

**WYROK**

**z dnia 22 maja 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** członek Krajowej Izby Odwoławczej - **Barbara Bettman**

**Protokolant:** **Sylwia Jankowska**

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 maja 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **12 maja 2017 r.** przez wykonawcę: „**STEK**” **G. Ł., Poświętne 5A, 18-413 Miastkowo** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Psychiatryczny Zakład Opieki Zdrowotnej im. Stanisława Deresza, 16-070 Choroszcz, Pl. Z. Brodowicza 1,**

**orzeka:**

- 1.1. Uwzględnić odwołanie.
- 1.2. Nakazuje zamawiającemu: **Samodzielnemu Publicznemu Psychiatrycznemu Zakładowi Opieki Zdrowotnej im. Stanisława Deresza, 16-070 Choroszcz, Pl. Z. Brodowicza 1:**
  - a) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego w części 1 zamówienia,
  - b) unieważnienie czynności wyboru oferty w części 1 zamówienia,
  - c) powtórzenie czynności oceny i wyboru oferty w części 1 zamówienia z udziałem oferty odwołującego,
- 1.3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Psychiatryczny Zakład Opieki Zdrowotnej im. Stanisława Deresza, 16-070 Choroszcz, Pl. Z. Brodowicza 1.**
- 1.4. Zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500,00 zł** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: „**STEK**” **G. Ł., Poświętne 5A, 18-413 Miastkowo**, tytułem wpisu od odwołania,

- 1.5. Zasądza od zamawiającego: **Samodzielnego Publicznego Psychiatrycznego Zakładu Opieki Zdrowotnej im. Stanisława Deresza, 16-070 Choroszcz, Pl. Z. Brodowicza 1** na rzecz odwołującego: „**STEK**” **G. Ł., Poświętne 5A, 18-413 Miastkowo** kwotę **7 500,00 zł** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250 i 1265) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Białymstoku**.

**Przewodniczący:**

.....

### Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, na dostawy warzyw, owoców i jaj (ogłoszenie BZP nr 39815 z 09.03.2017 r.), w dniu 12 maja 2017 r. zostało wniesione w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę: G. Ł., Poświętne 5A, 18-413 Miastkowo w zakresie części 1 zamówienia, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia z dnia 8 maja 2017 r. o wyborze oferty wykonawcy UKRPOL Export Import Sprzedaż Art. Rolno Spożywcze W. Ł., ul. Generała Andersa 40, 15-113 Białystok i o odrzuceniu oferty odwołującego na część 1 zamówienia.

Odwołanie dotyczy postępowania, które zostało wszczęte w dniu 09.03.2017r. i mają do niego zastosowanie przepisy obowiązujące od daty wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020). Ustalona wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, w odniesieniu do zarzutów dotyczących odrzucenia oferty odwołującego.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 15 maja 2017 r. przesłane drogą elektroniczną, przystąpienia do postępowania odwoławczego w trybie art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp nie złożył żaden wykonawca.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Samodzielnemu Publicznemu Psychiatrycznemu Zakładowi Opieki Zdrowotnej im. Stanisława Deresza w Choroszczy, naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250 i 1265) zwaną „ustawą Pzp, poprzez czynność odrzucenia oferty odwołującego (w części) Pakietu nr 1- Informacja o ofertach odrzuconych z dnia 8 maja 2017 r., tj.:

1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust.3 ustawy Pzp poprzez błędną interpretację w sytuacji, gdy brak jest podstawy faktycznej do zastosowania tych norm, a wskazana przez zamawiającego podstawa faktyczna nie uzasadnia odrzucenia oferty z postępowania, bowiem oferta odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny; przy jednoczesnym złożeniu przez odwołującego stosownych wyjaśnień w tym zakresie w sposób prawidłowy,

- 2) naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędną interpretację wskutek uznania, że części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i mogą budzić wątpliwości zamawiającego co skutkowało odrzuceniem oferty,
- 3) naruszenie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy poprzez błędną interpretację i odrzucenie oferty w sytuacji, gdy brak było podstaw do żądania złożenia wyjaśnień w zakresie wykazywanej przez zamawiającego rażąco niskiej ceny,
- 4) naruszenie art. 90 ust. 2 ustawy poprzez błędną interpretację wskazanego przepisu wskutek uznania, iż odwołujący nie podołał obowiązkowi wykazania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,
- 5) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz zaniechanie udzielenia zamówienia odwołującemu, który zgodnie z postanowieniami przepisów prawa oraz postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia złożył najkorzystniejszą ofertę poprzez m.in. brak zobowiązania wybranego oferenta do złożenia wyjaśnień w zakresie wykazywanej rażąco niskiej ceny w sytuacji, gdy w świetle kryteriów przyjętych przez zamawiającego również ta oferta winna podlegać tożsamej weryfikacji.

Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności zamawiającego skarżonej niniejszym odwołaniem,
- 2) unieważnienie dotychczasowego wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.
- 4) ponadto odwołujący wnosił o obciążenie kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa prawnego w wysokości 3 600,00 zł wg norm przepisanych - zamawiającego.

Odwołujący podnosił, że podana przez zamawiającego podstawa faktyczna nie uzasadnia odrzucenia oferty z postępowania, bowiem oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny przy jednoczesnym złożeniu przez odwołującego stosownych wyjaśnień w tym zakresie w sposób prawidłowy. Jeżeli przyjąć tok rozumowania zamawiającego należałoby również wezwać do stosownych wyjaśnień oferenta, którego oferta została wybrana. Natomiast wg wiedzy odwołującego takie zdarzenie nie miało miejsca. Dla przypomnienia wskazał, że wybrano ofertę o wartości 295 783,00 zł brutto, zaś oferta odwołującego za część 1 zamówienia wymienia kwotę 252 983,13 zł brutto. Złożone wyjaśnienie wpłynęło do zamawiającego na ponad miesiąc przed terminem rozstrzygnięcia przetargu i do tego dnia oferta nie została odrzucona.

Z powyższego odwołujący wywodził naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz zaniechanie udzielenia zamówienia odwołującemu, który zgodnie z postanowieniami

przepisów prawa oraz postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia złożył najkorzystniejszą ofertę. Zaznaczał, że w niniejszym postępowaniu nie doszło do zobowiązania wybranego oferenta do złożenia wyjaśnień w zakresie wykazywanej rażąco niskiej ceny w sytuacji, gdy w świetle kryteriów przyjętych przez zamawiającego również ta oferta winna podlegać tożsamej weryfikacji. Biorąc pod uwagę wyżej przedstawione okoliczności faktyczne oraz wskazane naruszenia przepisów, zdaniem odwołującego - odwołanie winno zostać uwzględnione a czynności zamawiającego powtórzone.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie złożonej w terminie rozprawy wnosił o oddalenie odwołania i przedstawił następującą argumentację.

