

WYROK
z dnia 29 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 października 2013 r. przez wykonawcę **Yoberi Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Złota 61, 00-819 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez **Polską Organizację Turystyczną, ul. Chałubińskiego 8, 00-613 Warszawa**,

przy udziale wykonawcy **BBDO Warszawa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Burakowska 5/7, 01-066 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1) oddala odwołanie;

2) kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Yoberi Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Złota 61, 00-819 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Yoberi Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Złota 61, 00-819 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **Yoberi Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Złota 61, 00-819 Warszawa** na rzecz **Polskiej Organizacji Turystycznej, ul. Chałubińskiego 8, 00-613 Warszawa**, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), uiszczoną tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907, z późn. zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie „ustawą Pzp”, odwołujący - wykonawca Yoberi Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - wniósł odwołanie od czynności zamawiającego - Polskiej Organizacji Turystycznej z siedzibą w Warszawie - podjętych i zaniechanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, polegających na bezpodstawnym:

- 1) wykluczeniu odwołującego z postępowania,
- 2) odrzuceniu oferty odwołującego,
- 3) zaniechaniu wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Czynnościom i zaniechaniom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 przez jego zastosowanie i przyjęcie, że odwołujący podlega wykluczeniu, pomimo złożenia przez wykonawcę stosownego uzupełnienia oferty;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 5 przez jego zastosowanie i przyjęcie, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 przez jego zastosowanie i przyjęcie, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu, pomimo złożenia przez wykonawcę wyjaśnień, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 4) art. 26 ust. 4 przez jego nie zastosowanie i nie wezwanie wykonawcy do złożenia ponownych wyjaśnień, oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
- 5) art. 87 ust. 2 pkt 1 przez nie poprawienie w ofercie wykonawcy oczywistej omyłki pisarskiej;
- 6) art. 25 ust. 2 w zw. z § 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, zwanego w skrócie „rozporządzeniem”, przez nie wyjaśnienie okoliczności budzących wątpliwości dotyczących wykazu usług i dowodów;
- 7) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 przez uznanie, że oferta wykonawcy nie jest ofertą najkorzystniejszą;
- 8) art. 92 ust. 1 pkt 2 przez podanie nieistniejącego uzasadnienia prawnego odrzucenia oferty;

9) art. 7 ust. 1 i 3 przez prowadzenie postępowania w sposób, który narusza zasady uczciwej konkurencji oraz nierówno traktuje wykonawców, bowiem celem postępowania przetargowego jest wybór najkorzystniejszej oferty, przy zachowaniu bezstronności.

W związku z tym, że interes odwołującego doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 3) unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 4) dokonania ponownego badania i oceny ofert;
- 5) wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- 6) obciążenie kosztami postępowania zamawiającego na rzecz wykonawcy przez zasądzenie kwoty 18 600,00 zł (osiemnaście tysięcy sześćset złotych), stanowiącej uzasadnione koszty odwołującego z tytułu wpisu od odwołania (15 000,00 zł) oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (3 600,00 zł).

Odwołujący wskazał, że posiada interes w złożeniu odwołania, ponieważ w przypadku utrzymania w mocy czynności zamawiającego, odwołujący zostałby wykluczony z postępowania, a jego oferta zostałaby odrzucona, a w konsekwencji nie zostałaby wybrana, jako najkorzystniejsza i tym samym odwołujący nie uzyskałby zamówienia (art. 179 ust. 1 ustawy Pzp). Wskazał też, że zachował termin wniesienia odwołania, gdyż rozstrzygnięcie postępowania zostało doręczone mu w dniu 4 października 2013 r., w związku z czym odwołanie zostało złożone w terminie.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podał.

W dniu 4 października 2013 r. odwołujący otrzymał rozstrzygnięcie postępowania - pismo zamawiającego BF/PG-ZP/066-70/13 z dnia 4 października 2013 r.

Odwołujący nie zgodził się z rozstrzygnięciem postępowania, wskazując, co następuje.

I. Stosownie do postanowień pkt 5.1.1. SIWZ wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, zobowiązany był wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał, co najmniej usługi polegające na (każdy punkt należy traktować oddzielnie):

(...)

2) wykonaniu, co najmniej trzech adaptacji reklam zagranicznych w Polsce;

3) stworzeniu pomysłu kreatywnego, co najmniej trzech reklam telewizyjnych, z których każda była emitowana, w co najmniej jednej ogólnopolskiej stacji telewizyjnej;

(...).

Wykonawca złożył w terminie wyznaczonym w wezwaniu do uzupełnienia i wyjaśnienia oferty z dnia 23 września 2013 r. (pismo nr BF/PG-ZP/066-66/13), wykaz usług wraz z dowodami i oświadczeniem wykonawcy, że wykazane w tabeli usługi zostały wykonane należycie.

Na potwierdzenie należytego wykonania, kwestionowanej przez zamawiającego (jednej z trzech adaptacji reklam zagranicznych w Polsce) usługi, wykonawca, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia, złożył oświadczenie o należyтым wykonaniu usługi wraz z uzasadnieniem przyczyny o obiektywnym charakterze, dlaczego nie jest w stanie uzyskać poświadczenia należytego wykonania zamówienia. Odwołujący podkreślił fakt, że była to przyczyna całkowicie niezależna od wykonawcy, ponieważ osoba odpowiedzialna za realizację filmów o działalności i historii banku w Polsce, a także adaptację reklamy Grupy na rynek polski (jedyna osoba odpowiedzialna za realizację przedsięwzięcia, a co za tym idzie mogąca wystawić dowód/referencje) przebywała na urlopie wypoczynkowym. Wykonawca nie ubiegał się wcześniej o wystawienie referencji przez Fortis Bank Polska, ponieważ składając oferty nie musiał wykazać się wiedzą i doświadczeniem w takim zakresie.

Ponadto odwołujący uznał, że jeśli zamawiający powziął wątpliwość, co do wiarygodności złożonego przez wykonawcę oświadczenia, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 3 oraz ust. 2 rozporządzenia, mógł zwrócić się bezpośrednio do Fortis Bank Polska, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio zamawiającemu, czego zamawiający nie uczynił zakładając niesłusznie, że wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

Wykonawca nie zgodził się również z decyzją zamawiającego, uznającą, że usługa wskazana na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu dotycząca stworzenia pomysłu kreatywnego reklam telewizyjnych, z których każda była emitowana, w co najmniej jednej ogólnopolskiej stacji telewizyjnej, została wykonana po terminie wystawienia poświadczenia (referencji).

Termin wystawienia poświadczenia 30 listopada 2010 r. jest równocześnie terminem zakończenia zamówienia, o czym zamawiający mógł się przekonać stosując przepisy ustawy Pzp, a w szczególności art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do czego na podstawie wymienionego przepisu był zobowiązany.

Zamawiający mógł również, według odwołującego, zwrócić się do spółki Zwykła Agencja s.c. o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów, zgodnie z § 1 ust. 5 rozporządzenia, czego również nie uczynił.

Zamawiający, w ocenie odwołującego, naruszył również inny przepis ustawy Pzp w zakresie zaistniałej omyłki, a mianowicie z art. 87 ust. 2 pkt 1 przez nie poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej, polegającej na błędnie wpisanej dacie realizacji zamówienia.

Bezspornym jest fakt, że „Stworzenie pomysłu kreatywnego reklamy telewizyjnej kampanii społecznej „Bezpieczny Przejazd” emitowanej w ogólnopolskiej stacji telewizyjnej: TVP1, TVP2, TVN” w terminie do 30 listopada 2010 r. (oraz dwóch innych niebudzących zastrzeżeń zamawiającego usług) spełnia wskazany w SIWZ warunek udziału w postępowaniu.

Podsumowując, odwołujący stwierdził, że nie może zgodzić się z twierdzeniem zamawiającego, że nie potwierdził on posiadania wiedzy i doświadczenia w pełnym zakresie, ponieważ wykonawca złożył wszystkie wymagane i zgodnie z obowiązującym rozporządzeniem, dokumenty i oświadczenia.

Odwołujący wskazał, że zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego naruszył również przepis art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przez podanie nieistniejącej w obecnym stanie prawnym podstawy prawnej odrzucenia oferty, gdyż w piśmie dotyczącym rozstrzygnięcia postępowania wskazał, jako podstawę odrzucenia oferty wykonawcy art. 87 ust.1 pkt 5.

II. Wykonawca złożył również na wezwanie zamawiającego z dnia 23 września 2013 r. (pismo nr BF/PG-ZP/066-66/13) wyjaśnienia dotyczące ceny oferty.

W kontekście rażąco niskiej ceny odwołujący wskazał, że należy brać pod uwagę cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp). Przedmiotem zamówienia w postępowaniu są usługi kreatywne i produkcyjne w kompleksowej wizerunkowo-produktowej kampanii multimedialnej na rynkach zagranicznych oraz w Polsce, o czym świadczy ogłoszenie o zamówieniu (sekcja II.1.1 Nazwa nadana zamówieniu przez instytucję zamawiającą), jak i SIWZ (np. pkt 3 SIWZ Opis przedmiotu zamówienia).

Jako rażąco niską cenę należy rozumieć cenę, za jaką zamówienia z obiektywnych przyczyn nie da się wykonać, co może narazić na szkodę zamawiającego, tj. zawarcie umowy i jej nie wykonanie przez wykonawcę.

Zamawiający odrzucając ofertę odwołującego skupił się na wybranych cenach jednostkowych zawartych w formularzu cenowym.

Odwołujący zwrócił uwagę na to, że zamawiający analizując formularz cenowy odwołującego wskazał (w zawiadomieniu o rozstrzygnięciu postępowania), że zaoferowane przez niego ceny w 4 na 19 pozycji, są cenami rażąco niskimi.

W opinii KIO „Kwestionowanie wyłącznie cen jednostkowych składających się na cenę ofertową nie może wskazywać na rażąco niską cenę ofertową” - wyrok z dnia 27 maja 2013 r., sygn. akt KIO 1068/13.

Odwołujący wskazał również, że w doktrynie, jak i orzecznictwie przyjmuje się, iż zamawiający nie powinien ingerować w zasady przeprowadzania kalkulacji wewnętrznej (w obrębie przedmiotu zamówienia) dokonanej przez wykonawcę.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostały złożone 4 oferty. Cena oferty odwołującego wynosi 1 490 371,00 zł brutto, a cena oferty wybranej, jako najkorzystniejsza wynosi 1 630 611,00 zł brutto. Pozostali wykonawcy zaoferowali ceny w przedziale od 2 167 693,52 zł brutto do 2 322 701,52 zł brutto.

Zatem, cena oferty odwołującego jest niższa od oferty uznanej, jako najkorzystniejsza o 140 240,00 zł, co stanowi 8,6% .

W wyniku porównania cen dwóch najtańszych ofert odwołujący uznał, że są one zbliżone cenowo.

Odwołujący wskazał, że jako cenę rażąco niską należy uznać cenę niewiarygodną, nierealistyczną odbiegającą od cen ogólnie przyjętych na rynku, także wskazującą na wykonanie zamówienia poniżej kosztów wytwarzania (orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: sygn. akt KIO 2578/12, KIO 2594/12, jak i S.O. w Katowicach: wyrok z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07).

W wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny przesłanych zamawiającemu, odwołujący oświadczył, że w cenie oferty zostało uwzględnione wykonanie wszystkich czynności wyszczególnionych w SIWZ, w szczególności w opisie przedmiotu zamówienia oraz został uwzględniony satysfakcjonujący go zysk, co potwierdza, że nie ma w tym przypadku do czynienia z ceną nierealną, nierzeczywistą i niedającą szansy na prawidłowe wykonanie zamówienia.

Odwołujący wskazał, że w tym zakresie zastosowanie znajduje art. 232 Kpc zgodnie, z którym ciężar dowodu spoczywa na stronie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Oznacza to, że zamawiający po zwróceniu się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień, odrzucając ofertę powinien udowodnić rażąco niską cenę, tzn., że wykonawca obiektywnie w żaden sposób nie będzie w stanie wywiązać się z umowy przy oferowanej cenie za przedmiot zamówienia. W tej sprawie zamawiający takiego dowodu nie przedstawił.

