

Sygn. akt: KIO 1579/18

**WYROK**  
**z dnia 22 sierpnia 2018 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Wojciechowska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 22 sierpnia 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 sierpnia 2018 r. przez **wykonawcę M. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo-Handlowa GAZTUR M.B. z siedzibą w Kościerzynie**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Szpital Specjalistyczny w Kościerzynie Sp. z o.o. z siedzibą w Kościerzynie**

przy udziale **wykonawcy R. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej „Ermed” R. Z. z siedzibą w Bydgoszczy** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawcę M. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo-Handlowa GAZTUR M. B. z siedzibą w Kościerzynie** i
  - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500 zł. 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę M. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo-Handlowa GAZTUR M. B. z siedzibą w Kościerzynie** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. Zasądza od **wykonawcy M. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo-Handlowa GAZTUR M. B. z siedzibą w Kościerzynie** na rzecz **zamawiającego Szpitala Specjalistycznego w Kościerzynie Sp. z o.o. z siedzibą w Kościerzynie** kwotę 3 900 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset złotych zero groszy) z tytułu poniesionych kosztów zastępstwa prawnego oraz kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Szpital Specjalistyczny w Kościerzynie Sp. z o.o. z siedzibą w Kościerzynie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *świadczenie usług transportu sanitarnego (numer postępowania DZP/9/18)*. Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 14 maja 2018 r. za numerem 557600-N-2018. Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest mniejsza od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018 z późn. zm. zwanej dalej „ustawą pzp”).

W dniu 8 sierpnia 2018 r. odwołanie wniósł wykonawca M. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo-Handlowa GAZTUR M. B. z siedzibą w Kościerzynie – dalej Odwołujący.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego z dnia 3 sierpnia 2018 r.: odrzucenia oferty Odwołującego oraz czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty - oferty Niepublicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej „Ermed” R. Z.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 90 ust. 1a ustawy pzp, poprzez jego nieuzasadnione zastosowanie, albowiem cena całkowita oferty była wyłącznie o 20,5% niższa od wartości zamówienia, zaś rozbieżności w zakresie różnicy wysokości ceny wskazanej w ofercie przez Wykonawcę względem średniej ceny ustalonej w oparciu o średnią arytmetyczną cen ujawnionych w ofertach wynikały z oczywistych okoliczności niewymagających wyjaśnienia. Ponadto, zaoferowana przez Wykonawcę cena biorąc na wzgląd zasady logicznego myślenia oraz doświadczenia życiowego nie mogła wydać się Zamawiającemu rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, czy też co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi uprzednio przez Zamawiającego - albowiem nie była rażąco niską ceną w rozumieniu przepisów ustawy pzp;
2. art. 90 ust. 2 ustawy pzp, poprzez błędne uznanie, że Wykonawca nie sprostował ciężącemu na nim obowiązкови wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
3. art. 90 ust. 3 ustawy pzp, poprzez jego błędne zastosowanie i odrzucenie oferty Wykonawcy, pomimo że zaproponowana przez niego cena nie stanowiła ceny rażąco niskiej,

co też potwierdziły zarówno okoliczności postępowania, jak i wyjaśnienia Wykonawcy złożone Zamawiającemu;

4. art. 91 ust. 1 ustawy pzp, poprzez wybór oferty Niepublicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej „Ermed” R. Z., podczas gdy przedmiotowa oferta nie stanowiła oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty M. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Usługowa Gaztur M. B.;
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej „Ermed” R. Z.;
- 3) powtórzenia procesu badania i oceny złożonych w postępowaniu ofert;
- 4) dokonania wyboru oferty Odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert jako najkorzystniejszej.

A ponadto, wniósł o obciążenie Zamawiającego kosztami niniejszego postępowania, zgodnie z wykazem kosztów, które Wykonawca zaprezentuje na rozprawie.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że oferta złożona przez M. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Usługowa Gaztur M. B. nie zawierała rażąco niskiej ceny. Zaznaczył, że przedmiot zamówienia, którego dotyczy niniejsze postępowanie stanowi usługę polegającą na świadczeniu transportu sanitarnego z użyciem odpowiednich do tego celu karettek oraz personelu posiadającego odpowiednie kwalifikacje - zgodnie z potrzebami Zamawiającego. Tym samym dokonując wyceny oferty należało dokonać kalkulacji przewidywanej ilości kilometrów jakie transport sanitarny zrealizuje w okresie obowiązywania umowy, to jest w okresie 36 miesięcy, a następnie oszacowania stawki jednostkowej za 1 km przewozu sanitarnego z uwzględnieniem wynagrodzenia pracownika oraz zysku wykonawcy. Co więcej, przy dokonywaniu przygotowania oferty w zakresie ceny wykonawcy winni byli mieć na względzie, że transport sanitarny korzysta ze zwolnienia z obowiązku uiszczania podatku od towaru i usług - na zasadzie przepisu art. 43 ust. 1 pkt 20 ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług.

Z uwagi, że Odwołujący dotychczas świadczył już na rzecz Zamawiającego usługi w oparciu o umowy cywilnoprawne zawierane z wolnej stopy zarówno pisemne, jak i ustne, między innymi umowę nr U/443/15 o udzielenie zamówienia na świadczenie usług transportu sanitarnego nie wymagającego opieki medycznej - zawartej w dniu 23 listopada 2015 roku,

posiadał on wiedzę co do potencjalnej, to jest przewidywanej liczby km, jaką transport sanitarny zrealizuje w okresie trwania umowy, jak i kosztu realizacji umowy. Odwołujący wskazał, że np. w treści wskazanej powyżej umowy Zamawiający wycenił stawkę za 1 km na kwotę 1,18 złotych brutto - przy czym podkreślić należy, że przedmiotowa kwota powiększona była o należny podatek od towarów i usług, albowiem przedmiot umowy z dnia 23 listopada 2015 roku nie korzystał ze wskazanego powyżej zwolnienia, a ponadto umożliwiła Wykonawcy osiągnięcie zysku ekonomicznego.

Odwołujący zaznaczył dalej, że biorąc na wzgląd zdobyte doświadczenie M. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Usługowa Gaztur M. B. w formularzu cenowym w kolumnie nr 4 „Przewidywana ilość kilometrów przez okres 36 miesięcy” wskazał wartość 360.000,00 km, co daje średnio 120.000,00 km rocznie, zaś 10.000,00 km w skali jednego miesiąca. Stawkę za 1 km określił przy tym na poziomie 1,59 złotych - biorąc na wzgląd: zwolnienie od podatku od towarów i usług; dotychczasowy koszt zapewnienia usług transportu sanitarnego; element własnego zysku; konieczność zapewnienia co najmniej jednego członka personelu. Wykonawca złożył ofertę w zakresie ceny w kwocie 572.400,00 złotych - zaś przedmiotowa cena odpowiadała 79,5% kwoty jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie przedmiotu zamówienia. Co więcej, oferta złożona przez M. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Usługowa Gaztur M. B. była korzystniejsza, co do kryterium ceny od oferty złożonej przez Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ermed R. Z. wyłącznie o ok. 12,5%. Tym samym, w ocenie Odwołującego, po stronie Zamawiającego nie powinny pojawić się wątpliwości, co do realności wykonania przedmiotu umowy za zaproponowaną przez Odwołującego cenę.

Odwołujący zaznaczył, że na gruncie niniejszej sprawy oferta Odwołującego nie była niższa o co najmniej 30% od wartości przedmiotu zamówienia, co też zostało powyżej wykazane, albowiem cena wskazana w ofercie wykonawcy była wyłącznie o 20,5% niższa od kwoty jaką Zamawiający miał zamiar przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w ogóle. Cena całkowita oferty była przy tym niższa o więcej aniżeli 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, jednakże wyłącznie dlatego, że oferta złożona przez G. Ch. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą GREGOR-TRANS G. Ch. określała cenę na kwotę 2.340.000,00 złotych, tym samym znacząco przewyższała zarówno kwotę przeznaczoną przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia, jak i ceny ujawnione w ofertach pozostałych wykonawców. Tym samym przedmiotowa rozbieżność wynikała z okoliczności oczywistych niewymagających wyjaśnienia, albowiem nawet gdyby kwota najwyższej oferty odpowiadała kwocie przeznaczonej przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia przedmiotowy warunek nie zostałby spełniony. Tym samym,

zapropozowana przez Wykonawcę cena nie powinna była wydać się Zamawiającemu rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a ponadto nie powinna budzić jego wątpliwości w zakresie możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami, albowiem dotychczas Zamawiający współpracował z Odwołującym i znał rzeczywisty koszt transportu sanitarnego. W konsekwencji brak było przesłanek do wystąpienia do Wykonawcy o złożenie wyjaśnień co do ceny w trybie przepisu art. 90 ust. 1a ustawy pzp.

Zgodnie z przepisem art. 90 ust. 3 ustawy pzp odrzucenie oferty może nastąpić dopiero, gdy złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia utwierdzą Zamawiającego, że zaofiarowana przez niego cena w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, faktycznie stanowi rażąco niską cenę. Na gruncie niniejszej sprawy Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego wskazał, że jakkolwiek złożył on wyjaśnienia w trybie przepisu art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy pzp, tak odpowiedź Wykonawcy jest „lakoniczna, powierzchowna i nie można jej potraktować jako wyczerpującej”. W konsekwencji z racji, że organ powziął dalsze wątpliwości, wobec złożenia przez Wykonawcę wyjaśnień winien był ponownie wezwać go do zgłoszenia dalszych wyjaśnień celem wyrugowania powstałych wątpliwości. Odwołujący zaznaczył, że wystąpienie o ponowne wyjaśnienia konkretyzujące jest możliwe, a nawet konieczne. Zamawiający jednak odstąpił od ponownego wystąpienia do Wykonawcy.

W dniu 22 sierpnia 2018 r. na posiedzeniu Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

W zakresie skierowanego wezwania do wyjaśnień Zamawiający powołał się na wyrok Krajowej Izby odwoławczej z dnia 19 lipca 2017 r., sygn. sprawy KIO 1356/17 oraz z dnia 20 marca 2017 r., sygn. sprawy KIO 367/17. Zaznaczył, że w niniejszym postępowaniu, zgodnie z wyliczeniami Zamawiającego, oferta złożona przez Odwołującego była o 30% niższa od średniej arytmetycznej wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. W związku z powyższym Zamawiający był zobligowany do wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny wskazanej w ofercie. Złożenie oferty na kwotę 2.340.000,00 zł przez G. Ch. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Gregor-Trans G. Ch., która przewyższała ceny wskazane w pozostałych ofertach w ocenie Zamawiającego nie stanowiło okoliczności oczywistej, która nie wymagała wyjaśnienia. Ceny zaproponowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia na świadczenie usług transportu sanitarnego wynikały z kosztów, jakie wiązały się z prawidłowym wykonaniem zamówienia, w związku z powyższym Zamawiający uznał, że zasadnym jest wezwanie wykonawców do złożenia wyjaśnień.

Zamawiający zauważył, że zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy pzp jest on uprawniony do badania zaoferowanej ceny w razie podjęcia wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Oferta Odwołującego była o 20,5% niższa niż kwota przeznaczona przez Zamawiającego na wykonanie zamówienia, w związku z czym istniały podstawy do podjęcia wątpliwości przez Zamawiającego. Mając na uwadze powyższe Zamawiający był uprawniony do żądania wyjaśnień od Odwołującego w przedmiocie zaoferowanej ceny. Przywołane uprawnienie przysługiwało Zamawiającemu niezależnie od obowiązku nałożonego na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy pzp.

Zamawiający nie zgodził się również z twierdzeniem Odwołującego, że był obowiązany do ponownego wezwania Odwołującego do przedłożenia wyjaśnień. Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lutego 2018 r., sygn. sprawy KIO 226/2018 oraz wyrok z dnia 28 lipca 2017 r., sygn. sprawy KIO 1431/17. Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie przedłożył żadnych wyjaśnień odnośnie sposobu kalkulacji ceny, kosztów składających się na cenę. Ponadto, Odwołujący nie przedłożył żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Z uwagi na powyższe w ocenie Zamawiającego nie miał on obowiązku wzywania Odwołującego do skonkretyzowania ogólnikowych wyjaśnień, które nie stanowiły odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień. Ponadto, wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający, po otrzymaniu wyjaśnień, nie miał żadnych dodatkowych wątpliwości, które wymagałyby wystosowania kolejnego wezwania do przedłożenia wyjaśnień.

W zakresie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że odpowiedź wykonawcy na wezwanie nie może być lakoniczna i powierzchowna, aby można ją było potraktować jako wyczerpującą i rozwiewającą wątpliwości. Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 listopada 2017 r., sygn. akt: KIO 2380/17. Odwołujący złożył lakoniczne wyjaśnienia w przedmiocie zaoferowanej ceny. Dopiero na etapie odwołania Odwołujący podniósł, że nie chciał ujawniać informacji stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Dodatkowo dopiero na etapie odwołania Odwołujący wskazał na fakt zwolnienia z podatku od towarów i usług, przedstawił założenia dotyczące ilości kilometrów, jaka została przyjęta do kalkulacji ceny oraz wskazał na dotychczasowy koszt zapewnienia usług transportu sanitarnego, element własnego zysku, konieczność zapewnienia co najmniej jednego członka personelu. Jednocześnie Odwołujący nie wskazał kwot, które odpowiadałyby wspomnianym składnikom. Ponadto, Odwołujący powołał się na dotychczasową współpracę w ramach wykonywania innego zamówienia z Zamawiającym.

Zamawiający zauważył, że wyjaśnienia przedłożone w odwołaniu, choć szersze niż zawarte w piśmie Odwołującego z dnia 23 czerwca 2018 r., także nie mogą zostać uznane za wystarczające. Odwołujący nie przedstawił bowiem jakichkolwiek dowodów w przedmiocie ponoszonych kosztów, jak i nie wyszczególnił kosztów niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia oraz ich przewidywanej wysokości. Fakt uprzedniej współpracy pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym, z oczywistych względów, nie może być brany pod uwagę przy rozstrzygnięciu niniejszego zamówienia.

Mając na uwadze okoliczność, że Odwołujący nie dochował należytej staranności, o której mowa w art. 355 § 2 k.c., na etapie składania wyjaśnień w przedmiocie zaoferowanej ceny oraz obowiązku, o którym mowa w art. 90 ust. 2 ustawy pzp, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca R. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej „Ermed” R. Z. z siedzibą w Bydgoszczy. Na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska i wniósł o oddalenie odwołania.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp. Odwołujący jest podmiotem, którego oferta została odrzucona. W przypadku uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego może zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą. Odwołujący może ponieść szkodę przejawiającą się ostatecznie w nieuzyskaniu zamówienia.

Izba stwierdziła, że przystąpienie zgłoszone przez wykonawcę R. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej „Ermed” R. Z. z siedzibą w Bydgoszczy spełniało wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy pzp, zaś Przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. Izba postanowiła dopuścić do postępowania odwoławczego wykonawcę R. Z. prowadzącego



działalność gospodarczą pod firmą Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej „Ermed” .R. Z. z siedzibą w Bydgoszczy w charakterze uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego. Izba dopuściła dowody z całości dokumentacji przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) wraz z załącznikami, pytania i odpowiedzi do SIWZ oraz zmiany SIWZ, ofertę Odwołującego, informację z otwarcia ofert, wezwanie Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1a ustawy pzp i wyjaśnienia Odwołującego, zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 3 sierpnia 2018 r., odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami.

**Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:**

Odwołanie podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Punkt XII. 4 SIWZ określał, że *wartość ogółem oferty, określana w załączniku nr 1 i w druku OFERTA musi uwzględniać wszystkie elementy kalkulacyjne i cenotwórcze związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz wzorem umowy określonym w niniejszej SIWZ.*

W pkt 3 opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał, że *transport sanitarny, o którym mowa w ust. 1 i 2 odbywać się będzie następującymi środkami transportu: Karetka transportowa "T" - karetka z kierowcą i z sanitariuszem.*

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert w postępowaniu złożono cztery oferty: oferta GREGOR-TRANS G. Ch. na cenę ofertową brutto: 2 340 000,00 zł, oferta AGAMED Transport Medyczny R. B. na cenę ofertową brutto: 684 000,00 zł, oferta Przystępującego na cenę ofertową brutto: 644 400,00 zł oraz oferta Odwołującego na cenę ofertową brutto: 572 400,00 zł. Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 720 000,00 zł brutto.

Dnia 22 czerwca 2018 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego w trybie art. 90 ust. 1a ustawy pzp o złożenie wyjaśnień oraz przedstawienie dowodów odnośnie zaoferowanej ceny z uwagi na to, że cena całkowita oferty Odwołującego była niższa o 46,01% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

W odpowiedzi Odwołujący pismem z dnia 23 czerwca 2018 r. oświadczył, że dostarczona przez niego oferta została przedstawiona na podstawie kalkulacji zapewniającej wykonanie zadania zgodnie z wymaganiami oraz dająca zysk zadowalający Wykonawcę. Zaznaczył, że przedstawiona oferta nie przekroczyła wartości budżetu przeznaczanego na sfinansowanie zadania oraz jest niższa zaledwie o 11% i 16% od konkurencyjnych ofert, które także mieściły się w przewidzianym budżecie. W związku z powyższym w jego ocenie nie można było przyjąć, iż przedstawiona cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający pismem z dnia 3 sierpnia 2018 r. odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy pzp. W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu Zamawiający wskazał, że odpowiedź Wykonawcy w przedmiotowym zakresie była lakoniczna, powierzchowna i nie można było jej potraktować jako wyczerpującej. Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie ceny wskazanej w ofercie. Wykonawca nie przedłożył również wyjaśnień odnośnie sposobu wyliczania ceny wskazanej w ofercie, nie podjął tym samym nawet próby wyjaśnienia dlaczego zaproponowana przez niego cena odbiega od średniej ceny zaproponowanej przez pozostałych wykonawców. Jednocześnie Zamawiający podkreślił, iż zgodnie z treścią art. 90 ust. 2 ustawy pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy i to on winien zadbać o to by złożone wyjaśnienia były rzetelne, pełne i wyczerpujące oraz poparte stosownymi dowodami.

*W myśl art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.*

*Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.*

*Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 3 ustawy pzp).*

*Artykuł 91 ust. 1 ustawy pzp stanowi, że Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

Rozstrzygając o zasadności podniesionych zarzutów należało w pierwszej kolejności odpowiedzieć na pytanie czy Zamawiający był uprawniony odstąpić od wezwania Odwołującego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny biorąc pod uwagę okoliczność,

że jeden z Wykonawców złożył ofertę znacznie wyższą od ofert pozostałych Wykonawców. W ocenie Izby na tak zadane pytanie należało odpowiedzieć negatywnie.

Izba podziela w całości argumentację przedstawioną przez Zamawiającego, jak również zawartą w uzasadnieniu wyroku z dnia 20 marca 2017 r., sygn. akt KIO 367/17. Podniesiona przez Odwołującego okoliczność nie stanowi *oczywistej okoliczności*, o której mowa w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy pzp uprawniającej Zamawiającego do odstąpienia od kierowania wezwania. Ponadto, na co zwrócił również uwagę Zamawiający, występujące rozbieżności w zaoferowanych cenach powinny zostać wyjaśnione w celu oceny, czy oferta Odwołującego została skalkulowana prawidłowo. Dyspozycja tego przepisu nie może być interpretowana rozszerzająco, gdyż stanowi wyjątek od zasady, że *zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień*. Cena oferty Odwołującego wypełniła przesłankę z art. 90 ust. 1a pkt 1, bowiem była *niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert*, tym samym Zamawiający był zobowiązany do skierowania do Wykonawcy wezwania.

Uzasadniając podniesione zarzuty, Odwołujący wskazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i przedstawił w odwołaniu składniki ceny oraz okoliczności mające wpływ na jej wysokość. Do odwołania dołączył również dowód w postaci umowy łączącej wcześniej Strony. Takie działanie, stanowiące niejako właściwe wyjaśnienie rażąco niskiej ceny należy uznać za spóźnione, gdyż Odwołujący winien złożyć je wraz z dowodami na wezwanie Zamawiającego. Co więcej, na co zwrócił uwagę Przystępujący, okoliczności podniesione w uzasadnieniu odwołania budzą wątpliwości co do prawidłowości zaoferowanej przez Odwołującego ceny, wskazując na koszt jednego członka personelu podczas gdy Zamawiający wymagał zgodnie z postanowieniami SIWZ kierowcy oraz sanitariusza. Także Zamawiający wyjaśnienia zawarte w odwołaniu uznał za niewystarczające, gdyż Odwołujący po pierwsze nie przedstawił poszczególnych kosztów wymienionych składników ceny, po drugie powołał się na dotychczasowe doświadczenie w realizacji podobnych zamówień dla Zamawiającego, która to okoliczność w ogóle nie powinna być brana pod uwagę. Takie doświadczenie może być jedynie wykorzystane do sformułowania wyjaśnień wyczerpujących, przedstawiających rozłożenie kosztów najistotniejszych składników ceny. Okoliczność ta nie zwalnia Wykonawcy od przedstawienia szczegółowej kalkulacji wraz z dowodami potwierdzającymi przyjęte ceny.

Odnosząc się do treści samych wyjaśnień złożonych w postępowaniu w ocenie Izby decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego była prawidłowa i uzasadniona. W treści wyjaśnień Odwołujący powołał się jedynie na procentowo niewielkie różnice pomiędzy cenami, jego zdaniem, konkurencyjnych ofert. Odwołujący nie przedstawił składników ceny, szczegółowej kalkulacji kosztów związanych z prawidłową realizacją przedmiotu

zamówienia, okoliczności mających wpływ na wysokość ceny oraz nie załączył żadnych dowodów. W takiej sytuacji uznać należało, że wyjaśnienia de facto w ogóle nie zostały złożone. To na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, tym samym jest zobligowany do udzielenia na tyle wyczerpujących i pełnych wyjaśnień aby rozwiać wszelkie wątpliwości odnośnie możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Odwołujący nie sprostął temu obowiązkowi, dlatego też jego oferta została odrzucona. Okoliczność, na którą powołuje się Odwołujący, a mianowicie że szczegółowa kalkulacja ceny stanowi tajemnicę jego przedsiębiorstwa nie powodowała w świetle przepisów ustawy pzp niemożliwości złożenia konkretnych i rzetelnych wyjaśnień. Jeśli Wykonawca wraz z wniesionymi wyjaśnieniami zastrzegłby, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazałby, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, informacje te nie zostałyby ujawnione (art. 8 ust. 3 ustawy pzp).

Izba nie podziela również twierdzenia Odwołującego, że złożone wyjaśnienia, jeśli zostały uznane za niewystarczające, powinny skłonić Zamawiającego do skierowania kolejnego wezwania. Jakkolwiek ponowne wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny jest jak najbardziej możliwe to, co istotne, dotyczy to wyłącznie sytuacji kiedy treść pierwszych wyjaśnień, pomimo że konkretnych i rzetelnych, wywołuje dalsze wątpliwości Zamawiającego wymagające doprecyzowania. W żadnym wypadku procedura taka nie może prowadzić do złożenia przez wykonawcę właściwie całkiem nowych wyjaśnień. Konsekwencją takiego wezwania byłoby oczywiste naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Co więcej, jak słusznie podniósł Zamawiający, brak było kwestii które wymagałyby doprecyzowania skoro wyjaśnienia Odwołującego nie przedstawiały żadnych informacji.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt. 1 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. z 2018 r. poz. 972) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty zastępstwa prawnego na podstawie faktury Vat złożonej

przez Zamawiającego na rozprawie oraz koszty dojazdu w wysokości wynikającej z przedstawionych biletów kolejowych w wysokości uwzględniającej przejazd w obie strony.

**Przewodniczący:** .....