*„Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów PZP a czynność odrzucenia oferty odwołującego została dokonana w sposób prawidłowy. Wbrew twierdzeniom odwołującego w przedmiotowym postępowaniu zachodziły przesłanki do uznania, że ceny jednostkowe zaoferowane przez odwołującego w pakiecie nr 1 stanowiły rażąco niską cenę w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 PZP.*

*Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ustawa nie zawiera definicji pojęcia „rażąco niskiej ceny”, podobnie definicji nie zawierają także dyrektywy unijne dotyczące zamówień publicznych. W praktyce prawa przyjmuje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia dostawy 1. Oferta odwołującego w formularzu cenowym, sporządzonym na dokumencie stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ, zawierała ceny jednostkowe poszczególnych produktów objętych przedmiotem dostawy i ustaloną w oparciu o nie łączną cenę ofertową pakietu. Ceny jednostkowe zaoferowane przez Odwołującego w wielu pozycjach zawierały ceny rażąco odbiegające od cen wg których dotychczas zakupywano produkty u zamawiającego, a także od notowań cen minimalnych obowiązujących na Warszawskim Rolno - Spożywczym Rynku Handlowym Bronisze S.A. (...)*

*Zamawiający zwrócił się do odwołującego o złożenie wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny w zakresie poszczególnych cen jednostkowych. W piśmie z dnia 4 kwietnia 2017r. odwołujący wskazał, że w jego ocenie zaproponowane ceny są realne, ponieważ dotyczą tylko pierwszej dostawy w ramach zamówienia, a dalsze dostawy będą rozliczane wg cen obowiązujących na giełdzie Bronisze. Ponadto odwołujący wskazał na fakt kilkuletniej współpracy z dostawcami produktów, którzy zapewniają promocyjne ceny*

owoców i warzyw, własny transport obniżający koszty oraz doświadczenie z zakresie zaopatrywania Szpitali oraz zakładów karnych i aresztów śledczych w całym kraju.

W swoich wyjaśnieniach odwołujący nie zakwestionował zatem faktu, iż ceny jednostkowe zaoferowane przez niego odbiegają znacząco od cen rynkowych. Kluczowe w twierdzeniach odwołującego jest to, że oferowane ceny dotyczą jedynie pierwszej dostawy, a zatem w jego ocenie mogą być zaniżone, ponieważ ewentualna strata czy nawet brak zysku, zostaną zrekompensowane przy kolejnych dostawach, rozliczanych według innych stawek, w oparciu o ceny średnie giełdy Bronisze.

Tak sformułowane wyjaśnienia, nie mogły zostać uznane przez Zamawiającego za wystarczające. Należy podkreślić, iż twierdzenia o braku rażąco niskiej ceny z uwagi na to, że oferowane stawki dotyczą jedynie pierwszej płatności, są nieuzasadnione. Zgodnie z postanowieniami wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ przedmiotowego postępowania, ceny jednostkowe każdej pozycji dla kolejnych dostaw zaoferowane w formularzu cenowym mają obowiązywać przy pierwszej dostawie towaru, natomiast w przypadku kolejnych dostaw, obowiązywać będą ceny ustalane w oparciu o średnie ceny giełdy w Broniszach wg sposobu określonego w § 4 ust. 1 lit. a) pkt 2. Należy jednak podkreślić, że wyłącznie ceny jednostkowe dla pierwszej dostawy oraz ich suma ustalona w formularzu cenowym są brane pod uwagę w ocenie ofert w kryterium „cena”. Zaniżenie cen dotyczących pierwszej dostawy nie może być uznane za usprawiedliwione zmianą wynagrodzenia w trakcie kolejnych dostaw, ponieważ prowadziłoby to do zaprzeczenia idei przetargu nieograniczonego oraz czyniłoby kryterium ceny iluzorycznym.

Należy także podkreślić, że przyjęcie złożonych przez odwołującego wyjaśnień sankcjonowałoby postępowanie, któremu należy przypisać cechy czynu nieuczciwej konkurencji. W wyroku z dnia 22 października 2014 r. Krajowa Izba Odwoławcza zauważyła, że manipulacja stawkami kosztorysu, dzięki której stworzono sytuację, która mogłaby umożliwić wykonawcy skredytowanie przez zamawiającego robót wykonywanych na późniejszych etapach realizacji zamówienia, jest to działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, podjęte w celu polepszenia swojej sytuacji przy realizacji zamówienia. Takie działanie jest objęte dyspozycją normy prawnej zawartej w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) i jako takie stanowi samoistną podstawę stwierdzenia, że w danym przypadku mamy do czynienia z nieuczciwymi praktykami (tak w orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2002 roku, sygn. akt III CKN 271/01). (...) Ziszczenie przesłanek zawartych w przywołanym przepisie jest wystarczającym uzasadnieniem do odrzucenia oferty, gdyż przepis ten może być samodzielną podstawą do określenia czynu nieuczciwej konkurencji (vide: wyrok Sądu Najwyższego z 22 października 2007 r. III CKN 271/01, wyrok Krajowej

*Izby Odwoławczej z 20 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 2819/11 i wyrok z dnia 26 czerwca 2012, sygn. akt KIO 1225/12, KIO 1229/12) 2.*

*Z kolei w wyroku z dnia 25 lipca 2016 r. Krajowa Izba Odwoławcza oceniała ofertę wykonawcy, który składając ofertę dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na specyficznej - zastosowanej wyłącznie przez tego wykonawcę - budowie ceny ofertowej. Wykonawca ten skonstruował cenę oferty w tym postępowaniu, w ten sposób, że cena za część zamówienia wykonywanego w okresie pierwszym (od lipca do listopada 2016 roku) była ceną znacznie przewyższającą swoją wysokością ceny ofert pozostałych wykonawców, zaś cena za część zamówienia za pozostałe 24 miesiące zamówienia była ceną niską w stosunku do pozostałych ofert przy założeniu, że przedmiotowy zakres prac w obu okresach jest tożsamy. Mimo, iż Zamawiający w kryterium cena oceniał łączne wynagrodzenie za usługi w całym okresie objętym umową, to jednak usługi te są usługami odrębnie zlecanymi i rozliczаныmi w dwóch wyodrębnionych okresach (6 miesięcy i 24 miesiące).*

*W konkluzji swojego orzeczenia, uznającego takie postępowanie za czyn nieuczciwej konkurencji, Izba zauważyła, że działanie wykonawcy Przystępującego polegające na „przerzucaniu” kosztów pomiędzy odrębnie rozliczаныmi okresami wykonywania usługi spowoduje, że cena za część I jest wygórowana, a cena za część II jest znacznie zaniżona, jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami, obowiązującymi w praktyce gospodarczej i jednocześnie zagraża interesowi nie tylko innych przedsiębiorców ale przede wszystkim Zamawiającego. (...) Całościowa analiza ukształtowanych w SIWZ zasad wynagradzania musiała prowadzić do wniosku, iż nie było dopuszczalne manipulowanie cenami w taki sposób, że część ceny za 24 miesiące została podana w sposób nieuzasadniony na poziomie niskim, w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów, a część znacząco zawyżona, by rekompensować zniżenie innych cen.*