Odwołujący podniósł, że na wykonawcy, którego zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, ciąży jedynie obowiązek złożenia wyjaśnień potwierdzających, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu

zamówienia. Jednakże w razie odrzucenia oferty ciężar dowodu spoczywa na zamawiającym wywodzącym skutek ze swego twierdzenia o zaoferowaniu ceny rażąco niskiej.

Obowiązujące przepisy ustawy Pzp w odniesieniu do kwestii rażąco niskiej ceny stanowią transpozycję do polskiego systemu prawnego przepisów ustawodawstwa Unii Europejskiej, w tym m.in. art. 55 Dyrektywy z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy oraz usługi 2004/18/WE (Dz. Urz. UE z 30 kwietnia 2004 r. L 134/114) oraz wynikają z zasad wypracowanych przez orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Ani przepisy Dyrektywy ani orzecznictwo Trybunału nie konstruuje ram odnoszących się do pojęcia rażąco niskiej ceny.

Zgodnie z orzeczeniem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie C - 103/88 (*Constanzo*), niedopuszczalne, jako sprzeczne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych jest automatyczne, wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium, uznawanie za rażąco niskie i odrzucanie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu. Z treści przywołanego orzeczenia wynika norma interpretacyjna, że z uwagi na zróżnicowany charakter poszczególnych zamówień oraz istotę uwarunkowań organizacyjnych, gospodarczych i ekonomicznych związanych z realizacją świadczeń w ramach zamówień publicznych, kwestię rażąco niskiej ceny należy analizować w aspekcie konkretnego zamówienia, z uwzględnieniem wszelkich okoliczności mających realny wpływ na proces sporządzania oferty.

Nie obowiązuje jednoznaczne określenie poziomu różnicy pomiędzy cenami ofert, aby od jego przekroczenia można było mówić o cenie rażąco niskiej.

W jednym z orzeczeń (wyrok z dnia 17 sierpnia 2011 r., KIO 1665/11) KIO nie uwzględniła odwołania (które zarzucało zamawiającemu brak odrzucenia oferty mimo rażąco niskiej ceny), nawet w sytuacji, gdy w sprawie zostały złożone oferty, których wartość cenowa wynosiła od 630.000,00 zł do 3.500.000,00 zł (prawie pięciokrotność najniższej ceny).

W swych wyjaśnieniach odwołujący wskazał, jakie obiektywne czynniki miały wpływ na jego cenę, a jednocześnie pokazał, że realizacja zamówienia jest możliwa i ekonomicznie uzasadniona.

Odwołujący wskazał wyrok KIO z dnia 30 lipca 2010 r. (KIO/UZP 1483/10), w którym Izba orzekła, że nie jest wystarczający do uznania za rażąco niską cenę fakt, że cena bardzo znacząco, a nawet drastycznie różni się od wartości zamówienia oraz od cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu lub jest symboliczna. W ocenie KIO musi to być cena nie tyle obiektywnie bardzo niska, co rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Stanowisko to zostało przedstawione w stanie faktycznym, gdzie jeden z wykonawców zaoferował cenę w wysokości 0,01 zł, co daje 0,6 zł za cały okres realizacji zamówienia.

Natomiast dla porównania wartość szacunkowa w tym konkretnym postępowaniu została ustalona na kwotę 2.580.000,00 zł, a ceny pozostałych dwóch ofert wynosiły 1.470.000,00 zł oraz 2.070.000,00 zł. W aspekcie wskazanej sprawy ciekawe wydaje się stwierdzenie KIO, że skalkulowanie ceny poniżej kosztów nie może być utożsamiane z rażąco niską ceną, zwłaszcza przy specyficznym rodzaju usług (bankowych), gdzie ponoszone koszty mogą być rekompensowane dodatkowymi korzyściami ekonomicznymi z innych tytułów.

Uwzględniając dotychczasową linię orzeczniczą oraz stanowisko prezentowane przez Urząd Zamówień Publicznych, odwołujący podniósł, że można przyjąć, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień.

Ceną rażąco niską będzie cena znacząco odbiegająca od cen rynkowych przyjętych dla danego przedmiotu zamówienia, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.

Celem ustalenia, że cena jest rażąco niska zamawiający w rozpoznawanej sprawie winien wykazać, że wykonawca nie jest w stanie pokryć wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia, z kwoty wynagrodzenia uzyskanego z tego tytułu (wyrok KIO z dnia 17 sierpnia 2011 r., KIO 1665/11).

Odnoszenie przez zamawiającego ceny oferowanej do wartości szacunkowej zamówienia, przy ocenie, czy dana oferta jest ofertą z rażąco niską ceną, nie jest wystarczające (wyrok KIO z dnia 21 lipca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 691/08). Nie ma żadnego wzoru matematycznego, który pozwalałby ustalić, czy istnieje uzasadnione prawdopodobieństwo rażąco niskiej ceny.

W postępowaniu zamawiający uznał, że ceny jednostkowe są rażąco niskie i na tej podstawie wezwał do wyjaśnienia, czy oferty zawierają rażąco niską cenę. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2559/11, KIO 2573/11, KIO 2578/11) arbitralne rozstrzygnięcia są niezgodne z prawem i dopiero wykazanie, że za daną cenę nie da się wykonać przypisanego do niej zakresu robót, może wskazywać na to, że jest rażąco niska. Fakt jej wystąpienia powinien udowodnić zamawiający.

Tym niemniej odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp wyjaśnienia wykonawcy mogą być poparte konkretnymi dowodami, jednakże przepis ten nie nakłada na wykonawcę obowiązku przedstawienia wraz z wyjaśnieniami określonych dowodów, jest to jego prawo a nie obowiązek. Wyjaśnienia, do których nie załączono dowodów w postaci dokumentów, z mocy prawa nie upoważniają zamawiającego do odrzucenia oferty (wyrok KIO z dnia 17 sierpnia 2011 r., KIO 1665/11).

Mając powyższe na względzie, odwołujący wniósł jak na wstępie.

Do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie wykonawca BBDO Warszawa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania. Oferta tego wykonawcy została wybrana, jako najkorzystniejsza.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, pn. *Usługi kreatywne i produkcyjne w kompleksowej wizerunkowo-produktowej kampanii multimedialnej na rynkach zagranicznych oraz w Polsce.*

Wartość zamówienia została ustalona na kwotę 3.180.243,94 zł (791.184,18 euro), w tym wartość przewidywanych zamówień uzupełniających na kwotę 1.060.081,31 zł (263.728,06 euro).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14.08.2013 r., 2013/S 157-274430.

I. W celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu posiadania wiedzy i doświadczenia, zamawiający żądał w opisie sposobu dokonania oceny spełniania warunków, w zakresie objętym sporem, wykazania należytego wykonania, co najmniej usługi polegającej na - pkt 5.1.1 SIWZ - ppkt 2 wykonaniu, *co najmniej trzech adaptacji reklam zagranicznych w Polsce; ppkt 3 stworzeniu pomysłu kreatywnego, co najmniej trzech reklam telewizyjnych, z których każda była emitowana, w co najmniej jednej ogólnopolskiej stacji telewizyjnej.*

W pkt 6.3 SIWZ zamawiający wymagał *dostarczenia wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, według wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ.*

W załączniku nr 6 zamawiający wymagał złożenia oświadczenia, że wykonawca zrealizował w ciągu ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert podane w wykazie zamówienia.

Pod tabelą - wzór wykazu - zamawiający zamieścił wymóg dołączenia do wykazu dowodów, że wymienione usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, wskazując, że

dowodami są: a) poświadczenie wydane w opisanym okresie; b) oświadczenie wykonawcy - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia. Prawdziwość danych wykonawca miał potwierdzić własnoręcznym podpisem, świadom odpowiedzialności karnej z art. 297 § 1 kk.

Odwołujący założył wraz z ofertą wykaz usług - 11 pozycji - dla potwierdzenia wykonania usług w zakresie wymaganych w SIWZ warunków posiadania wiedzy i doświadczenia, wskazując, że usługi wykonał reprezentowany przez odwołującego wykonawca. Nie złożył żadnych dowodów dotyczących należytego wykonania usług. Odwołujący załączył też do oferty trzy zobowiązania wystawione w dniu 18.09.2013 r. o jednakowej treści - zobowiązania do oddania na rzecz odwołującego *do dyspozycji niezbędnych zasobów tj. udostępnienia wiedzy i doświadczenia, dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia*, do realizacji zamówienia będącego przedmiotem postępowania, w zakresie powierzonych do wykonania czynności - z wyszczególnieniem zróżnicowanych dla każdego podmiotu czynności i wskazaniem, że podmiot uczestniczy w wykonaniu zamówienia, jako podwykonawca.

Zobowiązania zostały wystawione przez podmioty: 1) PLEJ Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 2) DeLord Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 3) BRANDLAB Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający wezwał odwołującego pismem z dnia 23 września 2013 r. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp oraz do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a także do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (cena oferty).

W wezwaniu zamawiający stwierdził, m.in. odnośnie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez załączenie dowodów, czy usługi zostały wykonane należycie, że brak jest jakiegokolwiek *potwierdzenia należytego wykonania usług podanych w wykazie wykonanych usług*.

Wskazał, że do wykazu należało dołączyć dowody, że wymienione w tabeli usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Dowodami, o których mowa są: a) poświadczenie, z tym, że w odniesieniu do nadal wykonywanych dostaw lub usług okresowych lub ciągłych poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert; b) oświadczenie wykonawcy - jeżeli **z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze** wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w pkt 1. W drugim przypadku, obok oświadczenia wykonawcy należy przedstawić dowody potwierdzające wystąpienie przyczyn, o których mowa.

Odwołujący złożył w dniu 30 września 2013 r. uzupełnione dokumenty, oświadczenia i wyjaśnienia:

- poprawiony i uzupełniony wykaz 11 wykonanych usług (usługi objęte sporem, bez zmian w stosunku do wykazanych poprzednio, zostały podane w: poz. 3 - usługa wykonana przez DeLord Sp. z o.o. na rzecz FORTIS BANK POLSKA, ul. Suwak 3 02-676 Warszawa, pn. *Adaptacja zagranicznych reklam na rynek w Polsce, data wykonania zamówienia 2010-10-28* i w poz. 7 - usługa wykonana przez DeLord Sp. z o.o. na rzecz Zwykła Agencja s.c., ul. Bojkowska 37/101, 44-100 Gliwice, pn. *Stworzenie pomysłu kreatywnego reklamy telewizyjnej kampanii społecznej „Bezpieczny Przejazd”, emitowanej w ogólnopolskiej stacji telewizyjnej: TVP1, TVP 2, TVN, data wykonania zamówienia 2012-04-30*);

- jedno oświadczenie odwołującego o należytych wykonaniu zamówienia przez inny podmiot - DeLord Sp. z o.o., na rzecz FORTIS BANK POLSKA (poz. 3 wykazu usług - dotyczy sporu), o treści: *Oświadczenie wykonawcy z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze o niemożliwości uzyskania poświadczenia od Fortis Bank Polska potwierdzającego należyte wykonanie usługi adaptacji zagranicznej reklamy w Polsce. (...). Przystępując do postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na: „Usługi kreatywne i produkcyjne w kompleksowej wizerunkowo-produktowej kampanii multimedialnej na rynkach zagranicznych oraz w Polsce”, oświadczamy, że: Usługi wskazane w pkt 3 Wykazu wykonanych usług dotyczące adaptacji zagranicznej reklamy w Polsce, zrealizowane przez firmę DeLord Sp. z o.o., ul. Bonifacego 112, 02-909 Warszawa, zostały wykonane należyście. Zamówienie zostało wykonane terminowo i zgodnie z zawartą umową. Jednocześnie oświadczamy, że na dzień 30.09.2013 r. nie jesteśmy w stanie pozyskać potwierdzenia należytego wykonania ww. usługi od FORTIS BANK POLSKA ul. Suwak 3, 02-676 Warszawa. Powodem ww. sytuacji jest nieobecność osoby koordynującej zamówienie ze strony klienta, tj.: p. Małgorzata Wakulińska, marketing communication manager. Osoba ta do dnia 02.10.2013 roku przebywa na urlopie. Posiadamy mailowe zapewnienie o możliwości przesłania stosownych referencji po tym terminie;*

- 10 referencji innych podmiotów udostępniających swój zasób odwołującemu (referencja podmiotu - zwyklagencja.pl s.c. z siedzibą w Gliwicach z dnia 30 listopada 2010 r. dotyczy usługi wykonanej przez inny podmiot w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp - DeLord Sp z o.o. i została wyszczególniona w poz. 7 wykazu - objęta sporem), o treści: *Gliwice 30 listopada 2010 roku. Dla: DeLord Sp. z o.o., ul. Św. Bonifacego 112, 02-909 Warszawa. List referencyjny: Od 2009 roku firma DeLord Sp. z o.o. jest dla nas godnym zaufania partnerem w zakresie produkcji audiowizualnych. Korzystamy z doświadczenia i wiedzy firmy, co powoduje odnoszenie kolejnych sukcesów w zakresie prowadzonych wspólnie*

przedsięwzięć. Zaświadczamy realizację: Zamówienie dotyczące Stworzenia pomysłu kreatywnego reklamy telewizyjnej kampanii społecznej "Bezpieczny Przejazd", przeznaczonej do emisji w TV. Polecamy firmę DeLord, jako profesjonalistów z dużym doświadczeniem, zapewniających stałą współpracę i rozwój swoich partnerów.

