

**WYROK**

**26 marca 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Sylwester Kuchnio**

**Protokolant: Marta Polkowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 marca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 marca 2015 r. przez OPC Sp. z o.o. sp. k. w Krakowie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Krakowie

przy udziale S. Ś. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „S. Ś. TRANS-AMB Firma Transportowa”, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

**orzeka:**

1. oddała odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża OPC Sp. z o.o. sp. k. w Krakowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez OPC Sp. z o.o. sp. k. w Krakowie tytułem wpisu od odwołania.

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

## UZASADNIENIE

Zamawiający, Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Krakowie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego p.n. „Świadczenie specjalistycznych usług transportowych dla Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Krakowie w zakresie przewozu krwi i jej składników z równoległym zaopatrzeniem gospodarczo - magazynowym na terenie woj. Małopolskiego”

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 4 grudnia 2014 r. w Dz. Urz. UE Nr 2014/S 234-412206

W dniu 4 marca 2015 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach.

W dniu 13 marca 2015 r. OPC Sp. z o.o. Sp. k. w Krakowie wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem czynności odrzucenia jej oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy (referowane w zakresie zarzutów podtrzymywanych przez Odwołującego):

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp - poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego na skutek stwierdzenia rażąco niskiej ceny oferty;
2. art. 90 ust. 1 i 3 Pzp - poprzez bezpodstawne odrzucenie wyjaśnień Odwołującego pomimo ich zgodności z przepisami ustawy oraz wezwaniem Zamawiającego;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- unieważnienie czynności wyboru oferty „Trans-AMB” jako najkorzystniejszej;

- powtórzenia czynności oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[...]”

W dniu 4 marca 2015 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Świadczenie specjalistycznych usług transportowych dla Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Krakowie w zakresie przewozu krwi i jej składników z równoległym zaopatrzeniem gospodarczo - magazynowym na terenie województwa małopolskiego” oraz o odrzuceniu oferty OPC Sp. z o.o. Sp. k. w oparciu o treść art. ust. 1 pkt 4 PZP i art. 90 ust. 3 PZP.

Bezasadne odrzucenie oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny:

Odwołujący pismem z dn. 12 lutego 2015 r. otrzymał wezwanie do uzupełnienia swojej oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz wezwanie, na podstawie art. 90 ust. 1 PZP, do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w nieprzekraczalnym terminie do 17 lutego 2015 r. W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący przedstawił w piśmie z dn. 17 lutego 2015 r. szczegółowe stanowisko, zawierające precyzyjne wyliczenie czynników, które pozwoliły na obniżenie ceny w stosunku do ceny konkurentów.

Przede wszystkim Odwołujący słusznie podniósł, iż w niniejszym postępowaniu w ogóle nie zaistniały powody do wzywania wykonawcy, w trybie art. 90 ust. 1 PZP, do złożenia wyjaśnień w związku z podejrzeniem rażąco niskiej ceny, albowiem zaoferowana przez Odwołującego cena ani nie odbiega od poziomu rynkowego (fakt notoryjny, znany profesjonalnemu uczestnikowi obrotu, jakim jest Zamawiający, a ponadto wynikający z obowiązującego Zarządzenia Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia), ani nie jest niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert oraz od wartości zamówienia. Należy w związku z tym zauważyć, iż w większości postępowań o udzielenie zamówień publicznych najtańsza oferta najczęściej jest niższa od oszacowanej przez Zamawiającego wartości zamówienia, ale fakt ten nie uprawnia automatycznie do twierdzenia, iż jest ofertą zawierającą rażąco niską cenę.

Dowód: Zarządzenie Nr 3/2015/DSOZ Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z dn. 7 stycznia 2015 r, w którym stawkę transportu sanitarnego określono na kwotę 0,84 zł/km;

Dokumentacja przetargowa Szpitala Powiatowego w Chrzanowie, w której najkorzystniejsza oferta dotycząca usługi transportu medycznego i sanitarnego obejmowała stawkę 0,99 zł/km (456.000 km x 2 lata/451.440,00 zł).

Ponadto warto zauważyć, iż celem art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP jest zapewnienie, aby pieniądze publiczne były wydawane w sposób efektywny, tj. na wynagrodzenie wykonawców, którzy gwarantują prawidłowe wykonanie zamówienia. Należy w związku z tym podnieść, iż Odwołujący realizuje obecnie dla Zamawiającego zamówienie, którego przedmiot jest tożsamy z przedmiotem niniejszego postępowania i w związku z realizacją dotychczasowej umowy Zamawiający nie sformułował żadnych zastrzeżeń, które skutkować by mogły wykluczeniem z postępowania Odwołującego w oparciu o art. 24 ust. 2a Ustawy.