*Przenosząc wskazane orzeczenia na grunt niniejszej sprawy należy uznać, że manipulowanie ceną polegające na z góry powziętym zamiarze zrekompensowania zaniżonych cen jednostkowych w ramach pierwszej dostawy wynagrodzeniem za kolejne dostawy rozliczane według innych -wyższych stawek, należy ocenić jako działanie stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji.*

*Istotne jest także, że zmiana przepisów PZP dokonana na podstawie ustawy nowelizującej z dnia 22 czerwca 2016 r. wprowadziła modyfikacje do brzmienia art. 90 PZP. W świetle aktualnego brzmienia przepisu art. 90 ust. 1 PZP ocena oferty pod kątem rażąco niskiej ceny może dotyczyć nie tylko ceny ofertowej jako całości, ale również jej istotnej części składowej, w tym np. stawki jednostkowej przy rozliczeniu pierwszej dostawy. Oznacza to, że zamawiający może żądać wyjaśnień zawsze wtedy, gdy zaoferowana cena*

*lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. (...) Zatem inaczej niż dotychczas, zamawiający na podstawie obecnych przepisów, może powziąć wątpliwości co do występowania rażąco niskiej ceny nie tylko na podstawie całościowej ceny oferty, ale także analizując koszty oraz poszczególne, istotne części składowe, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. 4(...)*

*Niezależnie od wskazanych okoliczności należy stwierdzić, że również w poprzednio obowiązującym stanie prawnym, badaniu pod kątem rażąco niskiej ceny podlegały także ceny jednostkowe, czy stawki za poszczególne etapy realizacji zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza jeszcze na gruncie uprzednio obowiązującego brzmienia definicji ceny również dopuszczała możliwość badania w trybie art. 90 Pzp poszczególnych cen jednostkowych. Tak np. w orzeczeniu wydanym w połączonych do wspólnego rozpoznania sprawach KIO 1181/14 KIO 1182/14 KIO 1183/14 KIO 1194/14 KIO 1195/14, gdzie Izba przesądziła, że „ze wskazanej definicji ceny zawartej w ustawie o cenach w powiązaniu ze specyfiką przedmiotowego zamówienia publicznego wynika zasadność i celowość dokonanych przez zamawiającego analiz cen jednostkowych za poszczególne zadania (roboty) z uwagi na fakt, że to właśnie cenę jednostkowe są rzeczywistymi cenami do zapłaty. 6”.*

*W wyroku z dnia 24 września 2014 r. Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem odwołującego, iż badaniu pod kątem rażąco niskiej ceny może podlegać wyłącznie cena za - cały przedmiot zamówienia. Izba podkreśliła, że z uwagi na to, że to ceny jednostkowe będą stanowiły podstawę do obliczenia ostatecznego wynagrodzenia wykonawcy, każda z tych cen powinna być została obliczona w sposób realny, rynkowy. Z uwagi na powyższe Izba uznała, że analizowanie zaoficerowanych w przedmiotowym postępowaniu cen jednostkowych pod kątem rażąco niskiej ceny jest w pełni uprawnione; (...) Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że przyjęcie, że możliwe jest wykonanie tych usług za cenę określoną przez odwołującego byłoby sprzeczne z zasadami doświadczenia życiowego 7. Oznacza to, że ceny powinny być realne nie tylko w zakresie całości zamówienia, ale także poszczególnych oferowanych stawek, czy tak jak w przedmiotowym stanie faktycznym w zakresie cen jednostkowych poszczególnych dostarczanych produktów. Także w wyroku z dnia 2 lutego 2016 r. zauważono, że w ocenie Izby zamawiający miał prawo badać i mógł jedynie badać ofertę pod kątem rażąco niskiej ceny przez badanie cen jednostkowych czynności wchodzących w zakres usługi (31 czynności) 8.*

*Również analiza pozostałych argumentów zawartych w piśmie wykonawcy z dnia 4 kwietnia 2017 r. pozwala stwierdzić, że wykonawca nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Przywołane wyjaśnienia są bardzo ogólne i nie zawierają żadnego z elementów wskazanych w art. 90 ust. 1 pkt 1-5 PZP lub innych, które stanowiłyby dowód*



wyliczenia ceny w sposób odpowiadający realiom rynku. Jeżeli bowiem odwołujący powołuje się na fakt doświadczenia, własnego transportu, czy sprawdzonych kontrahentów, to nie powinien ograniczyć się jedynie do prostego wskazania tych okoliczności. Zdaniem zamawiającego w tym kontekście odwołujący powinien był wskazać chociażby przykładowe (dot. np. kilku wybranych produktów) wyliczenie, jak wskazane okoliczności wpływają na obniżenie oferowanej ceny. Tego rodzaju elementów wyjaśnienia odwołującego nie zawierały, w związku z czym zamawiający uznał, że nie sprostął on ciężarowi udowodnienia braku rażąco niskiej ceny. W konsekwencji oferta odwołującego została odrzucona z uwagi na fakt, iż zawierała rażąco niską cenę.

Z uwagi na wskazane powyżej okoliczności za bezpodstawne należy uznać zarzuty naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 PZP poprzez błędną wykładnię i odrzucenie oferty w sytuacji, gdy podana podstawa faktyczna nie uzasadnia odrzucenia oferty, bowiem nie zawierała ona rażąco niskiej ceny, a złożone przez Odwołującego wyjaśnienia były prawidłowe, art. 90 ust. 1 PZP poprzez błędną wykładnię wskutek uznania, że części składowe oferty wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i mogą budzić wątpliwości zamawiającego, co skutkowało odrzuceniem oferty oraz 90 ust. 2 poprzez błędną interpretację wskazanego przepisu wskutek uznania, iż Odwołujący nie podolał obowiązkowi wykazania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Nieuzasadniony jest również zarzut naruszenia art. 90 ust. 1a pkt 1 PZP poprzez błędną wykładnię i odrzucenie oferty w sytuacji, gdy brak było podstaw do żądania złożenia wyjaśnień w zakresie wykazywanej przez Zamawiającego rażąco niskiej ceny. Przepisy ustawy zmieniającej PZP z 22 czerwca 2016 r. wprowadziły modyfikację do brzmienia art. 90 PZP. (...) Oznacza to, że podstawa do złożenia wyjaśnień z art. 90 ust. 1 PZP jest samodzielną podstawą i właśnie na tej podstawie zamawiający w przedmiotowym postępowaniu wezwał wykonawcę. W związku z tym zarzut, że nie zaszczyły przesłanki z art. 90 ust. 1a, a w związku z tym zamawiający nie mógł wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień jest całkowicie chybiony." Zamawiający nie zgodził się również z zarzutem naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 PZP poprzez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z protokołu postępowania z załącznikami, oferty odwołującego, korespondencji prowadzonej przez zamawiającego z odwołującym, z zawiadomienia o odrzuceniu oferty odwołującego i o wyborze oferty wykonawcy UKRPOL Export Import Sprzedaż Art. Rolno Spożywcze W. Ł. ul. Generała Andersa 40, 15-113 Białystok.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Z akt postępowania przetargowego udostępnionych przez zamawiającego na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wynika następujący stan faktyczny, którego strony nie kwestionowały, ani nie wnosiły o jego uzupełnienie.