Na podstawie uzupełnienia - referencji i oświadczenia odwołującego złożonego zamiast poświadczenia, okazało się, że wymagane wiedza i doświadczenie odwołującego zostały wykazane wyłącznie, jako udostępnione zasoby przez inne podmioty, w rozumieniu przepisów art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Uzupełnienie na wezwanie zamawiającego z dnia 23 września 2013 r. dotyczyło jeszcze innych wymagań podmiotowych wraz z wymianą kserokopii zobowiązań innych podmiotów na oryginalne. Odwołujący złożył także wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na jej cenę.

Zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, przedstawiając stanowisko w piśmie z dnia 4 października 2013 r. (omyłkowo wskazano art. 87 ust. 1 pkt 5 zamiast art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, cytując jednak treść właściwego przepisu): *Zamawiający wyklucza Yoberi Sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, tj. z uwagi na fakt, że nie wykazał warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. W szczególności wykonawca nie potwierdził posiadania wiedzy i doświadczenia w pełnym wymaganym zakresie w odniesieniu do wymogów: - wykonania, co najmniej trzech adaptacji reklam zagranicznych w Polsce; - stworzenia pomysłu kreatywnego, co najmniej trzech reklam telewizyjnych, z których każda była emitowana, w co najmniej jednej ogólnopolskiej stacji telewizyjnej.*

Wykonawca uzupełniając ofertę w dniu 30 września 2013 r. potwierdził, że wykonał (lub dysponuje wiedzą i doświadczeniem to potwierdzającym) dwie adaptacje reklam zagranicznych w Polsce, przedstawiając w tym zakresie poświadczenia o należyтым wykonaniu usług. W przypadku trzeciej usługi mającej potwierdzić spełnianie tego warunku brak jest jednak odpowiedniego poświadczenia, a wykonawca załączył jedynie własne oświadczenie, że zamówienie zostało wykonane należycie (usługa na rzecz Fortis Bank Polska). Należy jednak zaznaczyć, że wykonawca może posługiwać się własnym oświadczeniem potwierdzającym należyte wykonanie usług jedynie w przypadku, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia. Należy wskazać, że wskazana w oświadczeniu okoliczność czasowej nieobecności osoby koordynującej zamówienie ze strony klienta nie może być uznane za taki przypadek. Wykonawca nie uprawdopodobnił, że osoba ta jest jedyną osobą mogącą

wystawić odpowiednie oświadczenie, a ponadto Wykonawca miał wystarczająco dużo czasu do uzyskania dokumentu wcześniej, gdyż od realizacji zamówienia minęło blisko 3 lata.

Analogicznie Wykonawca uzupełniając ofertę w dniu 30 września 2013 r. potwierdził, że stworzył pomysł kreatywny dwóch reklam telewizyjnych, z których każda była emitowana, w co najmniej jednej ogólnopolskiej stacji telewizyjnej, przedstawiając w tym zakresie poświadczenia o należyтым wykonaniu usług. W przypadku trzeciej usługi mającej potwierdzić spełnianie tego warunku (usługa na rzecz „Zwykła Agencja” s.c.) na potwierdzenie należytego wykonania usługi Wykonawca złożył poświadczenie wystawione w dniu 30 listopada 2010 r., w sytuacji, gdy usługa zgodnie z oświadczeniem wykonawcy zrealizowana została w dniu 30 kwietnia 2012 r. Należy wskazać, że poświadczenie wystawione znacząco przed realizacją usługi nie może potwierdzać jej należytego wykonania.

W związku z powyższym Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy Yoberi Sp. z o.o. na podstawie art. 87 ust. 1 pkt 5, jako złożoną przez wykonawcę wykluczonego z postępowania.

II. Zamawiający wymagał w pkt 12 SIWZ przedstawienia ceny oferty za wykonanie zadań wyszczególnionych w załączniku nr 3 do SIWZ. Podał, że w szczególności cena składa się z sumy cen wskazanych w Formularzu cenowym (załącznik nr 2 do SIWZ). W tym formularzu należało podać ceny za wykonanie usługi - pierwsza tabela, pozycje zadań od „a” do „q”, i pozycje od „r” do „s” - reportaże; druga tabela - prace dodatkowe do realizacji opcjonalnej, pozycje od „t” do „y”. Poszczególne ceny wskazane w formularzu cenowym były punktowane w ramach kryterium oceny ofert: pozycje od „a” do „q” 85%, pozycje od „r” do „s” 5%, pozycje od „t” do „y” 10% (5 pozycji po 2%).

Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 2.607.800 zł brutto (cena przedmiotu zamówienia rozumiana, jako wartość zamówienia zwiększona o kwotę podatku VAT 23%), bez ceny przewidywanych zamówień uzupełniających.

Wykonawcy podali w ofertach ceny:

odwołujący 1.490.371 zł, co stanowi 57,15% ceny przedmiotu zamówienia;

przystępujący 1.630.611 zł, odpowiednio - 62,53% ceny przedmiotu zamówienia;

następni wykonawcy: 2.167.693,52 zł - 83,12% ceny przedmiotu zamówienia oraz 2.322.701,52 zł - 89,07% ceny przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wezwał wszystkich wykonawców do złożenia wyjaśnień w przedmiocie elementów ofert mających wpływ na ich ceny i oceniał ceny ofert na podstawie złożonych wyjaśnień. Żaden z wykonawców, w tym odwołujący nie kwestionował wezwania

zamawiającego oraz dokonanej oceny wyjaśnień innych wykonawców, w tym odwołujący nie zakwestionował w formie przedstawionego w odwołaniu zarzutu, oceny wyjaśnień przystępującego.

Zamawiający zwrócił się do odwołującego już wskazanym pismem z dnia 23 września 2013 r., w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty. Wskazał, że: *Mając na względzie fakt, że cena (...) oferty oraz wycena poszczególnych usług są znacząco niższe niż wartości oszacowane przez zamawiającego, a także znacząco niższe niż ceny dwu z trzech ofert konkurencyjnych (zbliżonych do wartości oszacowanej przez zamawiającego), proszę o wyjaśnienie, na jakiej podstawie przygotowana została wycena poszczególnych zadań i w jaki sposób możliwe będzie zrealizowanie planowanych zadań w ramach przedstawionego budżetu. W wyjaśnieniach proszę uwzględnić w szczególności:*

1. *W punkcie e) formularza cenowego (...) oferty znajduje się cena 45.680,00 zł za wykonanie 225 materiałów emisyjnych przeznaczonych do konsumentów, co daje cenę jednostkową wynoszącą 203,00 zł brutto. Dlatego zachodzi uzasadnione podejrzenie, że podana przez oferenta cena jest rażąco niska i zrealizowanie zadania w tej cenie jest niemożliwe - tym bardziej, że ten sam oferent w tej samej ofercie w punkcie x) oraz w punkcie y) za wykonanie jednego materiału emisyjnego podał cenę wynoszącą 9200,00 zł.*

2. *W punkcie g) formularza cenowego Państwa oferty znajduje się cena 46.000,00 zł za wykonanie 277 materiałów emisyjnych przeznaczonych do touroperatorów, mediów i przedstawicieli środowisk opiniotwórczych, co daje cenę jednostkową wynoszącą 166,00 zł brutto. Dlatego zachodzi uzasadnione podejrzenie, że podana przez oferenta cena jest rażąco niska i zrealizowanie zadania w tej cenie jest niemożliwe - tym bardziej, że ten sam oferent w tej samej ofercie w punkcie x) oraz w punkcie y) za wykonanie jednego materiału emisyjnego podał cenę wynoszącą 9.200,00 zł.*

3. *W punkcie i) formularza cenowego (...) oferty znajduje się cena 7.500,00 zł za wykonanie 36 materiałów emisyjnych dla reklam outdoorowych, co daje cenę jednostkową wynoszącą 208,00 zł brutto. Dlatego zachodzi uzasadnione podejrzenie, że podana przez oferenta cena jest rażąco niska i zrealizowanie zadania w tej cenie jest niemożliwe - tym bardziej, że ten sam oferent w tej samej ofercie w punkcie x) oraz w punkcie y) za wykonanie jednego materiału emisyjnego, również do kampanii outdoorowej, podał cenę wynoszącą 9,200,00 zł.*

4. *W punkcie l) (dotyczy pkt k) formularza cenowego (...) oferty znajduje się cena 7.300,00 zł za wykonanie 42 materiałów emisyjnych dla reklam outdoorowych, co daje cenę jednostkową wynoszącą 174,00 zł brutto. Dlatego zachodzi uzasadnione podejrzenie, że podana przez oferenta cena jest rażąco niska i zrealizowanie zadania w tej cenie jest*

niemożliwe - tym bardziej, że ten sam oferent w tej samej ofercie w punkcie x) oraz w punkcie y) za wykonanie jednego materiału emisyjnego, również do kampanii outdoorowej, podał cenę wynoszącą 9.200,00 zł.

5. W punkcie o) formularza cenowego (...) oferty znajduje się cena 3.200,00 zł za wykonanie plakatów dla Regionalnych Organizacji Turystycznych. Zgodnie z zapisami SIWZ i umowy cena ta powinna obejmować wykonanie plakatów w 16 wersjach uwzględniających lokalne atrakcje turystyczne (osobno dla każdej ROT), zakup zdjęć turystów z Chin, Indii i Japonii lub samodzielne zrealizowanie sesji fotograficznej, przekazanie praw autorskich, do druk każdej z wersji w nakładzie 20 sztuk i dostarczenie odpowiedniej wersji osobno do każdej z 16 ROT. Dlatego zachodzi uzasadnione podejrzenie, że podana przez oferenta cena jest rażąco niska i zrealizowanie zadania w tej cenie jest niemożliwe.

6. W punkcie f) formularza cenowego (...) oferty oprócz ceny całościowej 72.000,00 zł znajdują się także wyszczególnione ceny ryczałtowe za adaptację jednej reklamy na język chiński oraz za adaptację jednej reklamy na język japoński. W obu przypadkach oferent podał taką samą cenę wynoszącą 4.305,00 zł. Cena ta pozostaje w ewidentnej sprzeczności z podaną obok ceną całościową w punkcie f). Zgodnie z zapisami SIWZ cena całościowa dotycząca tego zadania powinna obejmować wykonanie 35 reklam, w tym zaadaptowanie 19 z nich na język chiński oraz zaadaptowanie 19 z nich na rynek japoński. Jeśli zatem cenę jednostkową 4.305,00 zł przemnożymy przez 19 uzyskamy łączną wartość 81.795,00 zł za same tylko adaptacje na język chiński i dodatkowo taką samą kwotę za adaptacje na język japoński. W efekcie adaptacje na te dwa języki dają kwotę 163.590,00 zł, tymczasem całość prac przy stworzeniu 35 reklam wraz z adaptacją na wszystkie języki wykonawca wycenił wcześniej na 72.000,00 zł. Prosimy o wyjaśnienie tej sprzeczności.