Dowód: umowa z dn. 09.04.2013 r.;

referencje kierowników oddziałów terenowych Zamawiającego dotyczące prawidłowości wykonywania umowy przez Odwołującego

Jako, że OPC Sp. z o.o. Sp. k. realizuje aktualnie usługę transportu krwi i jej składników dla Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Krakowie, istnieje wiele czynników pozwalających na obniżenie kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia. Do czynników tych Odwołujący, w piśmie z dn. 19 lutego 2015 r., zaliczył przede wszystkim posiadanie:

1. aktualnego know-how co do sposobu realizacji zamówienia przez co organizacja pracy eliminuje wiele kosztów dodatkowych związanych z nadzorem, wdrożeniem i koordynacją pracy kierowców. Jednocześnie bliskie położenie siedziby Odwołującego od siedziby Zamawiającego pozwala na bez kosztowe sprawowanie kontroli nad personelem realizującym usługi przez najwyższe kierownictwo firmy, dzięki czemu Odwołujący oszczędza około 3.800 zł miesięcznie wynagrodzenia osoby, której w przeciwnym wypadku konieczne byłoby zatrudnienie na stanowisku kierowniczym służący nadzorowi prawidłowej realizacji tak dużej i istotnej umowy. Dzięki temu łączne oszczędności stanowią kwotę 91.200 zł;
2. kierowców znających aktualne realia pracy Zamawiającego, przez co Odwołujący nie będzie ponosił kosztów związanych z ich wdrożeniem do pracy i szkoleniami, nie poniesie też kosztów wstępnych badań lekarskich, szkoleń BHP, itp. przez co oszczędzi około 100 zł na każdego zatrudnionego pracownika, co łącznie daje kwotę 2.000 zł;
3. kompletu odzieży służbowej, zgodnego ze wzorem ustalonym z Zamawiającym, przez co nie będzie musiał ponosić kosztów szycia ubrań i haftu logotypów, koszt kompletu odzieży dla jednego pracownika to 900 zł, przez co łączna oszczędność stanowi kwotę 18.000 zł;

4. gotowych do świadczenia usług na rzecz Zamawiającego samochodów, które są oklejone zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, dzięki czemu Odwołujący poczyni kolejne oszczędności, koszt oklejenia jednego auta to około 2.500 zł, co daje łączną oszczędność w wysokości 30.000 zł;
5. sfinansowanych w znacznej części, w obecnie realizowanej dla Zamawiającego umowie, pojazdów, dzięki czemu Odwołujący oszczędza na kosztach leasingów, kredytów i amortyzacji kwotę około 9.000 zł miesięcznie, co daje łączną oszczędność w kwocie 216.000 zł;
6. własnego parkingu, zlokalizowany około 900 m od siedziby Zamawiającego, przez co Odwołujący czyni znaczne oszczędności na kosztach dojazdów pracowników do miejsca realizacji usług każdego dnia jak i na kosztach parkowania samochodów służących do realizacji zamówienia. Koszt miesięczny parkingu w centrum Krakowa to około 150 zł na jedno auto, co daje kwotę prawie 2.250 zł miesięcznie i łączną oszczędność na poziomie 54.000 zł; jednocześnie posiadając własny parking Odwołujący ogranicza także koszty myjni i sprzątnia samochodów, które to czynności wykonuje we własnym zakresie na terenie własnej firmy. Codzienne sprzątnie wnętrza pojazdu w firmie, posiadanym przez Odwołującego sprzętem pozwala na oszczędzenie około 1.200 zł miesięcznie, co łącznie daje kwotę 28.800 zł;

Ponadto jako duża firma transportowa, realizująca transporty dla Narodowego Funduszu Zdrowia, Wojewódzkiej Stacji Sanitarno-Epidemiologicznej, kilkudziesięciu krakowskich przychodni, firm ubezpieczeniowych oraz klientów indywidualnych Odwołujący posiada flotę łącznie 40 aut przez co wynegocjował z dostawcami rabaty od cen rynkowych:

7. na paliwo 5 gr na litrze, co daje oszczędność miesięczną w kwocie 200 zł;
8. na części i naprawy samochodów 20%, dzięki czemu oszczędza około 1.600 zł miesięcznie;
9. na ubezpieczenia pojazdów 15%, co daje Odwołującemu oszczędność roczną w kwocie około 10.000 zł.