SIWZ. Przedmiot zamówienia stanowią dostawy warzyw, owoców i jaj.

Zamówienie zostało podzielone na dwie części (pakiety).

Rozdział III SIWZ. Opis przedmiotu zamówienia.

2. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera formularz asortymentowo-cenowy, stanowiący zał. nr 2 do SIWZ.

Rozdział IV SIWZ. Termin wykonania zamówienia; 24 m-ce od daty podpisania umowy.

Rozdział VI SIWZ. Punkt 7. Pozostałe dokumenty, które wykonawca musi dołączyć do oferty:

1) Załącznik nr 1- Formularz oferty,

2) Załącznik nr 2- Formularz asortymentowo - cenowy; wykonawca zobowiązany jest wypełnić wszystkie wymagane kolumny.

Rozdział IX SIWZ. Wykonawcy pozostają związani ofertą przez okres 30 dni od upływu ostatecznego terminu składania ofert. Wykonawca może samodzielnie lub na wniosek zamawiającego przedłużyć termin składania ofert.

Rozdział XI SIWZ. Miejsce oraz termin składania ofert.

1. Oferty należy składać w siedzibie zamawiającego do dnia 23.03.2017 r.

Rozdział XII SIWZ. Opis sposobu obliczenia ceny.

1. Zaoferowana cena będzie zawierała wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia. Cenę należy podać w polskich złotych (z dokładnością do drugiego miejsca po przecinku).

2. Do obliczenia ceny oferty należy zastosować sposób wskazany zgodnie z tabelami w formularzu asortymentowo-cenowym stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ.

3. Należy zastosować następujący sposób obliczenia ceny oferty:

a) Obliczyć wartość każdej pozycji w następujący sposób:

cena jedn. Netto - stały rabat x ilość - wartość netto pozycji po rabacie + podatek VAT = wartość brutto pozycji po rabacie

b) Obliczyć wartość netto i brutto pakietu poprzez zsumowanie wartości netto/brutto wszystkich pozycji w danym pakiecie.

c) Stały rabat będzie obowiązywał przez cały okres trwania umowy.

4 Cena musi być skalkulowana w sposób jednoznaczny i powinna uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, m.in.:

a) przedmiotu zamówienia,

b) transportu krajowego i zagranicznego do miejsca przeznaczenia,

c) ubezpieczenia towaru w kraju i zagranicą,

d) opłat pośrednich, np.: opłaty lotniskowe itp.

e) koszty rozładunku u odbiorcy,

f) cła i odprawy celnej - o ile takie wystąpią,

g) podatku VAT - jeśli dotyczy,

h) Prawidłowe ustalenie podatku VAT należy do obowiązków wykonawcy, zgodnie z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowym.

5. Jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, Zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami. (...)

#### ROZDZIAŁ XIII SIWZ. Kryteria oceny ofert

1. Przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający stosować będzie kryterium:

CENA-60%

TERMIN DOSTAWY - 30%

#### ROZDZIAŁ XVI SIWZ. Istotne dla stron postanowienia (...) zawieranej umowy (...).

Postanowienia istotne dla Zamawiającego określa projekt umowy stanowiący integralną część SIWZ - Załącznik nr 5 do SIWZ. Wykonawca, który przedstawił najkorzystniejszą ofertę, będzie zobowiązany do podpisania umowy zgodnie z załączonym wzorem umowy. Złożenie oferty jest równoznaczne z pełną akceptacją umowy przez Wykonawcę.

Zał. Nr 1 Formularz ofertowy.

3. Oświadczamy, że zapoznaliśmy się z SIWZ i wzorem umowy, przyjmujemy warunki w nich zawarte i nie wnosimy żadnych zastrzeżeń oraz, że zdobyliśmy konieczne informacje do przygotowania oferty.

4. W przypadku przyznania nam zamówienia zobowiązujemy się do zawarcia umowy w miejscu i terminie wskazanym przez zamawiającego.

5. Oświadczamy, że (...) nie wnosimy uwag co do prawidłowości i kompletności opisu przedmiotu zamówienia.

Załącznik nr 2- Formularz asortymentowo - cenowy dla części 1 zamówienia zawiera 88 pozycji owoców i warzyw, przypraw oraz grzybów i jaj, z podaniem jednostki miar, wymaganej ilości. Wykonawca zobowiązany był podać cenę jednostkową netto; udzielony rabat; stawkę VAT, cenę jednostkową brutto po rabacie, wartość brutto po rabacie.

Załącznik 5 do SIWZ projekt umowy stanowi integralną część SIWZ.

## § 2 PRZEDMIOT UMOWY

Przedmiotem umowy jest sukcesywna dostawa warzyw, owoców i jaj w części pakietu nr .... zgodnie ze złożoną ofertą, na podstawie formularza asortymentowo-cenowego stanowiącym Załącznik do niniejszej umowy.

Zamawiający informuje, iż ilości określone w Załączniku do niniejszej umowy stanowią, wielkość szacunkową, która może ulec zmianie stosownie do rzeczywistych potrzeb Zamawiającego.

## § 3 TERMIN I WARUNKI REALIZACJI UMOWY

1. Wykonawca zobowiązuje się dostarczać Zamawiającemu przedmiot umowy sukcesywnie w ciągu 24 miesięcy od daty zawarcia niniejszej umowy.