Odwołujący złożył wyjaśnienia:

Ad 1. Cena podana w formularzu cenowym dotyczy przygotowania materiałów emisyjnych dla reklam w prasie i internecie. Wycena została oszacowana na podstawie ogólnie stosowanych kalkulacji w przypadku realizacji tego typu zleceń. Liczba materiałów emisyjnych jest na tyle duża, że stosujemy tu promocyjne stawki.

Pracę wykonywane w punkcie x) i y) traktujemy, jako zamówienia opcjonalne. Kalkulacja tego typu zlecenia podlega innym regułom. Ich cena jednostkowa jest wyższa, gdyż skala zamówienia jest znacząco niższa. Nie adekwatne jest proporcjonalne porównywanie tych cen. W przypadku punktu e) mówimy o jednorazowym zamówieniu 225 prac, natomiast w punkcie x) i y) o zleceniu 1 pracy. Odpowiednim porównaniem cen jednostkowych wykonania materiałów emisyjnych jest zestawienie punktu e), w którym cena za wykonanie 225 materiałów emisyjnych wynosi 46.000,00 zł, co daje cenę jednostkową wynoszącą 166,00 zł

brutto z punktem g), w którym cena za wykonanie 225 materiałów emisyjnych wynosi 45.680,00 zł, co daje cenę jednostkową wynoszącą 203,00 zł brutto. Zestawienie to pokazuje, że przy większej skali zamówienia cena jednostkowa maleje.

Ad 2. Cena podana w formularzu cenowym dotyczy przygotowania materiałów emisyjnych dla reklam w prasie i internecie. Wycena została oszacowana na podstawie ogólnie stosowanych kalkulacji w przypadku realizacji tego typu zleceń. Liczba materiałów emisyjnych jest na tyle duża, że stosujemy tu promocyjne stawki.

Pracę wykonywane w punkcie x) i y) traktujemy, jako zamówienia opcjonalne. Kalkulacja tego typu zlecenia podlegam innym regułom. Ich cena jednostkowa jest wyższa, gdyż skala zamówienia jest znacząco niższa. Nie adekwatne jest proporcjonalne porównywanie tych cen, gdyż w przypadku punktu g) mówimy o jednorazowym zamówieniu 277 prac, natomiast w punkcie x) i y) o zleceniu 1 pracy. Odpowiednim porównaniem cen jednostkowych wykonania materiałów emisyjnych jest zestawienie punktu g), w którym cena za wykonanie 277 materiałów emisyjnych wynosi 46.000,00 zł, co daje cenę jednostkową wynoszącą 166,00 zł brutto oraz z punktem e), w którym cena za wykonanie 225 materiałów emisyjnych wynosi 45.680,00 zł, co daje cenę jednostkową wynoszącą 203,00 zł brutto. Zestawienie to pokazuje, że przy większej skali zamówienia cena jednostkowa maleje.

Ad 3. Cena podana w formularzu cenowym dotyczy przygotowania materiałów emisyjnych dla reklam outdoorowych. Wycena została oszacowana na podstawie ogólnie stosowanych kalkulacji w przypadku realizacji tego typu zleceń. Liczba materiałów emisyjnych pozwala zastosować promocyjne stawki.

Pracę wykonywane w punkcie x) i y) traktujemy już jako inne, opcjonalne zamówienie. Kalkulacja tego typu zlecenia podlegam innym regułom. Wycenę wykonania 36 materiałów emisyjnych dla reklam outdoorowych potraktowaliśmy, jako część większej realizacji, co w efekcie dało możliwość zaproponowania znacząco niższej ceny.

Ad 4. W punkcie l) formularza cenowego znajduje się cena 18.200,00 zł za wykonanie 13 materiałów do badań efektywności komunikacji. Wskazany punkt nie dotyczy wykonania 42 materiałów emisyjnych dla reklam outdoorowych. Zadanie to wymienione jest w punkcie k), gdzie cena podana w formularzu cenowym dotyczy przygotowania materiałów emisyjnych dla reklam outdoorowych. Wycena została oszacowana na podstawie ogólnie stosowanych kalkulacji w przypadku realizacji tego typu zleceń. Liczba materiałów emisyjnych pozwala zastosować promocyjne stawki.

Pracę wykonywane w punkcie x) i y) traktujemy już jako inne, opcjonalne zamówienie. Kalkulacja tego typu zlecenia podlegam innym regułom. Wycenę wykonania 42 materiałów emisyjnych dla reklam outdoorowych potraktowaliśmy, jako część większej realizacji, co w efekcie dało możliwość zaproponowania znacząco niższej ceny.

Ad 5. Cena podana w formularzu cenowym w punkcie o) dotycząca wykonania plakatów dla ROT, uwzględniająca wymagania zawarte w SIWZ, wynika z posiadania przez naszą firmę specjalnych cen na usługi druku. Związane jest to z bardzo dużą ilością zleczanych prac w danej drukarni. W celu uwiarygodnienia podanej przez nas ceny załączamy wynegocjowaną przez nas ofertę drukarni. Pozostałą część kwoty stanowi koszt przekazania praw autorskich oraz pozyskania odpowiednich zdjęć. Jako firma od lat działająca w branży medialnej, posiadamy własny bank zdjęć oraz zatrudniamy własnego fotografa.

Ad 6. Wyszczególnione ceny podane w formularzu cenowym w punkcie f) wynikają z treści zapisu w formularzu cenowym: „w tym cena za adaptację na język chiński/w tym cena za adaptację na język japoński”. W obu przypadkach podane ceny wynoszące 4.305,00 stanowią koszt ryczałtowy adaptacji reklam na język chiński oraz odpowiednio na język japoński.

Istnieje znacząca rozbieżność między treścią zapisu w punkcie 11.7.i. SIWZ, a treścią zapisu w formularzu cenowym, gdzie nie zawarto słowa mówiącego, że wynagrodzenie dotyczy adaptacji jednej reklamy. W związku z powyższym w formularzu cenowym wskazaliśmy ryczałtowe wynagrodzenie za adaptację na język chiński oraz ryczałtowe wynagrodzenie adaptacji na język japoński. Założyliśmy, iż dla potrzeb rozliczeń przyjmuje się, że cena jednostkowa (za wykonanie jednej adaptacji reklamy na język chiński oraz za adaptację jednej reklamy na język japoński) wynosi jedną dziewiętnastą ceny podanej przez nas w formularzu cenowym.

Cena zaproponowana przez nas w ofercie w kwocie 1 642 271,00 zł brutto (cena oferty wraz z uwzględnieniem prac dodatkowych do realizacji opcjonalnej), stanowi bilans sprzyjających i dostępnych nam warunków cenotwórczych wykonania niniejszego zamówienia.

Oświadczamy, że w cenie oferty zostało uwzględnione wykonanie wszystkich czynności wyszczególnionych w SIWZ, w szczególności w opisie przedmiotu zamówienia oraz został uwzględniony satysfakcjonujący nas zysk.

Podnieść należy, iż cena wskazana w naszej ofercie nie jest rażąco niska za realizację tego rodzaju zamówienia w stosunku do cen, które obowiązują obecnie na rynku.

Odnosząc się kwestii rażąco niskiej ceny należy mieć na względzie również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie. W wyroku z dnia 12 lutego 2009 r. KIO sygn. akt KIO/UZP 126/09 stwierdziła, iż: „Ustalenie poziomu rażąco niskiej ceny nie może odbywać się jedynie przez porównanie wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego, ale powinno mieć również na względzie ceny zaproponowane w innych ofertach oraz zmiany sytuacji na rynku. Nie obowiązuje jednoznaczne określenie poziomu różnicy pomiędzy cenami ofert, aby od jego przekroczenia można było mówić o cenie rażąco niskiej.” W wyroku z dnia 27 maja 2013 r. KIO sygn. akt KIO 1068/13 stwierdziła, iż: „Kwestionowanie

wyłącznie cen jednostkowych składających się na cenę ofertową nie może wskazywać na rażąco niską cenę ofertową.”

Podkreślenia zasługuje również fakt, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji „rażąco niskiej ceny”. Powszechnie przyjmuje się, że cena rażąco niska to cena niewiarygodna, nierealistyczna odbiegająca od cen ogólnie przyjętych na rynku, także wskazująca na wykonanie zamówienia poniżej kosztów wytwarzania (orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, sygn. akt KIO 2578/12, KIO 2594/12, jak i S.O. w Katowicach: wyrok z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07).

Cena w złożonej przez nas ofercie jest jedną z najniższych zaproponowanych cen, ale nie najniższą (cena oferty odwołującego jest ceną najniższą).

Mając na uwadze powyższe wyjaśnienia oraz zaprezentowane argumenty należy stwierdzić, iż brak jest podstaw do uznania, że oferta złożona przez nas w niniejszym postępowaniu zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący załączył do wyjaśnień jedyny dowód: Ofertę na druk firmy AML POLSKA Arkadiusz B. z siedzibą w Jabłonnej na kwotę 1.936 zł (przygotowanie materiału do druku 400 zł, druk 1.280 zł, transport - Kurier Polska 256 zł).

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego - pismo z dnia 4 października 2013 r. z następującym uzasadnieniem:

(...) oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4, tj. jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W dniu 23 września 2013 r. Zamawiający skierował do Agencji Yoberi wezwanie w zakresie m.in. wyjaśnienia ceny oferty. Wątpliwości Zamawiającego wzbudziła cena oferty, ze szczególnym uwzględnieniem wyjątkowo niskich stawek, jakie Yoberi podało w swojej ofercie za wykonanie materiałów emisyjnych w punktach e), g) oraz i) formularza ofert, gdzie ceny jednostkowe skalkulowane zostały na poziomie odpowiednio: 203 zł, 166 zł, 208 zł i 174 zł (wszystkie ceny łącznie z VAT). W ocenie Zamawiającego są to stawki, w przypadku których zdecydowanie zachodzi podejrzenie, że są rażąco niskie - ocena ta wynika z trzech zasadniczych przesłanek:

- Porównanie ze stawkami obowiązującymi na rynku. Zważywszy na fakt, że podane ceny zawierają w sobie VAT, faktyczne wynagrodzenie wykonawcy wynosi od 135 zł (w przypadku ceny najniższej) do 169 zł (w przypadku ceny najwyższej). W przypadku wykonywania materiałów emisyjnych konieczne będzie zaangażowanie, co najmniej pracownika działu obsługi klienta oraz operatora DTP. Na rynku warszawskim stawka za pracę doświadczonego operatora DTP mieści się zwykle w przedziale 60-120 zł za godzinę (bez

VAT). Stawka doświadczonego pracownika działu obsługi klienta mieści się w przedziale 35-100 zł. Yoberi w swoich wyjaśnieniach nie podaje żadnego uzasadnienia, które pozwalałoby sądzić, że firma dysponuje doświadczonymi, ale tańszymi pracownikami, ani też nie wykazuje, że dysponuje procesem, który pozwala znacząco skrócić czas pracy nad jednym materiałem emisyjnym. Wyjaśnienia Agencji na ten temat są niezwykle lakoniczne i streszczają się w słowach „wycena została oszacowana na podstawie ogólnie stosowanych kalkulacji w przypadku realizacji tego typu zleceń”. Yoberi wskazuje tym samym pośrednio, że nie dysponuje żadną specyficzną przewagą kosztową nad konkurentami (powołuje się na „ogólnie stosowane kalkulacje”), ale nie podaje też absolutnie żadnych danych, które pozwalają poznać racjonalność i opłacalność przedstawionych cen. Ponieważ szacowany czas wykonania jednego materiału emisyjnego z pewnością nie jest krótszy niż co najmniej jedna godzina pracy operatora DTP i co najmniej jedna godzina pracownika działu obsługi klienta, podane przez Yoberi wynagrodzenie jest wyliczone z uwzględnieniem nierealistycznych założeń. Należy raczej zakładać, że proces wykonywania i akceptacji materiałów emisyjnych będzie znacznie dłuższy, a także może wymagać czasochłonnych poprawek. SIWZ jednoznacznie wskazuje przy tym, że: „część materiałów (do 35%) może wymagać dodatkowej adaptacji treści do specyficznych potrzeb, jakie mogą się pojawić w trakcie realizacji kampanii (adaptacja może wymagać np. modyfikacji tekstów i haseł reklamowych”. Jeśli zatem oferent ma do wykonania w danym zadaniu 225 materiałów emisyjnych, to zgodnie z SIWZ musi zakładać, że w przypadku 35% z nich (78 materiałów), będzie nie tylko wykonywać przeformatowania, ale także wykonywać prace wymagające znaczącego zaangażowania copywritera i tłumacza, a także wiążącej się z tym bardziej skomplikowanej obsługi całego procesu. Trudno sobie wyobrazić, żeby stawki za te prace zostały uwzględnione w niezwykle niskich cenach jednostkowych Yoberi. Zatem wątpliwości dotyczące występowania w ofercie cen rażąco niskich zdecydowanie nie zostały rozwiązane.