Łączna wartość oszczędności wymienionych w pkt 7-9 wynosi 63.200 zł.

Suma powyższych czynników pozwala na zmniejszenie kosztów realizacji zamówienia o łączną kwotę 503.200 zł.

Zamawiający, pomimo powyższych szczegółowych wyjaśnień, uznał, że „w świetle powyższego wg oceny zamawiającego zachodzi hipoteza na podstawie art. 89 ust. 3, tj. wykonawca nie złożył wyjaśnień lub dokonana ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Omawiając kwestionowaną czynność Zamawiającego w postaci odrzucenia oferty Odwołującego należy przede wszystkim podnieść, iż Odwołujący w swoich wyjaśnieniach z

dn. 17 lutego 2015 r. przedstawił szczegółowe informacje, dalece wykraczające poza wymagania sformułowane przez Zamawiającego w piśmie z dn. 12 lutego 2015 r., w którym Zamawiający ograniczył się do powtórzenia treści przepisu art. 90 ust. 1 PZP. Tymczasem wezwanie skierowane do wykonawcy powinno być na tyle precyzyjne, aby po jego otrzymaniu wykonawca miał jasność co do tego, które elementy budzą wątpliwości Zamawiającego, aby mieć możliwość przedstawić wyjaśnienia korespondujące z tymi wątpliwościami (tak m.in. wyrok TSUE z 29 marca 2012 r., C-599/10, LexisNexis nr 3075458, SAG ELV Slovensko i in., Dz.Urz. UE 2012 C151/7/1). Pomimo niesprostana przez Zamawiającego wymogom nakazującym precyzyjne określenie oczekiwań w zakresie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na jej wysokość, Odwołujący szczegółowo przedstawił kwoty, które stanowią oszczędności przy realizacji zamówienia oraz wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla Odwołującego, a wynikające głównie z faktu realizacji dla Zamawiającego dotychczasowej umowy oraz korzystnych relacji handlowych ze swoimi dostawcami. Warto w tym miejscu przytoczyć wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, w którym Izba orzekła, że ilość, rodzaj i skala realizowanych przez wykonawcę przedsięwzięć ma wpływ na możliwość obniżenia ceny oferty. Kontakty handlowe, znajomość rynku, dostępność sprzętu, personelu, doświadczenie wyniesione z dotychczasowej realizacji mają wymierną wartość ekonomiczną (wyrok z dn. 03.2013 r., KIO 420/13, Lexis.pl nr 5407644).

W związku z powyższym należy stanowczo nie zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego i wskazać, iż doszło do poważnego naruszenia Ustawy - Prawo zamówień publicznych, które, zgodnie z art. 192 ust. 2 PZP, miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej „za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień tj. cenę wskazującą kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia (Wy KIO 577/14, LEX Delta nr 8390198). W niniejszym stanie faktycznym powyższa sytuacja nie miała miejsca. Jak to zostało wyżej wskazane, cena zaoferowana przez Odwołującego nie odbiega in minus od cen rynkowych w odniesieniu do transportu sanitarnego, a Odwołujący w swoich pisemnych wyjaśnieniach powołał na tę okoliczność cenę określoną przez Narodowy Fundusz Zdrowia dla transportu sanitarnego karetką transportową (0,84 zł za kilometr). Za reprezentatywny przykład cen rynkowych w tym obszarze może również służyć zamówienie publiczne udzielone przez Szpital Powiatowy w Chrzanowie, gdzie koszt jednego kilometra za transport pacjentów dializowanych wyniósł 0,99 zł. Zatem cena Odwołującego, kształtująca się na poziomie 1,38 zł za kilometr nie może zostać uznana za rażąco niską w myśl art. 89 ust 1 pkt 4 PZP. Zgodnie bowiem z innym orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej, „z ceny rażąco niską mamy do czynienia w sytuacji, <sup>TM</sup> której określona została ona przez wykonawcę na poziomie nierealnym, nie zapewniającym realizacji za nią przedmiotu zamówienia opisanego