## § 4 WARUNKI PŁATNOŚCI

1. Wartość przedmiotu umowy zgodnie ze złożoną ofertą wynosi brutto ...zł (słownie:...) w tym netto ... zł (słownie:...) przy czym:

a) Sposób rozliczenia dostaw dla pakietu 1

w pakiecie nr 1 - cena brutto poszczególnych pozycji (ustalona na podstawie notowań Warszawskiego Rolno - Spożywczego Rynku Handlowego S.A. Bronisze, przedstawionych na stronie internetowej [www.bronisze.com.pl](http://www.bronisze.com.pl).; będzie to cena średnia, czyli suma cen netto: maksymalnej i minimalnej, przedstawionej na ww. stronie na dzień 08.03.2017 r. podzielona przez 2, pomniejszona o zadeklarowany przez wykonawcę w formularzu asortymentowo-cenowym stały rabat, powiększona o podatek VAT) zgodnie z ofertą Wykonawcy (cena podana w kolumnie 11 Formularza asortymentowo-cenowego. Ceny te będą obowiązywały przy pierwszej dostawie każdej pozycji zawartej w Formularzu asortymentowo-cenowym. Cena brutto towaru dla kolejnych dostaw będzie ustalana na podstawie notowań Warszawskiego Rolno - Spożywczego Rynku Handlowego S.A. Bronisze, przedstawionych na stronie internetowej [www.bronisze.com.pl](http://www.bronisze.com.pl).; będzie to cena średnia, czyli suma cen netto: maksymalnej i minimalnej, przedstawionej na ww. stronie na dzień złożenia zamówienia

podzielona przez 2, pomniejszona o zadeklarowany przez wykonawcę w formularzu asortymentowo-cenowym rabat, powiększona o podatek VAT)

2. Wartość, o której mowa w ust. 1 obejmuje wszystkie koszty, a przede wszystkim:

- a) przedmiotu zamówienia,
- b) transportu krajowego i zagranicznego do miejsca przeznaczenia,
- c) ubezpieczenia towaru w kraju i zagranicą,
- d) opłat pośrednich, np.: opłaty lotniskowe itp.
- e) koszty rozładunku u odbiorcy,
- f) cła i odprawy celnej - o ile takie wystąpią,
- g) podatku VAT - jeśli dotyczy,

3. Faktura VAT będzie wystawiana po każdej zrealizowanej dostawie.

5. Ceny jednostkowe określone w załączniku do umowy nie mogą ulec podwyższeniu w okresie obowiązywania umowy, niezależnie od zmian ilości zamówień poszczególnych asortymentów, a w szczególności w przypadku zmniejszenia ilości zamówienia.

Załącznikiem do niniejszej umowy jest Formularz asortymentowo cenowy.

Treść wzoru umowy zamieszczona na wskazanej stronie internetowej zamawiającego jest następująca:

#### § 4 WARUNKI PŁATNOŚCI

1. Wartość przedmiotu umowy zgodnie ze złożoną ofertą wynosi brutto ...zł (słownie:...)

w tym netto ...zł (słownie:...) przy czym:

a) Sposób rozliczenia dostaw dla pakietu 1

1) Ceny jednostkowe (brutto z uwzględnieniem stałego rabatu) w każdej pozycji, zaoferowane w formularzu asortymentowo-cenowym Załącznik nr 2 do SIWZ, będą obowiązywały przy pierwszej dostawie towaru.

2) Ceny jednostkowe brutto każdej pozycji dla kolejnych dostaw, będą każdorazowo ustalane, w następujący sposób: cena średnia, czyli suma cen: maksymalnej i minimalnej, przedstawionych na stronie internetowej: [www.bronisze.com.pl](http://www.bronisze.com.pl). (notowania Warszawskiego Rolno - Spożywczego Rynku Handlowego S.A. Bronisze) wg notowań na dzień złożenia zamówienia podzielona przez 2, pomniejszona o zadeklarowany przez wykonawcę w formularzu asortymentowo-cenowym stały rabat, powiększona o podatek VAT). (...)

Do dnia 23.03.2017 r. w zakresie części nr 1 (pakiet 1) oferty złożyli:

1. UKRPOL Export Import Sprzedaż Art. Rolno Spożywcze W. Ł. ul. Generała Andersa 40, 15-113 Białystok, cena 295 783,00 zł
2. STEK G. Ł., Poświętne 5A, 18-413 Miastkowo, cena 252 983,13 zł

3. FHU Cytrus 2 J. D., cena 463 708,80 zł

Odwolujący przedłużył okres związania ofertą - łącznie przez okres 60 dni liczonych od upływu składania ofert.

Protokół postępowania podaje wartość szacunkową części 1 i części 2 w kwocie 680 025,00 na 03.01.2017 r. obliczonej na podstawie rozeznania cen na rynku.

Na otwarciu ofert zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na Pakiet 1 - 440 000,00 zł brutto.

Zamawiający wezwał w dniu 4 kwietnia 2017 r. na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp firmę STEK G. Ł. do złożenia wyjaśnień:

*„Zamawiający informuje, że cena złożonej przez Państwa oferty w przetargu nieograniczonym SZP 3820 - 7/17 na dostawę warzyw, owoców i jaj w części Pakietu nr 1 wydaje się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.*

*Zaproponowane w Pakiecie nr 1 ceny jednostkowe poszczególnych asortymentów są rażąco niskie i znacznie odbiegają od cen wg, których obecnie zakupywane są produkty przez Szpital a także od notowań cen minimalnych obowiązujących na Warszawskim Rolno - Spożywczym Rynku Handlowym S.A. Bronisze.*

*W związku z powyższym działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. -Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2015r. poz. 2164 oraz z 2016r, poz. 831 i 996) Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265).*

*Zamawiający wzywa do przedstawienia szczegółowej kalkulacji zaoferowanych cen, uwzględniającej powyższe aspekty wraz z dowodami.*

*Zamawiający informuje, że na podstawie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy.*

*Wyjaśnienia w formie zgodnej z wyborem Wykonawcy tj. pocztą elektroniczną na adres e-mail: [j..z.@sppchoroszcz.med.pl](mailto:j..z.@sppchoroszcz.med.pl) lub pisemnie na adres: Samodzielny Publiczny*

*Psychiatryczny Zakład Opieki Zdrowotnej im. dr Stanisława Deresza w Choroszczu, (...)z dopiskiem na kopercie: „Wyjaśnienie rażąco niskiej ceny w przetargu nieograniczonym SZP 3820 - 7/17 na dostawę warzyw, owoców i jaj” proszę złożyć w nieprzekraczalnym terminie do dnia 07.04.2017 r. jednocześnie informujemy, że zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.”*

W swoich wyjaśnieniach z dnia 4 kwietnia 2017 r. wykonawca STEK G. Ł. podał: *„W odpowiedzi na państwa pismo, które otrzymałem 04.04.2017r. chciałbym złożyć wyjaśnienia - zaproponowane przeze mnie ceny są jak najbardziej realne, ponieważ dotyczą tylko pierwszej dostawy konkretnego artykułu, późniejsze ceny dostawy poszczególnych artykułów będą wyliczane na podstawie Giełdy Bronisze, co wynika ze wzoru umowy:*

*a) Sposób rozliczenia dostaw dla pakietu 1:*

*1) Ceny jednostkowe (brutto z uwzględnieniem stałego rabatu) w każdej pozycji, zaoferowane w formularzu asortymentowo-cenowym Załącznik nr 2 do SIWZ, będą obowiązywały przy pierwszej dostawie towaru.*