- Porównanie ze stawkami innych Wykonawców za wykonanie tej samej pracy. W punkcie g) formularza cenowego za wykonanie 277 materiałów emisyjnych Yoberi podaje stawkę z VAT w wysokości 166 zł, podczas gdy stawki pozostałych oferentów wynoszą 861 zł (BBDO), 750 zł (Legend) i 472 zł (Young & Rubicam). W swoich wyjaśnieniach dotyczących wskazanych punktów oferty Yoberi nie wskazuje na żadne unikalne zasoby, które stwarzają przewagę kosztową w stosunku do innych agencji funkcjonujących na rynku, co znacznie zwiększa wątpliwości dotyczące występowania rażąco niskich cen.

- Porównanie ze stawkami Yoberi za wykonanie innych prac o analogicznym charakterze. W skierowanym do Yoberi zapytaniu Zamawiający zwrócił szczególną uwagę na fakt, że w zasadniczej części oferty Agencja wycenia jednostkowe wykonanie materiałów emisyjnych w zakresie od 166 zł do 208 zł (ceny z VAT), podczas gdy w części opcjonalnej cena

jednostkowa za wykonanie jednego materiału emisyjnego wynosi 9200 zł (z VAT). Rozbieżność jest bardzo duża - jest aż 55-krotna w przypadku ceny najniższej i 44-krotna w przypadku ceny najwyższej. Taka rozbieżność cen jest zupełnie niespotykana i nie znajduje uzasadnienia w praktyce rynkowej. Yoberi wyjaśniając ten fakt argumentuje, że inaczej wycenia „jednorazowe zamówienie 225 prac”, niż zamówienie jednostkowe, a w przypadku zamówień o większej skali stosuje „promocyjne stawki”. Po pierwsze, wyjaśnienia Yoberi wskazują na niewłaściwe zrozumienie przedmiotu zamówienia: SIWZ nie daje żadnej podstawy, aby zakładać, że w trakcie realizacji projektu będą stosowane wielkie jednorazowe zamówienia; wręcz przeciwnie - wykonawca będzie musiał wykonywać raczej dziesiątki mniejszych zamówień, które będą służyły przez cały czas realizacji umowy, będą dotyczyły różnych mediów, różnych formatów, różnych wersji językowych. Zatem stosowanie kalkulacji opartej na jednorazowym wielkim zamówieniu jest w tym wypadku szczególnie błędne, a wyjaśnienia Yoberi wzmacniają podejrzenie, że oferent dokonał niewłaściwej wyceny. Po drugie, wielki niepokój wzbudza powoływanie się przez Yoberi w wyjaśnieniach na „promocyjne stawki”. Właśnie promocyjne stawki mogą stanowić element nieuczciwej konkurencji, którego występowanie wykluczają przepisy Prawa zamówień publicznych w zakresie rażąco niskiej ceny. Wykonawca nie wyjaśnia przy tym w żaden sposób na czym miałyby polegać ta ukryta promocja. Praca nad przygotowaniem materiałów emisyjnych jest w zdecydowanej większości pracą „ręczną”, jak w większości usług - każdy materiał należy wykonać osobno, według dedykowanej dla niego specyfikacji technicznej. Nie ma tu więc mowy o występowaniu wielkich korzyści skali, które mogłyby powodować znaczny spadek kosztów jednostkowych w przypadku zwiększenia skali zamówienia, jak to ma często miejsce w przypadku produkcji masowej. W każdym razie Yoberi w swoich wyjaśnieniach na korzyści skali się nie powołuje. Jak zatem zamierza osiągnąć cenę 44-55 razy mniejszą przy wykonywaniu podobnej pracy, nawet gdyby zamówienie było faktycznie jednorazowe i masowe (a wiemy, że takie nie będzie)? Po trzecie, wyjaśnienia Yoberi zakładają, że zasadnicze znaczenie dla kształtowania kwestionowanych przez nas cen ma skala zamówienia. Tymczasem SIWZ nie daje żadnej podstawy, aby przyjąć taką logikę. Wykonawca miał podać w ofercie cenę za wykonanie np. 225 materiałów emisyjnych, ale POT nie zobowiązuje się w żadnym miejscu do zamówienia co najmniej 225 materiałów emisyjnych w danym zadaniu - taki był oczywisty sens zapisów zmierzających do ustalenia cen jednostkowych i mechanizmu ich stosowania. Zachodzi zatem uzasadniona wątpliwość, czy Agencja w dostatecznym stopniu uwzględni ten fakt w swoich kalkulacjach, skoro ich podstawą jest bardzo wysoka skala. Czy Yoberi będzie w stanie utrzymać swoje „promocyjne stawki”, jeśli POT zamówi w danym zadaniu nie 225 tylko np. 150 materiałów emisyjnych? Ogromna rozpiętość w stosunku do cen podanych wprost za wykonanie

jednego materiału emisyjnego w zamówieniach opcjonalnych raczej wzmacnia podejrzenie, że kwestionowane przez nas ceny podane w zasadniczej części oferty są faktycznie rażąco niskie i wynikają z nierealistycznych założeń przyjętych przez Yoberi.

W swoich wyjaśnieniach dotyczących wykonania plakatów dla ROT Agencja podaje kalkulację kosztów druku z firmy zewnętrznej. Powołuje się przy tym na fakt posiadania własnego banku zdjęć oraz zatrudnianie własnego fotografa. Wyjaśnienia te nie usuwają jednak wszystkich wątpliwości. Zaproponowana w ofercie cena za wykonanie plakatów wynosi 3200 zł brutto, podczas gdy bezpośrednio koszty zewnętrzne (drukarnia i transport) wynoszą 1936 zł brutto. Yoberi nadal nie wyjaśnia zatem, jak za pozostałą kwotę 1264 zł brutto zamierza z zyskiem zrealizować to dość złożone zadanie. Fakt posiadania własnego fotografa niewiele tu zmienia, ponieważ własnemu fotografowi nadal trzeba zapłacić wynagrodzenie, a nie znamy przewidywanego czasu zaangażowania fotografa ani jego stawki godzinowej. Podobnie nie znamy planowanego zaangażowania innych osób uczestniczących w procesie, ani ich stawek godzinowych. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach powołuje się na fakt posiadania własnego banku zdjęć, ale nie podaje, czy są w tym banku zdjęcia turystów z Chin, Indii i Japonii (SIWZ jednoznacznie wskazuje, że to na Wykonawcy spoczywa obowiązek wykonania lub zakupu takich zdjęć) - pozostałe zdjęcia i tak przekazuje POT, więc posiadanie przez Yoberi innych zdjęć nic nie wnosi do wyjaśnień ceny. Jak w kwocie 1264 zł brutto wykonawca uwzględnił wszystkie dodatkowe koszty poza drukiem i transportem, w tym zwłaszcza zakup praw autorskich? Wyjaśnienia Yoberi są pod tym względem zupełnie niewystarczające i nie dają podstaw, aby wycofać zarzut występowania rażąco niskiej ceny. Dodatkowo może o tym świadczyć porównanie z pozostałymi ofertami. Za realizację tego samego zadania, które Yoberi wycenia na 3200 zł, pozostali oferenci oczekują 39 360 zł (BBDO), 36 998 zł (Young & Rubicam), a nawet 78 000 zł (Legend).

Wyjaśnienia dotyczące adaptacji na język chiński i japoński przedłożone przez Yoberi są niemożliwe do zaakceptowania. Agencja powołuje się na „znaczącą rozbieżność” między treścią zapisu w punkcie 11.7.1 SIWZ, a treścią zapisu w formularzu ofertowym, gdzie nie zawarto słowa mówiącego, że wynagrodzenie dotyczy adaptacji jednej reklamy. Po pierwsze, jeśli Agencja dostrzegła taką rozbieżność, to miała dostatecznie dużo czasu, aby zadać odpowiednie pytanie z prośbą o wyjaśnienie. Po drugie, nie ma żadnych podstaw, aby formularz ofertowy, choćby ze względu na szczupłość miejsca, powtarzał dosłownie wszystkie zapisy SIWZ, które akurat w odniesieniu do adaptacji językowych brzmią bardzo jednoznacznie. Gdybyśmy przyjęli tę logikę, to cała zawartość SIWZ powinna się znaleźć w formularzu ofertowym. Wyjaśnienia Yoberi wskazują na chęć zmodyfikowania złożonej wcześniej oferty, co należy uznać za działanie niedopuszczalne.

W końcowej części wyjaśnień Yoberi zwraca uwagę na fakt, że całościowa cena oferty nie jest rażąco niska „w stosunku do cen, które obowiązują obecnie na rynku”, „jest jedną z najniższych zaproponowanych cen, ale nie najniższą”, a wynika z „bilansu sprzyjających i dostępnych nam warunków cenotwórczych”. Wyjaśnienia te są częściowo błędne, częściowo wzajemnie sprzeczne, a poza tym niewystarczające. Po pierwsze, Yoberi myli się pisząc, że jego oferta nie jest najniższa w postępowaniu - analiza złożonych ofert nie pozostawia wątpliwości, że Yoberi złożyło ofertę najtańszą ze wszystkich, tańszą o około 140 tys. zł od drugiej oferty z kolei. Fakt, że na otwarciu ofert odczytano, że oferta Yoberi jest druga pod względem ceny wynika z omyłkowego wpisania przez Wykonawcę (Yoberi) niewłaściwej kwoty z formularza cenowego do formularza ofertowego. Po drugie, zachodzi ewidentna sprzeczność pomiędzy powoływaniem się na stawki obowiązujące na rynku, a jednoczesnym powoływaniem się na sprzyjające warunki cenotwórcze. Albo Yoberi chce zwrócić uwagę, że ma ceny takie, jak przeciętne, albo dysponuje niedostępną dla innych przewagą kosztową, którą wykorzystuje w kalkulacji swojej oferty. Wyjaśnienia przedłożone przez Agencję tylko w minimalnym stopniu odnoszą się do tej sprzeczności. Yoberi ani nie podaje stawek, które jego zdaniem są przeciętne na rynku, aby wykazać, że stosuje podobne stawki w swoim procesie, ani nie wskazuje żadnych znaczących źródeł przewagi kosztowej, które właśnie miałyby stanowić sprzyjające akurat tej firmie warunki umożliwiające oferowanie niższych cen. Jedyne wyjaśnienie, które stwarza przesłanki do występowania ewentualnej przewagi kosztowej, znajdujemy w wyjaśnieniach dotyczących produkcji plakatów dla ROT, gdzie Yoberi powołuje się na fakt posiadania własnej bazy zdjęć oraz zatrudnionego na stałe fotografa. Należy jednak podkreślić, że zadanie to zupełnie nie jest reprezentatywne dla całości zadań przewidzianych w SIWZ - własna baza zdjęć i własny fotograf, tylko w tym jednym zadaniu mogą mieć ewentualny wpływ na ceny, ponieważ żadne z pozostałych zadań nie wymaga dysponowania przez wykonawcę własnymi zdjęciami (wszystkie pozostałe materiały zapewnia POT), a cena tego zadania ma minimalny wpływ na cenę całościową zlecenia (w ofercie Yoberi zadanie to reprezentuje 0,21% wartości oferty).

Podsumowując: agencja Yoberi w swoich wyjaśnieniach nie odniosła się w należyty sposób do kwestii podejrzenia występowania rażąco niskiej ceny. Przedstawione przez wezwanego wykonawcę wyjaśnienia podlegają - w myśl art. 90 ust. 2 ustawy Pzp - ocenie zamawiającego, stanowią przedmiot analizy zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z tego względu dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień, które będą odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007 r., sygn. akt V Ca 2214/06).