w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, czy też nie umożliwiającym wykonawcy osiągnięcie zysku z jego realizacji." (Wyrok KIO z dn. 18 sierpnia 2014 r., KIO 1573/14, LEX Delta nr 8734414). Odwołujący zaprezentował dokładne wyliczenia, które pozwoliły na ograniczenie kosztów, przy świadczeniu usługi dla Zamawiającego. Odpowiadając na zarzut Zamawiającego, zawarty w ogłoszeniu o wyborze oferty z dn. 4 marca 2015 r., w zakresie nie przedstawienia dowodów na uzasadnienie tezy o rynkowym poziomie oferowanej przez Odwołującego ceny należy podnieść, iż Zamawiający jest profesjonalnym uczestnikiem obrotu, od wielu lat korzystającym z usług transportu sanitarnego i doskonale znającym obowiązujące w zakresie świadczeń medycznych prawo branżowe. Przedkładanie w związku z tym obowiązujące Zarządzenie Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia dotyczące warunków zawierania i realizacji umów o udzielanie świadczeń medycznych byłoby zupełnie pozbawione sensu i de facto stanowiło zakwestionowanie profesjonalizmu Zamawiającego (uczynił to sam Zamawiający, podnosząc ten argument w ogłoszeniu o wyborze oferty).

Odrzucenie wyjaśnień Odwołującego, w oparciu o brak wskazania elementów oferty, z których składa się cena (zakładając, że w ogóle zaistniały podstawy do żądania przez Zamawiającego wyjaśnień), jest również niezgodne z przepisami Ustawy. Jak podkreśliła Krajowa Izba Odwoławcza w swym orzeczeniu: „Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie ma wymogu przedstawiać szczegółowej kalkulacji uwzględniającej wszystkie elementy cenotwórcze." (Wyrok KIO z dn. 3 czerwca 2014 r., KIO 893/14, LEX Delta nr 8525679). Odwołujący postąpił więc jak najbardziej słusznie wskazując te elementy, które pozwalają ograniczyć koszty w sposób istotny. Nie jest bowiem możliwe udowodnienie obniżonej ceny wyłącznie w oparciu o wyliczenie składników, z których składa się cena. Odwołujący może sobie pozwolić na znaczne obniżenie kosztów, wobec faktu, iż jest gotowy do zawarcia umowy z Zamawiającym i nie musi czynić dodatkowych nakładów, do których byliby zobowiązani inni Wykonawcy. Nie narusza to w żaden sposób konkurencji rynkowej, bowiem koszty te zostały poniesione w trakcie realizacji poprzednich umów z Zamawiającym. Odwołujący nie może ponosić odpowiedzialności za fakt, iż inni Wykonawcy do swej ceny muszą doliczyć koszty, które Odwołujący już poniósł (np. zakup odpowiednich pojazdów i ich przygotowania), bądź ich ponosić nie musi (np. z uwagi na dobrą lokalizację parkingu). Pominięcie tych okoliczności przez Zamawiającego stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, sformułowanej w art. 7 PZP.

W związku z faktem, iż to na Odwołującym spoczywał obowiązek udowodnienia okoliczności, pozwalających na obniżenie ceny, należało uznać, iż wyjaśnienia Odwołującego, zawarte w piśmie z dn. 17 lutego 2015 r., były w zupełności wystarczające i brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego.

[...]"

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Podając, zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podstawę prawną rozstrzygnięcia zarzutów odwołania dotyczących ceny rażąco niskiej, w pierwszej kolejności należy wskazać, iż według art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Natomiast zgodnie z kolejnymi jednostkami redakcyjnymi art. 90 ustawy:

1. Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie 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 ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);
  - 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.



3. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Następnie, tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie. Mianowicie zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne. Ponadto zgodnie z przepisem art. 190 ust 1a Pzp dotyczącym postępowania odwoławczego, wprowadzającym szczególną regulację dotyczącą spraw o cenę rażąco niską – ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na:

- 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego;
- 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.

Powyższe regulacje wymagają podkreślenia zwłaszcza w kontekście, iż możliwość orzeczenia o wystąpieniu ceny rażąco niskiej, w tym stwierdzenia faktycznego domniemania jej wystąpienia oraz obalenia takiego domniemania, sprowadza się właśnie do kwestii dowodowych.

Jak słusznie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08: *„przepisy p.z.p. nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny [...]. Punktem odniesienia do określenia jest przedmiot zamówienia i przyjęć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”*

W związku ze wskazanym powyżej brakiem legalnej definicji, w orzecznictwie sądów okręgowych oraz KIO, a wcześniej w orzecznictwie arbitrażowym, ustalone zostały pewne cząstkowe lub ogólne, definicyjne ramy i odniesienia dla tego pojęcia. I tak według wyroku KIO 592/13: *„o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne”*. Ponadto w wyroku KIO 1562/11 wskazano: *„Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi*

względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładając wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.”