*2) Ceny jednostkowe brutto każdej pozycji dla kolejnych dostaw, będą każdorazowo ustalane, w następujący sposób: cena średnia, czyli suma cen: maksymalnej i minimalnej, przedstawionych na stronie internetowej: [www.bronisze.com.pl](http://www.bronisze.com.pl). (notowania Warszawskiego Rolno - Spożywczego Rynku Handlowego S.A. Bronisze) wg notowań na dzień złożenia zamówienia podzielona przez 2, pomniejszona o zadeklarowany przez wykonawcę w formularzu asortymentowo-cenowym stały rabat, powiększona o podatek VAT). (...)*

*b) Sposób rozliczenia dostaw dla pakietu 2:*

*Nasza firma od kilku lat współpracuje z tymi samymi dostawcami, którzy zapewniają nam promocyjne ceny warzyw i owoców, co poskutkuje realizacją dostawy w 100%.*

*Posiadamy własny transport co znacznie obniża koszty. Co więcej zaopatrujemy Szpitale, Zakłady Karne oraz areszty Śledcze w całym kraju, więc posiadamy wiedzę i doświadczenie. Mamy nadzieję, że zostanie nam powierzone to zamówienie publiczne do realizacji, zapewniając ze zrealizujemy je należycie według Państwa potrzeb i oczekiwań.” Żadne dowody nie zostały załączone.*

Zamawiający powiadomił w dniu 8 maja 2017 r., że wybrał ofertę w pakiecie 1 wykonawcy UKRPOL Export Import Sprzedaż Art. Rolno Spożywcze W. Ł., ul. Generała Andersa 40, 15-113 Białystok, cena 295 783,00 zł.

Zamawiający powiadomił jednocześnie, że w pakiecie nr 1 odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, tj. zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera

rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w związku z art. 90 ust. 3 ustawy zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, podając następujące uzasadnienie faktyczne: „Zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (...) pismem z dnia 04.04.2017 wezwał Wykonawcę do wyjaśnień rażąco niskiej ceny dot. pakietu nr 1, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz.1265). Wykonawca w dniu 04.04.2017r. złożył wyjaśnienia, lecz bez przedstawienia dowodów. Twierdzenia o braku rażąco niskiej ceny z uwagi na to, że oferowane stawki dotyczą jedynie pierwszej płatności, są niewystarczające. Również analiza pozostałych argumentów zawartych w piśmie Wykonawcy zdaniem opiniującego pozwala stwierdzić, że wykonawca nie wykazał, że zaoferowana cena nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia są bardzo ogólne i nie zawierają żadnego z elementów dowodów, wymienionych w wezwaniu do złożenia wyjaśnień, które stanowiłyby dowód wyliczenia ceny w sposób odpowiadający realiom rynku. Samo formalne udzielenie odpowiedzi na żądane wyjaśnienia ceny przy równoczesnym nie odniesieniu się w treści wyjaśnień do wszystkich elementów cenotwórczych jakie zgodnie z żądaniem zamawiającego miały być zaprezentowane, nie może być uznane za złożenie merytorycznych wyjaśnień.

*W udzielonych wyjaśnieniach Wykonawca powinien udowodnić, nie budząc wątpliwości Zamawiającego, że składowe ceny są racjonalne i umożliwiają prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Wobec powyższego, oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu.”*

Okoliczność bezsporną stanowi, że okres związania ofertą wykonawcy STEK G. Ł. został przedłużony.

#### **Izba zważyła, co następuje.**

Odwołujący, wykazał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, skoro uznawał, że jego oferta została bezprawnie odrzucona. Był zatem uprawniony aby skarżyć - jak dowodził niezgodne z ustawą Pzp czynności i zaniechania zamawiającego wobec oceny złożonej oferty - które godziły w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia i mogły narażać odwołującego na poniesienie szkody.



Okoliczność bezsporną stanowiło, że oferta odwołującego, gdyby nie została odrzucona byłaby najwyżej oceniona w wyznaczonych w SIWZ kryteriach oceny ofert w części 1 zamówienia, na którą została złożona.

Izba stwierdziła, że treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia w odniesieniu do sposobu obliczenia ceny w SIWZ zawartej w aktach przesłanych na wezwanie Prezesa Izby i zamieszczonej obligatoryjnie na stronie internetowej zamawiającego jest niespójna. W rozdziale XII SIWZ sposób obliczenia ceny nie podano, że: „w pakiecie nr 1 - cena brutto poszczególnych pozycji (ustalona na podstawie notowań Warszawskiego Rolno - Spożywczego Rynku Handlowego S.A. Bronisze, przedstawionych na stronie internetowej [www.bronisze.com.pl](http://www.bronisze.com.pl).; będzie to cena średnia, czyli suma cen netto: maksymalnej i minimalnej, przedstawionej na ww. stronie na dzień 08.03.2017 r. podzielona przez 2, pomniejszona o zadeklarowany przez wykonawcę w formularzu asortymentowo-cenowym stały rabat, powiększona o podatek VAT) zgodnie z ofertą Wykonawcy (cena podana w kolumnie 11 Formularza asortymentowo-cenowego. Ceny te będą obowiązywały przy pierwszej dostawie każdej pozycji zawartej w Formularzu asortymentowo-cenowym.”

W rzeczywistości udostępnionej wykonawcom SIWZ - wzorze umowy znajdował się zapis: § 4 WARUNKI PŁATNOŚCI

„1. Wartość przedmiotu umowy zgodnie ze złożoną ofertą wynosi brutto ...zł (słownie:...) w tym netto ...zł (słownie:...) przy czym:

a) Sposób rozliczenia dostaw dla pakietu 1

1) Ceny jednostkowe (brutto z uwzględnieniem stałego rabatu) w każdej pozycji, zaoferowane w formularzu asortymentowo-cenowym Załącznik nr 2 do SIWZ, będą obowiązywały przy pierwszej dostawie towaru.”

Nie było mowy, że podana cena ofertowa na poszczególne pozycje ma być obliczona według: „notowań Warszawskiego Rolno - Spożywczego Rynku Handlowego S.A. Bronisze, przedstawionych na stronie internetowej [www.bronisze.com.pl](http://www.bronisze.com.pl).; będzie to cena średnia, czyli suma cen netto: maksymalnej i minimalnej, przedstawionej na ww. stronie na dzień 08.03.2017 r. podzielona przez 2, pomniejszona o zadeklarowany przez wykonawcę w formularzu asortymentowo-cenowym stały rabat, powiększona o podatek VAT) zgodnie z ofertą Wykonawcy (cena podana w kolumnie 11 Formularza asortymentowo-cenowego. Ceny te będą obowiązywały przy pierwszej dostawie każdej pozycji zawartej w Formularzu asortymentowo-cenowym.”