Ponadto podzielono wyrażane w orzecznictwie stanowisko, iż wyjaśnienia, zawierające niekonkretne i ogólnikowe stwierdzenia, należy uznać za niezłożone (tak: wyrok KIO z dnia 26 listopada 2010 r., sygn. akt KIO 2498/10 i późniejsze). W związku z powyższymi ofertę Yoberi należało uznać, jako zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i odrzucić.

Izba zważyła.

Odwołujący spełnia przesłanki zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniające go do wniesienia odwołania. Jest wykonawcą, który złożył ofertę z najniższą ceną i ma interes w uzyskaniu zamówienia. W przypadku potwierdzenia zarzutów odwołania, wskazane naruszenia przepisów ustawy Pzp powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości wyboru jego oferty, jako najkorzystniejszej, zatem także utraty korzyści związanych z zawarciem umowy i realizacją zamówienia publicznego.

Wykonawca - BBDO Warszawa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie - zwany dalej „przystępującym”, uzyskał status uczestnika postępowania odwoławczego, wobec spełnienia przesłanek ustawowych skutkujących uznaniem przystąpienia za skuteczne.

Po rozpoznaniu odwołania na rozprawie Izba oddaliła odwołanie, jako niespełniające przesłanek jego uwzględnienia, zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp (Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia).

Izba rozpoznała odwołanie w granicach przedstawionych w nim zarzutów (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp), po ich modyfikacji, tj. odstąpieniu odwołującego od popierania zarzutu wymienionego w poz. 5, str. 2 odwołania - naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp przez nie poprawienie w ofercie odwołującego błędnie wpisanej daty realizacji zamówienia, jako oczywistej omyłki pisarskiej (str. 5, środkowy akapit odwołania).

Zarzuty przedstawione w odwołaniu:

- nie wykazania spełniania warunków udziału odwołującego w postępowaniu, dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia - naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp przez wykluczenie odwołującego z postępowania, a w konsekwencji naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 przez odrzucenie oferty wykonawcy wykluczonego z udziału w postępowaniu;

- zaniechania ponownego wezwania odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia ponownych wyjaśnień, oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
 - nie wyjaśnienia wątpliwości dotyczących wykazu usług i dowodów - naruszenie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów”;
 - odrzucenia oferty odwołującego zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp;
- zostały sformułowane, jako skutek wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty.

Pozostałe zarzuty odwołania:

- uznanie, że oferta odwołującego nie jest ofertą najkorzystniejszą - naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp;
- prowadzenie postępowania w sposób, który narusza zasady uczciwej konkurencji oraz nierówno traktuje wykonawców, w sytuacji, gdy celem postępowania jest wybór najkorzystniejszej oferty przy zachowaniu bezstronności - art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp; stanowią konsekwencję zarzutów sformułowanych w wyniku wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty;
- podanie nieistniejącego uzasadnienia prawnego odrzucenia oferty - art. 87 ust. 1 pkt 5, zamiast art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, co stanowi naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jest oczywistą omyłką pisarską, wobec zacytowania w piśmie zamawiającego treści właściwego przepisu ustawy Pzp.

Ad I. Oceniając zarzuty odwołania w przedmiocie wykluczenia odwołującego z postępowania z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu i odrzucenia z tego powodu oferty odwołującego, Izba miała na uwadze, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym wykonawca jest zobowiązany wykazać, nie później niż na dzień składania ofert spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp - art. 26 ust. 2a ustawy Pzp. Z kolei przepisy ust. 3 i 4 tego artykułu zobowiązują zamawiającego do wezwania wykonawcy, który w określonym terminie nie złożył wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25

ust. 1 ustawy Pzp, albo złożył wymagane oświadczenia i dokumenty zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z ugruntowaną interpretacją wskazanych przepisów oraz orzecznictwem Izby i sądów powszechnych, wezwania są jednokrotne w zakresie wskazanym w wezwaniu.

Na podstawie przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, zostały zmienione unormowania dotyczące sposobu wykazania należytej realizacji zamówień, w tym usług.

Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia, w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający może żądać:

- wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw lub usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Katalog dowodów został określony w ust. 2 § 1 rozporządzenia.

Dowodami, o których mowa w ust. 1 pkt 3, są:

1) poświadczenie, z tym że w odniesieniu do nadal wykonywanych dostaw lub usług okresowych lub ciągłych poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;

3) w przypadku zamówień na dostawy lub usługi - oświadczenie wykonawcy - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w pkt 1.

Pojęcie wykonawcy zostało zdefiniowane w art. 2 pkt 11 ustawy Pzp, natomiast podmiot udostępniający swoje zasoby został określony pojęciem innego podmiotu (art. 26 ust. 2b ustawy Pzp). Podobne rozróżnienie czynią przepisy rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

Zamawiający wymagał na potwierdzenie należytego wykonania usług, załączenia do wykazu usług sporządzonego wg wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ, *dowodów, czy usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.*

W załączniku nr 6 zamawiający zamieścił żądanie (podkreślone pogrubioną czcionką) dołączenia do wykazu dowodów potwierdzających należyte wykonanie usług, wskazując jednocześnie zgodnie z przepisami rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, że dowodami jest:

- poświadczenie, zamieszczając opis poświadczenia, co do okresu jego wydania w przypadku usług nadal wykonywanych;
- oświadczenie wykonawcy - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia.

W wezwaniu z dnia 23 września 2013 r., zamawiający wskazując obok poświadczeń oświadczenia wykonawcy, podkreślił, że mogą być one składane - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze, wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia. W tym przypadku, obok oświadczenia wykonawcy zamawiający żądał przedstawienia dowodów potwierdzających wystąpienie uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze, uniemożliwiających uzyskanie poświadczenia.

Odwołujący na wskazane wezwanie zamawiającego z dnia 23 września 2013 r., w trybie art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp, załączył do ponownie złożonego wykazu wykonanych 11 usług (jak wynika ze złożonych referencji i oświadczenia, udostępnionych w całości przez inne podmioty, w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp), odnośnie usługi wykazanej w pozycji 3 wykazu (usługa wykonana przez DeLord Sp. z o.o. na rzecz FORTIS BANK POLSKA), własne oświadczenie dotyczące należytego wykonania usługi przez DeLord Sp. z o.o., jako wykonanej przez inny podmiot, nie wykazując przy tym wbrew wymaganiom zamawiającego, uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze o niemożności uzyskania właściwego poświadczenia.

Wskazana w oświadczeniu odwołującego okoliczność czasowej nieobecności (urlop wypoczynkowy w dniach 21 września - 2 października 2013 r.) osoby koordynującej zamówienie ze strony Fortis Bank Polska - odbiorcy usługi wykonanej przez DeLord Sp. z o.o. - nie może być uznana, jako przyczyna o obiektywnym charakterze. Odwołujący nie złożył żadnych dowodów, poza wskazanym oświadczeniem na potwierdzenie niemożności uzyskania poświadczenia o należyтым wykonaniu usługi, udostępnionej mu przez inny podmiot - DeLord Sp. z o.o.

Przykładowo Izba w wyroku z 4 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1193/13, uznała za uzasadnioną przyczynę o obiektywnym charakterze umożliwiającą zastąpienie poświadczenia oświadczeniem, okoliczność, gdy główny wykonawca zobowiązany do wystawienia poświadczenia dla podwykonawcy składającego ofertę nie figuruje obecnie w KRS, nie jest przedsiębiorcą czynnym w swojej siedzibie, nie odbiera również korespondencji w jakiegokolwiek formie.

Zatem zamawiający zasadnie uznał, że oświadczenie wykonawcy dopuszczone w sytuacji spełnienia przesłanek wskazanych w wezwaniu, nie może być uznane, jako właściwe potwierdzenie należytego wykonania usługi.

Inną kwestią jest, czy oświadczenie wykonawcy, o którym mowa w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów, może złożyć przy zachowaniu wymogów stanowiących o wyjątkowości tej sytuacji, wykonawca w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp, jeżeli usługa, której należyte wykonanie należy potwierdzić, została udostępniona przez inny podmiot, czy oświadczenie wykonawcy dotyczy wyłącznie usługi, którą sam zrealizował.

Z literalnego brzmienia przepisów ustawy Pzp i rozporządzenia różnicujących wykonawców i inne podmioty nie wynika potwierdzenie.

W art. 48 ust. 2 lit. a) ii) tiret drugie Dyrektywy klasycznej wskazano, że dowodem może być oświadczenie wykonawcy w przypadku, gdy odbiorcą był nabywca prywatny i brak jest zaświadczenia wystawionego przez nabywcę. W art. 1 ust. 8 Dyrektywy przedstawiono termin „wykonawca” bardzo szeroko, wskazując, że obejmuje on w równym stopniu pojęcia „przedsiębiorcy budowlanego”, „dostawcy” i „usługodawcy”. Stosowany jest on jedynie w celu uproszczenia tekstu. Natomiast wykonawca, który złożył ofertę, oznaczany jest jako „oferent”.

Gdyby przyjąć, że odwołujący korzystając z udostępnionego zasobu mógł posłużyć się swoim oświadczeniem, jako oświadczeniem wykonawcy, niewątpliwie oświadczenie takie powinno wynikać z sytuacji szczególnej wskazanej w rozporządzeniu - istnienie uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze o niemożności uzyskania właściwego poświadczenia, a ponadto winno być złożone na podstawie udokumentowanej wiedzy o należywym wykonaniu zamówienia przez inny podmiot.

Odwołujący złożył oświadczenie nie mając podstaw do dokonania oceny wykonania usługi wykonanej przez inny podmiot.

W ofercie i uzupełnieniu złożonym przez odwołującego brak jest potwierdzenia, poza oświadczeniem odwołującego, że firma DeLord Sp. z o.o. wykonała usługę wskazaną w pozycji 3 wykazu na rzecz Fortis Bank Polska i w dodatku wykonała ją należycie. Jedyne zobowiązanie innego podmiotu - DeLord Sp. z o.o. z dnia 18.09.2013 r., złożone w formie

pisemnej na żądanie zamawiającego z dnia 23 września 2013 r., wskazuje wyłącznie na oddanie na rzecz odwołującego do dyspozycji niezbędnych zasobów - w zakresie wskazanym w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - tj. udostępnienia wiedzy i doświadczenia, bez wyszczególnienia, jaką usługę udostępni inny podmiot w celu wykazania spełnienia przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu.

W zakresie usługi podanej w pozycji 7 wykazu usług, odwołujący uzupełniając ofertę w dniu 30 września 2013 r., w przypadku trzeciej usługi mającej potwierdzić, że stworzył pomysł kreatywny dwóch reklam telewizyjnych, z których każda była emitowana, w co najmniej jednej ogólnopolskiej stacji telewizyjnej, wskazał, jako swoją usługę wykonaną też przez inny podmiot - DeLord Sp. z o.o. - na rzecz podmiotu - zwykłagencja.pl s.c. Na potwierdzenie należytego wykonania usługi odwołujący złożył na wezwanie zamawiającego z dnia 23 września 2013 r., poświadczenie (list referencyjny) wystawione w dniu 30 listopada 2010 r. przez podmiot zwykłagencja.pl s.c., w sytuacji, gdy usługa zgodnie z oświadczeniem wykonawcy zamieszczonym w dwukrotnie złożonych wykazach usług - pierwotnym i powtórnym na wezwanie zamawiającego - zrealizowana została w dniu 30 kwietnia 2012 r. Słusznie zamawiający uznał, że poświadczenie wystawione znacząco przed realizacją usługi nie może potwierdzać jej należytego wykonania.

Odwołujący wyjaśnił na rozprawie, że udostępnienie skonkretyzowanej usługi przez inny podmiot - DeLord Sp. z o.o. - wobec wielu zamówień wykonywanych przez ten podmiot na rzecz odbiorcy - zwykłagencja.pl s.c. - odbyło się w drodze uzgodnień telefonicznych. W pierwszej kolejności odwołujący uzyskał zapewnienie, że otrzyma referencje właściwe dla usługi wykonanej w dacie wskazanej w wykazie usług. Składając uzupełnienie oświadczeń, dokumentów i wyjaśnień w dniu 30 września 2013 r., przeoczył ten fakt.