Również w wielu innych wyrokach dotyczących stosowania i interpretacji art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, pojęcie rażąco niskiej ceny ujmowane jest podobnie. Na przykład według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07: „o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę”. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r., XII Ga 88/09 wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: „odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych”.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) wskazano, m.in.: „Ustawa wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje 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 usługi, dostawy, roboty budowlanej.”

W przywoływanym orzecznictwie wskazuje się, iż ustawodawca używając pojęcia „rażąco niska” referuje do znaczącego zaniżenia kwotowego ceny ofertowej względem wskazanego w art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp punktu odniesienia, którym jest przedmiot zamówienia, a ujmując rzecz ściślej „wartość przedmiotu

zamówienia” (tak w: „Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wydanie trzecie” pod red. Tomasza Czajkowskiego, Warszawa 2007, str. 305). W konsekwencji, w świetle regulacji ww. przepisu, ekonomiczna wartość, jaką jest opisana określoną kwotą pieniężną cena ofertowa, odnoszona jest do wartości przedmiotu zamówienia, którą również należy wyrazić w ten sam sposób (w innym przypadku jakiegokolwiek porównania będą bezsensowne i bezprzedmiotowe). Tym samym dla porównania i stwierdzenia zaniżenia wartości żądanego świadczenia pieniężnego w stosunku do wzajemnego świadczenia niepieniężnego, konieczne jest ustalenie bądź przyjęcie jakiejś powinnej wartości pieniężnej owego świadczenia wzajemnego.

W ekonomii występuje znaczna ilość definicji pojęcia wartości – niejako wiele różnych „wartości”. Na potrzeby niniejszego uzasadnienia zbędne jest ich przywoływanie i charakteryzowanie. Wystarczy poprzestać na konstatacji, iż jak wynika z analizy przywoływanego wyżej orzecznictwa, w przypadku art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy chodzi o wartość rynkową. Tym samym to zastana wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady pracy i materiałów, ustalana przez porównanie cen występującym w danej branży i asortymencie, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej. Innymi słowy to realna, rynkowa wartość danego przedmiotu zamówienia, jest odniesieniem dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Zastrzec przy tym należy, iż rynek i dyktowany przezeń poziom cen, w większości przypadków uznać można za ostateczną miarę realnej wartości wszelkich dających się wycenić dóbr i usług.

W tym miejscu można dodać, iż w świetle orzecznictwa właśnie zaniżenie ceny ofertowej względem wartości rynkowej przedmiotu zamówienia jest pierwszym i koniecznym warunkiem zastosowania procedury wyjaśniającej cenę, o której mowa w art. 90 ust. 1 Pzp. W przypadku braku takiego zaniżenia zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp jako przesłanki odrzucenia oferty będzie nieuprawnione, a jakiegokolwiek ustalanie indywidualnych kosztów wykonawcy czy innych czynników pozwalających mu zaoferować cenę na danym poziomie, o których mowa w art. 90 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy, jest właściwie bezprzedmiotowe.

Tym samym wymagane w art. 90 ust. 2 Pzp udowodnienie przez wykonawcę, że jego cena ofertowa nie odbiega *in minus* od realnej, rynkowej wartości zamówienia stanowiło będzie wystarczające wykazanie, że nie zaoferowano ceny rażąco niskiej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, a tym samym brak jest przesłanek do zastosowania dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Natomiast w przypadku wystąpienia faktu zaniżenia ceny oferowanej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, konieczne będzie wykazywanie i ustalanie wszelkich okoliczności związanych z możliwością obniżenia ceny, w tym odnoszących się do indywidualnych kosztów wykonawcy związanych z wykonaniem danego zamówienia. Dopiero w tym w przypadku, gdy cena ofertowa odbiega od wartości zamówienia, aby udowodnić jej legalny charakter wykonawcy pozostawało będzie właściwie nic innego, jak wykazać dostępne mu indywidualne czynniki, które pozwoliły mu skalkulować cenę ofertową na zastanym poziomie, bez strat własnych i finansowania

zamówienia z innych źródeł (np. czynniki wymienione przykładowo w art. 90 ust. 1 pkt 1 i 2 lub po prostu rzetelną, wiarygodną i weryfikowalną kalkulację własnych kosztów wykonania zamówienia korespondującą z ceną oferowaną).

Powyższe wykonawca powinien uczynić w ramach wyjaśnień, do których zgodnie z art. 90 ust. 1 musi go wezwać zamawiający przed przesądzeniem charakteru ceny oferowanej.

Przy czym należy generalnie wskazać, iż w ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności zamawiającego. Czynność taka podjęta zostaje w oparciu o informacje dostępne zamawiającemu, które zgodnie z przepisami ustawy mógł i powinien uzyskać. Instytucja wyjaśnień, o której mowa w art. 90 Pzp, została przewidziana właśnie po to, aby wykonawca podał zamawiającemu stosowne informacje na temat własnych kalkulacji, cech i uwarunkowań... *etc.*, dowodzące możliwości zaoferowania cen obniżonej w stosunku do wartości zamówienia, a zamawiający mógł te informacje ocenić i na ich podstawie podjąć decyzję, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Wiadomości na temat kalkulacji cenowej wykonawcy oraz indywidualnych, dostępnych wykonawcy okoliczności, które taką kalkulację umożliwiają, zamawiający zazwyczaj nie może uzyskać i ustalić na podstawie innego źródła niż sam wykonawca i przede wszystkim informacje te powinien uzyskać w stosownym czasie – co pozwoli mu na dokonanie prawidłowej czynności przyjęcia bądź odrzucenia oferty – a nie dopiero na etapie postępowania odwoławczego. Tym samym, co do zasady, wykonawca już w ramach swoich wyjaśnień składanych zamawiającemu w odpowiedzi na jego wezwanie, powinien podać dostępne mu indywidualnie okoliczności i powody, które umożliwiły skalkulowanie tak niskiej ceny.

Izba natomiast może ocenić i stwierdzić w takim przypadku jedynie czy wyjaśnienia w tym przedmiocie były wystarczające, a ich ocena dokonana przez zamawiającego prawidłowa. Przynajmniej na takim założeniu opiera się dominujące w orzecznictwie sądów okręgowych i KIO, słuszne stanowisko w sprawie konieczności odrzucenia oferty, w przypadku gdy złożone wyjaśnienia cenowe były zbyt niekonkretne, lakoniczne i generalnie nie wykazywały możliwości zaoferowania przez danego wykonawcę ceny tak niskiej. Z tego względu pomijano uzupełnienia wyjaśnień dokonywane w postępowaniu odwoławczym. Jak bowiem wskazał Sąd Okręgowy w Poznaniu w uzasadnieniu wyroku z dnia 4 czerwca 2008 r., sygn. X Ga 127/08: *„Wobec wykształconej w orzecznictwie zasady odrzucania ofert wykonawców, którzy złożyli niepełne albo niedostateczne wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. powtórne umożliwienie jednemu z wykonawców dokonywania tej czynności z pewnością naruszyłoby zasadę uczciwej konkurencji”*.

Również w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 czerwca 2014 r. (sygn. akt KIO 893/14) wskazano: *„iż kwestia, czy w danej ofercie mamy do czynienia z ceną rażąco niską, czy też nie, powinna być rozstrzygnięta w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które stosownie do art. 15 ust. 1 ustawy pzp prowadzone jest przez zamawiającego. Jednocześnie warunkiem koniecznym jest dokonanie przez zamawiającego prawidłowej oceny wyjaśnień wykonawcy w toku prowadzonej procedury, o której mowa w art. 90 ustawy pzp.”* Natomiast w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r.

(sygn. akt XXIII Ga 1293/14), wydanym w wyniku skargi na ww. wyrok Izby, podkreślono znaczenie staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a także wskazano na konieczność uznania, iż cena ofertowa jest ceną rażąco niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą, że oferowana przezeń cena rażąco niska nie jest.

Powyższe tezy dotyczące wymaganej zawartości i „jakości” wyjaśnień składanych Zamawiającemu zostały sformułowane przez orzecznictwo jeszcze na gruncie uprzednio obowiązujących przepisów. W obecnym stanie prawnym ustawodawca właściwie przesądził ich słuszność, wprost wskazując w art. 90 ust. 2, że to wykonawca powinien udowodnić Zamawiającemu, iż jego cena nie jest rażąco niska, i udowodnić to na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym jak najbardziej aktualna i wymagająca podkreślenia, jest wyrażona w powoływanym wyżej orzecznictwie teza o wymaganej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a tym samym ryzyku jakie ponosi w przypadku uznania, iż są to wyjaśnienia niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny.

Na marginesie można jeszcze dodać, iż trudno generalnie dekretować optymalny i powinny kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. W szczególności w zależności od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Nie można więc z góry przesądzić czy w danym przypadku konieczne było przedstawianie wraz z wyjaśnieniami stosownych dowodów czy też wystarczające było tylko podanie i powołanie określonych informacji. Można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany – wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Stosowana powszechnie w dokumentach tego typu beletrystyka polegająca na mnożeniu ogólników o wielkim doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożeniu niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, korzystnym położeniu jego bazy czy siedziby, *etc.*... przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Jako taka, może być traktowana jedynie jako dopełnienie i tło dla bardziej konkretnych i wymiernych danych podawanych w ramach wyjaśnień, a nie ich podstawa czy zasadnicza treść. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc na tyle konkretne, aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności.

W rozpatrywanym przypadku Odwołujący podjął próbę wykazania obu opisanych wyżej grup okoliczności, które mogły przesądzić legalny charakter ceny przezeń oferowanej, tzn.

usiłował wykazać, że jego cena nie odbiega od rynkowej wartości przedmiotu zamówienia, jak też wskazywał na dostępne mu czynniki i okoliczności, które umożliwiły mu jej skalkulowanie na zastanym poziomie.

W ocenie Izby Odwołujący powyższego nie udowodnił – nie udowodnił swoich tez o rzeczywistej wartości rynkowej przedmiotu zamówienia (odpowiadającej jego cenie ofertowej), jak też nie wykazał Zamawiającemu swoich indywidualnych możliwości zaoferowania ceny zaniżonej w stosunku do rynkowej wartości przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zaoferował wykonanie zamówienia za kwotę 1 173 000 zł, co daje cenę 1,38 za km. Szacunkową wartość zamówienia podstawowego ustalono na kwotę nieco ponad 1 617 000 zł. W dwóch innych ofertach złożonych w postępowaniu zaoferowano: 1 487 500 zł i 2 040 000 zł.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż okolicznościami przesądzającymi o rzeczywistej wartości rozpatrywanego przedmiotu zamówienia na poziomie ok. 1,80 zł za km., jest w tym przypadku porównanie szacunkowej wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego, cen dwóch pozostałych ofert złożonych w postępowaniu, a także ceny (1,86 zł/km) oferowanej przez Odwołującego w uprzednim postępowaniu dotyczącym takiego samego przedmiotu zamówienia, za którą obecnie Odwołujący te usługi realizuje (są to okoliczności przez wszystkie strony powoływane i przyznawane, pomiędzy stronami niesporne, nie wymagające żadnych formalnych dowodów).

W związku z wystąpieniem tego typu okoliczności, tj. znacznym bo 25-30% zniżeniem ceny ofertowej względem powyższych wyznaczników rynkowej wartości zamówienia, Zamawiający był uprawniony do powzięcia wątpliwości, co do legalności ceny oferowanej przez Wykonawcę i tym samym, przed odrzuceniem oferty z tego tytułu, był zobowiązany do umożliwienia wykonawcy wyjaśnienia wszystkich okoliczności związanych z wycenieniem jego świadczenia w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Za nieprzekonywujące i niewystarczające dla zmiany przyjętego stanowiska nt. realnej wartości przedmiotu zamówienia, Izba uznała dowody, czy raczej wynikające z nich okoliczności, powoływane przez Odwołującego: stawki za przewozy medyczne kontraktowane przez NFZ oraz poziom ceny zakontraktowanej w ramach zamówienia w Szpitalu Powiatowym w Chrzanowie.

W pierwszym wypadku stawka powoływana przez Odwołującego dotyczy przewozów dalekich (ponad 400 km), które stanowią jedynie niewielką część przedmiotowego zamówienia. Natomiast jaka średnia długości tras wynika z przedmiotowej specyfikacji i tym samym jaka właściwa stawka kontraktowana przez NFZ będzie miała tu zastosowanie, żadna ze stron nie wykazała.

Zamówienie udzielone przez Szpital Powiatowy w Chrzanowie pn. „Świadczenie usług transportowych dowozu i odwozu pacjentów stacji dializ”, po pierwsze stanowi jednostkowy przykład cen występujących na rynku, który trudno uogólnić na potrzeby niniejszego postępowania. Po drugie jego przedmiot – co wynika ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia załączonej do odwołania – jest inny niż przedmiot niniejszego postępowania. Warunki transportu osób na terenie Chrzanowa i okolic są z pewnością inne niż warunki transportu krwi na terenie Krakowa i okolic. Ponadto inny jest zakres wymagań umownych. W związku z powyższym trudno przyjmować porównywalność obu przedmiotów zamówienia i ich wartości.

Izba nie uznała również wyjaśnień składanych przez Odwołującego Zamawiającemu w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, a konkretnie informacji tam podawanych w zakresie szczególnych oszczędności dostępnych Odwołującemu – za wystarczające udowodnienie możliwości takiego skalkulowania ceny ofertowej.

W tym zakresie należy wskazać, iż informacje niepełne i wybiórcze, odnoszące się li tylko do części kosztów wykonania zamówienia, których wykonawca nie poniesie, a pomijające kalkulację zasadniczych kosztów wykonania zamówienia, które poniesie – stanowią w tym przypadku niewystarczającą podstawę do oceny realności kalkulacji całości kosztów wykonania zamówienia i weryfikacji braku zaniżenia wyceny oferowanych usług. Odwołujący w tym przypadku – jak słusznie wskazał Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty – nie przedstawił informacji na temat wyceny zasadniczych elementów kosztotwórczych składających się na wykonanie tego zamówienia, np. takich jak: koszty paliwa, siły roboczej, koszty serwisu samochodów, ubezpieczeń, etc.

Informacje tego typu należało w tym przypadku podać Zamawiającemu w trakcie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, aby umożliwić mu ich ocenę i weryfikację. Przedstawianie tego typu okoliczności, a następnie ich dowodzenie przed Izbą, należało uznać za spóźnione.

Również same informacje na temat możliwych i dostępnych Odwołującemu oszczędności względem cen oferowanych przez innych wykonawców lub jego uprzednich cen, są w tym przypadku niewystarczające, nieweryfikowalne, nieudowodnione, a przede wszystkim niewiarygodne.

Odnosząc się do niektórych okoliczności powoływanych w wyjaśnieniach Odwołującego z dnia 19 lutego 2015 r., Izba wskazuje:

1. Niewiarygodne jest, iż w poprzednim zamówieniu wyceniono w ogóle koszty jakiegokolwiek personelu nadzorującego i zarządzającego, który następnie nie pełnił swoich obowiązków w tym zamówieniu w związku z brakiem takiej potrzeby. Tym bardziej, że w wyjaśnieniach Odwołujący powyższe przedstawia jako korzyść z bliskości siedziby, która pozwala mu na rezygnację z zatrudnienia osoby nadzorującej,

a która – jak można przyjąć na podstawie wyjaśnień – byłaby niezbędna, gdyby siedziba firmy zlokalizowana byłaby gdzie indziej. Przy czym żadna osoba przeznaczona specjalnie dla kierowania i nadzorowania realizacji tego kontraktu, niezależnie od położenia siedziby firmy, potrzebna nie jest.

2. Wskazane oszczędności z tytułu kosztów wstępnych badań lekarskich, szkoleń BHP, itp. są na tyle marginalne, że w ogóle nie mogą rzutować na ocenę realności całej ceny ofertowej.
3. Informacje o kwotach oszczędności z tytułu posiadania samochodów i redukcji kosztów związanych z utrzymaniem czy wyposażeniem parku samochodowego koniecznego do realizacji zamówienia, są podawane w sposób bardzo niekonkretny i chociażby z tego względu są nieweryfikowalne. Podawane wielkości są więc gołosłowne i li tylko deklaratoryjne. Nie wiadomo np. skąd miałyby wynikać przyjęta kwota 9000 zł oszczędności miesięcznie.

Powyższe zastrzeżenia można również odnieść do innych pozycji wyjaśnień, wskazując przy tym, iż powoływane oszczędności kosztowe są czynione względem nie wiadomo jakiego poziomu kosztów zastanych, czyli jaki poziom kosztów związanych z tym zamówieniem wykonawca będzie ponosił, a względem którego dopiero czynić może wskazywane oszczędności.

Reasumując powyższe, Izba stwierdziła, iż Odwołujący, wbrew wymaganiom art. 90 ust. 2 ustawy, nie udowodnił Zamawiającemu, że jego cena ma legalny charakter.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Nie zasądzone wnioskowanych przez Zamawiającego kosztów zastępstwa procesowego w związku z brakiem przedłożenia rachunków potwierdzających ich poniesienie, o których mowa w ww. przepisie.

.....