Powyższe jest zgodne ze sposobem ujęcia wyjaśnień ceny przedstawiony przez odwołującego, co dodatkowo potwierdza rzeczywistą treść SIWZ udostępnionej wykonawcom.

Taki niespójny sposób przedstawienia wyliczenia ceny ofertowej w dokumentacji przetargowej, skutkuje tym, że wszelkie niejasne, niespójne aspekty opisu zastosowanego w SIWZ - winny być interpretowane na korzyść wykonawcy. *„Udostępnienie SIWZ jest czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w SIWZ”* - wyrok KIO sygn. akt KIO 1593/14. Odmienny sposób postępowania należy uznać za niedozwoloną interpretację, czy wręcz modyfikację SIWZ po terminie otwarcia ofert. Takie działanie stanowi wprost naruszenie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, gdyż zamawiający może w uzasadnionych przypadkach zmienić treść SIWZ, ale jedynie przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający przesłał Prezesowi Izby specyfikację istotnych warunków zamówienia, (w tym wzór umowy) jako wiążącą w tym postępowaniu - odbiegającą w zakresie oceny zarzutów odwołania od jej brzmienia opublikowanego na wskazanej stronie internetowej.

Skoro wykonawcy według wyznaczonego kryterium mieli konkurować ceną, to powinni mieć możliwość oznaczania w swojej ofercie tej ceny w sposób od nich zależny. Podane poszczególne ceny ofertowe za zamawiany asortyment, a zatem cała cena ofertowa, nie ma związku z rzeczywistymi wartościami, które będą przyjmowane do rozliczeń stron.

Pierwsza dostawa każdej z pozycji będzie rozliczana w oparciu o notowania *Warszawskiego Rolno - Spożywczego Rynku Handlowego S.A. Bronisze, przedstawionych na stronie internetowej [www.bronisze.com.pl](http://www.bronisze.com.pl); będzie to cena średnia, czyli suma cen netto: maksymalnej i minimalnej, przedstawionej na ww. stronie na dzień 08.03.2017 r. podzielona przez 2, pomniejszona o zadeklarowany przez wykonawcę w formularzu asortymentowo-cenowym stały rabat, powiększona o podatek VAT) zgodnie z ofertą Wykonawcy (cena podana w kolumnie 11 Formularza asortymentowo-cenowego.*

Następne dostawy będą rozliczane jako: *„cena średnia, czyli suma cen netto: maksymalnej i minimalnej, przedstawionej na ww. stronie na dzień złożenia zamówienia podzielona przez 2, pomniejszona o zadeklarowany przez wykonawcę w formularzu asortymentowo-cenowym rabat, powiększona o podatek VAT).”*

W takich okolicznościach, należało przyjąć, iż zamawiający wyznaczył ceny reglamentowane na poziomie średnich notowanych na rynku giełdowym: Warszawskiego Rolno - Spożywczego Rynku Handlowego S.A. Bronisze, przedstawionych na stronie internetowej [www.bronisze.com.pl](http://www.bronisze.com.pl); będzie to cena średnia, zatem żądanie przedstawienia wyjaśnień sposobu obliczenia ceny od odwołującego było całkowicie bezprzedmiotowe. Nawet gdyby przyjąć, że przy pierwszej dostawie ceny będą rozliczane według cen formularza ofertowego, (wg. SIWZ i wzoru umowy na stronie internetowej) to pierwsza

dostawa poszczególnych artykułów asortymentu - biorąc pod uwagę sezonowość i charakter tego zamówienia - zakup owoców i warzyw - nie ważyłaby istotnie na całości wynagrodzenia wykonawcy. Nie można założyć, że zamawiający przy pierwszej dostawie zamawiałby ilości artykułów nietrwałych na zapas, a nie na bieżące potrzeby.

Izba nie przeczy, że przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w jego aktualnym brzmieniu stanowi, że jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu.

Przykładowo rzecz ujmując, można by wskazać, że za istotną część składową ceny oferty przy budowie drogi należałoby uznać cenę masy bitumicznej, ponieważ byłby to czynnik w znacznym stopniu wpływający na cenę całkowitą. Tak samo ceny jednostkowe mogą być przedmiotem wyjaśnień w zakresie oferowanej ceny, ale jedynie wówczas, gdy mają one charakter stały przez cały okres realizacji zamówienia i za cały wolumen zamówienia, a nie jak w niniejszym przypadku, gdzie jednostkowe ceny ofertowe obowiązują jedynie przy pierwszej dostawie.

Cena oferty odwołującego była o około 43 000,00 zł (około 15%) niższa niż oferta wybranego wykonawcy UKRPOL Export Import Sprzedaż Art. Rolno Spożywcze W. Ł. ul. Generała Andersa 40, 15-113 Białystok, co również świadczy o jej rynkowym charakterze.

Zgodnie z art. 90 ust. 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych, w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Z kolei przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp upoważnia zamawiającego do żądania wyjaśnień i podstawienia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015, poz. 2008 oraz z 2016 poz. 1265);

- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Należy podkreślić, że przepis art. 90 ust. 1a ustawy Pzp stanowi obligatoryjną podstawę do żądania wyjaśnień ceny, lub też istotnych części składowych cen (kosztów), gdyż nakłada na zamawiającego obowiązek zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, o ile nie zachodzą wyłączenia wskazane w tej normie. Jeśli mówimy o różnicy w stosunku do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług należy wziąć pod uwagę szacunkową wartość zamówienia (bez podatku od towarów i usług), ustaloną z należytą starannością przed wszczęciem postępowania zgodnie z przepisami art. 32 i nast. ustawy Pzp.

Uwzględniając wartość szacunkową z VAT 440 000,00 zł brutto, cena oferty odwołującego, jak i wybranego wykonawcy były niższe o więcej niż 30 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT, i gdyby nie szczególne warunki tego zamówienia - zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, co do zasady obowiązany byłby przeprowadzić procedurę wyjaśnienia ceny.

Nie można było jednak pominąć, że zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Sztywna reguła 30% (cena badanej oferty niższa o tę wartość od wartości szacunkowej zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert) nakazująca obligatoryjnie badanie oferty została złagodzona. Nowe rozwiązania w tym zakresie wprowadzone art. 90 ust. 1 a ustawy Pzp pozwalają zamawiającym każdorazowo na indywidualną ocenę każdego przypadku powzięcia wątpliwości co do rażąco niskiej ceny.

Cena oferty wykonawcy, która podlega weryfikacji w trybie art. 90 ust. 1 i ust. 1a ustawy Pzp, to taka cena według której następują faktyczne rozliczenia stron w trakcie realizacji zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu cena oferty (ewentualnie poza pierwszą dostawą danego asortymentu, a i to nie zostało jednoznacznie podane) nie ma nic wspólnego z ceną wykonania danego zamówienia w okresie umownych 24 miesięcy, gdyż stosowane mają być średnie ceny giełdowe Warszawskiego Rynku Bronisze.