Odwołujący nie zakwestionował wezwania zamawiającego z dnia 23 września 2013 r., wskazał jedynie w zarzutach odwołania na niezastosowanie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp (stanowiącego o wezwaniu wykonawcy przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1), w celu wezwania odwołującego do złożenia ponownych wyjaśnień, oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Nie potwierdził posiadania wiedzy i doświadczenia w pełnym wymaganym zakresie w odniesieniu do wymogów:

- wykonania, co najmniej trzech adaptacji reklam zagranicznych w Polsce;
- stworzenia

pomysłu kreatywnego, co najmniej trzech reklam telewizyjnych, z których każda była emitowana, w co najmniej jednej ogólnopolskiej stacji telewizyjnej.

Odwołujący uzupełniając ofertę w dniu 30 września 2013 r. potwierdził, że inny podmiot udostępniający swoje zasoby wykonał dwie adaptacje reklam zagranicznych w Polsce, przedstawiając w tym zakresie poświadczenia o należyтым wykonaniu usług. W przypadku trzeciej usługi mającej potwierdzić spełnianie tego warunku brak jest odpowiedniego poświadczenia. Odwołujący załączył jedynie własne oświadczenie, że zamówienie zostało wykonane należycie przez inny podmiot - DeLord Sp. z o.o., udostępniający odwołującemu zasoby w postaci usługi wykonanej na rzecz Fortis Bank Polska, w sytuacji, gdy nie mogło ono stanowić potwierdzenia należytego wykonania usługi.

Odwołujący również nie złożył poświadczenia należytego wykonania usługi wskazanej w pozycji 7 wykazu - stworzenia pomysłu kreatywnego, co najmniej trzech reklam telewizyjnych, z których każda była emitowana, w co najmniej jednej ogólnopolskiej stacji telewizyjnej - mimo wezwania z dnia 23 września 2013 r.

Brak jest uzasadnienia do zmiany stanowiska zamawiającego na podstawie złożonych na rozprawie dokumentów: oświadczenia z dnia 25 października 2013 r. Małgorzaty Wakulińskiej o korzystaniu z urlopu wypoczynkowego w dniach 23 wrzesień - 2 październik 2013 r., gdyż nie ma ono znaczenia dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu; poświadczenia tej osoby z dnia 18 września 2013 r. wystawionego dla DeLord Sp. z o.o., wskazującego termin wykonania zamówienia: wrzesień 2010, gdyż taki dokument należało złożyć najpóźniej w dniu 30 września 2013 r., tj. w terminie wskazanym przez zamawiającego w wezwaniu z dnia 23 września 2013 r.

Izba uznała stanowisko zamawiającego, jako słuszne, że wezwanie odwołującego do złożenia oświadczeń i dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp, potwierdzających należyte wykonanie usług wykazanych w wykazie wykonanych usług (wezwanie z dnia 23 września 2013 r. - z opisem rodzaju dokumentów, jakie należy złożyć w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu), wobec jednokrotności wezwania w konkretnym zakresie, wyczerpuje obowiązek zamawiającego zastosowania procedury wyszczególnionej we wskazanych przepisach. Złożone oświadczenia, dokumenty i wyjaśnienia, wobec ich jednoznaczności nie wymagają dodatkowych wyjaśnień i nie budzą wątpliwości, o których stanowi przepis § 1 ust. 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, że w razie konieczności, szczególnie gdy wykaz lub dowody, budzą

wątpliwości zamawiającego lub gdy z poświadczenia albo z innego dokumentu wynika, że zamówienie nie zostało wykonane lub zostało wykonane nienależycie, zamawiający może zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były lub miały zostać wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio zamawiającemu.

Zatem, należało uznać w okolicznościach sprawy, że wykluczenie odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, nie stanowi naruszenia przez zamawiającego przepisów prawnych wskazanych w odwołaniu, w takim stopniu by miało to wpływ na wynik postępowania, rozumiany jako wybór najkorzystniejszej oferty.

Izba wskazuje, że uznanie czynności zamawiającego odrzucenia oferty odwołującego, jako czynności, która nie narusza podanych w odwołaniu przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, czyni bezprzedmiotowym czynności, o których stanowią przepisy art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp.

Ad II. Oceniając przedstawiony w odwołaniu zarzut naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, przez jego zastosowanie i przyjęcie, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu, pomimo wyjaśnień odwołującego, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, Izba uznała, że zarzut nie został potwierdzony w toku postępowania odwoławczego.

Na wstępie należy wskazać, że odwołujący nie kwestionował czynności zamawiającego - wezwania odwołującego, również pozostałych wykonawców uczestniczących w postępowaniu, do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zakwestionował ocenę udzielonych wyjaśnień, przywołując obok przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, przepis art. 90 ust. 3 tej ustawy. Nie zakwestionował oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę przystępującego do postępowania odwoławczego, którego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza w postępowaniu, wskazując dopiero na rozprawie pozycje formularza ofertowego w tej ofercie.

Izba rozpoznając odwołanie ocenia wyłącznie czynności zamawiającego i zaniechania czynności, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Pzp, w granicach zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Odwołujący powołując przepisy art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp odnoszące się w obu przypadkach w kwestii rażąco niskiej ceny oferty do przedmiotu zamówienia, wskazał w odwołaniu wyłącznie na stosunek ceny jego oferty do ceny oferty wybranej, wynoszący 8,6%. Nie odniósł ceny swojej oferty do przedmiotu zamówienia (cena przedmiotu zamówienia, jako wartość zamówienia zwiększona o kwotę podatku VAT), nie mając w zasadzie, jak ujawniono na rozprawie, stosownego porównania tych wielkości. Kwestia ta jest istotna w ocenie czynności zamawiającego, bo wskazuje procentowe relacje cenowe oferty odwołującego do przedmiotu zamówienia, jako 57,15%. Odwołujący nie przedstawił w odwołaniu uzasadnienia zarzutu wskazującego na niewłaściwą ocenę wyjaśnień złożonych na wezwanie zamawiającego, w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający wymagając przedstawienia ceny oferty w formularzu ofertowym w rozbiciu na 19 pozycji odpowiadających przedmiotowi zamówienia, wezwał odwołującego pismem z dnia 23 września 2013 r., w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień wskazując pozycje e), g), i), k) (w piśmie podano omyłkowo l) zamiast k)), o), f), przedstawiając w sposób szczegółowy wątpliwości dotyczące obliczenia ceny oferty i zakres, w jakim oczekuje wyjaśnień.

Zamawiający zwracając się o złożenie wyjaśnień wskazał, że cena oferty oraz z wyceną poszczególnych usług, jest znacząco niższa niż wartości oszacowane przez zamawiającego, a także znacząco niższa niż ceny dwu z trzech ofert konkurencyjnych (zbliżonych do wartości oszacowanej przez zamawiającego).

W toku badania oferty dopuszczalna i przyjęta jest możliwość analizowania przez zamawiającego poszczególnych składników ceny, w sytuacji, gdy całkowita cena budzi wątpliwości z punktu widzenia uznania jej za rażąco niską. Dlatego też zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień mógł odnieść się do poszczególnych pozycji formularza cenowego składających się na cenę.

Zamawiający żądał wyjaśnienia, na jakiej podstawie została przygotowana wycena poszczególnych zadań i w jaki sposób możliwe będzie zrealizowanie planowanych zadań w ramach przedstawionego budżetu.

W szczególności zamawiający oczekiwał wyjaśnień w przedmiocie przedstawionych w formularzu cenowym pozycji:

- e) wykonanie 225 materiałów emisyjnych przeznaczonych do konsumentów,
- g) wykonanie 277 materiałów emisyjnych przeznaczonych do touroperatorów, mediów i przedstawicieli środowisk opiniotwórczych;
- i) wykonanie 36 materiałów emisyjnych dla reklam outdoorowych;

- l) (chodzi o pkt k) wykonanie 42 materiałów emisyjnych dla reklam outdoorowych; zamawiający wskazał, że podane wynagrodzenie w przeliczeniu na stawki jednostkowe w porównaniu do stawek jednostkowych wskazanych w punktach x) oraz y) za wykonanie pojedynczych materiałów w cenie 9.200,00 zł, pozostaje w rażącej sprzeczności;
- o) wykonanie plakatów dla Regionalnych Organizacji Turystycznych, tj. wykonanie plakatów w 16 wersjach uwzględniających lokalne atrakcje turystyczne (osobno dla każdej ROT), zakup zdjęć turystów z Chin, Indii i Japonii lub samodzielne zrealizowanie sesji fotograficznej, przekazanie praw autorskich, do druk każdej z wersji w nakładzie 20 sztuk i dostarczenie odpowiedniej wersji osobno do każdej z 16 ROT. Podana cena jest rażąco niska i zrealizowanie zadania w tej cenie jest niemożliwe;
- f) oprócz ceny całościowej 72.000,00 zł, znajdują się także wyszczególnione ceny ryczałtowe za adaptację jednej reklamy na język chiński oraz za adaptację jednej reklamy na język japoński. W obu przypadkach podano taką samą cenę wynoszącą 4.305,00 zł. Cena ta pozostaje w ewidentnej sprzeczności z podaną obok ceną całościową w punkcie f). Cena całościowa dotycząca tego zadania powinna obejmować wykonanie 35 reklam, w tym zaadaptowanie 19 z nich na język chiński oraz zaadaptowanie 19 z nich na rynek japoński. Jeśli zatem cenę jednostkową 4.305,00 zł przemnoży się przez 19, łączna wartość wyniesie 81.795,00 zł, za same tylko adaptacje na język chiński i dodatkowo taką samą kwotę za adaptacje na język japoński. W efekcie adaptacje na te dwa języki stanowią kwotę 163.590,00 zł, tymczasem całość prac przy stworzeniu 35 reklam wraz z adaptacją na wszystkie języki wykonawca wycenił wcześniej na 72.000,00 zł. Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie tej sprzeczności.

Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp uprawnia zamawiającego (stanowi jego wyłączną kompetencję, jako podmiotu prowadzącego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego) do żądania od wykonawcy wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę, w celu ustalenia czy cena oferty nie jest rażąco niska. Wszczęcie procedury wyjaśnienia elementów oferty w kontekście rażąco niskiej ceny, stwarza domniemanie rażąco niskiej ceny, zatem wezwany wykonawca zobowiązany jest do złożenia szczegółowych i wyczerpujących wyjaśnień wraz z dowodami, w przedmiocie elementów oferty, pozwalających zamawiającemu na dokonanie oceny wyjaśnień z uwzględnieniem kryteriów wskazanych przykładowo w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, z możliwością uwzględniania również innych okoliczności oraz uznania, że cena oferty nie jest ceną rażąco niską.

Przepis stanowi, że ocena wyjaśnień powinna być dokonana z uwzględnieniem obiektywnych czynników, w szczególności powinna uwzględniać oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki

wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Skutki oceny wyjaśnień wynikają z przepisu art. 90 ust. 3 Pzp, stanowiącego zobowiązanie zamawiającego do odrzucenia oferty w dwóch przypadkach - nie złożenia wyjaśnień lub złożenia wyjaśnień, które wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty wynika też z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp (oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia).

W streszczeniu sprawozdania Trybunału Europejskiego - orzeczenie Trybunału z dnia 22 czerwca 1989 r., sprawa C-103/88 („*Costanzo*”) - wskazano, że tryb z art. 90 ust. 1-3 Pzp wraz z konsekwencjami określonymi w tym przepisie ma zastosowanie w przypadku podejrzenia rażąco niskiej ceny, natomiast z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, gdy w sposób oczywisty oferta przedstawia rażąco niską cenę.

W orzecznictwie oraz piśmiennictwie przyjęto jednoznaczne stanowisko, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp musi być poprzedzone wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny oferty (pełna zgodność interpretacji z interpretacją prounijną przepisu).

Zatem, zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty, jeżeli wyjaśnienia nie zostały złożone lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W orzecznictwie Izby i sądowym wskazuje się na kwestię jakości wyjaśnień i załączonych dowodów potwierdzających stanowisko wykonawcy. Przykładowo w wyroku Izby z dnia 23 grudnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 2674/10 wskazano, że „udzielenie przez wykonawcę odpowiedzi, której nie można ocenić z uwzględnieniem art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych prowadzi do przyjęcia, że wyjaśnienia w rozumieniu ustawowym nie zostały udzielone, a w konsekwencji wykonawca nie wykazał, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską.”

