedstawienia wyjaśnień odnoszących się do podejrzenia ceny rażąco niskiej to na zamawiającym spoczywa obowiązek udowodnienia, że wyjaśnienia te nie usuwają wątpliwości, iż oferta winna być odrzucona. Pogląd taki wynika np. z wyroku Zespołu Arbitrów z 31.8.2005 r. (UZP/ZO/0-2355/05), który wskazuje, iż zamawiający winien podać argumenty faktyczne, gdyż nie jest wystarczające powołanie się na treść art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, stwierdzające jedynie, że złożona oferta zawiera rażąco niską cenę. W przedmiotowym postępowaniu doszło w ocenie odwołującego B do naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust 3 ustawy Pzp, gdyż w żaden sposób zamawiający zarzucając złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę nie zanegował twierdzeń wykonawcy, iż wymienione w wyjaśnieniu czynniki cenotwórcze obiektywnie wpływają na poziom ceny oferty lub mogą obiektywnie redukować go w stopniu przyjętym w kalkulacji. W podsumowaniu podtrzymał przedstawione zarzuty i wnioski.

Odwołujący C – wykonawca SEKA S.A. W proteście zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp przez dokonanie oceny ofert z uchybieniem zasadzie równego traktowania wykonawców i zastosowaniem niejednakowych kryteriów przy ocenie zarzutu rażąco niskiej ceny postawionego poszczególnym wykonawcom, którzy złożyli oferty w postępowaniu;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez przyjęcie, iż odwołujący C nie złożył wymaganych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu;

- 3) art. 26 ust. 3 Pzp przez nie wezwanie do złożenia we wskazanym przez zamawiającego terminie wymaganych dokumentów, braku faktycznych i prawnych podstaw do takiego zaniechania;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez odrzucenie oferty nie zawierającej rażąco niskiej ceny;
- 5) art. 90 ust. 3 Pzp przez przyjęcie, że złożone przez odwołującego C wyjaśnienia co do zarzutu rażąco niskiej ceny potwierdzają ten zarzut;
- 6) art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ

Odwołujący C - wniósł o:

- 1) powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) przywrócenie go do udziału w postępowaniu i dokonanie wyboru złożonej oferty jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zarzutów protestu podał, że został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, z uzasadnieniem, iż nie spełnił wymogu określonego w § 5 ust. 1 SIWZ dotyczącego posiadania doświadczenia niezbędnego do wykonania przedmiotowego zamówienia. Zdaniem zamawiającego nie zaistniały przesłanki do wezwania odwołującego C do uzupełnienia brakujących lub błędnych dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, wobec uznania, że złożona oferta zawiera rażąco niską cenę. Odwołujący C powołał się na uszczerbek interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia. Podkreślił, iż jego oferta jako ważna i zawierająca najniższą cenę, która wraz z punktacją uzyskaną za drugie kryterium, powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Zamawiający uznał złożone szczegółowe wyjaśnienia za niewystarczające i nie wykazujące w sposób bezsporny, iż zaproponowana przez odwołującego C cena nie jest rażąco niska. Dokonał zatem oceny wyjaśnień sposób arbitralny i odrzucił je, ograniczając się jedynie do ogólnych stwierdzeń, nie przedstawił jakiegokolwiek zarzutu w stosunku do którejkolwiek z pozycji wyjaśnień przedłożonych przez odwołującego C, czy też do całości kalkulacji ceny ofertowej. Postępowanie takie, w ocenie odwołującego C stanowi jednoznaczne naruszenie art. 90 ust. 3 Pzp, który pozwala zamawiającemu na odrzucenie oferty wykonawcy tylko wtedy, gdy dokonana ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę. W przedmiotowej sprawie stanowisko zamawiającego odnośnie wyjaśnień, takiej oceny nie zawiera, a zatem brak było podstaw do odrzucenia oferty odwołującego C z uwagi na nie spełnienie przesłanki ustawowej, zawartej w art. 90 ust. 3 Pzp. Wskazał, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 Pzp, ponieważ stawiając zarzut rażąco niskiej ceny ofercie odwołującego, jednocześnie dokonał wyboru jako oferty najkorzystniejszej, zawierającej cenę wyższą tylko o 4.16% niż cena zaproponowana przez odwołującego C. Dodał, że za rażąco niską zamawiający uznał również cenę zawartą w ofercie jednego z wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu, która była wyższa niż cena w ofercie

uznanej za najkorzystniejszą. Takie postępowanie, w opinii odwołującego C świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu i całkowitym nie zrozumieniu istoty zarzutu rażąco niskiej ceny. Wprawdzie zarzut rażąco niskiej ceny należy odnosić do możliwości zrealizowania przedmiotu zamówienia, to jednak ze względu na sposób postępowania zamawiającego, nie można pomijać wysokości cen ofertowych zaproponowanych przez poszczególnych wykonawców. Zamawiający uznał bowiem, że przedmiotowe zamówienie można wykonać za 4 202 950,00 zł., a nie można go wykonać za 4 034 838,40 zł. czyli za kwotę o 168 111,60 zł. niższą, co daje różnicę rzędu zaledwie kilkudziesięciu złotych na jedną szkoloną osobę. Podkreślił, iż nie istnieją i nie zostały przez zamawiającego wskazane żadne racjonalne przesłanki pozwalające stwierdzić, iż nie jest możliwe wykonanie przedmiotowego zamówienia publicznego za zaproponowaną cenę. Reasumując, zarzucił, że wszelkie działania zamawiającego w zakresie rozpoznawania zarzutu rażąco niskiej ceny miały na celu nieuprawnione promowanie wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Wobec braku przesłanek do stawiania zarzutu rażąco niskiej ceny wobec oferty odwołującego C, uznał iż brak było również faktycznych i prawnych podstaw do odrzucenia jego oferty. W konsekwencji zamawiający był zobligowany, w przypadku uznania za niewystarczające lub błędne dokumentów złożonych w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, do wezwania odwołującego C do uzupełnienia tych dokumentów w wyznaczonym terminie, a zaniechanie takich działań stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp. Niezależnie od powyższego odwołujący C podniósł, że dokonana przez zamawiającego ocena dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków w udziale w postępowaniu była błędna. Zgodnie z postanowieniami SIWZ wymagane doświadczenie wykonawców, ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego miało dotyczyć zrealizowania dwóch usług szkoleniowych lub szkoleniowo-doradczych dla przedsiębiorców i ich pracowników określonej wartości i dla określonej liczby osób. Nie ma zatem wątpliwości, że adresatem szkoleń objętych przedmiotowym zamówieniem nie jest zamawiający tylko osoby trzecie. W konsekwencji wymagane doświadczenie ma dotyczyć realizacji szkoleń na rzecz przedsiębiorców i ich pracowników. Zamawiający zarzuca, że jedynie jedno szkolenie z przedłożonego wykazu (poz. 1) zrealizowane na rzecz zamawiającego spełnia wymogi postawione w SIWZ. Pozostałe nie spełniają, bądź wymogu wartościowego (poz. 4), bądź nie były usługami w rozumieniu Pzp (poz. 2-3). Zamawiający stoi na stanowisku, że w przypadku realizacji projektów finansowanych ze środków pochodzących z Unii Europejskiej, gdzie beneficjent jest w całości autorem warunków realizacyjnych (merytorycznych), nie mamy do czynienia ze zleceniem. Beneficjent jest rozliczany z finansowo-rzeczowych postępów realizacji projektu, a nie ma merytorycznego nadzoru nad realizacją zamówienia. Odwołujący C nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego,

ponieważ usługi wymienione w poz. 2-3 wykazu były również zrealizowane na rzecz zamawiającego, stąd posiada on szczegółową wiedzę o zasadach na jakich były wykonywane te usługi, Nie może zatem twierdzić, że nie jest mu znana treść umowy o dofinansowanie projektu w ramach sektorowego programu operacyjnego rozwój zasobów ludzkich 2004-2006. Z treści tej umowy wynika, że nadzór sprawowany nad wykonawcą usługi ma również charakter merytoryczny. Ponadto ewentualne różnice w wykonywaniu usług wymienionych w poz. 1 oraz poz. 2-3 wykazu nie mają istotnego znaczenia, ze względu na wymogi dotyczące doświadczenia żądanego od wykonawców w przedmiotowym postępowaniu. Potwierdził to również sam zamawiający wystawiając odwołującemu C referencje odnośnie trzech usług wymienionych w poz. 1-3 wykazu. Zaznaczył, iż praktycznie jednobrzmiąca treść tych referencji wskazuje, że zamawiający nie różnicował doświadczenia wynikającego z realizacji usług szkoleniowych prowadzonych w ramach poszczególnych projektów. Okoliczności te wskazują, zdaniem odwołującego C na niezasadność zastrzeżeń zamawiającego, co do usług wykazanych w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Za niezasadne uznał także twierdzenie zamawiającego o nie spełnieniu definicji usługi przez usługi wymienione w poz. 2-3 wykazu, albowiem definicja zawarta w art. 2 pkt 10 Pzp, jest wystarczająco szeroka, by znalazły się w niej usługi wykonywane przez odwołującego C. Ponadto by potwierdzić doświadczenie niezbędne do wykonania zamówienia, wykonawca nie musi wykazywać usług realizowanych w trybie zamówienia publicznego. Wystarczającym jest potwierdzenie faktu wykonywania usług danego rodzaju, wartości i wielkości, co odwołujący C uznał za spełnione. W podsumowaniu stwierdził, iż przedstawiona argumentacja poświadcza, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem obowiązujących go kryteriów oceny ofert.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 3 sierpnia 2009 r. do postępowania wywołanego wniesionymi protestami przystąpił w dniu 5 sierpnia 2009 r. wybrany wykonawca konsorcjum: Firma 2000 Sp. z o.o. oraz Policy & Action Group Uniconsult Sp. z o.o., który poparł stanowisko zamawiającego, wnosząc jednocześnie o utrzymanie czynności wyboru jego oferty do realizacji zamówienia. Powołał się na interes prawny gdyż uwzględnienie protestów pozbawia go możliwości uzyskania zamówienia. Przytoczył poglądy orzecznictwa w odniesieniu do problematyki rażąco niskiej ceny oferty, polemizując z twierdzeniami ponoszonymi w protestach. Ponadto podał wyliczoną przez siebie punktację całkowitą oceny złożonych ofert według kryteriów SIWZ.

W odniesieniu do protestu odwołującego A Doradztwo Gospodarcze DGA SA, przystępujący stwierdził, iż twierdzenia odwołującego A są niespójne i wzajemnie się wykluczają. Oferta odwołującego A nie może zostać wybrana, bo zajmuje drugą pozycję.

Przystępujący stwierdził, iż odwołujący A nie może wykorzystywać materiałów, które tworzył na potrzeby innych postępowań z racji przeniesienia praw autorskich. Zdaniem przystępującego, zamawiający nie był zobowiązany podawać uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego A, z tej przyczyny iż wyjaśnienia zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

W odniesieniu do protestu odwołującego B - WYG International Sp. z o. o., przystępujący stwierdził, że uzasadnienie odrzucenia oferty zostało należycie przedstawione. Przygotowanie wyjaśnień z uwzględnieniem normy art. 90 ust. 2 Pzp, nie jest wystarczające, albowiem przepis ten przez użycie wyrazu „w szczególności” odnosi się do okoliczności nie tylko w nim wymienionych.

W odniesieniu do protestu odwołującego C - SEKA S.A., przystępujący stwierdził, iż zamawiający uznał, że przedmiotowego zamówienia nie można wykonać za cenę oferowaną przez przystępującego – 4 202 950,00 zł. ani za cenę podaną przez odwołującego C – 4 034 838,00 zł. Dopiero należyte wyjaśnienia wraz z załączonymi dokumentami potwierdziły, że przystępujący jest w stanie zrealizować usługę za wskazaną cenę, natomiast wyjaśnienia złożone przez odwołującego C, tej okoliczności nie potwierdziły, zatem bezprzedmiotowe, w ocenie przystępującego było wzywianie do uzupełnienia błędnych dokumentów, złożonych przez odwołującego C.

Pismami doręczonymi dnia 13 sierpnia 2009 r. zamawiający oddalił wniesione protesty, podtrzymał argumentację przywołaną w zawiadomieniu o odrzuceniu ofert, wymienił wykonawców, którzy złożyli oferty wraz z podaniem proponowanych cen. Powołał się na okoliczność, iż bezpośrednio przed otwarciem ofert podał kwotę jaką zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia. Kwota ta - 6 138 315,44 zł. widniała w protokole z postępowania, udostępnionym wykonawcom oraz w opublikowanym ogłoszeniu o zamówieniu, zatem zarzuty w zakresie wadliwego oszacowania przedmiotu zamówienia uznał za spóźnione, tak samo jak zarzuty odnoszące się do samej czynności wezwania do złożenia wyjaśnień. Przedstawił również przebieg postępowania, wyjaśnił, iż z uwagi na zanotowane różnice odbiegające o co najmniej 15% od wartości szacunkowej, wzywał wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. W przekonaniu zamawiającego kwestię rażąco niskiej ceny należy odnosić do wartości szacunkowej zamówienia, a nie do cen ofertowych wszystkich wykonawców. Zamawiający przytoczył orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych na poparcie swoich twierdzeń. Podkreślił, iż ciężar dowodu wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska spoczywa na wykonawcy, do którego z żądaniem wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, zwróci się zamawiający. Dodał, że art. 90 ustawy Pzp ma na celu zabezpieczać zamawiającego przed ryzykiem niewykonania lub nienależytego wykonania

zamówienia. Z tego względu ma on prawo nie przyjąć wyjaśnień, o ile uzna je za niewystarczające. Zaznaczył, że z przytoczonego orzecznictwa, między innymi z wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. akt V Ca 1112/04 z 22 czerwca 2004 r. - z art. 90 ust. 3 Pzp wynika, iż zamawiający podejmuje decyzję co do rażąco niskiej ceny nie tylko na podstawie wyjaśnień wykonawcy, lecz również na podstawie dowodów. Przyznał, że protesty zostały wniesione w terminie, a wykonawcy wykazali interes prawny, jako materialnoprawną przesłankę warunkującą korzystanie ze środków ochrony prawnej. Zamawiający zaprzeczył zarzutom naruszenia wskazanych w protestach przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Poza ogólnymi wywodami, wyżej przytoczonymi, zawartymi we wszystkich rozstrzygnięciach, podał następującą argumentację.

W odniesieniu do zarzutów protestu wniesionego przez odwołującego A - Doradztwo Gospodarcze DGA S.A., zamawiający stwierdził, iż przedstawionych wyjaśnień nie można uznać za wyczerpujące, między innymi dlatego, że odwołujący A nie przedstawił żadnych kalkulacji ceny, zwłaszcza w zakresie komponentu B i C oraz nie załączył żadnych dowodów uzasadniających zaproponowaną cenę. Podniósł, iż nie ma obowiązku wskazywania, którym wyjaśnieniom odmówił wiarygodności. Wyjaśnienia nie były kompletne, nie odnosiły się do całości przedmiotu zamówienia, a ponadto nie zostały złożone dowody na potwierdzenie prawdziwości złożonych wyjaśnień. Zamawiający żądał „dokumentów,” mając na myśli „dowody,” z czego wynika, iż nie uchybił przepisom rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Zamawiający nie zgodził się z argumentacją odwołującego Doradztwo Gospodarcze DGA S.A., że prócz porównania proponowanych cen do wartości szacunkowej winien także porównywać ceny ofertowe wykonawców. Zarzut niewłaściwej formy, to jest wezwania do złożenia wyjaśnień drogą telefaksową, a nie w korespondencji pisemnej, został uznany za spóźniony.

W odniesieniu do zarzutów protestu wniesionego przez odwołującego B - WYG International Sp. z o.o. zamawiający stwierdził, iż nie została przedstawiona kalkulacja komponentu B oraz nie zostały załączone żadne dowody uzasadniające oferowaną cenę. Zamawiający ocenił, iż złożone wyjaśnienia były zbyt ogólnikowe i niekonkretne, zatem ich przyjęcie naruszyłoby art. 90 ust. 2 Pzp. Podkreślił, iż podał uzasadnienie prawne i faktyczne odrzucenia oferty odwołującego B, a nie ma obowiązku udowodnienia wykonawcy, że proponowana cena jest rażąco niska.

W odniesieniu do zarzutów protestu odwołującego C - SEKA S.A. zamawiający stwierdził, iż zostało przedłożone pismo przewodnie z załączoną tabelką, przez nikogo nie

podpisaną. Niewystarczające jest przedstawienie jakichkolwiek wyjaśnień. Wykonawcy winni złożyć wyjaśnienia odpowiednio umotywowane, potwierdzające, że zaoferowana cena nie jest dumpingowa, wraz z wykazaniem dowodami. Samych wyjaśnień nie można uznać za obiektywne, gdyż są składane przed podmiot jak najbardziej zainteresowany w sprawie. Wykonawca SEKA S.A. nie złożył wyjaśnień - jakie czynniki miały wpływ na zaproponowaną cenę, np. czy ma on wynegocjowane szczególne rabaty z kontrahentami czy też z podwykonawcami. Zamawiający podtrzymał stanowisko, iż odwołujący SEKA S.A. nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, gdyż w poz. 2-3 wykazu wskazał realizację projektów "samodzielny księgowy bilansista" i „kurs dla specjalistów personalnych i działu kadr” oraz załączył pisma wystawione przez samego zamawiającego, potwierdzające należyte i rzetelne wykonanie projektu. Zdaniem zamawiającego, poświadczenie to nie może być traktowane jako referencje, gdyż z pism tych wynika tylko i wyłącznie, że SEKA S.A. zrealizowała projekt, a nie usługę szkoleniową. Nie wynika, że wymieniony wykonawca w ramach projektu przeprowadził szkolenia oraz, że zrobił to należycie. Przedmiotem umów było określenie zasad przyznania środków finansowych, zaś szkolenia były wykonywane na podstawie odrębnych umów zawartych bezpośrednio z przedsiębiorcami delegującymi swoich pracowników i tylko tym przedsiębiorcom należy przypisać miano zamawiających, którzy jedynie byli władni potwierdzić, iż usługi szkoleniowe przeprowadzone zostały należycie.

W posumowaniu rozstrzygnięć protestów, zamawiający stwierdził, iż powody odrzucenia ofert protestujących wykonawców podał w powiadomieniu z dnia 24 lipca 2009 r. wraz z uzasadnieniem faktycznym i prawnym podjętych czynności, zatem nie jest zobowiązany udowadniać wykonawcom, których oferty zostały odrzucone, że cena przez nich zaoferowana jest rażąco niska. Zamawiający utrzymywał, że nie miał żadnych podstaw do uznania, iż kwestionowane oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny, zatem był zobowiązany uznać je za podlegające odrzuceniu. We własnej ocenie, nie naruszył przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 3 oraz art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zdaniem zamawiającego, skoro wezwał wszystkich wykonawców do wyjaśnień dotyczących ceny ich ofert, tym samym wykazał, iż równo traktował wszystkich uczestników przetargu, zgodnie z regułami art. 7 ust. 1 Pzp. W wyniku przeprowadzonej oceny złożonych wyjaśnień uznał, iż tylko dwóch wykonawców wyjaśniło prawidłowość i rzetelność zaoferowanej ceny, przedstawiając na to dowody. Zamawiający wywodził, iż zarzut dotyczący wyboru najkorzystniejszej oferty nie został skonkretyzowany, albowiem, protestujący wykonawcy poprzestali na przytoczeniu treści przepisu art. 91 ust. 1 Pzp, a nie przedstawili uzasadnienia faktycznego, wobec czego podnosił, iż do tak przedstawionego zarzutu nie jest w stanie się odnieść. Wybór oferty konsorcjum FIRMA 2000 Spółka z o. o. i „Policy & Action Group Uniconsult” Spółka z o. o., jako nie podlegającej odrzuceniu, uznał za właściwy.

Zamawiający dodał, że nie miał obowiązku wskazywać, którym wyjaśnieniom wykonawców dał wiarę, a którym jej odmówił. W przekonaniu zamawiającego wystarczyło dla odrzucenia ofert, iż wyjaśnienia nie były kompletne, nie odnosiły się w całości do przedmiotu zamówienia oraz nie zostały poparte dowodami dla wykazania prawdziwości złożonych wyjaśnień.

W dniu 21 sierpnia 2008 r. zostało wniesione odwołanie przez odwołującego A - Doradztwo Gospodarcze DGA S.A., z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie, w którym zarzuty protestu zostały podtrzymane w całości, wraz z żądaniami nakazania zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego A;
2. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
3. przeprowadzenia ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego A;

Ponadto odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i orzeczenie zwrotu poniesionych kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania, odwołujący A ponowił całą argumentację protestu oraz dodał i szczególnie podkreślił, iż zamawiający zarzucił ofercie odwołującego (łącna cena 4 920 075,00 zł. rażąco niską cenę, po czym dokonał wyboru oferty konsorcjum FIRMA 2000 Spółka z o. o. i „Policy & Action Group Uniconsult” Spółka z o. o., którego cena 4 202 950,00 zł. była jeszcze niższa aż o kwotę 717 125,00 zł. W opinii Odwołującego A, wskazane wady postępowania skutkowały bezpodstawnym odrzuceniem złożonej oferty oraz wywarły wpływ na wynik postępowania przez wybór wykonawcy, którego oferta nie była najkorzystniejszą według kryteriów określonych specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

W dniu 21 sierpnia 2008 r. zostało wniesione odwołanie przez odwołującego B – WYG International Sp. z o.o., z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie, w którym zarzuty protestu zostały podtrzymane w całości wraz z żądaniem nakazania zamawiającemu:

- 1) podania pełnego uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego B;
- 2) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 3) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego B;
- 4) powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odnosząc się do stanowiska zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu, odwołujący B ponowił argumentację protestu i dodatkowo podał, że zamawiający nie uzasadnił jakim wyjaśnieniom w odniesieniu do zarzutu niskiej ceny odmówił wiarygodności i dlatego uznał, że złożona oferta zawiera rażąco niską cenę. W opinii odwołującego B złożone wyjaśnienia zawierają wszystkie elementy, o których mowa w art. 90 ust. 2 Pzp i wskazują w sposób

bezsportny, że zaoferowana cena za realizację przedmiotu zamówienia nie jest rażąco niska. Działania zamawiającego świadczą o zaniechaniu analizy złożonych wyjaśnień i oceny ich treści w zestawieniu z przesłankami określonymi w art. 90 ust. 2 Pzp. Zamawiający zarzucając odwołującemu B podanie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia nie zanegował twierdzeń wykazujących, iż wymienione czynniki cenotwórcze wpływają na cenę oferty.

W dniu 21 sierpnia 2008 r. zostało wniesione odwołanie przez odwołującego C - SEKA S.A., z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie, w którym zarzuty protestu zostały podtrzymane w całości wraz z wnioskami o nakazanie zamawiającemu:

- 2) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 3) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego C;
- 4) powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ponadto odwołujący C wniósł o przyznanie kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu argumentacja protestu została ponowiona. Odwołujący C podkreślił, iż wadliwe było oszacowanie kosztów realizacji zamówienia przez zamawiającego. Stawiany zarzut ma charakter subiektywny, albowiem o cenie rynkowej świadczy wyrównany poziom oferowanych cen. Zastosowane stawki w opinii odwołującego C odzwierciedlają rynkowy poziom cen, bez jakichkolwiek rabatów. Wystarczające było zdaniem odwołującego C przedstawienie szczegółowej kalkulacji ceny, która stanowiła załącznik do pisma przewodniego podpisanego przez osobę uprawnioną i reprezentującą wykonawcę. W opinii odwołującego C, brak było podstaw do wysuwania zarzutów, iż zaproponowana cena uniemożliwia osiągnięcie zysku. Korzyścią przynoszącą zysk, jest również możliwość finansowania ponoszonych kosztów własnych, a zysk został skalkulowany w części B wynagrodzenia. Za wskazaną kwotę, da się zrealizować zamówienie, co zamawiający przyznał per facta concludentia, wybierając ofertę wykonawcy, która zawiera cenę wyższą jedynie o 4, 16%. Odwołujący C podtrzymał argumentację uzasadnienia protestu, w odniesieniu do zarzucanego zaniechania wezwania uzupełnienia dokumentu, tj. wykazu obejmującego doświadczenie w zakresie prowadzenia usług szkoleniowych. Jednocześnie odwołujący C, nie zgodził się z twierdzeniami zamawiającego, iż przedstawione usługi szkoleniowe, w poz.2 – 3 nie mogą stanowić potwierdzenia nabytego doświadczenia, bez względu na czyją rzecz były one wykonywane. Należyte wykonanie przedmiotowych szkoleń potwierdził sam zamawiający w ramach czynności nadzoru nad ich wykonywaniem, a fakt realizacji szkoleń nie jest sporny.

W dniu 9 września 2009 r. do postępowań odwoławczych po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca wybrany konsorcjum: FIRMA 2000 Spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością i „Policy & Action Group Uniconsult” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, który wniósł o oddalenie wniesionych odwołań, ponowił argumentację i żądania podnoszone w przystąpieniu do postępowań, wywołanych wniesieniem protestów. Kopie przystąpień zostały przekazane stronom przed otwarciem posiedzenia Izby.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż nie zachodzą podstawy do odrzucenia wniesionych odwołań w oparciu o art. 187 ust. 4 Pzp.

Izba postanowiła dopuścić konsorcjum: FIRMA 2000 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i „Policy & Action Group Uniconsult” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jako przystępującego w sprawie wszystkich rozpoznawanych łącznie odwołań, z oznaczeniem tego przystąpienia po stronie zamawiającego.

Według zgodnego oświadczenia stron, okres związania ofertą, wynoszący na podstawie § 8 SIWZ - 60 dni, jeszcze nie upłynął, a oferty pozostają nadal zabezpieczone wadium.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania, wszystkich złożonych ofert, wezwań o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, udzielonych wyjaśnień przez wszystkich wezwanych wykonawców, pism stron i przystępującego, złożonych w postępowaniu protestacyjno – odwoławczym.

Wobec zgodnego stanowiska stron oraz przystępującego, że pojęcie rażąco niskiej ceny może być odnoszone do ceny całkowitej oferty, a nie do kalkulacji jej składowych czynników, Izba uznała za bezprzedmiotowe złożone jako dowód w sprawie pisma odwołującego A z dnia 11.09.2009 r. podające elementy kalkulacyjne ceny oferty, oraz stawkiienne za szkolenia i koszty zarządzającego usługą na podstawie realizacji wybranych projektów. Z tej samej przyczyny, Izba nie uwzględniła dowodów w postaci wyciągów z budżetu projektu bliżej nieoznaczonych usług w odniesieniu do kosztów zarządzania projektem, złożonych przez zamawiającego. Przeprowadzanie dowodu z zestawienia cen ofert usług szkoleniowo doradczych, dotyczących innych projektów finansowanych z budżetu PARP z uwzględnieniem ich zakresu, jak w złożonych specyfikacjach istotnych warunków zamówienia, Izba uznała za przekraczające potrzeby dowodowe niniejszego postępowania, albowiem okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia sprawy zostały ustalone innymi środkami dowodowymi.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska reprezentantów i pełnomocników stron oraz przystępującego, przedstawione do protokołu rozprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając sprawę w granicach zarzutów protestów, (podtrzymanych w odwołaniu i na rozprawie), jak stanowi art. 191 ust. 3 Pzp, ustaliła co następuje.

Z druku ZP – 12 wynika, iż oferty złożyli następujący wykonawcy:

1. Doradztwo Gospodarcze DGA Spółka Akcyjna z Poznania;
2. WYG International Sp. z o.o. z Warszawy;
3. SEKA S.A. z Warszawy;
4. FIRMA 2000 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i „Policy & Action Group Uniconsult” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością;
5. ECORYS Polska i ECORYS Nederland B.V;
6. F5 Konsulting Sp. o. o.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 6 138 315,44 zł. Na otwarciu ofert zamawiający podał tę kwotę, jako taką, którą zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, przy uwzględnieniu obowiązujących zasad opodatkowania tej usługi podatkiem VAT. Wymieniona okoliczność pozostawała bezsporna.

Ceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu kształtują się następująco:

Doradztwo Gospodarcze DGA S. A. - 4 920 075,00 zł., w tym części:

A: 3 834 885,00;

B: 641 700,00;

C: 443 490,00

SEKA S.A.- 4 034 838,40 zł, w tym części:

A 2 683 060,00;

B: 984 975,00;

C: 366 803,40

FIRMA 2000 Sp. z o.o. i PAG Sp. z o.o. 4 202 950,00 zł., w tym części:

A: 2 681 650,00;

B: 1 221 300,00;

C: 300 000,00

ECORYS Polska i ECORYS Nederland B.V - 5 207 895,00 zł., w tym części:

A: 2 809 450,00;

B: 1 925 000,00;

C: 473 445,00

F5 Konsulting Sp. z o.o. – 4 285 950, w tym części;

A: 2 395 125,00;

B: 1 504 200,00;

C: 389 625,00

WYG International Sp. z o.o.- 2 869 055,05 zł., w tym części:

A: 2 840 155,00;

B: 6 900,00;

C: 22 000,05

W odniesieniu do oferowanych cen, zamawiający wystosował wezwanie z dnia 16 czerwca 2009 r. adresowane do wszystkich uczestników postępowania, Wezwanie to miało następującą treść: Na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (...) zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień dotyczących czynników mających wpływ na wysokość zaproponowanej przez Państwa ceny (...) brutto za wykonanie zamówienia w postępowaniu (...) oraz wskazanie dowodów, tj. dokumentów uzasadniających zaproponowaną przez wykonawcę cenę. Nie przesłanie wyjaśnień w wyznaczonym terminie do 19 czerwca 2009 r.), będzie stanowiło podstawę do odrzucenia przez zamawiającego Państwa oferty zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp.

W § 11 SIWZ – sposób obliczenia ceny, zamawiający wymagał złożenia formularza ofertowego według wzoru załącznika nr 3 – kosztorysu ofertowego, obejmującego cztery pozycje:

1. całkowitą cenę brutto za realizację zamówienia część A+ część B+ część C budżetu, w tym:
2. część A budżetu nie mniej niż 45% całkowitej ceny brutto – zwrot wydatków (określonych we wniosku o płatność) za szkolenia i doradztwo, objętej regułami pomocy publicznej,
3. część B budżetu – wynagrodzenie za realizację osobodni szkoleniowych, obejmujące pozostałe wydatki;
4. część C budżetu wynagrodzenie stałe za promocję (nie więcej niż 10% sumy kwot A i B.

Zgodnie z załącznikiem nr 1 do umowy, działania szkoleniowe obejmują :

Komponent 1

- a) zrealizowanych zostanie co najmniej 4500 osobodni szkoleniowych,
- b) szkolenie ukończy co najmniej 1500 osób, z co najmniej 500 MMSP,

komponent 2

działania szkoleniowe;

- a) zrealizowanych zostanie co najmniej 900 osobodni szkoleniowych,
- b) szkolenia ukończy co najmniej 450 osób ze 100 przedsiębiorstw,

działania doradcze:

- a) zrealizowane zostanie co najmniej 100 h doradztwa,
- b) z usługi doradztwa skorzysta co najmniej 100 przedsiębiorstw.

Komponent 3

Działania szkoleniowe:

- a) co najmniej 1500 osobodni szkoleniowych;

b) szkolenie ukończy co najmniej 1500 osób z 500 przedsiębiorstw,
c) co najmniej 80% uczestników szkoleń muszą stanowić przedstawiciele MMSP,
zrealizowanych zostanie co najmniej 1000 h doradztwa dla co najmniej 100 przedsiębiorstw.

Jako kryteria oceny ofert zamawiający przyjął w § 12 SIWZ:

1. cenę ogólną oferty z liczbą punktów wagowych 40;
2. udział procentowy części A budżetu w całej wartości budżetu 60 punktów wagowych.

Zgodnie z § 5 SIWZ wykonawca miał podać cenę usługi łącznie oraz w rozbiciu na:

- 1) całkowitą cenę brutto za realizację zamówienia;
- 2) część A budżetu – zwrot wydatków za szkolenia i doradztwo, który obejmuje wydatki na kadre, wyżywienie, podróże i zakwaterowanie oraz inne wydatki bieżące, w tym na materiały szkoleniowe,
- 3) część B wynagrodzenie za realizację osobodni szkoleniowych, obejmujące pozostałe wydatki w związku z realizacją umowy.
- 4) część C wynagrodzenie za promocję.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w wzorze umowy oraz załączniku nr 1 do umowy „Zakres zadań wykonawcy” nie zostały zawarte ściśle określone standardy świadczenia usług szkoleniowych wraz z wykorzystywaną bazą lokalową, noclegową i żywieniową, np. w odniesieniu do kategorii hotelu czy wyznaczenia stawek żywieniowych. Nie został również sprecyzowany, oprócz doświadczenia zawodowego, status wykształcenia trenerów i doradców. Akceptacja osób przedstawionych na wymienione stanowiska oraz programów szkoleniowych, ma następować po zawarciu umowy. Wykonawca miał samodzielnie przyjąć i skalkulować, jakie środki pozyska od uczestników szkoleń.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, wykonawcy w złożonych wyjaśnieniach z dnia 19 czerwca 2009 r. podali:

Zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

1. konsorcjum: Firma 2000 Sp. z o.o., PAG Uniconsult Sp. z o.o. zadeklarowała wykonanie usługi zgodnie ze standardami, podała jednostkowy koszt osobodnia szkoleniowego i doradczego, zamieściła przykładowe ceny szkoleń prowadzonych na terenie całej Polski, oraz analizę porównawczą usług hotelarskich i cateringowych dla szkoleń wymagających zakwaterowania uczestników. Wymieniła wydatki związane z realizacją umowy i sposób ich kalkulowania. Przedstawiła elementy kalkulacyjne kosztu pozycji wynagrodzenie stałe za promocje. Przedstawiła kosztorys oferty cenowej, zawierający 19 pozycji, wraz z podsumowaniem w kwocie ceny oferty. Do wyjaśnień załączyła np. cenniki ogłoszeń prasowych, wydruki ze stron internetowych oferowanych szkoleń, ceny usług wybranych hoteli: noclegowych i gastronomicznych, umowy najmu lokalu, umowy o pracę.

Przedstawione wyjaśnienie odnosi się do sposobu skalkulowania ceny oferty. Złożone dokumenty, to w większości ogólnodostępne cenniki, materiały reklamowe i informacyjne. Wykonawca - konsorcjum Firma 2000 Sp. z o.o. nie uzasadniała wysokości ceny swojej oferty, warunkami świadczenia tego rodzaju usługi, dostępnymi w sposób zindywidualizowany. Z czego wynika, iż za podaną cenę przedmiotowa usługa szkoleniowa jest możliwa do realizacji, z uwzględnieniem ogólnej oferty rynkowej w odniesieniu do jej części składowych. Zamawiający przyjął wyjaśnienia i dokumenty za odpowiednie.

Zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

2. wykonawca ECORYS Polska Sp. z o.o. ECORYS Nederland BV przedstawił wybrane elementy kalkulacyjne ceny swojej oferty. Nie przedstawił kosztorysu z wyliczeniem ceny oferty. Do wyjaśnień dołączył ogólnie dostępne materiały np. dotyczące cen usług hotelowych i gastronomicznych. Zamawiający przyjął wyjaśnienia i dokumenty za odpowiednie.

Zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

3. odwołujący A - Doradztwo Gospodarcze DGA S. A. przedstawił wyjaśnienie, w którym podał jako okoliczności mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny: dysponowanie własną bazą firm zainteresowanych szkoleniami, wstępne porozumienia z podwykonawcami usług, z uwzględnieniem wynegocjowanych cen w kalkulacji ceny ofertowej, korzystne stawki wynajmu sal, noclegów, wyżywienia, druku materiałów z racji długotrwałej współpracy, dużą skalę działalności pozwalającą na optymalizację kosztów, własny system zarządzania usługą szkoleniową, prowadzenie promocji ukierunkowanej na firmy zainteresowane wiedzą z zakresu ochrony środowiska. Podał elementy kalkulacyjne elementów składowych ceny oferty. Do wyjaśnień odwołujący A załączył referencje udzielone przez różne podmioty, w zakresie usług szkoleniowych w związku z ochroną środowiska. Izba stwierdza, że odwołujący A określił obiektywne czynniki, dostępne w sposób zindywidualizowany, które mogą wpływać na wysokość ceny oferty, w kierunku pomniejszenia kosztów świadczenia oferowanej usługi. Zamawiający nie uwzględnił wyjaśnień.

Zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

4. odwołujący B - WYG International Sp. z o.o. podał elementy kalkulacyjne ceny oferty. Jako przewagi konkurencyjne wskazał dysponowanie bazą danych znacznej liczby przedsiębiorców zainteresowanych uczestnictwem w szkoleniach, zaplanowaną koncentracją prac, zabezpieczeniem kwoty ryzyka związanego z realizacją projektu. Do wyjaśnień nie dołączono żadnych innych materiałów informacyjnych, czy dokumentów. Zamawiający nie przyjął wyjaśnień.

5. odwołujący C - SEKA S.A. przy piśmie przewodnim z dnia 18 czerwca 2009 r. podpisanym przez pełnomocnika, przedstawił niepodpisany załącznik zawierający zestawienie kosztów uzasadniających zaproponowaną przez wykonawcę cenę za wykonanie zamówienia. Odwołujący C nie złożył żadnego omówienia do złożonego kosztorysu. Zamawiający nie uwzględnił wyjaśnień.

W odniesieniu do spraw o sygnaturach KIO/UZP 1234/09 i KIO/UZP/1238/09 Izba zważyła co następuje.

Izba podziela stanowisko zamawiającego, że decyzję o zastosowaniu procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny zasadnie łączył z rozbieżnościami wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia i cen podanych w ofertach. Stanowiska stron były zgodne z poglądem potwierdzonym w licznie cytowanych orzeczeniach, że badanie oferty w celu potwierdzenia bądź wykluczenia rażąco niskiej ceny należy odnosić do ceny całkowitej ustalonej za przedmiot zamówienia. Nie jest jednak dopuszczalne formułowanie wniosków, iż cena oferty jest zaniżona w stosunku do przedmiotu zamówienia i koniecznych kosztów i nakładów do jego prawidłowej realizacji, wyłącznie z racji rozbieżności z wartością szacunkową, czyli jedynie w oparciu o kryterium arytmetyczne. Wyrok ETS z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie 103/88 („Fratelli Constanzo”) stwierdza, iż państwa członkowskie mogą wymagać, aby oferty przetargowe były analizowane w przypadku podejrzenia rażąco niskich cen, nie tylko wtedy, gdy w sposób oczywisty przedstawiają rażąco niskie ceny. Natomiast nie jest zasadne odrzucanie ofert, jedynie według kryterium arytmetycznego. Ponadto Izba miała na uwadze, że wartość szacunkowa została ustalona w oparciu o ceny szkoleń prowadzonych od 2006 r.

Zamawiający był zobowiązany przeprowadzić procedurę weryfikacyjną, określoną w ustawie Pzp, umożliwiając uczestnikom postępowania złożenie wyjaśnień. Zdaniem Izby, w ramach prowadzenia wymienionej procedury, obowiązkiem zamawiającego było skorzystanie z wszelkich możliwych środków dowodowych, które mogłyby ewentualność podania rażąco niskich cen przez wykonawców, potwierdzić bądź wykluczyć. Takimi dowodami są między innymi, ceny ofert złożonych w postępowaniu. Trudno bowiem założyć, że wszyscy uczestnicy, składają oferty nie tylko nie pozwalające na osiągnięcie zysku, ale wręcz generujące straty. Z tych względów średni poziom oferowanych cen, z reguły odpowiada tendencjom i cenom rynkowym. Z racji charakteru działalności zamawiającego, gdzie w większości był zlecającym szkolenia, którymi wykonawcy wykazują się jako swoim doświadczeniem zawodowym, zamawiający miał możliwość porównania, za jakie ceny były realizowane poprzednie szkolenia o zbliżonym przedmiocie i wielkości. Powinien także uwzględnić aktualne uwarunkowania rynkowe w zakresie kształtowania się cen usług

szkoleniowych, doradczych (ich części składowych), w tym znaczne nasilenie konkurencji w odniesieniu do usług niematerialnych oraz zmniejszenie się oczekiwań wykonawców, co do osiąganych zysków, (pełnomocnicy zamawiającego, potwierdzili, iż nastąpiło przesycenie rynku usługami szkoleniowymi). Powinien także brać pod uwagę, ewentualny spadek cen usług częściowych, składających się na świadczenie kompleksowe, objęte opisem przedmiotu zamówienia. Tego rodzaju analizy zamawiający nie przeprowadził, ograniczył się jedynie do oceny wyjaśnień, w oderwaniu od innych dostępnych dowodów. Dokumentacja postępowania świadczy, iż brak było ścisłych wymagań, odnośnie standardów świadczenia usługi, w zakresie jej elementów składowych. Z tego może się wywodzić zarówno różnica w oszacowaniu kosztów usługi, jak i różnice w cenach ofert, które wyłączając ofertę z najniższą ceną 2 869 055,05 zł. i z najwyższą ceną 5 207 895,00 zł. można uznać za w miarę wyrównane. Ponadto wykonawcy mogli założyć zróżnicowane wielkości pozyskania wkładów od uczestników szkoleń oraz zakładany zysk, kalkulowany w części B i C budżetu. Nie został podany ścisły rozdział kosztów w części A i B budżetu. Budżet w części B obejmuje wydatki nie udokumentowane i nie objęte budżetem A, co również mogło być przyczyną różnic kalkulacyjnych, tak w ujęciu rzeczowym, jak i wartościowym. Stąd wywodzenie przez zamawiającego, że wskazane przez niego elementy kalkulacyjne ceny ofert wykonawców są zaniżone i nie oddają rzeczywistych kosztów realizacji np. w odniesieniu do kosztu zarządzania projektem, nie znajduje podstaw. Należy również mieć na uwadze, że różnice cenowe są naturalnym elementem konkurencji w postępowaniach przetargowych. Izba podzieliła racje odwołujących, że obowiązkiem zamawiającego, określonym w art. 92 ust. i pkt 2 Pzp było pełne podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego podjętej czynności odrzucenia oferty. Nie wyczerpuje dyspozycji tej normy stwierdzenie, iż ocena złożonych wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający jest zobowiązany szczegółowo ocenić wyjaśnienia, dotyczące zarzutu rażąco niskiej ceny i dać im wyraz w uzasadnieniu, jeżeli uznaje, że oferta wykonawcy zasługuje na odrzucenie przy uwzględnieniu wszelkich innych dowodów i znanych okoliczności. W przeciwnym bowiem wypadku, działania zamawiającego należy uznać za dowolne – arbitralne i wybiórcze, co stanowi ewidentne naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Nie stanowi uzasadnienia dla enigmatycznego uzasadnienia i przytoczenia treści przepisu stanowiącego powołaną dla podjętej czynności podstawę prawną, nawet sytuacja, gdy uczestnicy zastrzegli tajność swoich ofert, czy wyjaśnień. Zamawiający ma możliwość oceny, czy złożone dokumenty, a także wyjaśnienia wyczerpują definicję tajemnicy przedsiębiorstwa oraz ich odtajnienia, jeżeli złożone dokumenty nie mają takiego charakteru. W ocenie Izby, nie stanowią tajemnicy materiały reklamowe hoteli, cenniki, wydruki ze stron internetowych, chociażby z tej przyczyny, że są one wręcz szeroko rozpowszechniane. Zamawiający miał

możliwość przedstawienia wykonawcom, których oferty odrzucił pełnego uzasadnienia, a pominięcia treści utajnionej jedynie w pismach kierowanych do innych uczestników postępowania. Ponadto identyczne lakoniczne uzasadnienie, odwołujący zawarł w informacji o odrzuceniu oferty wykonawcy SEKA S.A., której tajność nie została zastrzeżona. Zasadniczym dowodem, przemawiającym za tym, że cena oferty odwołującego A doradztwo Gospodarcze DGA S.A, nie jest rażąco niska, jest fakt, że zamawiający wybrał do realizacji zamówienia ofertę konsorcjum: FIRMA 2000 Sp. z o.o. i PAG Uniconsult Sp. z o.o. o kwotę 717 125,00 zł. tańszą od oferty odwołującego A. Oznacza to, racjonalnie rozumując, iż zamawiający ocenił, że należyte wykonanie przedmiotowego zamówienia za cenę 4 202 950,00 zł. jest możliwe, w sytuacji, gdy wybrany wykonawca nawet nie powoływał się na okoliczności wymienione w art. 90 ust. 2 Pzp, iż są mu obiektywnie dostępne indywidualnie takie czynniki, które pozwalają na redukcję kosztów w większym stopniu, niż jest to osiągalne dla konkurentów. Wykonawca wybrany wykazywał jedynie ceny elementów składowych usługi, funkcjonujące na rynku i na ich podstawie zestawiał kosztorys ofertowy. Prowadzi to do logicznego wniosku, iż za podobną cenę do wybranej oferty również inni wykonawcy, byli zdolni wykonać zamówienie. W tych okolicznościach nie można uznać za przekonujących twierdzeń zamawiającego, że jeden wykonawca może wykonać przedmiotową usługę za daną cenę, a dla innego będzie to nieosiągalne. Izba uwzględniła okoliczność, że wybrany wykonawca konsorcjum: FIRMA 2000 Sp. z o. o. i PAG Uniconsult Sp. z o.o. w swoim wyjaśnieniu, wskazywał na poziom cen rynkowych elementów usługi szkoleniowej. Tak jak podano wyżej, różnice mogą się ponadto wywodzić z braku precyzyjnego określenia standardów usługi. Dla przykładu rynkowe ceny usług hotelowych czy gastronomicznych wykazują znaczne zróżnicowanie, stąd inna będzie kalkulacja wykonawcy, który w cenie oferty uwzględni jedynie minimalny poziom świadczonej usługi, a inna gdy wykonawca ujął w cenie wyższą kategorię hoteli. To samo odnosi się do pozyskania kadry trenerskiej, doradczej ze statusem naukowym i innym, co ma bezpośredni wpływ na wysokość opłacanych wynagrodzeń. Wykonawca wybrany nie uzasadniał wysokości ceny swojej oferty, warunkami świadczenia tego rodzaju usługi, dostępnymi jemu w sposób zindywidualizowany. Z czego wynika, iż za podaną cenę przedmiotowa usługa szkoleniowa jest możliwa do realizacji, z uwzględnieniem ogólnej oferty rynkowej w odniesieniu do jej części składowych. Zdaniem Izby ceny ofert nie są rażąco niskie. Zamówienie jest możliwe do realizacji, za podane ceny, gdyż wynika to z przedstawionych dowodów, cenników, stawek rynkowych za usługi wchodzące w skład i skalkulowane w cenie oferty (zamieszczonych np. w wyjaśnieniach wybranego wykonawcy). Ustalenia te odnoszą się również do ceny oferty odwołującego B - WYG International Sp. z o. o. Z porównania ceny usługi w poz. 1 wykazu doświadczenia zawodowego tego wykonawcy, wynika, iż za cenę oferty brutto 6 035 000,00 zł wykonał on opisaną usługę szkoleniową i doradczą

„Zwiększenie konkurencyjności przedsiębiorstw branży elektronicznej” dla 5400 - 5500 osób, co stanowi ponad dwukrotnie więcej przeszkolonych osób jak w niniejszym postępowaniu i dowodzi, zdolności wykonawcy, do zrealizowania zamówienia za podaną w ofercie cenę, w sposób właściwy. Zamawiający dysponował informacjami dotyczącymi cen i zakresu świadczonych usług szkoleniowych, albowiem udzielał przedmiotowych zamówień. Zdaniem Izby, wiedza ta powinna zostać wykorzystana do ustalenia czy oferowana cena jest rzetelna, pozwala na wykonanie zamówienia w sposób należyty. Przy czym należy mieć na uwadze, że odwołujący B powoływał się nie tylko na poziom cen rynkowych, ale wyjaśniał, że są mu indywidualnie dostępne czynniki, pozwalające na redukcję zaoferowanej ceny, np. projekt zakładający koncentrację prowadzonych szkoleń.

Wezwanie wszystkich wykonawców do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do ceny oferty, nawet wykonawcy EKORYS Sp. z o.o., którego oferta podawała cenę około 10% niższą od wartości szacunkowej, nie świadczy o równym traktowaniu wykonawców. O zachowaniu zasady równego traktowania wykonawców i przestrzeganiu prowadzenia postępowania według reguł uczciwej konkurencji, świadczy natomiast sposób potraktowania i oceny złożonych przez wykonawców wyjaśnień i przedstawionych dokumentów.

Z tych względów zabiegi interpretacyjne zamawiającego, że liczy się jedynie autorytatywna jego własna ocena złożonych przez wykonawców wyjaśnień, w zupełnym oderwaniu od innych dowodów i okoliczności danej sprawy, faktów powszechnie znanych, nie mogą znaleźć aprobaty ze strony Izby. Zatem przez brak pełnego uzasadnienia zaskarżonych czynności, zamawiający naruszył przepisy art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Izba podzieliła także pogląd odwołującego A, iż art. 90 ust 2 Pzp odnosi się do czynników obiektywnych, lecz także dostępnych wykonawcy w sposób zindywidualizowany. Właśnie na takie elementy w swoim wyjaśnieniu wskazał odwołujący A i odwołujący B. Nawet jeżeli wykonawca przenosi prawa autorskie do utworu na zlecającego szkolenie, to zakładając, iż pewne ramowe rozwiązania są wspólne, to nabyte doświadczenie przy konstruowaniu programów szkoleń dedykowanych, stanowi ułatwienie chociażby przekładające się na czas poświęcony na ich opracowanie. Izba podzieliła także pogląd odwołującego A, iż przepis art. 90 ust. 2 Pzp mówi o ocenie dowodów, jeżeli zostaną one złożone wraz z wyjaśnieniami i na ich poparcie. Nie oznacza to, że zamawiający może takich dowodów bezwzględnie wymagać, gdyż przepis art. 90 ust. 1 Pzp mówi jedynie o wezwaniu do złożenia wyjaśnień. Nawet gdy zamawiający wbrew kategoriycznej treści przepisu, wymagał złożenia dowodów i z faktu tego wywodził swoje prawo do odrzucenia oferty, to praktyka taka, mimo że nie została objęta odrębnymi protestami wykonawców, nie czyni prawa. Zdaniem Izby, liczy się jedynie dyspozycja normy prawnej, dla przyjęcia, iż wykonawca nie złożył wymaganych wyjaśnień w odniesieniu do zarzutu rażąco niskiej ceny. Izba stwierdza, że wyjaśnienia złożone przez odwołującego A – Doradztwo Gospodarcze

DGA S.A. oraz odwołującego B - WYG International Sp. z o.o. były właściwe podawały elementy kalkulacyjne ceny oferty oraz odpowiadały wskazaniom, jakie zawiera art. 90 ust. 2 Pzp. Zamawiający nie miał podstaw do oceny, iż są to jedynie ogólniki, frazesy pozbawione istotnej treści informacyjnej. Podobnej treści wyjaśnienia złożył wykonawca ECORYS Polska Sp. z o.o. i ECORYS Nederland BV, (którego oferta zawierała najwyższą cenę, lecz niższą od oszacowania) i zamawiający przyjął wyjaśnienia tego wykonawcy za odpowiednie. Izba podziela pogląd zamawiającego, że ciężar dowodu, iż cena oferty nie jest rażąco niska obciąża wykonawcę wezwanego do wyjaśnień. Z chwilą złożenia takich wyjaśnień, stanowiących oświadczenie wykonawcy składające się na treść oferty, to zamawiający winien wykazać, iż są one obiektywnie rzecz ujmując, niewiarygodne, a swoje twierdzenia należycie i w sposób pełny uzasadnić. Zgodnie z wyrokiem SO w Warszawie z 5 stycznia 2007 r. sygn. akt V Ca 2214/06, zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty, jeżeli potencjalny wykonawca nie złoży wyjaśnień, oraz gdy ocena wyjaśnień i innych dowodów potwierdzi, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oceny wyjaśnień dokonuje się zgodnie z ogólnymi zasadami rządzącymi oceną dowodów, to jest z uwzględnieniem aktualnego stanu wiedzy, zasad doświadczenia życiowego i poprawnego rozumowania. Oznacza to, iż na zamawiającym ciąży obowiązek odpowiednio wnikliwej analizy wyjaśnień. Z przedstawionych względów Izba uznaje, że zarówno wyjaśnienia złożone przez odwołującego A – Doradztwo Gospodarcze DGA S.A., jak i odwołującego B – WYG International Sp. z o.o., w kontekście innych dowodów; z treści wszystkich ofert i udzielonych wyjaśnień, wiedzy zamawiającego w odniesieniu do cen wymienionych usług, powinny zostać przyjęte za odpowiednie. Izba analizując wyjaśnienia złożone przez wykonawcę EKORYS Polska i EKORYS Nederland B.V. ustaliła, iż wyjaśnienia jakie zostały przedstawione przez wymienionego wykonawcę nie odbiegają od innych zakwestionowanych, a mimo tego zamawiający uznał je za wystarczające. Ponadto treść postanowień art. 90 ust. 1 i 3 Pzp, prowadzi do wniosku, iż zamawiający może jedynie wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień. To czy wykonawca przedstawi dowody, potwierdzające jego oświadczenia stanowi wyłącznie uprawnienie wykonawcy. Należy mieć na względzie, iż ścisłe udokumentowanie i udowodnienie np. przy pomocy przedstawienia analiz rynkowych, czy audytu, dokładnego skosztorysowania ceny oferty, w ramach określonego czasu na złożenie wyjaśnień (w tym przypadku od 16 do 19 czerwca 2009 r.), byłoby zadaniem niewykonalnym. Postępowanie dowodowe wykazało, iż zamawiający naruszył przepisy art. 90 ust. 1-3 Pzp, przez żądanie przedstawienia dowodów dla wykazania, iż cena oferty nie jest rażąco niska, przez wadliwą ocenę złożonych wyjaśnień oraz przez pominięcie przy dokonanej ocenie całokształtu dowodów, które były mu dostępne i winny być brane pod uwagę przy ustaleniach, które legły u podstaw skarżonych czynności. Jak Izba wskazała wcześniej, warunek obligatoryjnego przedstawienia dowodów, mimo jego

nie zaskarżenia w terminie ustawowym, uznaje za niezastrzeżony. W prowadzonym postępowaniu doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 przez bezzasadne odrzucenie ofert odwołującego A i B, a. w konsekwencji także naruszenia zasad rządzących postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, określonych art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji oraz prowadzenia postępowania zgodnie z wytycznymi tej ustawy. Ponadto zamawiający naruszył art. 90 ust. 1 Pzp przez wybór oferty, nie będącej najkorzystniejszą. Zamawiający, wobec odrzucenia ofert, nie dokonywał oceny ofert odwołującego A i B w oparciu o kryteria. Kryterium wyboru oferty, nie stanowi jedynie cena, aby można było stwierdzić, czy oferta odwołującego A i odwołującego B ma szansę na jej wybór. Izba nie może zastępować zamawiającego w czynnościach, do których jest wyłącznie uprawniony i dokonywania wyliczenia punktacji za zamawiającego, dlatego też na etapie rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, Izba uznała, iż interes prawny odwołujących A i B nie został wykluczony. Z tych względów Izba orzekła jak w sentencji.

W sprawie o sygn. akt KIO/UZP 1240/09, Izba podtrzymuje argumentację przytoczoną w uzasadnieniu do spraw o sygn. akt KIO/UZP 1234/09 i KIO/UZP/1238/09.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego C - SEKA S.A., co braku podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania i odrzucenia złożonej oferty. Zgodnie z SIWZ § 5 ust. 1 pkt 2 zamawiający wymagał wykazu usług, według wzoru załącznika nr 2. W odpowiedzi na pytanie 7 do SIWZ, zamawiający wyjaśnił, iż jako usługę należy rozumieć jedno zlecenie, jedną umowę. Tej definicji nie spełnia suma umów zawieranych z jednym lub z wieloma podmiotami. Okoliczność bezsporną stanowi, że wymagane były co najmniej 2 usługi szkoleniowe, o podanym zakresie i wartości, wykonane w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania. Odwołujący C wykazał jedną usługę spełniającą łącznie wszystkie warunki. Nie zaprzeczył też w trakcie rozprawy twierdzeniom zamawiającego, że umowy w odniesieniu szkoleń z poz. 2 wykazu doświadczenia zawodowego, były zawierane z poszczególnymi przedsiębiorcami, zamawiający natomiast dofinansowywał przedmiotowe szkolenia. W tych okolicznościach wykluczenie odwołującego C z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, znajduje uzasadnienie. Wymieniony wykonawca, wzywany do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do ceny, podał elementy kalkulacyjne składające się na cenę oferty, ale jedynie w liczbach, nie wskazując żadnego dla nich uzasadnienia w formie omówienia. Nawet gdyby przyjąć, iż z samego faktu porównania ceny oferty wybranego wykonawcy, innych ofert i ceny oferty odwołującego C, wynika że jest ona porównywalna, zatem należy zakładać jej realność, to na przeszkodzie takiemu uznaniu w oparciu o inne dowody w sprawie, stoi fakt, że wymieniony załącznik – kalkulacja ceny

oferty nie został przez nikogo podpisany, nie zawiera też żadnych danych identyfikujących podmiot wystawiający. Podpisane pismo przewodnie jest odrębnym dokumentem nie zespolonym trwale z załącznikiem. Wyjaśnienia składane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp odnoszą się do ceny, stanowiącej treść oferty, zatem powinny one zostać w całości objęte podpisem wykonawcy, lub upoważnionego pełnomocnika. Z tych względów Izba przyjęła, iż wyjaśnienie ceny oferty nie zostało skutecznie złożone, a czynność zamawiającego uznania oferty, za podlegającą odrzuceniu znajduje uzasadnienie w treści art. 90 ust. 3 Pzp. W wymienionych okolicznościach, nakazywanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp w celu ponownego dokonywanie oceny doświadczenia zawodowego odwołującego C, dla wykazania spełnienia warunków podmiotowych, Izba uznała za bezprzedmiotowe i nie dopuszczalne, zatem orzekła jak w sentencji.

Izba na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a uwzględniła odwołanie odwołującego A i B, na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 nakazała unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego A i B oraz nakazała powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty.

W oparciu o art. 191 ust. 1 Pzp Izba oddaliła odwołanie odwołującego C.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp. Z tytułu uzasadnionych kosztów zastępstwa przez pełnomocnika, Izba orzekła na podstawie złożonego rachunku, stosownie do § 4 ust. 1 pkt 2b rozporządzenia z dnia 9 lipca 2007 r. Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.) na rzecz odwołującego A - Doradztwa Gospodarczego DGA S.A. kwotę 3 600 zł 00 gr.

Na rzecz odwołującego B - WYG International Sp. z o.o. Izba nie przyznała kosztów z tytułu zastępstwa przez pełnomocnika, gdyż pełnomocnictwo zostało wystawione dla Pani Małgorzaty Śledziewskiej, natomiast złożony rachunek na kwotę 3 600,00 zł. brutto został wystawiony przez Bestway Sp. z o.o., ul. Puławska 100, 02-620 Warszawa, która nie została ustanowiona pełnomocnikiem odwołującego B w niniejszej sprawie.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....