Przyjmuje się za orzecnictwem europejskim, orzecnictwem sądów okręgowych, KIO oraz doktryną, iż za cenę rażąco niską uważana jest cena nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert (tak np. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08),

W wyroku z dnia 28 marca 2013 roku KIO przyjęła, że o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne (sygn. akt KIO 592/13). O zjawisku rażąco niskiej ceny będziemy mówili, kiedy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a różnica ta nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, to zamówienie wykonać (tak KIO w wyroku z dnia 4 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1562/11, por. wyrok KIO z dnia 20 maja 2016 r. sygn. Akt KIO 750/16). Z kolei art. 90 ust. 1 ustawy Pzp regulujący instytucję wyjaśnień ma na celu ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający korzysta z tej regulacji, w sytuacji, kiedy cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami, nawet gdy wyjaśnieniu podlegają niektóre elementy kosztu lub ceny, to nadal muszą być odnoszone do całego przedmiotu zamówienia.

Przy badaniu rażąco niskiej ceny należy odpowiedzieć na pytanie, czy prawidłowa realizacja całego przedmiotu zamówienia jest możliwa za zaoferowaną cenę.

W ocenie Izby, jest jasne, że po średnich cenach giełdowych Warszawskiego Rolno - Spożywczego Rynku Handlowego S.A. Bronisze, (które poza pierwszą dostawą każdego asortymentu) obowiązują w warunkach przedmiotowego postępowania przez okres 24 miesięcy, wykonawca tego zamówienia jest zdolny należycie je wykonać. Zdaniem Izby, biorąc pod uwagę sezonowość cen owoców i warzyw i dostępność tańszych rynków na owoce i warzywa niż giełda w Broniszach - odwołujący po cenach wyznaczonych przez zamawiającego jest w stanie należycie wykonać zamówienie i osiągnąć zysk.

Izba uwzględniła argumentację odwołującego, że decyzja zamawiającego o odrzuceniu złożonej oferty jest wadliwa z uwagi na następujące okoliczności. Pierwsza dostawa konkretnego artykułu przy zamówieniu na dwa lata, gdy dostawy będą odbywać dwa razy w tygodniu jest niewątpliwie znikomą wartością w stosunku do całości zamówienia. Tak więc zgodnie z art. 90 ustawy Pzp zaoferowana cena nie kwalifikowała się jako rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie mogła budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego - przy ustalonym we wzorze umowy sposobie rozliczeń. W rozumieniu art. 90 ustawy zaoferowana cena - części składowych za pierwszą dostawę - nie wchodzi w zakres istotności, jak to zostało wskazane powyżej.

Z tych przyczyn samo wzywanie przez zamawiającego odwołującego do wyjaśnień ceny było bezprzedmiotowe. Bez względu więc na lakoniczność tych wyjaśnień i brak

załączenia dowodów nie zachodziły przesłanki zastosowania dyspozycji art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, stanowiącego że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, skoro samo wezwanie nie znajdowało usprawiedliwionych racji. Zasadnie, więc odwołujący w swoich wyjaśnieniach powoływał się na warunki ustalone w SIWZ, które na etapie oceny ofert mają charakter wiążący tak dla zamawiającego, jak i dla wykonawców. „Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami oraz na podstawie ustawy w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych a Zamawiający wykona ciążące na nim ustawowe obowiązki, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.” (sygn. akt: KIO 693/14, KIO 694/14).

Celem procedury wyjaśniania, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jest definitywne rozstrzygnięcie czy dana oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. O tym, czy cena lub koszt oferty są rzeczywiście rażąco niskie, rozstrzyga zamawiający w określonych realiach danego przypadku, w oparciu o wyjaśnienia wykonawcy, oceniane w kontekście cech przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem postępowania. Nie ma podstaw do automatycznego przyjmowania, że cena poniżej pewnego poziomu jest ceną rażąco niską. Stanowisko to potwierdził Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 21 czerwca 2010 r. (sygn. akt XIX Ga 175/10) stwierdzając, że: „Dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską.”

Ustalenia zamawiającego, że w pewnej liczbie pozycji cen jednostkowych (nie wiadomo jakich) ceny oferty odwołującego odbiegały od cen po jakich aktualnie zamawiający nabywa dany asortyment, lub od cen minimalnych giełdy Bronisze, nie uzasadniały stawianego zarzutu rażąco niskiej ceny oferty.

Zarzut, że poprzez podane niektóre ceny jednostkowe - nie odpowiadające minimalnym cenom giełdy Bronisze oraz cenom, po których zamawiający dotychczas nabywał owoce i warzywa, odwołujący dopuścił się manipulacji cenami w zamiarze jedynie uzyskania korzystnej punktacji w kryterium ceny - pojawił się dopiero w odpowiedzi na odwołanie, a nie był stawiany odwołującemu w powiadomieniu o odrzuceniu jego oferty.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16

kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.)

W swoim odwołaniu wykonawca nie polemizował z takim zarzutem, skoro nie został on postawiony. Izba natomiast jest władna rozpatrywać odwołanie w granicach zarzutów podnoszonych w odwołaniu, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp.

Na marginesie jedynie Izba zaznacza, że zarzut czynu nieuczciwej konkurencji - skutkiem manipulowania cenami z zamiarem wpływu na punktację oferty w kryterium ceny, mógłby mieć uzasadnienie w przypadku ich zupełnie nierealnego poziomu (np. symbolicznego). Zamawiający nie odrzucił oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, jako złożonej w warunkach nieuczciwej konkurencji - wyłącznie dla uzyskania większej punktacji. W porównaniu do ceny oferty wybranej nie można zarzucić, iż omawiana cena ma charakter nierealny, czy symboliczny, skoro rozbieżność cenowa między ofertą odwołującego a ofertą wybraną do realizacji zamówienia była rzędu około 43 000,00 zł.

Postępowanie dowodowe wykazało naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych, tj.:

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez błędną interpretację w sytuacji, gdy brak było podstaw do zastosowania tych norm, a wskazana przez zamawiającego podstawa faktyczna nie uzasadniała odrzucenia oferty z postępowania,
- 2) naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędną interpretację wskutek uznania, że części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 3) naruszenie art. 90 ust. 1a pkt 1 w związku z art. 90 ust. 2 ustawy poprzez błędną interpretację i odrzucenie oferty w sytuacji, gdy brak było podstaw do żądania złożenia wyjaśnień w zakresie wykazywanej przez zamawiającego rażąco niskiej ceny.

W związku z powyższym trafne były zarzuty następczego naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nierówne traktowanie wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku. Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7 500,00 zł z tytułu zwrotu kosztów zwrotu wpisu od odwołania, stosownie do postanowień § 3 pkt 1, i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238, z 2017 r. poz. 47).

**Przewodniczący:**

.....