W przedmiocie rażąco niskiej ceny przyjęto w sądownictwie, że cena rażąco niska, to cena, za którą przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne (wyroki Sądu Okręgowego w Katowicach - z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07; z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08 - cena końcowa powinna zostać oceniona pod kątem rażąco niskiej ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Punktem odniesienia do określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena

rażąco niska, to taka, która jest niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego; z dnia 11 kwietnia 2013 r., sygn. akt XIX Ga 179/13: „Powszechnie przyjmuje się, że rażąco niska cena, to cena niewiarygodna, znacznie odbiegająca od cen rynkowych. Podkreślenia jednak wymaga, że na chwilę oceny oferty, jedynym rzeczywiście obiektywnym miernikiem tego, czy cena jest niska, jest wartość zamówienia z podatkiem VAT”. We wskazanym wyroku Sąd orzekł, że cena oferty stanowiąca 61,47% wartości zamówienia z podatkiem VAT (wskaźnik procentowy obliczono dla potrzeb tego postępowania), nosi znamiona ceny rażąco niskiej. Sąd też podzielił stanowisko zamawiającego, że wyjaśnienia nieprecyzyjne, niekonkretne, ogólnikowe potwierdzają domniemanie rażąco niskiej ceny. Sąd zwrócił uwagę, że brak podania elementów wskazujących sposób wykonania zamówienia, zastosowaną technologię, czy innych danych wpływających na wysokość ceny, nie rozwiewa wątpliwości zamawiającego, co do rzetelnego skalkulowania ceny oferty.

W wyroku KIO z 19 czerwca 2012 r., sygn. akt 1166/12, wskazano, że: „Nie negując prawa wykonawcy do samodzielnego konstruowania zakresu składanych wyjaśnień, należy zauważyć, że pominięcie w wyjaśnieniach elementów oczekiwanych przez zamawiającego, przy jednoczesnym złożeniu wyjaśnień niepełnych, ogólnikowych, nierozpraszających wątpliwości leżących u podstaw wezwania, pociąga za sobą sankcję w postaci odrzucenia oferty. Wykonawca działający z należytą starożytnością winien odpowiednio zareagować na wezwanie zamawiającego, mając na względzie skutki, jakie P.z.p. wiąże z instytucją wyjaśnień. (...) Wykonawca może, bądź za pomocą dowolnych środków dowodowych wzmacniać prezentowaną argumentację, lub też poprzestać na wyjaśnieniach, co czyni jednak wyłącznie na własne ryzyko. Złożenie wyjaśnień wystarczająco szczegółowych, umotywowanych oraz przekonywujących, że cena nie jest rażąco niska, jest obowiązkiem wykonawcy. (...) Niesporne jest, że wyjaśnienia nie zawierały (...) w szczególności żadnego z elementów wskazanych przez zamawiającego w wezwaniu. (...) Biorąc pod uwagę, że złożonymi wyjaśnieniami odwołujący nie obalił domniemania o złożeniu przez niego oferty z ceną rażąco niską, Izba uznała, że zamawiający odrzucając ofertę odwołującego nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 P.z.p.”

W wyroku z dnia z 12.08.2005 r., VI Ca 464/05, Sąd Okręgowy w Częstochowie orzekł: „To na wykonawcy spoczywa obowiązek złożenia wyczerpujących wyjaśnień, które pozwoliłyby zamawiającemu na ocenę, czy przedmiotowa cena nie jest rażąco niska, w przypadku gdy wyjaśnienia są niedostateczne, zachodzą podstawy do odrzucenia oferty. Sąd Okręgowy nie

podziela poglądu wyrażonego przez zamawiającego w skardze, że to na zamawiającym spoczywa bezwzględnie ciężar wykazania, iż oferta zawiera rażąco niską cenę. Otóż w przypadku wszczęcia procedury ustalania, czy oferta zawiera niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, to na wykonawcy spoczywa obowiązek złożenia wyczerpujących wyjaśnień, które pozwoliłyby zamawiającemu na ocenę, czy przedmiotowa cena nie jest rażąco niska. W przypadku, gdy wyjaśnienia są niedostateczne, zachodzą podstawy do odrzucenia oferty.”

Przenosząc powyższe na grunt oceny wyjaśnień odwołującego, będącej podstawą zarzutu w tym zakresie, Izba uznała, że zamawiający ocenił wyjaśnienia odwołującego w sposób, którego odwołujący nie podważył w odwołaniu.

Zamawiający przedstawił obszerne stanowisko, że ocena wyjaśnień wynikająca z trzech zasadniczych przesłanek: porównania zaoferowanych cen ze stawkami obowiązującymi na rynku, ze stawkami innych wykonawców za wykonanie tej samej pracy oraz ze stawkami odwołującego za wykonanie innych prac o analogicznym charakterze, wskazuje, że odwołujący w wyjaśnieniach nie podał żadnego uzasadnienia, które pozwalałoby sądzić, że firma dysponuje doświadczonymi, ale tańszymi pracownikami, ani też nie wykazuje, że dysponuje procesem, który pozwala znacząco skrócić czas pracy nad jednym materiałem emisyjnym. Uznał m.in. wyjaśnienia za niezwykle lakoniczne i streszczające się w opisie „wycena została oszacowana na podstawie ogólnie stosowanych kalkulacji w przypadku realizacji tego typu zleceń”, co potwierdza, że odwołujący wskazał pośrednio, iż nie dysponuje żadną specyficzną przewagą kosztową nad konkurentami (powołuje się na „ogólnie stosowane kalkulacje”), nie podaje też żadnych danych, które pozwalają poznać racjonalność i opłacalność przedstawionych cen.

Zatem, wątpliwości dotyczące występowania w ofercie cen rażąco niskich, nie zostały rozwiązane.

Zamawiający przedstawił porównanie zapytania ze złożonymi wyjaśnieniami, w przedmiocie wyceny jednostkowego wykonania materiałów emisyjnych w zakresie od 166 zł do 208 zł (ceny z VAT) i ceny w części opcjonalnej za wykonanie jednego materiału emisyjnego wynoszące 9200 zł (z VAT), wskazując rozbieżność aż 55-krotną w przypadku ceny najniższej i 44-krotną w przypadku ceny najwyższej. Zakwestionował kształtowanie ceny w zależności od skali zamówienia, jako nie wynikającej z SIWZ, a zatem brak możliwości zastosowania „promocyjnych stawek”. Nie uznał jako dowodu, że względu na nierealność ceny, kształtowania ceny plakatów dla ROT - kalkulacja kosztów druku z firmy zewnętrznej. Posiadanie własnego banku zdjęć oraz zatrudnianie własnego fotografa, uznał za

niewystarczające, a ponadto własne zdjęcia odwołującego, jako nieprzydatne wobec specyfiki zamówienia (zdjęcia turystów z Chin, Indii i Japonii w określonej scenerii).

Uznał, że wyjaśnienia dotyczące adaptacji na język chiński i japoński są niemożliwe do zaakceptowania.

Nie uznał za wystarczające podanie, że cena oferty wynika z „bilansu sprzyjających i dostępnych odwołującemu warunków cenotwórczych”. Wskazał, że wyjaśnienia te są częściowo błędne, częściowo wzajemnie sprzeczne, a poza tym niewystarczające. Po pierwsze, odwołujący złożył ofertę najtańszą ze wszystkich, tańszą o około 140 tys. zł od drugiej oferty z kolei. Po drugie, zachodzi ewidentna sprzeczność pomiędzy powoływaniem się na stawki obowiązujące na rynku, a jednoczesnym powoływaniem się na sprzyjające warunki cenotwórcze. Wskazał, że odwołujący ani nie podaje stawek, które jego zdaniem są przeciętne na rynku, aby wykazać, że stosuje podobne stawki w swoim procesie, ani nie wskazał żadnych znaczących źródeł przewagi kosztowej, które właśnie miałyby stanowić sprzyjające akurat tej firmie warunki umożliwiające oferowanie niższych cen. Jedyne wyjaśnienie, które stwarza przesłanki do występowania ewentualnej przewagi kosztowej, dotyczącej produkcji plakatów dla ROT, gdzie odwołujący powołuje się na fakt posiadania własnej bazy zdjęć oraz zatrudnionego na stałe fotografa. Jednak podkreślił, że zadanie to zupełnie nie jest reprezentatywne dla całości zadań przewidzianych w SIWZ - własna baza zdjęć i własny fotograf, tylko w tym jednym zadaniu mogą mieć ewentualny wpływ na ceny, ponieważ żadne z pozostałych zadań nie wymaga dysponowania przez wykonawcę własnymi zdjęciami (wszystkie pozostałe materiały zapewnia POT), a cena tego zadania ma minimalny wpływ na cenę całościową zlecenia (w ofercie odwołującego zadanie to reprezentuje 0,21% wartości oferty).

Podsumowując, zamawiający wskazał, że odwołujący w swoich wyjaśnieniach nie odniósł się w należyty sposób do kwestii podejrzenia występowania rażąco niskiej ceny. Przedstawione wyjaśnienia podlegają - w myśl art. 90 ust. 2 ustawy Pzp - ocenie zamawiającego, stanowią przedmiot analizy zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z tego względu dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień, które będą odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007 r., sygn. akt V Ca 2214/06). Ponadto, podzielił wyrażane w orzecznictwie stanowisko, że wyjaśnienia, zawierające niekonkretne i ogólnikowe stwierdzenia, należy uznać za niezłożone (wyrok KIO z dnia 26 listopada 2010 r., sygn. akt KIO 2498/10 i późniejsze). W związku z powyższym uznał, że ofertę odwołującego należało uznać, jako zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i odrzucić.

Zamawiający złożył na rozprawie dowody w sprawie - wersję elektroniczną dokumentów Stowarzyszenia Agencji Reklamowych z 26.06.2013 r., w których na str. 3 podano stawki godzinowe netto - poz. 10 DTP operator, stawka 150 zł, natomiast średnia stawka - 200 zł. Na 4 stronie zestawienia, poz. od 19 do 23 stawki godzinowe pracowników obsługi klienta ACCOUNT - od 165 zł do 350 zł na poziomie medialnym i do 170 zł do 353 zł na poziomie średnim, na potwierdzenie prawidłowej oceny ceny odwołującego w odniesieniu do cen rynkowych.

W zakresie porównania stawek odwołującego ze stawkami innych wykonawców w postępowaniu, złożył zestawienie opracowane pod tym kątem: cena w poz. e - odwołujący 203 zł, - pozostali wykonawcy 277 zł, 750 zł i 861 zł; poz. g - odwołujący 166 zł, pozostali wykonawcy 472 zł, 750 zł, 861 zł; poz. i - odwołujący 208 zł, pozostali wykonawcy 332 zł, 750 zł, 1230 zł; poz. k - odwołujący 174 zł, pozostali wykonawcy 332 zł, 750 zł i 1230 zł.

Reasumując powyższe należy uznać, że celem odwołania wykonawcy jest uzyskanie zmiany rozstrzygnięcia zamawiającego. Zatem, odwołujący winien w odwołaniu podważyć ocenę wyjaśnień przedstawioną w piśmie zamawiającego z dnia 4 października 2013 r.

Odwołujący nie przedstawił w odwołaniu merytorycznej argumentacji obalającej ocenę zamawiającego. Wskazał ceny ofert złożonych w postępowaniu, powołał się na niektóre tezy z orzeczeń o ocenie ceny oferty, podał, że przewidział w cenie oferty satysfakcjonujący go zysk, że wykonana zamówienie za zaoferowaną cenę i że ciężar dowodu, co do rażąco niskiej ceny, obciąża zamawiającego oraz, że nie miał obowiązku złożenia wraz z wyjaśnieniami dowodów, gdyż jest to jego prawo, a nie obowiązek.

Zatem, na podstawie oceny materiału dowodowego, Izba uznała, że wobec nie wykazania zarzutów odwołania, odwołanie podlega oddaleniu, zgodnie z przepisem art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uwzględniła wniosek zamawiającego, przyznając zwrot kosztów postępowania odwoławczego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy.

Przewodniczący: