

WYROK
z dnia 18 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 marca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2016 r. przez **Odwolującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) OVISTA GROUP Sp. z o.o. Sp. k, ul. M. Focha 18, 85-070 Bydgoszcz, 2) TELENERGIA Sp. z o.o., ul. M. Focha 18, 85-070 Bydgoszcz**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – TAURON Sprzedaż Sp. z o.o., ul. Łagiewnicka 60, 30-417 Kraków oraz TAURON Sprzedaż GZE Sp. z o.o., ul. Barlickiego 2, 44-100 Gliwice**,

przy udziale wykonawców:

A. Cotel Sp. z o.o., ul. Kukuczki 5 lok. 17-18, 50-570 Wrocław,

B. 3LABS Sp. z o.o., ul. Modlińska 129/10, 01-186 Warszawa,

C. MASS CONTACT CENTER Sp. z o.o., ul. Lotników 10, 68-200 Żary,

- zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie **Zamawiającego**,

orzeka:

1. **oddala odwołanie**,

2. kosztami postępowania obciąża **Odwolującego**, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr**

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwolującego** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

1

Uzasadnienie

Zamawiający – TAURON Sprzedaż Sp. z o.o., ul. Łagiewnicka 60, 30-417 Kraków oraz TAURON Sprzedaż GZE Sp. z o.o., ul. Barlickiego 2, 44-100 Gliwice – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie pn. „Zawarcie umowy ramowej na świadczenie w imieniu i na rzecz TAURON Sprzedaż Sp. z o.o. oraz TAURON Sprzedaż GZE Sp. z o.o. usług pośrednictwa sprzedaży usług/ofert świadczonych przez firmy TAURON Sprzedaż Sp. z o.o. i/lub TAURON Sprzedaż GZE Sp. z o.o. oraz świadczenie innych usług nie związanych ze sprzedażą, za pośrednictwem telefonu i przy wykorzystaniu systemu CC Zamawiającego i/lub Wykonawcy”. W prowadzonym postępowaniu Zamawiający stosuje odpowiednio przepisy dotyczące udzielenia zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 4 marca 2016 r., Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1) OVISTA GROUP Sp. z o.o. Sp. k, ul. M. Focha 18, 85-070 Bydgoszcz, 2) TELENERGIA Sp. z o.o., ul. M. Focha 18, 85-070 Bydgoszcz – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego z dnia 23 lutego 2016 r. dotyczącej wyboru najkorzystniejszej oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 90 ust. 3 ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy poprzez:
- a) uznanie, iż oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę bez odniesienia do przedmiotu zamówienia, czyli osiągnięcia przez Wykonawcę danej liczby Sukcesów,
 - b) odrzucenie oferty Odwołującego bez zbadania ofert Wykonawców pod kątem ceny za minutę rozmowy w połączeniu z ceną za usługę kurierską, w celu ustalenia ceny jednostkowej za Sukces, będącej rzeczywistą ceną ofertową służącą do obliczenia wynagrodzenia Wykonawców,
 - c) nieuwzględnienie wyjaśnień Odwołującego dotyczących wyliczenia ceny, zawierających opis wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla Odwołującego, a także precyzyjnie wyjaśniających podstawy wyliczenia ceny za usługę kurierską w wysokości 0,01 zł.
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy poprzez uznanie, iż oferta Odwołującego narusza zasady uczciwej konkurencji.

2

- 3) art. 92 ust. 1 pkt 2) ustawy poprzez brak rzetelnego uzasadnienia przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego z dnia 23 lutego 2016 r. dotyczącej wyboru najkorzystniejszej oferty, przeprowadzenia ponownie procesu badania ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono m.in., że w dniu 21 grudnia 2015 roku Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień celem ustalenia, czy oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę usług kurierskich, która odbiega od średniej arytmetycznej (11,78 zł brutto) ważnych ofert złożonych w postępowaniu o 100%, poprzez wskazanie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wraz z dowodami na ich poparcie. Wątpliwości Zamawiającego wzbudził fakt, iż Odwołujący określił cenę za usługę kurierską na poziomie 0,01 zł.

Pismem z dnia 28 grudnia 2015 roku Odwołujący złożył wyjaśnienia, w których wskazywał, iż w jego ocenie nie jest zasadne badanie przez Zamawiającego zastosowanej ceny za usługę kurierską pod kątem rażąco niskiej ceny. Dopuszczając jednak możliwość, że Zamawiającemu w związku z wprowadzeniem do formularza oferty elementu w postaci „ceny za usługi kurierskie”, przysługuje prawo do weryfikacji tej stawki, Odwołujący nie złożył w tym zakresie odwołania, natomiast w odnośnym piśmie wskazał na podstawy jej wyliczenia, informując na str. 7 wyjaśnień w pkt, d) o umowie przedwstępnej z dnia 30 listopada 2015 roku zawartej z firmą Ovista Group Sp. z o.o., w ramach której - zgodnie z jej punktem 8 i 9 - Odwołującemu przysługiwało prawo do żądania od Ovista Group Sp. z o.o. realizacji usług kurierskich bez ponoszenia dodatkowych kosztów przez Zamawiającego (umowa ta została załączona jako dowód). Odwołujący wyjaśnił również, że widzi możliwości realizacji usługi wraz z uzyskaniem podpisu klienta bez konieczności wykorzystania kuriera. Następnie Zamawiający dnia 12 stycznia 2016 roku powtórnie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień celem ustalenia, czy oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę usług kurierskich, która odbiega od średniej arytmetycznej (11,78 zł brutto) ważnych ofert złożonych w postępowaniu o 100%, poprzez wskazanie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wraz z dowodami na ich poparcie. Dnia 15 stycznia 2016 roku Odwołujący złożył uzupełniające wyjaśnienia w zakresie sposobu wyliczenia stawki „cena za usługę kurierską” w kwocie 0,01 zł, zawierające dowód w postaci umowy z komplementariuszem Ovista Group Sp. z o.o. Załączona umowa o współpracy z dnia 11 grudnia 2015 roku określała w § 2 zobowiązanie firmy Ovista Group Sp. z o.o. do realizacji na własny koszt co najmniej 1000 przesyłek miesięcznie za pośrednictwem firmy kurierskiej

3

KE-X, Ponadto Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko o możliwości realizacji zamówienia w części wymagającej uzyskania podpisu klienta na umowach bez korzystania z usługi kurierskiej.

Uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego, Zamawiający stwierdził, iż:

- 1) Odwołujący nie wyjaśnił w swoich wyjaśnieniach, dlaczego zaoferowana przez niego cena

za usługę kurierską w kwocie 0,01 zł nie jest ceną rażąco niską, w tym zwłaszcza poprzez wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na zaoferowaną cenę, a nadesłane przez Odwołującego wyjaśnienia nie usuwają uzasadnionych wątpliwości Zamawiającego i nie dają rękojmi prawidłowej realizacji umowy, 2) Oferta Odwołującego narusza zasady uczciwej konkurencji.

W pierwszej kolejności podniesiono, iż zarzuty Zamawiającego zostały sformułowane w sposób wysoce ogólnikowy, co utrudnia Odwołującemu merytoryczne ustosunkowanie się do przedmiotowej czynności Zamawiającego. Już sam ten fakt powinien skutkować unieważnieniem czynności Zamawiającego, bowiem niewystarczające jest podanie jakiegokolwiek uzasadnienia przyczyn odrzucenia oferty, ale musi być ono rzetelne i przekonujące.

W zakresie braku rażąco niskiej ceny Odwołujący argumentował, że na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy 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, a zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

A zatem każdorazowo Zamawiający zobowiązany jest do tego, aby - uwzględniając indywidualne okoliczności postępowania - dokonać rzetelnej oceny, czy zaproponowana przez Wykonawcę cena nie ma charakteru rażąco niskiego, a tym samym nie daje rękojmi prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym niezwykle istotne, wręcz kluczowe, jest ustalenie przedmiotu zamówienia, tym bardziej że w prowadzonym postępowaniu nie określono ceny ryczałtowej przedmiotu zamówienia. Odwołujący zwrócił uwagę na aktualne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, dotyczące sytuacji, w których należne Wykonawcy wynagrodzenie, obliczane każdorazowo, ma być przemnażane przez cenę jednostkową i faktycznie wykonaną przez Wykonawcę ilość usług (co ma miejsce w tym przypadku). W takich przypadkach konkretyzacja ceny następuje dopiero po ustaleniu faktycznie zrealizowanej liczby jednostek, co z kolei oznacza, że z punktu widzenia stron umowy wycena poszczególnych jednostek ma istotne znaczenie (zob. wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 2734/14). Oznacza to więc, że decydujące dla Zamawiającego podejmującego się analizy rażąco niskiej ceny, powinny być zawsze indywidualne okoliczności postępowania, które mogą

4

dotatkowo wymagać zdefiniowania i badania ceny jednostkowej służącej do obliczania wynagrodzenia.

Przechodząc do uzasadnienia zarzutu dotyczącego uznania, iż oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę bez odniesienia do przedmiotu zamówienia, czyli osiągnięcia przez Wykonawcę danej liczby Sukcesów, podniesiono, że został on sformułowany wyłącznie na podstawie oceny Zamawiającego dotyczącej podanej przez Wykonawcę odrębnie stawki „cena za usługę kurierską”, bez uwzględnienia niesamoistnego charakteru tej stawki, która dotyczy zaledwie jednej z czynności mogącej wejść w skład pojedynczej usługi. Odwołujący podkreślił, że zgodnie z zapisami SIWUR oraz umowy ramowej przedmiotem zamówienia są Kampanie określone w Załączniku nr 1 do SIWUR „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia”, na które składają się pojedyncze usługi, do wykonania których potrzebnych jest szereg czynności. Ze wzoru wynagrodzenia podanego w umowie ramowej w § 4 ust. 3 wynika, że wyłącznie za poprawnie wykonaną usługę, tzn. za Sukces, Zamawiający przewidział wynagrodzenie jednostkowe. Wzór ten jest również potwierdzeniem tego, że Zamawiający będzie dokonywał obliczenia wynagrodzenia Wykonawców za Kampanie na podstawie ilości Sukcesów oraz stawki za jeden Sukces.

Już wstępna analiza treści Załącznika nr 1 do SIWUR, tożsamego z Załącznikiem nr 1 do umowy ramowej, prowadzi do wniosku, iż Zamawiający przewidział w ramach zleczanych zadań usługi, w realizacji których nie jest potrzebna usługa kurierska. Dotyczy to kampanii określonych w pkt 2) ppkt 3) i 4) tego załącznika - Kampanii Informacyjnej oraz Kampanii Ankiетowej (szczegółowy opis tych Kampanii podano w pkt 8) i 9) tego załącznika). Nie bez znaczenia jest też fakt, że usługa wskazana w pkt 2) ppkt 1), czyli Kampania Sprzedażowa, zgodnie z informacjami przekazanymi przez Zamawiającego w pkt 6) ppkt 3) tego załącznika, będzie wymagała podejmowania czynności „czasem z wykorzystaniem kuriera”, a usługa wskazana w pkt 2) ppkt 2), czyli Kampania Pozyskaniowa, zgodnie z

informacjami przekazanymi przez Zamawiającego w pkt 7) ppkt 4) tego załącznika, będzie wymagała „przesłania dokumentów (najczęściej z wykorzystaniem kuriera)”. Tym samym Zamawiający, określając przedmiot zamówienia, uwzględnił i dopuścił możliwość zrealizowania wszystkich usług bez usługi kurierskiej. Już sam ten fakt powinien budzić wątpliwości, czy zasadne jest dokonanie oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny wyłącznie na podstawie stawki opcjonalnej z punktu widzenia realizacji zamówienia - „ceny usługi kurierskiej”. Prowadzi to do powstania zasadniczego pytania, w jaki sposób w tych okolicznościach postępowania należy ocenić oferty Wykonawców pod kątem rażąco niskiej ceny. W ocenie Odwołującego jedynym sposobem dokonania oceny ceny ofertowej jest uwzględnienie ceny za Sukces, będącej w myśl umowy ramowej podstawową i najmniejszą - bo zarazem jednostkową - ceną, za którą przysługuje Wykonawcy wynagrodzenie. Na cenę

5

za Sukces składają się w przypadku Kampanii nr 1 i 2 obie stawki podane na formularzu oferty, tj. stawka „cena za minutę rozmowy” w połączeniu ze stawką „cena za usługę kurierską” (o ile czynność wymagająca użycia kuriera występuje w realizacji usługi), a w przypadku Kampanii nr 3 i 4 stawki „cena za minutę rozmowy”, w każdej Kampanii zawsze na podstawie wzoru przedstawionego w § 4 ust. 3 umowy ramowej. Wzór ten pozwala ocenić wynagrodzenie za dany okres rozliczeniowy, w trakcie którego Wykonawca będzie realizował przedmiot zamówienia. Zgodnie z tym wzorem łączne wynagrodzenie za Kampanię składa się z sumy wynagrodzeń za sprzedane produkty (i), a więc pojedyncze Sukcesy (wyliczone między innymi na podstawie współczynników TAK - „Średni czas rozmów potrzebny do realizacji jednego Sukcesu (min) dla danej kampanii” oraz TCK - „Średni czas pracy po rozmowie potrzebny do realizacji jednego Sukcesu (min) dla danej kampanii”). Analiza wzoru prowadzi do wniosku, że wynagrodzenie przysługuje wyłącznie za osiągnięty Sukces, którego wartość jest ceną jednostkową, a nie za realizację czynności zmierzających do jego osiągnięcia, w tym za realizację usługi kurierskiej, która bez osiągnięcia Sukcesu nie zostanie rozliczona. Tylko wartość ceny za Sukces powinna być przedmiotem badania przez Zamawiającego jako ceny oferty, a potwierdza to także fakt, że do realizacji przedmiotu zamówienia Zamawiający przewidział wyznaczanie celów w oparciu o ilościową Kartę Celów, o której mowa w § 1 pkt 27 umowy ramowej, zgodnie z którym dokument ten każdorazowo zawiera Plan sprzedaży mierzony ilością Sukcesów do wykonania w ramach zleconej Kampanii. W świetle tych informacji strategiczne znaczenie ma pojęcie Sukcesu, który stanowi jedyną rzeczywistą wartość jednostkową służącą jako podstawa do obliczenia wynagrodzenia. Zgodnie z definicją zawartą w § 1 pkt 26 umowy ramowej przez Sukces rozumie się:

- 1) dla Kampanii sprzedażowej - zawarcie odpowiedniego Kontraktu z Klientem, potwierdzone nadaniem na podstawie ilościowej Karty Celów odpowiedniego statusu w systemie informatycznym TAURON,
- 2) dla Kampanii pozyskaniowej - zawarcie odpowiedniego Kontraktu z Klientem, potwierdzone nadaniem na podstawie ilościowej Karty Celów odpowiedniego statusu w systemie informatycznym TAURON,
- 3) dla Kampanii Ankiety i Informacyjnej - określany jest każdorazowo przed startem Kampanii w ilościowej Karcie Celów.

Tym samym dla Odwołującego niezrozumiałe jest, dlaczego Zamawiający odrzucił jego ofertę bez zbadania ofert Wykonawców pod kątem ceny za minutę rozmowy w połączeniu z ceną za usługę kurierską, w celu ustalenia ceny jednostkowej za Sukces, będącej rzeczywistą ceną ofertową służącą do obliczenia wynagrodzenia Wykonawców.

Odnosne wyliczenia przygotowane przez Odwołującego zostały zawarte w formie szczegółowych danych oraz tabeli, zaprezentowanych w Załączniku nr 1 do niniejszego

6

odwołania. Dowodzą one, że Zamawiający nie ma podstaw do uznania ceny oferty Odwołującego za rażąco niską.

Przechodząc do uzasadnienia zarzutu nieuwzględnienia wyjaśnień Odwołującego dotyczących wyliczenia ceny, zawierających opis wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla Odwołującego, należy podkreślić, że udzielone odpowiedzi precyzyjnie wyjaśniały podstawy wyliczenia ceny za usługę kurierską w wysokości 0,01 zł, dowodząc staranności w przygotowaniu oferty dla Zamawiającego.

Odwołujący w procesie wyjaśniania jasno wykazał przyczyny wyceny usług kurierskich na podaną kwotę, przedstawiając dowody w postaci umowy przedwstępnej z dnia 30 listopada 2015 roku oraz umowy o współpracy z dnia 11 grudnia 2015 roku. W ocenie Odwołującego wezwania Zamawiającego do złożenia wyjaśnień celem ustalenia, czy oferta Odwołującego „zawiera rażąco niską cenę usług kurierskich, która odbiega od średniej arytmetycznej (11,78 zł brutto) ważnych ofert złożonych w postępowaniu o 100%, poprzez wskazanie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wraz z dowodami na ich poparcie” mogły oznaczać, że Zamawiający automatycznie pominął znaczenie ceny jednostkowej za Sukces, tym bardziej że w swoich wezwaniach do złożenia wyjaśnień nie odnosił się do ceny za minutę rozmowy podanej przez Odwołującego, a jego wątpliwości wzbudziła wyłącznie „cena za usługę kurierską”. Uznając jednak, że Zamawiający dokona prawidłowej analizy pojęcia ceny ofertowej, Odwołujący odpowiedział na wezwania pismami z dnia 28 grudnia 2015 roku oraz z dnia 15 stycznia 2016 roku, opisując swoje wątpliwości, ale przede wszystkim wskazując precyzyjnie na podstawy wyliczenia stawki „cena za usługi kurierskie” w wysokości 0,01 zł.

Odwołujący przyznał, iż nie podał nazwy stowarzyszenia, którego struktury i zasięg miały być wykorzystane do realizacji przedmiotu umowy, ale jedyną przyczyną tego faktu była tajemnica przedsiębiorstwa, co w ocenie Odwołującego nie miało znaczenia dla oceny możliwości realizacji usług kurierskich. Odwołujący przedłożył na tę okoliczność umowę przedwstępną z dnia 30 listopada 2015 roku, na podstawie której jego komplementariusz zobowiązał się zgodnie z pkt od 4 do 7 do zorganizowania procesu współpracy umożliwiającego wykorzystanie specyfiki organizacyjnej Stowarzyszenia oraz zrealizowania nowatorskiego pomysłu pozyskiwania od klientów dokumentacji niezbędnej w procesie zawierania umów sprzedaży. Niezależnie od tych ustaleń, zgodnie z pkt od 8 do 9, ustalono możliwość współpracy z zakresie pozyskiwania przez Odwołującego innych baz danych od komplementariusza wraz z określeniem sposobu rozliczeń za proces pozyskiwania dokumentacji od klientów. Te ostatnie zapisy zostały skonkretyzowane w umowie o współpracy z dnia 11 grudnia 2015 roku w § 2. Nierozumiiałm jest dla Odwołującego, dlaczego Zamawiający nie uwzględnił tych okoliczności, ani nie wyjaśnił, dlaczego jego zdaniem podpisanie takich umów nie daje rękojmi prawidłowej realizacji umowy będącej

7

przedmiotem zamówienia publicznego. Skoro Odwołujący uzyskał możliwość realizacji 1000 przesyłek kurierskich miesięcznie oraz dodatkowo gwarantowano mu dostęp do 30 000 rekordów baz danych miesięcznie, nie ma żadnych podstaw uznania, że Odwołujący nie uzyskałby tych świadczeń od swego kontrahenta i w rezultacie nie byłby w stanie zrealizować umowy ramowej. Stawka 0,01 zł wynikała z kalkulacji przeprowadzonej przez Odwołującego na podstawie powyższych umów zawieranych w celu osiągnięcia racjonalnych i biznesowych założeń współpracy pomiędzy podmiotami gospodarczymi. W rezultacie jedyny koszt, który zostałby poniesiony przez Odwołującego na jedną przesyłkę kurierską wynosiłby 0,00 zł.

Odwołujący Podsumowując wskazał, że z uwagi na to, iż nie można otrzymać wynagrodzenia mniejszego niż wynagrodzenie za jeden Sukces, należy przyjąć, że cena za Sukces jest najmniejszą jednostką rozliczeniową w ramach tego postępowania. Ilość Sukcesów decyduje o wartości wynagrodzenia i tym samym wartości przedmiotu zamówienia. Porównanie przedstawione przez Odwołującego w Załączniku nr 1 potwierdza, że wynagrodzenie skalkulowane na podstawie stawek podanych w ofercie zapewnia mu wynagrodzenie na średnim poziomie, tzn. w niektórych przypadkach nieznacznie niższe, a w niektórych nieznacznie wyższe od Wykonawców wybranych w postępowaniu. Tym samym nie powinno budzić wątpliwości ani uprawniać do wyciągnięcia wniosku, że oferta Odwołującego nie zapewni mu wynagrodzenia pokrywającego koszty realizacji przedmiotu umowy i osiągnięcie zysku, co powinno być wynikiem badania tej oferty pod kątem rażąco niskiej ceny.

Wskazano następnie, że Odwołującemu nie są znane żadne okoliczności, w tym orzecznictwo KIO, w których podaną cenę uznaje się za cenę rażąco niską automatycznie, to jest bez odniesienia do zapisów SIWUR, nawet w sytuacji, gdy Zamawiający postanowił odrębnie oceniać ceny wskazane w ofercie. Pomimo tego, że Zamawiający w tym przypadku zachował prawo do badania każdej pozycji z formularza ofertowego, to samo uznanie za cenę rażąco niską nie może mieć miejsca w oderwaniu od przyjętych w SIWUR i umowie ramowej zasad wynagradzania, wyłącznie na podstawie stawki „cena za usługę kurierską”.

Automatyczne dokonanie oceny złożonej przez Odwołującego oferty wyłącznie na podstawie stawki „cena za usługę kurierską” prowadziłoby do absurdalnego wniosku, że nie można osiągnąć zysku ze sprzedaży usługi w sytuacji, gdy wysyła się przesyłkę kurierem bez naliczania za tę usługę dodatkowych opłat, co jest standardowo stosowaną praktyką. Powszechnie znane są sytuacje, w których sprzedawca rezygnuje z pobierania opłaty za przesyłki kurierskie, dzięki wyjątkowo sprzyjającym warunkom biznesowym oraz oryginalności projektu (np. sklepy internetowe).

Końcowo Odwołujący podniósł, że za rażąco niską należy uznać tylko taką cenę, która jest nierealistyczna, za którą nie jest możliwe należyte wykonanie przedmiotu

8

zamówienia i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych Wykonawcy, nie pozwalając mu na wygenerowanie zysku. Odnosząc tę zasadę do niniejszego postępowania, podana cena może być rażąco niska jedynie w sytuacji, w której cena za jeden Sukces nie zapewni wynagrodzenia wystarczającego na pokrycie kosztów Wykonawcy oraz osiągnięcie zysku. Wynika to z utrwalonego orzecznictwa KIO. Przykładowo w wyroku KIO z dnia 4 lutego 2014 r., sygn. akt KIO/KD 5/2014 wskazano: *„Tym samym cena jaką zaproponował Wykonawca nie pokrywa choćby w najmniejszym zakresie kosztów, jakie Wykonawca ten zobowiązany będzie ponieść na realizację przedmiotowego zamówienia, nie mówiąc już o zysku, który nie jest możliwy do osiągnięcia za cenę przedstawioną w ofercie.”*. Wynagrodzenie za usługę kurierską w wysokości 0,01 zł pokrywa więc konieczne nakłady Odwołującego na usługę kurierską. Zostały zatem spełnione przesłanki, o których mowa w wyroku KIO z dnia 7 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 1125/14: *„Przy takiej konstrukcji zamówienia, zrezygnowanie z jednego źródła zysku (a do tego w istocie prowadzi zaoferowanie ceny w wysokości 0,01 zł), nie powoduje, że Wykonawca w ogóle nie otrzyma wynagrodzenia w związku z zakupem biletu, dokonany przez Zamawiającego za pośrednictwem Wykonawcy. W związku z tym, brak jest podstaw do postawienia zarzutu, że w takim przypadku Wykonawca zaoferował cenę poniżej kosztów realizacji usługi.”*

W odniesieniu do zarzutu bezpodstawnego uznania oferty za czyn nieuczciwej konkurencji Odwołujący podniósł, że poza ogólnikowym stwierdzeniem Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił tego zarzutu, w szczególności poprzez podanie konkretnego przepisu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), którego naruszenia miał rzekomo dopuścić się Odwołujący, względnie poprzez wykazanie zaistnienia przesłanek uznania czynności Odwołującego za czyn nieuczciwej konkurencji, o których mowa w art. 3 tej ustawy. Zamawiający nie udowodnił, na czym polegała bezprawność działań Odwołującego lub sprzeczność z dobrymi obyczajami i w jakie oraz czyje interesy to godzi. Zamawiający nie wyjaśnił także, dlaczego uznał wyjaśnienia Odwołującego za niewystarczające, w szczególności dlaczego nie dał wiary postanowieniom umowy z komplementariuszem, gwarantujących Odwołującemu prawo do 1000 przesyłek kurierskich miesięcznie, ani nie przedstawił argumentów uzasadniających prawidłowość własnej oceny wyjaśnień Wykonawcy. Na Zamawiającym spoczywał obowiązek wykazania, które wyjaśnienia Odwołującego go nie przekonały i dlaczego. Zamawiający nie uczynił zadość temu obowiązkowi. W świetle powyższego Odwołujący jest zmuszony do analizy tego zagadnienia pod różnymi kątami.

Po pierwsze, uwzględnienie oferty Odwołującego nie stanowiłoby naruszenia zasad uczciwej konkurencji, bowiem gdyby oferta Odwołującego nie została odrzucona, zajęłaby

9

drugie miejsce w ramach postępowania, które miało na celu wyłonić sześciu Wykonawców, a zatem nie można stawiać Odwołującemu zarzutu działania na szkodę pozostałych Wykonawców, eliminującego nieuczciwymi praktykami rynkowymi innych uczestników postępowania. Uwzględnienie oferty Odwołującego wykluczyłoby natomiast z postępowania uczestnika, który zaproponował wyższą cenę ofertową: wyższą cenę za minutę rozmowy i wyższą cenę za usługę kurierską. Spełniłoby to elementarną zasadę prawa zamówień publicznych, aby realizację zamówień zlecać tym uczestnikom postępowania, którzy zaoferowali Zamawiającemu atrakcyjniejsze warunki realizacji zamówienia. Trzeba zwrócić uwagę, iż z orzecznictwa KIO wynika, że postawienie zarzutu naruszenia zasad uczciwej

konkurencji jest uzasadnione w sytuacji, gdy Wykonawca swoimi działaniami zmierzał do ograniczenia dostępu do rynku innym Wykonawcom. W uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 7 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 1125/14, stwierdzono: „Do uznania, że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji należy wykazać, że oferta została złożona w celu utrudnienia innym wykonawcom dostępu do rynku.” Zamawiający takiej okoliczności nie wykazał. Zamawiający nie ujawnił żadnych dowodów na manipulowanie stawkami, a wyjaśnienia Odwołującego powinny były doprowadzić do konkluzji, że wykorzystano w kalkulacji sprzyjającą okoliczność wynikającą z zawartej umowy z komplementariuszem oraz dodatkowo wskazano inne sposoby uzyskiwania podpisów na dokumentach bez zlecenia dedykowanej do tej czynności usługi kurierskiej i uwzględnione przez Odwołującego na etapie kalkulowania ceny. Niezwykle istotnym jest fakt, że ilość punktów, jaką uzyskałby Odwołujący w sytuacji, gdyby jego oferta nie została odrzucona, jest mniejsza od ilości punktów, jaką uzyskał inny wybrany w postępowaniu Wykonawca, który w związku ze swoimi relacjami biznesowymi ponosi oddzielne i wymierne koszty usług kurierskich.

Ponadto podkreślono, że Odwołujący nie dokonał sztucznego przesunięcia kosztów pomiędzy cenami. Podstawą przyjętej kalkulacji jest wyłącznie umowa biznesowa zawarta z komplementariuszem na racjonalnych i biznesowych zasadach, a nie sztuczne przerzucanie kosztów. Nie zostały spełnione przesłanki uznania ceny usługi kurierskiej za rażąco niską, o których mowa w wyroku KIO z dnia 14 czerwca 2013 roku, sygn. akt KIO 1240/13; KIO 1246/13; KIO 1248/13: „Przerzucanie kosztów pomiędzy odrębnie ocenianymi cenami w ten sposób, że kształtowana jest z jednej strony cena nierynkowa i absurdalnie wysoka, zaś z drugiej - cena nierynkowa, rażąco niska czy wręcz symboliczna ma na celu nie zaoferowanie jak najkorzystniejszych warunków zamawiającemu, nie konkurowanie ceną, czy jakością, lecz jedynie wykorzystanie bilansu kryteriów oceny ofert ze szkodą zarówno dla zamawiającego, jak i innych wykonawców.”. Odwołujący nie przerzucił kosztów jednej usługi na drugą.

Nie można również pomijać faktu, że cena za 1 min. rozmowy podana przez Odwołującego jest nawet niższa od jednej z ofert wybranych w postępowaniu przez

10

Zamawiającego, a więc nie jest absurdalnie wysoka w porównaniu do innych Wykonawców. Wybór oferty Odwołującego nie doprowadziłby Zamawiającego do wyboru oferty finansowej mniej korzystnej dla niego. Przyjęcie oferty Odwołującego nie skutkowałoby odrzuceniem oferty najkorzystniejszej, dającej Zamawiającemu lepszą stawkę od stawek całkowitego wynagrodzenia zaproponowanych przez Odwołującego. Potwierdza to porównanie cen kompleksowych zastosowanych przez Wykonawców, w wyniku zastosowania wzoru będącego podstawą wynagradzania za jeden Sukces, zawartych w Załączniku nr 1 do niniejszego odwołania.

Wyjaśnienia złożone w toku postępowania, a dokładniej treść umowy o współpracy z dnia 11 grudnia 2015 r., zawierały informację, na podstawie której Odwołujący mógł zlecać co miesiąc 1000 przesyłek kurierskich bez ponoszenia kosztów, co stanowi realną podstawę do wyceniania tej usługi w wysokości 0,01 zł. Takie relacje biznesowe, w których sprzedawca ofertuje bezpłatną usługę kurierską w ramach ceny za towar lub usługę są powszechnie stosowane i nie powinny budzić wątpliwości. Firma Ovista Group Sp. z o.o. posiada wieloletnią umowę z firmą kurierską KE-X i obsługuje w tym zakresie od września 2014 roku Odwołującego na podstawie zawartej umowy o współpracy z dnia 1 września 2014 roku w taki sposób, że Odwołujący nie ponosi odrębnych kosztów realizacji przesyłek kurierskich. Na dowód powyższego Odwołujący przedłożył fakturę VAT nr F/000017/15 z dnia 9 listopada 2015 roku jako Załącznik nr 2 do odwołania. Uzgodniona w przedstawionej umowie z komplementariuszem forma współpracy stanowi wyraz dogodnej pozycji Odwołującego, wypracowanej w trakcie dotychczasowych relacji biznesowych. Uzyskane w ten sposób korzyści same w sobie dają podstawę do wyceny usługi 0,01 zł.

Należy też zauważyć, że Odwołujący w swoich wyjaśnieniach dodatkowo zawarł informację o możliwościach wynikających z dostępu do ogólnopolskich struktur Stowarzyszenia, które również brał pod uwagę przy wycenie stawki za usługę kurierską. Zgodnie z wyjaśnieniami specyfika tego projektu nie będzie wymagać indywidualnych przesyłek kurierskich w celu realizacji zamówienia. W tym celu mają zostać stworzone punkty obsługi klientów, w których potencjalni klienci będą mogli między innymi podpisywać umowy. Odwołujący zamierza skonstruować ofertę dla tych klientów, wykorzystując opisany

w umowie ramowej z Zamawiającym „Produkt Specjalny”, o którym mowa w § 1 pkt 32 umowy ramowej, który obejmuje zgodnie z definicją oferowanie na własny rachunek i własne ryzyko dodatkowego towaru w postaci rzeczy ruchomej. Tym samym do klientów będą kierowane przesyłki z towarami, które mogą dodatkowo zawierać dokument umowy z klientem. Powyższe dowodzi, że Odwołujący z racji posiadanego doświadczenia we tym samym zdobytej już wiedzy o rynku usług współpracy z Zamawiającym i Zamawiającego oraz ocenił swoje i relacji biznesowych, realnie możliwości

11

perspektywy wykonania przedmiotowego zamówienia, uwzględniając wszystkie okoliczności, jakie daje mu współpraca ze swoimi kontrahentami a tym samym zarzut nieuczciwej konkurencji jest nieuzasadniony.

W odniesieniu do zarzutu nienależytego uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołujący podniósł, że uzasadnienie powinno być skonstruowane w sposób wyczerpujący i nie może być lakoniczne, gdyż powinno umożliwić Wykonawcy zrozumienie zasadności przesłanek i motywów, którymi kierował się Zamawiający, odrzucając ofertę Wykonawcy. Odwołujący odwołał się do tego wyroku KIO z dnia 17 czerwca 2015 r. sygn. akt KIO 1117/15. Obowiązkiem Zamawiającego jest więc możliwie czytelne i szczegółowe wytłumaczenie czynności, na co wielokrotnie zwraca się uwagę w orzecznictwie (przykładowo w wyrokach KIO z dnia 11 maja 2015 r. w spr. KIO 885/15, z dnia 10 lipca 2014 r. w spr. o sygn. akt: KIO 1316/14, z dnia 9 września 2014 r. w spr. o sygn. akt KIO 1745/14, z dnia 17 października 2014 r. w spr. o sygn. akt KIO 2028/14, wyrok KIO z dnia 17 października 2014 r.). Ogólnikowe stwierdzenie przez Zamawiającego, iż oferta zawiera rażąco niską cenę, bez wskazania, dlaczego Zamawiający doszedł do takiej konkluzji, postawienie zarzutu, iż oferta narusza zasady uczciwej konkurencji, bez podania przepisu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), który został przez Odwołującego rzekomo naruszony, a także poinformowanie Odwołującego, iż nie sprostął dyspozycji wezwania do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, bez podania żadnych konkretów, nie czyni zadość wskazanym wyżej wymogom rzetelnego i należytego uzasadnienia.

Odwołujący stwierdził końcowo, że Zamawiający podał nieprawidłową podstawę prawną odrzucenia oferty, bowiem - jeżeli powoływał się na art. 90 ust. 3 ustawy, to powinien odrzucić ofertę na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy, a nie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy, jak uczynił to Zamawiający w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty. Natomiast art. 89 ust. 1 pkt 3) stanowi odrębną od zarzutu rażąco niskiej ceny przyczynę odrzucenia oferty.

W odpowiedzi Zamawiający wniósł o zwrócenie odwołania, jako obarczonego nieusuwalnym brakiem formalnym, względnie, oddalenie wniesionego odwołania, dopuszczenie dowodów powołanych w treści odpowiedzi na odwołanie oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu zajętego stanowiska Zamawiający wskazał w pierwszej kolejności, że Odwołujący zaskarżył czynność Zamawiającego TAURON Sprzedaż. Przedmiotowe zamówienie udzielane jest nie tylko przez TAURON Sprzedaż sp. z o.o. ale również przed Zamawiającego TAURON Sprzedaż GZE sp. z o.o., która w niniejszym postępowaniu jest

12

reprezentowana przez Zamawiającego TAURON Sprzedaż sp. z o.o. (jako pełnomocnika). Pominięcie przedmiotowej okoliczności nie może być, w ocenie Zamawiającego, potraktowane, jako omyłka pisarska, czy brak formalny podlegający usunięciu, co w konsekwencji, niezależnie od bezpodstawności zarzutów, uniemożliwia wydanie wyroku rozstrzygającego sprawę, co do istoty. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy Pzp odwołanie powinno wskazywać czynności lub zaniechanie Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy. Przypomnieć dodatkowo należy, że rozpoznając odwołanie od decyzji, Krajowa Izba Odwoławcza (dalej „Izba”) pozostaje związana granicami zaskarżenia i niedopuszczalne jest orzekanie w stosunku do podmiotów nieobjętych zakresem. W niniejszym stanie faktycznym Odwołujący postawił zarzut naruszenia przepisów ustawy Pzp wyłącznie w stosunku do Zamawiającego TAURON

Sprzedaż sp. z o.o. podczas gdy w przedmiotowym postępowaniu równolegle po stronie Zamawiającego występuje TAURON Sprzedaż GZE sp. z o.o., która wprawdzie jest reprezentowana przez TAURON Sprzedaż sp. z o.o. (jako pełnomocnika) to jednak skutki oświadczeń woli pełnomocnika wywierane są bezpośrednio w imieniu mocodawcy. Dodatkowo nie może ulegać wątpliwości, iż w niniejszym postępowaniu po stronie Zamawiającego występuje współuczestnictwo konieczne, a to z uwagi na fakt, iż ewentualne rozstrzygnięcie Izby w zakresie decyzji Zamawiającego TAURON Sprzedaż sp. z o.o. będzie wywierać skutek prawny także względem zamawiającego TAURON Sprzedaż GZE sp. z o.o. i odwrotnie - niewyobrażalna jest sytuacja, w której rozstrzygnięcie w zakresie sytuacji TAURON Sprzedaż GZE sp. z o.o. nie rzutowałoby na TAURON Sprzedaż sp. z o.o. Powyższe wywody prowadzą do konkluzji, iż w niniejszym stanie faktycznym zakresem zaskarżenia objęte winny zostać analogiczne działania podejmowane przez obydwu Zamawiających, a nie wyłącznie przez Zamawiającego TAURON Sprzedaż sp. z o.o. Powyższe jest konsekwencją przyjęcia poglądu, iż ustanowiony w sprawie pełnomocnik wprawdzie działał w imieniu własnym, ale ze skutkami bezpośrednio dla Mocodawcy, a zatem każda czynność podejmowana przez Zamawiającego TAURON Sprzedaż sp. z o.o. jako pełnomocnika TAURON Sprzedaż GZE sp. z o.o. nie różni się pod względem skutków formalno-prawnych od sytuacji, w której TAURON Sprzedaż GZE sp. z o.o. podejmowałby wspomnianą sytuację samodzielnie. Analogicznie, ewentualne merytoryczne rozstrzygnięcie Izby nie będzie dotyczy wyłącznie Zamawiającego TAURON Sprzedaż sp. z o.o. ale w takim samym zakresie TAURON Sprzedaż GZE sp. z o.o. W tej sytuacji Odwołujący w sposób nieprawidłowy wniósł odwołanie, ograniczając jego zakres do czynności Zamawiającego TAURON Sprzedaż sp. z o.o. pomimo, iż doskonale zdawał sobie sprawę, iż w postępowaniu występuje dwóch Zamawiających, co jednoznacznie wynika z tytułu postępowania, którym również Odwołujący się posługuje. Kontynuując powyższe rozważania należy podkreślić, iż w tej sytuacji zmiana (po stronie podmiotowej) zakresu zaskarżenia

13

wydaje się być niemożliwa, gdyż prowadziłaby do naruszenia dyspozycji art. 182 ustawy Pzp (w zakresie terminu do wniesienia środka zaskarżenia w stosunku do Zamawiającego TAURON Sprzedaż GZE sp. z o.o.) zaś zaskarżenie czynności podejmowanych przez jednego z Zamawiających prowadzi do przeszkody formalnej ewentualnego wyrokowania w stosunku do Zamawiającego TAURON Sprzedaż GZE sp. z o.o. (którego czynności nie zostały zaskarżone). Mając na względzie powyższe, w ocenie Zamawiającego, w przypadku niezupelnienia przez Odwołującego braku formalnego, polegającego na przedłożeniu dowodu wniesienia środka zaskarżenia wobec obydwu Zamawiających, przedmiotowe odwołanie winno ulec zwróceniu.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, Zamawiający argumentował, że wskazane przez Odwołującego uchybienie polega, w jego ocenie, na nieprawidłowym odrzuceniu oferty Odwołującego, a to z uwagi na okoliczność bezpodstawnego i nieuprawnionego wezwania sformowanego przez Zamawiającego, który według Odwołującego nie miał podstaw do wzywania Odwołującego o wyjaśnienie podstaw ceny w ogóle. Replikując na powyższy zarzut, Zamawiający wskazał na jego wadliwość, co do zasady. Po pierwsze istotnym wydaje się zwrócenie uwagi na okoliczność, którą Odwołujący celowo pomija, iż odrzucenie oferty Odwołującego wynikało z faktu niezłożenia przez Odwołującego dostatecznych wyjaśnień, a zatem podstawą odrzucenia oferty, była dyspozycja art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, a nie jak twierdzi Odwołujący art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust 1 pkt 4) ustawy Pzp. W ślad za ugruntowanym orzecznictwem Izby art. 90 ust. 3 ustawy Pzp stanowi samodzielną przesłankę odrzucenia oferty i niekoniecznie musi wiązać się z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Wydaje się, że celowo Odwołujący usiłuje skupić dyskusję wokół wykazywania istnienia bądź nieistnienia rażąco niskiej ceny jego oferty, podczas gdy w istocie taka dyskusja wydaje się być bezprzedmiotowa a zarzut Odwołującego spóźniony. Przepisy ustawy Pzp wskazują, iż odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Przepis (w okolicznościach niniejszej sprawy) ten powinien być analizowany łącznie z dyspozycją art. 182 ustawy Pzp, który precyzuje, termin na wniesienie odwołania. Nie może ulegać wątpliwości, iż dochowanie terminu na wniesienie odwołania stanowi niezbędną przesłankę

procesową, w związku z czym wniesienie odwołania po terminie każdorazowo skutkować winno jego odrzuceniem. Podkreślić bowiem należy, że w orzecznictwie przyjmuje się, że jeśli przedmiotem odwołania są zarzuty, które dotyczą czynności, które mogłyby stanowić samodzielną podstawę do wniesienia odwołania we wcześniejszym terminie to w tej sytuacji mamy do czynienia ze zgłoszeniem zarzutów po terminie i z tych względów nie podlegają

14

one rozpoznaniu przez Izbę. Nie może ulegać wątpliwości, iż przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do wykładni contra legem przepisu art. 180 ust. 1 w zw. z art. 182 ust. 1-3 i art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, bowiem pozwalałoby w istocie na obejście prawa. W tym stanie rzeczy spóźnionym jest zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp bowiem wezwanie do Odwołującego w zakresie wyjaśnienia elementów cenotwórczych mających wpływ na cenę usług kurierskich zostało do Odwołującego skierowane dwukrotnie w dniach 21 grudnia 2015 roku i 12 stycznia 2016 roku (za pośrednictwem zarówno poczty elektronicznej jak i operatora publicznego), a w konsekwencji termin na wniesienie odwołania w zakresie zaskarżenia Odwołującego upłynął bezskutecznie w dniu 23 stycznia 2016 roku.

Abstrahując jednak od powyższych zarzutów podkreślić należy, że Zamawiający był w pełni uprawniony do zwrócenia się do Odwołującego u udzielenie wyjaśnień z uwagi na podejrzenie rażąco niskiej ceny. Nie ulega wątpliwości, że obowiązek wszczynania procedury na podstawie art. 90 ust. 1 p.z.p. występuje w każdym przypadku, gdy zamawiający ustali, że zachodzi, co najmniej jedna z wymienionych w tym przepisie okoliczności. Próg 30% stanowi jedynie przykładowe, ale jednocześnie nie jedyne kryterium ustalania rażąco niskiej ceny i powinno być analizowane w zależności od okoliczności dotyczących przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji Zamawiający ma prawo powziąć wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę także w innych przypadkach. Zaistnienie usprawiedliwionych wątpliwości po stronie zamawiającego stanowi podstawową okoliczność uruchamiającą procedurę żądania wyjaśnień w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę.

W niniejszym przypadku uzasadnieniem dla wątpliwości Zamawiającego było m. in. zaoferowanie ceny ustalonej bazie usługi kurierskiej na wycenionej na kwotę 0,01 zł, która to kwota w sposób oczywisty odbiega od jakichkolwiek realiów rynkowych. Nie może ulegać wątpliwości, iż Zamawiający miał nie tylko prawo, ale i obowiązek zwrócenia się w takim wypadku do Odwołującego o złożenie wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez wykonawcę ceny oferty, w tym dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny, jeśli cena oferty wydawała mu się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budziła wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Dodatkowo podkreślić należy, że w niniejszym przypadku Zamawiający był uprawniony do weryfikowania istnienia bądź nieistnienia rażąco niskiej ceny nie tylko w odniesieniu do całej ceny oferty, ale w odniesieniu do poszczególnych elementów cenotwórczych.

Uzasadnieniem dla przyjęcia takiego wniosku jest okoliczność, iż niniejsze postępowanie prowadzić ma do zawarcia umowy ramowej z sześcioma wykonawcami, którym w dalszej kolejności udzielane będą zamówienia wykonawcze na usługi call center przewidujące

15

konieczność doręczenia dokumentów bądź nie wymagające tego typu usług. Z uwagi na powyższe podobnie odpowiednio ukształtowane będą kryteria oceny w postępowaniach wykonawczych, tj. w niektórych przypadkach uwzględniany będzie koszt kuriera w niektórych zaś nie. Z tego względu Zamawiający musi niejako rozłącznie traktować elementy cenotwórcze albowiem ich łączna ocena nie jest uniwersalna dla wszystkich rodzajów zamówień udzielanych na podstawie umowy ramowej. Powyższe stanowisko wydaje się być uzasadnione w świetle orzecznictwa Izby, która wprawdzie wyjaśnia, iż najczęściej pojęcie ceny rażąco niskiej odnosi się do wynagrodzenia za wykonanie całości przedmiotu zamówienia, dla którego nie ma znaczenia wycena poszczególnych elementów, które na to wynagrodzenie się złożyły niemniej jednak należy dostrzec, że w uzasadnionych przypadkach obowiązek badania dotyczy poszczególnych cen jednostkowych czy też elementów, które służyć będą do ustalenia wynagrodzenia, jeżeli jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i ukształtowanego sposobu wynagradzania wykonawcy.

Izba podkreśliła, że taka sytuacja ma miejsce w szczególności wynagrodzenia ustalanego na zasadzie obmiaru, kiedy zależy ono od ilości rzeczywiście wykonanych czynności czy robót, która to ilość nie jest możliwa do przewidzenia w momencie kształtowania warunków zamówienia, a zależy od rzeczywistej potrzeby związanej z wykonywaniem zamówienia, co nawiązuje, jak w niniejszym przypadku, do wynagrodzenia opartego na zasadzie kosztorysu. Dodatkowo należy podkreślić okoliczność, iż intencją Zamawiającego było uzyskanie realnej oferty, dającej rękojmię prawidłowego wyboru wykonawcy niezależnie od zadanych warunków brzegowych w tym referencyjnego czasu rozmów lub ilości wykorzystania kuriera. Dlatego też Zamawiający analizował treść ofert przy uwzględnieniu różnych parametrów brzegowych, co w konsekwencji doprowadziło do wniosku, że w przypadku zwiększenia konieczności wykorzystania kuriera, gwałtownie spada rentowność oferty, a w konsekwencji jej wykonanie może okazać się poniżej progu opłacalności. Należy bowiem wyjaśnić, iż w aktualnych realiach rynkowych według szacunków Zamawiającego występuje konieczność wysłania średnio, co najmniej dwóch kurierów celem uzyskania jednego „zawartego” kontraktu, niemniej jednak w przypadku gdy liczba ta wzrośnie już do sześciu, oferta Odwołującego będzie stała na granicy opłacalności (30%) co prawdopodobnie będzie rzutować na poziom świadczonych usług. W przypadku zaś pozostałych ofert, wspomniane wahania pozostają bez najmniejszego wpływu.

W odniesieniu do powyższego Zamawiający stwierdził, że odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących czynności wezwania do złożenia wyjaśnień, tj. przyjęcia podejrzenia rażąco niskiej ceny nie podlega rozpoznaniu. Nie budzi bowiem wątpliwości, w świetle powyższej argumentacji, że przedmiotowa czynność winna być przedmiotem samodzielnego odwołania, zważywszy na terminy zawite, które ograniczają możliwość kwestionowania czynności w czasie i nie podlegają przywróceniu.

16

W tym stanie rzeczy, w opinii Zamawiającego brak jest podstaw do analizowania przez Izbę odwołania części zakreślonej zarzutem naruszenia art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp ponieważ ten zarzut wniesiony został w odwołaniu doręczonym Zamawiającemu 4 marca 2016 roku, czyli po terminie umożliwiającym kwestionowanie podstaw wezwania Odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Abstrahując od powyższej argumentacji, a kierując się tzw. „ostrożnością procesową” podkreślono, że działanie Zamawiającego, który odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy, wobec uznania „wyjaśnień” Odwołującego za niedostateczne jest jak najbardziej prawidłowe i odpowiada roli Zamawiającego, jako podmiotu nie tylko zainteresowanego wyborem odpowiedniego kontrahenta, ale również czuwaniem nad przestrzeganiem norm powszechnie obowiązującego prawa. Należy przypomnieć, iż precyzując kryteria oceny ofert Zamawiający zażądał wskazania cen ofertowych, poprzez wskazanie ceny minuty połączenia oraz ceny usługi kurierskiej. Powyższe kryteria podyktowane były wyjaśnioną uprzednio okolicznością, iż w ramach realizacji umowy ramowej, Zamawiający ma zamiar udzielać zamówień na szeroko rozumiane usługi call center, tyle że niektóre będą wymagały dostarczenia klientom Zamawiającego dokumentów (np. kurierem) a niektóre jak przeprowadzenie ankiety telefonicznej już nie. Stąd, podanie jednej zbiorczej ceny usługi byłoby nieadekwatne do realiów przyszłej umowy i nie pozwoliłoby na zoptymalizowanie kosztów wyboru wykonawcy konkretnych usług. W odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu Odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotu świadczenia zaś za w ten sposób, że za minutę rozmowy zaoferował kwotę 1,16 zł wykonanie usługi kurierskiej kwotę 0,01 zł (słownie: jeden grosz).

Mając na względzie powyższe, a przede wszystkim okoliczność, iż zaoferowana przez Odwołującego stawka za usługę kuriera po pierwsze nie odpowiada jakimkolwiek realiom rynkowym, a po wtóre jest zdecydowanie niższa od średniej arytmetycznej ważnych ofert złożonych w postępowaniu (11,78 zł) Zamawiający powziął wątpliwość że zaoferowana cena ofertowa wydaje się rażąco niska, i w konsekwencji (na zasadzie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp) zwrócił się o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów ceny (czyli ceny usług kurierskich), które miały wpływ na jej wysokość. Od strony formalno-prawnej znaczenie sformułowanego wezwania, jest o tyle doniosłe, iż tworzy domniemanie istnienia rażąco niskiej ceny, które może zostać obalone w wyniku argumentacji Wykonawcy. Odwołujący nie zakwestionował skutecznie samego faktu wezwania (nie złożył w tym zakresie odwołania) a zatem wspomniane domniemanie (istnienia rażąco niskiej ceny) zostało ustanowione w sposób prawidłowy. W tym stanie rzeczy na Odwołującym spoczywał ciężar wykazania, iż

złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, co do której domniemanie istniało już nie tylko w skutek własnej analizy oferty przez Zamawiającego, ale dodatkowo zostało ustanowione czynnością prawną Zamawiającego (art. 90 ust 2 ustawy Pzp). Pomimo

17

powyższego Odwołujący w przedstawionych „wyjaśnieniach” skoncentrował się na kwestionowaniu podstaw samego wezwania zamiast na merytorycznym wyjaśnieniu elementów cenotwórczych oferty.

W zakresie merytorycznym Odwołujący wyjaśnił, iż (str. 7 pisma z dnia 28.12.2015 r.):

1. nie zobowiązuje się, że musi ubiegać się w toku realizacji przedmiotu zamówienia o wykonywanie usług, które najczęściej będą realizowane za pośrednictwem kuriera,
2. ponadto wskazał, iż w opozycji do pozostałych wykonawców nie zamierza korzystać z usług zewnętrznych kurierów, co do zasady a jedynie w sporadycznych przypadkach,
3. a dodatkowo Odwołujący współpracuje z firmą Ovista Group sp. z o.o., która będzie dostarczać przesyłki, przede wszystkim opierając się na współpracy z „ogólnopolskimi stowarzyszeniami działającymi na obszarze wiejskim” dzięki czemu możliwe będzie utworzenie punktów obsługi w terenie. Co istotne Odwołujący przedstawił umowę przedwstępną ze spółką Ovista Group sp. z o.o. (komplementariuszem własnej spółki) datowaną na dzień 30.11.2015 roku.

Uznając powyższe wyjaśnienia za niedostateczne i dążąc do dokładnego wyjaśnienia sprawy Zamawiający pismem z dnia 12 stycznia 2016 roku ponowił swoje wezwanie wskazując jednoznacznie, że domaga się dowodów potwierdzających twierdzenia Wykonawcy. W odpowiedzi na powyższe Odwołujący w zasadzie podtrzymał dotychczasową dość niejasną argumentację, wskazując na okoliczność, iż spółka Ovista Group sp. z o.o. będzie dostarczać bez wynagrodzenia korespondencję za pośrednictwem kuriera K-EX w zamian za wynagrodzenie 0,50 zł płacone spółce od każdego zakupionego od niej „rekordu” oraz przypomniał o porozumieniu z „ogólnopolskimi stowarzyszeniami wiejskimi”, tym razem załączając umowę przyrzeczoną datowaną na dzień 11 grudnia 2015 roku.

Zamawiający uznał powyższe wyjaśnienia za niewiarygodne i niewystarczające, a w konsekwencji uznał, iż Odwołujący nie wypełnił dyspozycji art. 90 ust 3 ustawy Pzp z uwagi na złożenie lakonicznych i niewiarygodnych wyjaśnień, co dodatkowo doprowadziło do naruszenia przez Odwołującego w złożonej ofercie zasad uczciwej konkurencji, co w efekcie skutkowało zaistnieniem po stronie Zamawiającego obowiązku odrzucenia oferty.

Przyczyną powyższych ustaleń, były przede wszystkim sprzeczności w treści samych wyjaśnień a także niewiarygodny charakter załączonych do nich dowodów. Nie ulega wątpliwości, iż przepisy ustawy Pzp nie precyzują w żaden sposób, co może być właściwym dowodem na wyjaśnienie wątpliwości Zamawiającego pozostawiając wybór wykonawcy, a tym samym nie precyzują, jakie dowody powinny usuwać wątpliwości zamawiającego, co jest jednoznaczne z wymogiem indywidualnego podejścia do każdego przypadku. Dodatkowo zauważyć należy, że w orzecznictwie zarówno Izby, jak i Sądów Okręgowych za utrwalony należy uznać pogląd, że hipotezą normy prawnej zawartej w przepisie art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p. nie jest objęta jedynie sytuacja, w której Wykonawca nie złożył jakichkolwiek

18

wyjaśnień a więc nie odpowiedział na wezwanie, ale również, gdy wyjaśnienia są niepełne albo niedostateczne (wyrok SO w P. z dnia 4 czerwca 2008 r., sygn. akt: X Ga 127/08). Zatem, sam fakt złożenia wyjaśnień przez Odwołującego nie przesądza, że brak jest podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołujący był bowiem zobowiązany do udzielenia wyjaśnień w zakresie żądanym przez Zamawiającego, z uwzględnieniem okoliczności, które Zamawiający ma obowiązek brać pod uwagę z mocy przepisu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, czemu to Odwołujący nie sprostał. Wracając do merytorycznej argumentacji podkreślić należy, że po pierwsze już za sprzeczne z zasadami uczciwej konkurencji należy uznać założenie Odwołującego, który wprost twierdzi, iż nie jest zobowiązany do ubiegania się o zamówienia, w których konieczne będzie zastosowanie kuriera. W ocenie Zamawiającego składanie oferty z celowym przeświadczeniem, iż nieopłacalne będzie ubieganie się o wszystkie elementy przedmiotu świadczenia narusza zasadę uczciwej konkurencji pomiędzy Wykonawcami. Sposób rachowania oferty jest w takim wypadku konsekwencją przyjęcia założenia, iż celem Wykonawcy jest zapewnienie sobie udziału w umowie ramowej (zawieranej z 6 Wykonawcami) nie ze względu na konkurowanie realną

ceną usług ale poprzez świadomą i celową rezygnację z części zamówień w celu uzyskania lepszego wyniku w punktacji przetargowej. Niezależnie od powyższego należy zwrócić uwagę, że chociaż Odwołujący teoretycznie przedstawia kilka niezależnych przesłanek mających uzasadniać oszczędności w realizacji usługi, to w efekcie są one ze sobą sprzeczne. Jeżeli bowiem, jak twierdzi Odwołujący stosowana przez niego metoda pozwala na osiągnięcie zysku przy dostarczaniu przesyłek, a ponadto praktycznie bez wynagrodzenia robi to za niego „niezależny” partner Ovista Group sp. z o.o. to bezcelowym wydają się rozważania w zakresie wybiórczego ubiegania się o zamówienie. Warto również zwrócić uwagę, że w pierwszych wyjaśnieniach Odwołujący informuje o zamiarze sporadycznego, ale jednak korzystania z usług kuriera, co w takim wypadku wiązałoby się z obowiązkiem rzetelnego przedstawienia jego ceny, czego Odwołujący nie uczynił w ofercie, a co prowadzi do wniosku, iż cena usługi kurierskiej została w sposób niedopuszczalny ukryta w cenie minuty połączenia. Niemniej jednak za ze wszech miar za nieudowodnione należałoby uznać wyjaśnienia Wykonawcy w zakresie, w jakim usługi kurierskie miałyby prawdopodobnie zostać wykonane częściowo na zasadzie niezrozumiałych rozliczeń pomiędzy spółką Ovista Group sp. z o.o. a częściowo za pośrednictwem „ogólnopolskich stowarzyszeń działających na obszarach wiejskich”. Odnosząc się do „porozumień” ze spółką Ovista Group sp. z o.o. Zamawiający brał przede wszystkim pod uwagę okoliczność, iż rzekome dowody dostarczała spółka będąca komplementariuszem Odwołującego, tj. powiązana z nim osobowo i kapitałowo w ten sposób, iż z zasady te same osoby upoważnione są do reprezentowania obydwu podmiotów. Powyższe oczywiście nie jest samo z siebie przesłanką dyskwalifikującą wyjaśnienia, ale rzutuje na ich ocenę stawiając w sensie faktycznym owe „dowody” na równi

19

z wyjaśnieniami Wykonawcy, co nie oddaje prawidłowo intencji art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Kierując się bowiem wykładnią celowościową przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp należałoby przyjąć, iż w kwestii „dowodów” na poparcie swoich twierdzeń Ustawodawcy chodziło o źródła w miarę możliwości niezależne, a nie praktycznie tożsame z Odwołującym. Jeżeli wykonawca powołuje się na właściwe tylko jemu okoliczności powodujące możliwość znacznego obniżenia ceny i możliwe jest wsparcie tej argumentacji dowodem, to wówczas taki dowód powinien być przedłożony zamawiającemu, aby uczynić wyjaśnienia przekonującymi dla zamawiającego. W tym miejscu rodzi się bowiem pytanie czy obiektywnym i wiarygodnym dowodem na poparcie twierdzenia jest oświadczenie praktycznie tego samego podmiotu. W ocenie Zamawiającego w niniejszej sprawie przedstawione umowy nie są w żaden sposób wiarygodne i nie usuwają wątpliwości Zamawiającego. Zwrócić w tym miejscu należy uwagę, iż jeśli wierzyć w wiarygodność dat widniejących na obydwu umowach, to w dacie składania pierwszych wyjaśnień istniała już umowa przyrzeczona, której jednak Odwołujący wówczas nie udostępnił z sobie tylko znanych powodów. Dodatkowo warto zwrócić uwagę na okoliczność, iż z treści rzekomej „umowy” z dnia 11 grudnia 2015 roku, wynika że Odwołujący „zamierza złożyć ofertę” w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, nie mniej jednak najwyraźniej pominął Odwołujący okoliczność, iż w tej dacie oferta Odwołującego została już złożona w biurze podawczym Zamawiającego (i to za pośrednictwem kuriera, a zatem nadana została prawdopodobnie dzień wcześniej), co jest kolejną przesłanką uzasadniającą przyjęcie tezy, iż wspomniana „umowa” powstała raczej w odpowiedzi na wątpliwości Zamawiającego i nie może być kwalifikowana jako wiarygodny dowód. Ponadto zwrócić należy uwagę na fakt, że zakres przedmiotowy obydwu umów jest nieco odmienny, gdyż z umowy przedwstępnej nie wynika zobowiązanie do dostarczania przesyłek kurierem K-EX i nie wynikają rozliczenia finansowe, tj. płatności za dostarczanie „rekordów” a zatem są one niekonsekwentne pod względem gospodarczym. Jeżeli jednak by przyjąć, że owa umowa faktycznie istnieje to jej ekonomiczny sens jest w żaden sposób nieuzasadniony, co czyni ją nierealną. Przedmiotowe porozumienie zakłada bowiem, że Wykonawca będzie nabywał od Ovista Group sp. z o.o. jeden rekord i usługę kurierską K-EX za cenę 0,50 zł podczas gdy aktualny cennik usług kurierskich K-EX wskazuje, że cena usługi dostarczenia i zwrotu dokumentów wynosi 16,50 zł. Całkowicie niewiarygodne pozostają także twierdzenia Odwołującego o planowaniu współpracy, a nawet istnieniu „ogólnopolskich stowarzyszeń działających na obszarach wiejskich”, których nazw Odwołujący nie ujawnia nawet w toku niniejszego postępowania odwoławczego, choć uprawnienia o możliwości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie wydają się być Odwołującemu znane. W ocenie Zamawiającego, gdyby przedmiotowe porozumienia faktycznie istniały to Odwołujący byłby zainteresowany

choćby podanie ich nazw czy zasięgu, czego nie uczynił. Przyjmując jednak teorię Odwołującego za prawdziwą należy podkreślić, że skoro na etapie składania oferty przetargowej dopiero negocjuje zawarcie umów z „ogólnopolskimi stowarzyszeniami” to powyższe nawet gdyby uznać za wiarygodne, nie usuwa wątpliwości w zakresie podstaw ustalenia ceny. Gdyby bowiem Odwołujący dysponował stosowną umową lub chociaż realnym roszczeniem o jej zawarcie, to mógłby przyjąć w podstawie kalkulacji swojej oferty cenę 1 grosza, zaś w świetle wyjaśnień Odwołującego, a precyzyjniej faktu, iż Ovista Group sp. z o.o. negocjuje i zamierza zawrzeć umowę jest, co najmniej przedwczesne. W ocenie Zamawiającego cena zaoferowana przez Wykonawcę powinna zostać ustalona z należytą starannością i pilnością i nie może opierać się na zdarzeniach przyszłych i niepewnych a wręcz nieprawdopodobnych. Wszystkie te powyższe okoliczności prowadzą w ocenie Zamawiającego do jednoznacznego wniosku, iż Odwołujący nie wykonał prawidłowo dyspozycji art. 90 ust. 3 ustawy Pzp i nie usunął domniemania rażąco niskiej ceny ustalonego wezwaniem Zamawiającego, a to wobec faktu, iż przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia są niedostateczne, niewiarygodne, wzajemnie sprzeczne, opierają się na niepewnych zdarzeniach, których wystąpienie w przyszłości jest niewiarygodna. W ocenie Zamawiającego wyjaśnienia wymagane od wykonawców muszą przekonywać, że podana przez nich cena rzeczywiście nie jest rażąco niska oraz, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich, które przekonują, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Mając na uwadze powyższe nie sposób nie przyznać słuszności działaniom Zamawiającego, który zmuszony był do odrzucenia oferty Odwołującego, jako złożonej przez podmiot niepotrafiący w jakimkolwiek zakresie rozsądnie wyjaśnić elementów cenotwórczych oferty, obarczonej domniemaniem rażąco niskiej ceny. W tym miejscu należy przypomnieć, iż jak zaznaczył Odwołujący, naruszenia przepisów ustawy Pzp upatruje w uchybieniu art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp, tj. odrzuceniu oferty Odwołującego z powodu złożenia wyjaśnień niedostatecznych jedynie w przypadku stwierdzenia rażąco niskiej ceny na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 4) Pzp, co jest niewłaściwym sprecyzowaniem zarzutu i nie powinno znaleźć potwierdzenia w orzeczeniu Izby. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem art. 90 ust. 3 ustawy Pzp stanowi samodzielną przesłankę uzasadniającą odrzucenie oferty i nie wymagającą udowodnienia Wykonawcy istnienia rażąco niskiej ceny ale wynikającą z domniemania wynikającego z uzasadnionych wątpliwości Zamawiającego.

Niezależnie zatem od dalszego uzasadnienia niniejszej odpowiedzi należy zwrócić uwagę, iż Odwołujący nie zaskarżył podstawy odrzucenia jego oferty, co w konsekwencji pozbawia Odwołującego interesu w rozpatrzeniu dalszych zarzutów.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, Zamawiający argumentował, że jest to zarzut pochodny, będący konsekwencją niewiarygodnych wyjaśnień

Odwołującego. Jeżeli bowiem uznać, że Odwołujący nie udowodnił dostępu do „ogólnopolskich stowarzyszeń” to albo założył w ofercie, iż nie będzie ubiegał się o uzyskanie zamówień na usługi kurierskie albo dokonał sztucznego przesunięcia ceny usług kurierskich do ceny za minutę rozmowy, uzyskując w ten sposób korzystniejszą ocenę punktową. Druga ze wskazanych wyżej hipotez jest tym bardziej prawdopodobna, że Odwołujący wskazał w wyjaśnieniach z dnia 28 grudnia 2015 roku, iż zamierza korzystać z usług kurierskich, co było jednoznaczne z obowiązkiem odzwierciedlenia ceny kuriera w ofercie, a czego Odwołujący nie uczynił. Ponadto należy zwrócić uwagę, iż Odwołujący przedstawia swoje wyjaśnienia, często odwołując się do realizowanych aktualnie na rzecz Zamawiającego umów, które pozwoliły Odwołującemu na wcielenie w życie tak znacznych oszczędności w realizacji zamówienia. Pomija jednak Odwołujący okoliczność, iż przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający zwrócił się do Wykonawców, w tym do Odwołującego o sprecyzowanie sposobu realizacji usługi, w tym podanie cen, podwykonawców, etc., co było Zamawiającemu niezbędne do prawidłowego przeprowadzenia postępowania. W odpowiedzi Odwołujący przedstawił informacje na temat sposobu realizacji usługi, w tym wskazał, że podczas realizacji usługi korzysta z zewnętrznych firm kurierskim. W tej sytuacji nie może ulegać wątpliwości, iż albo faktycznie

Odwołujący zawiera wyjątkowo korzystne umowy na zakup „rekordów” wraz z kurierem natomiast w oświadczeniu z dnia 11 czerwca 2015 roku świadomie wprowadził w błąd Zamawiającego, albo oświadczenie było prawdziwe a złożona oferta jest konsekwencją nieuczciwego ukrywania kosztów, co uzasadnia przypuszczenia Zamawiającego.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp, Zamawiający argumentował, że przekazał uzasadnienie wraz z zawiadomieniem o rozstrzygnięciu postępowania zawierające przyczynę odrzucenia oferty Odwołującego wszystkim oferentom, a także zamieścił je na swojej stronie internetowej. Zamawiający celowo nie poruszał na forum publicznym ustaleń w zakresie niewiarygodnych wyjaśnień, czy naruszenia zasad uczciwej konkurencji gdyż mógłby tym samym narazić się na pretensje wykonawcy związane z naruszaniem reputacji podmiotu gospodarczego. Niemniej jednak, na żądanie Odwołującego Zamawiający przesłał niezwłocznie Odwołującemu pełne uzasadnienie swojego stanowiska. Dodatkowo, w ślad za aktualnym orzecznictwem Izby powtórzyć należy, że uchybienie w postaci braku uzasadnienia faktycznego w informacji o odrzuceniu oferty nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia, czy Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny oferty Wykonawcy, i powinno być oceniane jedynie przez pryzmat prawa Wykonawcy do efektywnego skorzystania ze środka ochrony prawnej i obrony jego oferty. W niniejszym przypadku, Odwołujący złożył odwołanie od czynności Zamawiającego, prawidłowo diagnozując podstawy decyzji gospodarza postępowania, co w konsekwencji wyklucza możliwość uwzględnienia przedmiotowego zarzutu. Nie może ulegać wątpliwości, że zgodnie

22

żart. 192 ust. 2 ustawy Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W tym stanie rzeczy nawet potwierdzenie zarzutu braku dostatecznego uzasadnienia, czemu Zamawiający zaprzecza, nie może prowadzić do uwzględnienia odwołania. Ewentualne uchybienie tego typu mogłoby teoretycznie mieć znaczenie dla stwierdzenia naruszenia prawa Wykonawcy do efektywnego skorzystania ze środka ochrony prawnej i obrony jego oferty, o czym nie może być mowy w niniejszym stanie faktycznym z oczywistych względów. Nie ulega bowiem wątpliwości, że zarzut w zakresie braku uzasadnienia nie ma żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia, czy Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny oferty Odwołującego czy nie. A w konsekwencji Odwołujący nie ma interesu w uwzględnieniu przez Izbę tak sformułowanego zarzutu z uwagi na fakt, iż Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego.

Reasumując realia niniejszej sprawy należy dojść do przekonania, iż domaganie się przez Odwołującego środków ochrony prawnej może być rozpatrywane jedynie w kategoriach próby nadużycia przysługującego wykonawcy uprawnienia. Poprzez niewłaściwe sprecyzowanie zarzutu odwołania wykonawca, który nie jest w stanie jakkolwiek merytorycznie i wiarygodnie wytłumaczyć podstaw kalkulacji swojej oferty, gdyż za takie wyjaśnienia nie sposób uznać umów z własną spółką, czy „ogólnopolskich” stowarzyszeń działających na obszarach wiejskich usiłuje wciągnąć w dyskusję Izbę poprzez próbę dowiedzenia rzekomego nieuprawnionego wezwania Odwołującego. Abstrahując od powyższego, a zwłaszcza od argumentacji w zakresie rzekomego nie istnienia rażąco niskiej ceny, wydaje się, że analizując realia niniejszego sporu pod kątem trafności istnienia bądź nieistnienia rażąco niskiej ceny, kluczowe znaczenia ma ustalenie dlaczego Odwołujący nie potrafił logicznie obalić tego domniemania poprzez merytoryczne stanowisko? Niespotykana jest wręcz sytuacja, w której Odwołujący, wezwany do udzielenia wyjaśnień, wdaje się w ryzykowną (w konsekwencjach) dyskusję na temat podstaw prawnych wezwania zamiast w sposób rzetelny wyjaśnić podstawy kalkulacji swojej oferty. Jest bowiem kwestią bezdyskusyjną, że Odwołujący przed złożeniem oferty dokonał oszacowania kosztów realizacji umowy, a skoro tak, to wystarczyło jedynie ten przebieg myślowy opisać, czego nadal, tj. na dzień wniesienia odwołania Odwołujący nie jest w stanie uczynić, co potwierdza słuszność działań Zamawiającego.

Z uwagi na powyższe nie sposób nie przypisać słuszności działaniom Zamawiającego, którego obowiązkiem jest wyeliminowanie podmiotu, który nie jest w stanie usunąć jego uzasadnionych wątpliwości w zakresie podstaw cenotwórczych oferty. Skoro bowiem Odwołujący nie jest w stanie uzasadnić należyte swojej kalkulacji, to nie daje on należytej rękojmi prawidłowej realizacji umowy, co w konsekwencji usprawiedliwia w całości działanie Zamawiającego.

23

Przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy: A) Cotel Sp. z o.o., ul. Kukuczki 5 lok. 17-18, 50-570 Wrocław, B) 3LABS Sp. z o.o., ul. Modlińska 129/10, 01-186 Warszawa, C) MASS CONTACT CENTER Sp. z o.o., ul. Lotników 10, 68-200 Żary. Izba, na podstawie art. 185 ust. 4 Pzp, nie uwzględniła opozycji zgłoszonych przez Odwołującego. Odwołujący nie uprawdopodobnił, że wykonawcy zgłaszający przystąpienie nie mają interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. W szczególności Izba nie uznała twierdzenia Odwołującego, że uwzględnienie nie zmieni sytuacji Przystępujących, gdyż ewentualne odwołania uwzględnienie odwołania i wybór Odwołującego do kręgu podmiotów, z którymi zostanie zawarta umowa ramowa może wpłynąć na sytuację zgłaszających przystąpienie w dalszym postępowaniu ofertowym.

W konsekwencji Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień i dopuściła ww. wykonawców do udziału w postępowaniu w charakterze uczestników.

Przystępujący Cotel Sp. z o.o. w złożonym piśmie procesowym poparł stanowisko Zamawiającego i wniósł o odrzucenie lub oddalenie wniesionego odwołania.

Dodatkowo Przystępujący podniósł, że Odwołujący błędnie wskazał Zamawiającego, zaskarżając jedynie czynności TAURON Sprzedaż sp. z o.o. nie wskazując TAURON Sprzedaż GZE sp. z o.o., naruszając tym samym dyspozycję art. 180 ust. 3 Pzp. Wydaje się, że braku wskazania jednego z Zamawiających nie można uznać za mylne oznaczenie odwołania lub inne oczywiste niedokładności, o których mowa w art. 187 ust. 3 Pzp. Tym samym, wydaje się, że zastosowanie a contrario powinien mieć art. 187 ust. 1 pkt 1 Pzp, odwołanie nie podlega rozpoznaniu, jeżeli zawiera braki formalne.

Jak wskazał SN w postanowieniu z dnia 19 sierpnia 1999 r., I CZ 122/99, LEX nr 527099: W pojęciu oczywistych niedokładności mieszczą się oczywiste omyłki dotyczące treści pisma procesowego, które mimo niewłaściwego zredagowania pozwala w drodze wykładni ustalić tę treść zgodnie z rzeczywistą wolą strony. Wydaje się, iż w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego występuje współuczestnictwo konieczne, ze względu na więź łączącą TAURON Sprzedaż sp. z o.o. oraz TAURON Sprzedaż GZE sp. z o.o. Błędne oznaczenia strony podmiotowej postępowania nie można uznać za sytuację mieszczącą się w pojęciu oczywistych niedokładności co prowadzi do wniosku, że odwołanie nie powinno podlegać rozpoznaniu ze względu na braki formalne.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust 1 pkt 4) Pzp w zakresie wskazanym w odwołaniu (tj. (a) uznanie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę bez odniesienia do przedmiotu zamówienia, czyli osiągnięcia przez Wykonawcę danej liczby Sukcesów, oraz (b) odrzucenie oferty Odwołującego bez zbadania ofert

24

Wykonawców pod kątem ceny za minutę rozmowy w połączeniu z ceną za usługę kurierską, w celu ustalenia ceny jednostkowej za Sukces, będącej - zdaniem Odwołującego - rzeczywistą ceną ofertową służącą do obliczenia wynagrodzenia Wykonawców, (c) nieuwzględnienie wyjaśnień Odwołującego dotyczących wyliczenia ceny, zawierających - zdaniem Odwołującego - opis wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla Odwołującego, a także precyzyjnie - zdaniem Odwołującego - wyjaśniających podstawy wyliczenia ceny za usługę kurierską w wysokości 0,01 zł), Przystępujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu SIWUR (pkt 2.1.2) - jako przedmiot zamówienia zostało wskazane zawarcie umowy ramowej z 6 Wykonawcami na: 1) świadczenie za pośrednictwem telefonu usług pośrednictwa sprzedaży (...) oraz poza siedzibą sprzedawcy 2) świadczenie za pośrednictwem telefonu innych usług niż pośrednictwo sprzedaży usług/produktów (...). Przedmiot zamówienia został doprecyzowany w Załączniku nr 1 do SIWUR - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, wskazującym że w celu realizacji umowy ramowej Zamawiający będzie zawierał umowy na przeprowadzenie stosownych Kampanii, precyzując każdorazowo na potrzeby Postępowania Ofertowego m.in jej zakres i termin wykonania (ilość rekordów, okres realizacji usługi, Referencyjny Czas Rozmów, Referencyjny Czas Pracy po Rozmowach oraz Współczynnik Wykorzystania Kuriera) - w świetle treści SIWUR w zakresie określającym przedmiot zamówienia, należy jednoznacznie stwierdzić, iż nie jest nim -jak wskazuje błędnie Odwołujący - osiągnięcie przez Wykonawcę danej liczby Sukcesów - a zawarcie i wykonanie umowy ramowej, która jest rozliczana

osobno, na podstawie kryteriów wskazanych przez Zamawiającego, tj. w oparciu o cenę za minutę rozmowy oraz cenę za usługę kurierską (kalkulowane osobno, w zależności od realizowanego zakresu umowy).

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający jednoznacznie wskazał w SIWUR (pkt 4.5.1), że przy wyborze najkorzystniejszych ofert będzie kierował się następującymi kryteriami i wagami: Kryterium I (KCm) - Cena minuty rozmowy, waga 70% oraz Kryterium II (KCK) - cena za usługę kurierską, waga 30%, zaś ocena końcowa dokonana zostanie na podstawie sumy punktów otrzymanych przez Wykonawców w poszczególnych kategoriach. Tym samym Zamawiający założył w SIWUR osobną ocenę składanych przez Wykonawców ofert w każdej z kategorii (każdym z Kryteriów) co prowadzi do wniosku, że każde z 2 Kryteriów podlegało osobnej ocenie Zamawiającego na gruncie art. 89 Pzp. Takie podejście Zamawiającego należy uznać za prawidłowe ze względu na charakter i przedmiot zamówienia. Przystępujący odwołał się do wyroku KIO z dnia 23 grudnia 2015 r., sygn. 263/15, wskazując, że analogiczna sytuacja zachodzi w przedmiotowej sprawie - Zamawiający założył w SIWUR osobną ocenę składanych przez Wykonawców ofert w każdej z kategorii (każdym z Kryteriów), co prowadzi do wniosku, że każde z 2 Kryteriów podlegało osobnej ocenie Zamawiającego na gruncie art. 89 Pzp. Przystępujący odwołał się także do

25

wyroku 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 ceny jednostkowe są rzeczywistymi cenami do zapłaty.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, dwukrotnie wzywał Odwołującego (w dniu 21.12.2015 r. oraz 12.01.2016 r.) do wyjaśnienia elementów cenotwórczych mających wpływ na cenę usług kurierskich - z uwagi na podejrzenie rażąco niskiej ceny, prawidłowo uznając, że zachodzi obowiązek wszczęcia procedury na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp. W sposób oczywisty i niebudzący wątpliwości uzasadnia to zaofferowanie przez Odwołującego ceny za usługę kurierską w wysokości 0,01 zł. Kwota ta w sposób rażący i oczywisty odbiega od jakichkolwiek realiów rynkowych. Zaprezentowane przez Odwołującego wyjaśnienia, powtórzone w odwołaniu, nie mogą stanowić rzetelnego wyjaśnienia i materiału dowodowego w tym zakresie. Wskazanie porozumienia z "ogólnopolskimi stowarzyszeniami wiejskimi" w ramach współpracy z komplementariuszem Odwołującego - Ovista Group sp. z o.o. oraz zasłonięcie się niemożliwością podania nazwy stowarzyszenia ze względu na tajemnice przedsiębiorstwa nie wyczerpuje ciężącego na Wykonawcy obowiązku dowiedzenia, że oferowana cena nie jest rażąco niska, czego jednoznacznie wymaga dyspozycja art. 90 ust. 2 pzp.

Przystępujący odwołał się do wyroku KIO z dnia 27.07.2015 r., sygn. KIO 1479/15, w którym Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż w sytuacji, gdy wykonawca nie wykazuje jednoznacznie, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz nie dostarcza wymaganych dowodów na potwierdzenie swoich twierdzeń, które miałyby uzasadnić zastosowaną przez niego cenę odbiegającą od innych ofert w postępowaniu, uzasadniona jest czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu wykonawcy z postępowania.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez uznanie, że oferta Odwołującego narusza zasady uczciwej konkurencji, Przystępujący wskazał na orzeczenie z 27.07.2015 r., sygn. KIO 1479/15, gdzie Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że stanowi przejaw czynu nieuczciwej konkurencji sytuacja, gdy wykonawca dokonuje kalkulacji części cen jednostkowych w sposób nierentowny, odbiegający od kosztów ponoszonych na wykonanie tego rodzaju zadania, innych zaś relatywnie wysoko, bilansując koszty na różne elementy zamówienia i zakładając, że określone z nich wykona z większą niż zakładana przez zamawiającego częstotliwością. Ma to miejsce w szczególności, gdy ceny jednostkowe pełnią funkcję samodzielnych cen, w oparciu o które jest naliczane wynagrodzenie za wykonanie wyodrębnionych prac lub dostaw. Analogiczna sytuacja zachodzi w przedmiotowym przypadku. Dodatkowo nie trafny jest argument Odwołującego,

26

że uwzględnienie oferty Odwołującego nie stanowiłoby naruszenia zasad uczciwej

konkurencji, bowiem gdyby oferta Odwołującego nie została odrzucona, zajęłaby drugie miejsce w ramach postępowania, które miało wyłonić sześciu Wykonawców, a zatem nie można stawiać odwołującemu zarzutu działania na szkodę pozostałych Wykonawców (str. 10 odwołania). W przedmiotowej sprawie przedmiotem zamówienia jest wybór podmiotów, z którymi zostanie zawarta umowa ramowa. Sposób wykonywania usług objętych zakresem postępowania, po zawarciu umów ramowych - zakładający dokonywanie przez Zamawiającego wyboru konkretnych ofert poszczególnych Wykonawców na poszczególne usługi - prowadziłby do oczywistego upośledzenia pozycji biznesowej innych Wykonawców wobec rażąco niskiej ceny za usługi kurierskie zaproponowanej przez Odwołującego stanowiąc tym samym stan nieuczciwej konkurencji w stosunku do innych Wykonawców wybranych do wykonywania zamówienia. Zdaniem uczestnika postępowania, w świetle całokształtu wyjaśnień Odwołującego, uzasadnionym wydaje się być twierdzenie, że Odwołujący w sposób instrumentalny zaproponował ceną za usługi kurierskie, biorąc pod uwagę sposób ocen Ofert określony przez Zamawiającego w SIWUR (pkt 4.5.1), przyjmując iż zdobycie maksymalnej liczby punktów za Kryterium II (KCK) - cena za usługę kurierską 30% wagi - przy jednoczesnym zminimalizowaniu ilości punktów przyznanych za to kryterium innym Wykonawcom (efekt przyjętego sposobu kalkulacji punktów) będzie skutkowało pozytywnym rozstrzygnięciem dla Odwołującego. Przystępujący odwołał się do orzeczenia 01.07.2015 r., sygn. KIO 1292/15, w którym Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż konkurencja, także na rynku zamówień publicznych, powinna cechować się uczciwymi zwyczajami i praktykami po stronie przedsiębiorców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia. Stwierdzenie działania naruszającego dobre obyczaje, jeśli prowadzi bądź może prowadzić do naruszenia interesu innego przedsiębiorcy, należy uznać za wypełnienie podstaw do uznania, że wykonawca dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, co winno skutkować odrzuceniem oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Przystępujący powołał się także na orzeczenie z 04.05.2015 r., sygn. KIO 825/15 oraz z dnia 21.04.2015 r., sygn. KIO 692/15.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez brak rzetelnego uzasadnienia oferty Odwołującego wskazano, iż przytoczone powyżej przyczyny odrzucenia oferty Odwołującego jednoznacznie wskazują na zasadność rozstrzygnięcia Zamawiającego w tym przedmiocie. Przystępujący odwołał się przy tym do orzeczenia z 26.06.2014 r., sygn. KIO 1199/15.

Przystępujący 3LABS Sp. z o.o. w złożonym piśmie procesowym, wnosząc o oddalenie odwołania, podniósł m.in., że z treści SIWUR wprost wynika, że podana w ofercie cena musi obejmować wszelkie koszty jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej realizacji

27

Przedmiotu Zamówienia. Ponadto wskazując opis kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty, Zamawiający określił, że cena za usługę kurierską stanowić będzie 30 % możliwych do uzyskania punktów. Określenie przez Odwołującego ceny za usługi kurierskie na poziomie 0,01 zł automatycznie zatem powodowało, że odwołujący uzyskiwał aż 30 % możliwych do uzyskania punktów. Oczywistym jest zatem, że w takiej sytuacji cena ta wzbudziła wątpliwości zamawiającego, który wzywając wykonawcę do złożenia wyjaśnień, wyraźnie wskazał, że jego oferta określająca cenę usług kurierskich na 0,01 zł znacząco odbiega od średniej arytmetycznej (11,78 zł) pozostałych ważnych ofert złożonych w postępowaniu o 100 %. Takie stanowisko zamawiającego potwierdza m.in. wyrok SO w Warszawie z 8.6.2006 r. (V Ca 459/06, niepubl.). Powyższe oznacza, że argumentacja odwołującego, iż zamawiający przewidział wynagrodzenie wyłącznie za poprawnie wykonaną usługę tzn. za sukces mogłoby się ostać wyłącznie w przypadku gdyby zamawiający określił jako kryterium ocen wyłącznie cenę całkowitą oferty. Skoro jednak cena usług kurierskich stanowi element oceny i to na poziomie aż 30 % wartości całej oceny, określenie jej na poziomie 0,01 zł powoduje, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną, a w konsekwencji z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji.

Zdaniem Przystępującego treść wyjaśnień Wykonawcy potwierdziła, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jak wielokrotnie podnosiła KIO, wykonawca powinien złożyć wyczerpujące wyjaśnienia i udowodnić realność zaoferowanej ceny (np. wyr. z 23.12.2008 r., KIO/UZP 1443/08, Legalis) oraz udowodnić, że jego cena jest wiarygodna, tzn. że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności, wykonawca nie będzie ponosił strat (wyrok z 28.1.2010 r.,

KIO/UZP 1746/09, Legalis). Wskazano też, że "cena nawet znacząco odbiegająca od szacunkowej wartości zamówienia, czy nawet od cen innych wykonawców, nie musi być ceną rażąco niską, o ile wezwany do wyjaśnień wykonawca jest w stanie udowodnić prawdziwość podanych w ofercie elementów cenotwórczych. Wykonawca, który składa wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, powinien bowiem wskazać, co spowodowało obniżenie ceny, jak również w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie. Udzielone wyjaśnienia mają bowiem potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana" (wyr. z 19.1.2010 r., KIO/UZP 1902/09, Legalis). Zaoferowanie niskiej ceny usprawiedliwić mogą cechy i okoliczności zindywidualizowane, właściwe dla konkretnego wykonawcy, ale muszą mieć one charakter obiektywny. Nie może to być więc polityka cenowa firmy czy chęć podjęcia długoterminowej współpracy. Wymienione w art. 90 ust. 1 pkt 1 czynniki muszą charakteryzować się cechą wyjątkowości dostępnej dla danego wykonawcy. Oznacza to, że wykonawca, podając konkretne przykłady, powinien je dokładnie opisać i wskazać, jak wpływają one na obniżenie ceny oferty. Jednocześnie przykłady te nie mogą polegać na wskazaniu niskich cen, lecz na

28

wyjaśnieniu, jakim sposobem ten właśnie wykonawca ma możliwość zaoferowania takich cen. Istotne jest, aby wykonawca wykazał, iż dzięki temu może różnić się od innych wykonawców, którym takie akurat czynniki nie są dostępne.

Biorąc pod uwagę zatem takie stanowisko KIO to wykonawca w wyjaśnieniach musi wykazać, że zaproponowana cena nie jest rażąco niska. Wyjaśnienia te muszą być konkretne, wyczerpujące i rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę. Jak stwierdził SO w Warszawie w wyroku z 5.1.2007 r. (V Ca 2214/06, niepubl.), nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zdaniem sądu, "intencją ustawodawcy przy wprowadzaniu instytucji wyjaśnień w trybie art. 90 PrZamPubl było danie oferentowi możliwości uchronienia się przed odrzuceniem oferty z uwagi na podejrzenie zamieszczenia w niej rażąco niskiej ceny".

Tymczasem Odwołujący nie był w stanie w sposób przekonujący wyjaśnić, że możliwość zaoferowania takich cen. Nie mogły bowiem być dla zamawiającego przekonujące wyjaśnienia wykonawcy, że wykonawca współpracuje z firmą Ovista Group sp. z o.o., która dostarczy Wykonawcy bazy danych osobowych za odrębnym wynagrodzeniem, które zostanie obliczone z uwzględnieniem faktu, że spółka Ovista Group sp z o.o. zobowiązuje się do udostępnienia wykonawcy baz danych klientów oraz dostarczania tym klientom dokumentów niezbędnych do zawarcia umów sprzedaży energii elektrycznej. Przede wszystkim wyjaśnienia te są nieprzekonywujące ze względu na fakt, że współpraca ta odbywa się między dwoma podmiotami, które są ze sobą ściśle powiązane. Spółka Ovista Group sp z o.o. jest komplementariuszem jednego z członków konsorcjum OVISTA GROUP Sp. z o.o. sk. Oznacza to, że współpraca ta odbywa się de facto pomiędzy tymi samymi podmiotami, co w oczywisty sposób narusza zasadę uczciwej konkurencji. Dodatkowo Ovista Group sp. z o.o., a więc podmiot w ogóle nie występujący w postępowaniu, zdaniem wykonawcy miał zamiar zawrzeć umowę z ogólnopolskimi stowarzyszeniami działającymi na obszarze wiejskim, dzięki czemu będzie możliwe utworzenie Punktów Obsługi Klienta w terenie. W rezultacie umowy sprzedaży energii elektrycznej będą podpisywane przez część klientów na miejscu i nie będzie potrzeby korzystania z usług kurierskich. Również w tym zakresie wyjaśnienia wykonawcy były nieprzekonywujące. Po pierwsze dlatego, że trudno wymagać od zamawiającego aby ewentualne zamiary podmiotu trzeciego co do zawarcia umowy z jakimś enigmatycznym stowarzyszeniem traktowane były jako wyjaśnienia konkretne, wyczerpujące i rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę. Ponadto wyjaśnienia te wskazują, że klientami zamawiającego są wyłącznie osoby zamieszkujące tereny wiejskie, a umowy dotyczyć będą sprzedaży wyłącznie energii elektrycznej. Tymczasem z treści pkt 3 Szczegółowego opisu Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 1 do SIWUR) wprost wynika, że przedmiot

29

poszczególnych Kampanii polegać będzie m.in. na sprzedaży energii elektrycznej, gazu, węgla oraz pozostałych usług/produktów na terenie całego kraju Rzeczypospolitej Polskiej.

Część usług realizowanych dla zamawiającego będzie się odbywać bez potrzeby

korzystania z usług kurierskich. Jednakże biorąc pod uwagę specyfikę zamówienia, to na etapie składania ofert, takiej wiedzy wykonawca nie może posiadać. O tym czy dana usługa będzie odbywać się z udziałem kuriera czy też nie decydować będzie Zamawiający już na etapie postępowania mającego na celu zawarcie konkretnej umowy Pośrednictwa Sprzedaży. Z treści pkt 9 szczegółowego regulaminu Postępowań Ofertowych, stanowiącego załącznika nr 10 do umowy Pośrednictwa Sprzedaży wprost wynika, że wybór najlepszych ofert złożonych w ramach Postępowań Ofertowych odbywać się będzie na podstawie następującego kryterium:

1) w procesach z udziałem kuriera:

a) Stawka za minutę rozmowy - waga 70%

b) Stawka za usługę kurierską - waga 30%

2) w procesach bez udziału kuriera:

Stawka za minutę rozmowy - waga 100%

Dodatkowo z pkt. 15 szczegółowego regulaminu Postępowań Ofertowych wynika, że oferta składana w odpowiedzi na zaproszenie Zamawiającego, w celu zawarcia umowy realizacyjnej, nie może być mniej korzystna od zaproponowanej przez tego Wykonawcę w ofercie do umowy ramowej.

Powyższe oznacza, że w przypadku gdy Zamawiający wskaże, że w ramach umowy Pośrednictwa Sprzedaży będą wykonywane usługi z udziałem kuriera Odwołujący musi określić cenę za usługi kurierskie na poziomie 0,01 zł. W takiej sytuacji wystąpiłaby zatem rażąco niska cena.

Przystępujący stwierdził również, że Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy uznając ją za czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie bowiem z Postanowieniem KIO z dnia 4 maja 2015 r. KIO 825/15, Złożenie oferty zawierającej cenę niepokrywającą wszystkich kosztów realizacji zamówienia stanowi również czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie bowiem z art. 15 ust. 1 pkt 1 ZNKU, czynem nieuczciwej konkurencji jest: utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Nie może budzić żadnych wątpliwości fakt, iż samo zaoferowanie rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ZNKU. Złożenie zatem oferty z ceną za usługi kurierskie na poziomie 0,01 zł stanowiło również czyn nieuczciwej konkurencji.

30

Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że zamawiający w sposób nienależyty dokonał uzasadnienia odrzucenia oferty. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem, art. 92 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych nie określa stopnia szczegółowości informacji, dlatego należy przyjąć, że stanowisko zamawiającego powinno być wyrażone w sposób czytelny, nie wprowadzający w błąd, umożliwiający wykonawcy odniesienie się do konkretnych przesłanek odrzucenia oferty i skorzystanie z prawa do wniesienia protestu (odwołania). (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lutego 2009 r. KIO/UZP 112/09). Nawet brak uzasadnienia faktycznego w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego, nie może bowiem prowadzić do uwzględnienia odwołania. Uchybienie to może mieć znaczenie dla stwierdzenia naruszenia prawa wykonawcy do efektywnego korzystania z środka ochrony prawnej i obrony jego oferty. Niezależnie od zakresu informacji zawartych w piśmie zamawiającego, wykonawca może wnosić odwołanie. Uchybienie to nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia, czy zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny oferty wykonawcy, stanowi natomiast przejaw naruszenia zasady przejrzystości i pisemności postępowania. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 czerwca 2011 r. KIO 1067/11). Odwołujący ponadto wskazał, że Zamawiający podał nieprawidłową podstawę prawną odrzucenia oferty, gdyż powinien odrzucić ofertę na zasadzie art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy, a nie na podstawie art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy. Zarzut ten również jest bezpodstawny, w szczególności w świetle orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 lipca 2013 r., KIO 1737/13, zgodnie z którym jeżeli zamawiający mimo wskazania niewłaściwej jednostki redakcyjnej przepisu, na podstawie którego odrzucił ofertę odwołującego, podał w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, właściwe podstawy tej decyzji i argumenty za nią przemawiające, to uznać należy, że odwołujący ma wystarczającą wiedzę o przyczynach odrzucenia oferty, pozwalającą mu na podjęcie

właściwie ukierunkowanej obrony swoich interesów.

Przystępujący MASS CONTACT CENTER Sp. z o.o., w złożonym piśmie procesowym, wnosząc o oddalenie odwołania, podniósł m.in., że odrzucenie oferty nastąpiło zgodnie z prawem, gdyż oferta Odwołującego zawierała rażąco niską cenę i naruszała zasady uczciwej konkurencji. Nowelizacja ZamPublU, która weszła w życie 19.10.2014 r. nałożyła na wykonawców wezwanych do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ZamPublU, obowiązek wykazania, że ich oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Przepis ten wprost bowiem wskazuje, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Z kolei z treści art. 90 ust. 3 ZamPublU wynika, że 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. W ocenie Przystępującego odwołujący nie przedstawił

31

żadnych przekonywujących dowodów, świadczących o tym, że cena oferty została skalkulowana w sposób rzetelny i pokrywa wszelkie niezbędne koszty realizacji całości przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z orzecznictwem KIO (np. wyrok KIO z 10.4.2015 r., sygn. akt KIO 582/15), wyjaśnienia wymagane od wykonawców muszą przekonywać, że podana przez nich cena rzeczywiście nie jest rażąco niska oraz, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich, które przekonują, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W rozpatrywanym stanie faktycznym Odwołujący, wezwany do złożenia wyjaśnienia, na którym ciążył obowiązek wykazania rzetelności kalkulacji nie podołał temu obowiązkowi. Złożone przez niego wyjaśnienia należało uznać za nieprzekonywujące, niekompletne a ich ocena nie mogła potwierdzić rzetelności dokonanej kalkulacji. Dodatkowo cena oferty odbiega w sposób znaczący zarówno od cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu jak i kwoty przeznaczonej przez zamawiającego na realizację zamówienia.

Powstała po stronie Zamawiającego wątpliwość dotycząca ceny za usługi kurierskie spowodowała zwrócenie się zamawiającego do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień elementów mających wpływ na wysokość ceny. Wyjaśnienia wykonawcy winny być natomiast rzetelne, spójne i w sposób kompleksowy wyjaśnić przyjęte do kalkulacji ceny oferty stawki. Tymczasem nadesłane wyjaśnienia w żaden sposób nie usunęły uzasadnionych wątpliwości zamawiającego, co w konsekwencji spowodowało zgodne z prawem odrzucenie oferty odwołującego.

Na rozprawie strony i uczestnicy postępowania podtrzymali stanowiska i argumentację.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Rozpoznając odwołanie Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Na posiedzeniu Izba postanowiła nie uwzględnić wniosku Zamawiającego o zwrócenie odwołania. W ocenie Izby w sprawie nie zachodziły braki formalne, które uniemożliwiałyby nadanie odwołaniu dalszego biegu oraz rozpoznanie odwołania. W ocenie Izby odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego, a nie czynności jednego z podmiotów występujących po stronie zamawiającego. Izba nie uwzględniła także wniosku Przystępującego o odrzucenie odwołania. Uzasadnienie wniosku referowało w istocie do

32

żądania Zamawiającego o zwrot odwołania, które to żądanie Izba nie uznała za zasadne. Ponadto, zamknięty katalog przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, zawiera przepis art. 189 ust. 2 Pzp. Przystępujący nie wykazał, by w niniejszej sprawie ziściła się którakolwiek z podstaw wskazanych w powołanym przepisie.

Przy rozstrzyganiu sprawy Izba kierowała się dyrektywami wynikającymi z art. 190 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, jak również z

art. 192 ust. 7 Pzp w myśl, którego Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania, Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

Przedmiotem postępowania jest zawarcie umowy ramowej z 6 wykonawcami na:

- 1) świadczenie za pośrednictwem telefonu usług pośrednictwa sprzedaży usług/produktów świadczonych przez firmy TAURON Sprzedaż i/lub TAURON Sprzedaż GZE na rynku masowym, w procesie zawierania w imieniu i na rzecz TAURON Sprzedaż Sp. z o.o. oraz TAURON Sprzedaż GZE Sp. z o.o. umów na odległość (przez telefon) oraz poza siedzibą sprzedawcy,
- 2) świadczenie za pośrednictwem telefonu innych usług niż pośrednictwo sprzedaży usług/produktów na rynku masowym, w szczególności prowadzenie kampanii informacyjnych, ankiet, badań skuteczności kampanii sprzedażowych, itp. w imieniu i na rzecz TAURON Sprzedaż Sp. z o.o. oraz TAURON Sprzedaż GZE Sp. z o.o. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został określony w załączniku nr 1 do specyfikacji.

W załączniku nr 1 do specyfikacji Zamawiający określił, że:

W celu realizacji umowy ramowej Zamawiający będzie zawierał umowy na przeprowadzenie stosownych Kampanii, precyzując każdorazowo na potrzeby Postępowania Ofertowego m.in. jego zakres i termin wykonania (ilość rekordów, okres realizacji usługi, Referencyjny Czas Rozmów, Referencyjny Czas Pracy po Rozmowach oraz Współczynnik Wykorzystania Kuriera).

Za pośrednictwem Postępowań Ofertowych Zamawiający będzie udzielał zleceń na następujące usługi:

- 1) prowadzenie Kampanii Sprzedażowej,
- 2) prowadzenie Kampanii Pozyskaniowej,
- 3) prowadzenie Kampanii Informacyjnej,

33

-
- 4) prowadzenie Kampanii Ankietowej.

Przedmiot poszczególnych Kampanii będzie związany z głównym przedmiotem działalności Zamawiającego, polegającym m.in. na sprzedaży energii elektrycznej, gazu, węgla oraz pozostałych usług/produktów na rzecz TAURON w procesie zawierania umów na odległość (przez telefon) z klientami TAURON oraz klientami Konkurencji w Segmencie Gospodarstwa Domowe (GD) oraz Segmencie Firm, na terenie całego kraju Rzeczypospolitej Polskiej.

W Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 1 do specyfikacji) Zamawiający opisał szczegółowo obowiązki wykonawcy w ramach poszczególnych Kampanii. W ramach Kampanii Sprzedażowej Zamawiający przewidział m.in. zawieranie przez telefon umowy sprzedaży z klientem lub aneksu do niej – zgodnie ze skryptem rozmowy i szczegółowymi wytycznymi TAURON albo zgromadzenie od klienta wszystkich danych oraz dokumentów niezbędnych do zawarcia umowy sprzedaży i uruchomienia usługi przez TAURON (czasem z wykorzystaniem kuriera). W ramach Kampanii Pozyskaniowej Zamawiający przewidział m.in. przysyłanie dokumentów (najczęściej z wykorzystaniem kuriera) do klienta celem zebrania podpisów.

W Formularzu oferty (Załącznik nr 2 do specyfikacji) Zamawiający wymagał podania ceny 1 (jednej) minuty rozmowy oraz ceny usługi kurierskiej.

Zamawiający przewidział zawarcie umowy ramowej z sześcioma wykonawcami, których oferty okażą się najkorzystniejsze.

Zamawiający określił, że przy wyborze najkorzystniejszych ofert będzie się kierował następującymi kryteriami i ich wagami:

Kryterium I (KCm) – cena minuty rozmowy, waga 70%

a. Za czas rozmowy (1 minuta) przyjmuje się minutę zegarową, w której konsultant rozmawia z klientem.

b. Cena 1 (jednej) minuty rozmowy.

c. Punkty oceniane są według następującego wzoru:

$$A/B \times W_k \times 100 = L_p$$

gdzie:

A – najniższa cena za czas 1 minuty rozmowy spośród ofert niepodlegających odrzuceniu (wyrażona w PLN brutto),

B – cena 1 minuty rozmowy z Oferty rozpatrywanej (wyrażona w PLN brutto),

WK – waga kryterium wyrażona w % (70%)

Lp – liczba uzyskanych punktów

Kryterium II (KCK) – cena za usługę kurierską – Waga 30%

34

a. Usługa kurierska to kompleksowe działanie polegające na dostarczeniu dokumentów w określone miejsce, zebranie przez kuriera wymaganych podpisów oraz zwrotne dostarczenie 1 kompletu dokumentów do Wykonawcy

b. Kryterium oceniane będzie wg następującego wzoru:

$$A/B \times Wk \times 100 = Lp$$

gdzie:

A – najniższa cena usługi kurierskiej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu (wyrażona w PLN brutto),

B – cena usługi kurierskiej z oferty rozpatrywanej (wyrażona w PLN brutto),

Wk – waga kryterium wyrażona w % (30%)

Lp – liczba uzyskanych punktów.

W postępowaniu oferty złożyło 11 wykonawców.

Ceny ofert przedstawiają się następująco:

1. Odwołujący: 1. Stawka za minutę rozmowy – 1,16 zł, 2. Stawka za usługę kurierską 0,01 zł;
2. NEO-Electronics Sp. z o.o.: 1. Stawka za minutę rozmowy – 1,91 zł, 2. Stawka za usługę kurierską 0,01 zł;
3. Konsorcjum Gallup Arteria Managment Sp. z o.o. Sp. k.: 1. Stawka za minutę rozmowy – 0,99 zł, 2. Stawka za usługę kurierską 22,00 zł;
4. VIA VOX Sp. z o.o.: 1. Stawka za minutę rozmowy – 0,65 zł, 2. Stawka za usługę kurierską 7,99 zł;
5. GRUPA WBC P.M.: 1. Stawka za minutę rozmowy – 0,97 zł, 2. Stawka za usługę kurierską 19,20 zł;
6. WARSAW BUSINESS CENTER Sp. z o.o.: 1. Stawka za minutę rozmowy – 0,84 zł, 2. Stawka za usługę kurierską 18,00 zł;
7. Call Center Poland S.A.: 1. Stawka za minutę rozmowy – 0,95 zł, 2. Stawka za usługę kurierską 29,52 zł;
8. Nowa Era Sp. z o.o.: 1. Stawka za minutę rozmowy – 0,99 zł, 2. Stawka za usługę kurierską 19,90 zł;
9. Cotel Sp. z o.o.: 1. Stawka za minutę rozmowy – 1,29 zł, 2. Stawka za usługę kurierską 9,50 zł;
10. 3Labs Sp. z o.o.: 1. Stawka za minutę rozmowy – 0,96 zł, 2. Stawka za usługę kurierską 14,76 zł;
11. Mass Contact Center Sp. z o.o.: 1. Stawka za minutę rozmowy – 1,03 zł, 2. Stawka za usługę kurierską 15,99 zł.

35

Pismem z dnia 21 grudnia 2015 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp – celem ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę usług kurierskich, która odbiega od średniej arytmetycznej (11,78 zł brutto) ważnych ofert złożonych w postępowaniu o 100% - poprzez wskazanie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wraz z dowodami na ich poparcie.

W wyjaśnieniach z dnia 28 grudnia 2015 r. Odwołujący podniósł w pierwszej kolejności, że nie zostały spełnione przesłanki z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych, warunkujące konieczność wystąpienia z niniejszym zapytaniem do Wykonawcy. Argumentowano, że brak jest podstaw prawnych do tego, aby Zamawiający oceniał, czy podana przez Wykonawcę cena jest rażąco niska w stosunku do

przedmiotu zamówienia, wyłącznie na podstawie ceny za usługę kurierską. Zgodnie z powołanym przepisem muszą zostać łącznie spełnione 2 warunki:

- a) cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- b) cena oferty budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

Powyższy przepis dotyczy ceny całej oferty, a nie jednostkowej ceny zawartej w ofercie. Poza tym Zamawiający nie wykazał, aby cena całej oferty budziła wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę. Odwołujący wskazał, że przyjmuje do wiadomości fakt, że cena za usługę kurierską jest o 100% niższa w odniesieniu do średniej arytmetycznej ceny za usługi kurierskie, jednakże podkreślił, iż całkowita cena oferty nie odbiega w sposób rażący od ofert pozostałych Wykonawców. Poza tym przedmiotem zamówienia nie są odrębnie usługi kurierskie oraz usługi call center, co przemawia przeciwko sztucznemu wyodrębnianiu ceny za usługę kurierską. Dodatkowo należy podkreślić, iż zgodnie z § 4 ust. 3 umowy ramowej na usługi pośrednictwa sprzedaży, stawka za minutę rozmowy oraz stawka za kuriera stanowią elementy składowe tego samego wzoru służącego do obliczenia należnego Wykonawcy wynagrodzenia. Nie można więc uznać, że mamy w niniejszym postępowaniu do czynienia z dwiema odrębnymi cenami.

Odwołujący wskazał następnie, że zgodnie z określoną w art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych przesłanką, iż Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, jeżeli cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, należy podnieść, że dopiero w sytuacji, w której Wykonawca nie podałyby w ogóle ceny usługi kurierskiej (lub przyjąłby, iż jest ona równa 0,00 zł, zakładając, że możliwe jest takie określenie ceny), przedstawiona przez niego cena mogłaby być niższa o 30% od wartości zamówienia. Przecież w pkt 4.5 SIWUR przyjęto, że cena minuty rozmowy jest ważona jako 70% ceny całkowitej oferty, a cena za usługę kurierską jest ważona jako 30% ceny całkowitej oferty, a zatem obniżenie

36

ceny usługi kurierskiej nie powoduje obniżenia ceny całkowitej oferty o więcej niż 30% w stosunku do wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Niemniej jednak z daleko posuniętej ostrożności, a także mając na względzie fakt, iż Zamawiający ma prawo do innego interpretowania treści powyższej przesłanki określonej w art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych, Odwołujący wyjaśnił, że:

Przyjęte stanowisko wynika z zapisów SIWUR oraz z doświadczenia, które posiada spółka OVISTA GROUP Sp. z o.o. sp.k., a które nabyła jako podwykonawca spółki Ovista Group Sp. z o.o. w procesie realizacji usług pośrednictwa sprzedaży dotyczących produktów rynkowych oferowanych przez firmy Tauron Sprzedaż sp. z o.o. i Tauron Sprzedaż GZE sp. z o.o.

Jeżeli chodzi o pierwszą kwestię, to wagi przyjęte w pkt 4.5 SIWUR do wyliczenia ceny oferty wskazują, że według Zamawiającego cena za usługę kurierską jest określana w procesie oceny złożonych ofert na poziomie 30%. Po drugie, zgodnie z Rozdziałem 2 pkt 2.1 SIWUR oraz z Załącznikiem nr 1 do SIWUR, przedmiotem zamówienia będą usługi, do realizacji których nie będzie potrzebna usługa kurierska oraz dodatkowo usługi, w których zaplanowano wykorzystanie kuriera w celu zebrania podpisów na przygotowanych dokumentach (szerzej Wykonawca odniesie się do tej kwestii w dalszych rozważaniach). W ocenie Wykonawcy ilość usług pośrednictwa sprzedaży z wykorzystaniem kuriera nie będzie wynosić 100%, a tym samym dodatkowo zmniejsza się procentowo znaczenie ceny za usługę kurierską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Jeśli chodzi o doświadczenie, które posiada spółka OVISTA GROUP Sp. z o.o. sp.k. w realizacji usług pośrednictwa sprzedaży, pozwoliło ono Wykonawcy na oszacowanie ceny za usługę kurierską według poniższego modelu.

Wykonawca posiada dane historyczne, które pozwalają mu prognozować szacowany czas niezbędny dla osiągnięcia jednego sukcesu oraz ocenić udział dodatku za przesyłkę w pełnej cenie za sukces. Uzyskany wynik potwierdza, że udział ceny za usługę kurierską przy szacowanej stawce 10,00 zł netto wynosi maksymalnie 20,21% w procesie, który w największej mierze wymaga udziału kuriera (w pozostałych procesach udział ten jest jeszcze mniejszy lub w ogóle nie występuje). Odwołujący zilustrował w formie tabelarycznej powyższe kwestie.

Również zgodnie z orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych nie ma żadnych podstaw do uznania podanej przez Wykonawcę ceny za rażąco niską. Jak już wyżej podkreślano, nie można uznać za rażący jednego elementu ceny, jeżeli całkowita cena odniesiona do całkowitej wartości zamówienia publicznego nie ma charakteru rażącego. W załączniku nr 2 do SIWUR podano 2 elementy ceny: cenę jednej minuty rozmowy oraz cenę usługi kurierskiej. Dopiero w sytuacji, gdyby obydwa elementy

37

były rażąco niskie w stosunku do wartości zamówienia, istniałaby możliwość uznania, że Wykonawca złożył ofertę z rażąco niską ceną. Odwołujący odwołał się do wyroków KIO z dnia 20 maja 2015 roku, sygn. akt KIO 935/15, z dnia 19 maja 2015 roku, sygn. akt KIO 932/1, z dnia 15 maja 2015 roku, sygn. akt KIO 876/15, z dnia 16 stycznia 2015 roku, sygn. akt KIO 2634/14.

Postawienie takiego zarzutu byłoby uzasadnione jedynie w przypadku, gdyby również cena jednej minuty rozmowy była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Poza tym trzeba przypomnieć, że przedmiot zamówienia nie polega na świadczeniu usług kurierskich. Przedmiotem jest ogół czynności, jakie Wykonawca musi wykonać w celu zrealizowania kampanii. Dlatego nie można ocenić całkowitej ceny wyłącznie w oparciu o jej składową - cenę za usługę kurierską. Art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych mówi bowiem o „cenie oferty” rozumianej jako całość, a nie o cenach jednostkowych za poszczególne części zamówienia. Jak już wspomniano, cena za przesyłkę jest jednym z elementów złożonego wzoru, określonego w pkt 4.5 SIWUR. Zresztą wynika z niego, że cena minuty rozmowy jest ważona jako 70% ceny całkowitej oferty, a cena za usługę kurierską jest ważona jako 30% ceny całkowitej oferty. Odwołujący odwołał się do wyroku KIO z dnia 25 lutego 2015 roku, sygn. akt KIO 197/15, wyroku KIO z dnia 19 lutego 2014 roku, sygn. akt KIO 221/14, wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 4 czerwca 2008 roku, sygn. akt X Ga 127/08.

Podana przez Wykonawcę cena za wykonanie usługi kurierskiej jest wprawdzie niska w porównaniu z ofertami innych Wykonawców, ale nie oznacza to automatycznie, że jest rażąco niska. W pierwszym rzędzie powinno się rozważyć, co należy rozumieć pod pojęciem „rażąco niska cena”. Odwołujący odwołał się do wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 21 czerwca 2010 roku, sygn. akt XIX Ga 175/10, wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009 roku, sygn. akt XII Ga 88/09, wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 roku, sygn. akt XIX Ga 3/07.

Przechodząc do ekonomicznego uzasadnienia wysokości podanej ceny, Odwołujący podkreślił, że realizacja przez Wykonawcę przedmiotu zamówienia przy podanej cenie usługi kurierskiej nie spowoduje braku rentowności Wykonawcy ani nie uniemożliwi mu osiągnięcia zysku. W celu rozwiania wątpliwości Zamawiającego co do tego, że usługa będzie wykonana należycie, a także wykazania, że podana stawka nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, Wykonawca wyjaśnił, że cena za usługę kurierską została obliczona w podanej wysokości na skutek uwzględnienia następujących okoliczności:

- a) Część usług wykonywanych w ramach zamówienia nie będzie wymagała korzystania z usługi kurierskiej. Wynika to z pkt 2.1.1. pkt 2 SIWUR, zgodnie z którym przedmiotem zamówienia jest także świadczenie za pośrednictwem telefonu innych usług niż pośrednictwo sprzedaży usług/produktów na rynku masowym, w

38

szczegółowości prowadzenie kampanii informacyjnych, ankiet, badań skuteczności kampanii sprzedażowych. Poza tym w Załączniku nr 1 do SIWUR w ust. 2 podano szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, w którym wskazano na cztery usługi: 1) prowadzenie Kampanii Sprzedażowej, 2) prowadzenie Kampanii Pozyskaniowej, 3) prowadzenie Kampanii Informacyjnej, 4) prowadzenie Kampanii Ankietowej. Dwa z tych procesów są realizowane bez kuriera. W odniesieniu do Kampanii Sprzedażowej w ust. 6 pkt 3) wskazano, że w trakcie jej realizacji czasami będzie potrzebny kurier. Natomiast w przypadku Kampanii Pozyskaniowej w ust. 7 pkt 4) określono, że kampania ta będzie „najczęściej” realizowana za pośrednictwem kurierów.

- b) Należy również wyjaśnić, że Wykonawca nie zobowiązuje się w umowie ramowej, że musi ubiegać się w toku realizacji przedmiotu zamówienia o wykonywanie usług,

które najczęściej będą realizowane za pośrednictwem kuriera.

- c) Zdaniem Wykonawcy wysokość ceny za usługi kurierskie podana przez innych Wykonawców wynika z tego, iż zamierzają je realizować wyłącznie za pośrednictwem podmiotów zewnętrznych. Natomiast Wykonawca zamierza wyłącznie w sporadycznych sytuacjach zlecać indywidualne przesyłki kurierskie zewnętrznym firmom, a opiera się głównie o swój personel wchodzący w skład tzw. Back Office, którego wynagrodzenie jest zaplanowane przez Zamawiającego w ramach wynagrodzenia za „czas pracy po rozmowach potrzebny do realizacji jednego Sukcesu”.
- d) Wykonawca współpracuje z firmą Ovista Group Sp. z o.o., która dostarczy Wykonawcy bazy danych osobowych za odrębnym wynagrodzeniem, które zostanie obliczone z uwzględnieniem faktu, że spółka Ovista Group sp. z o.o. zobowiązuje się do udostępnienia Wykonawcy baz danych klientów oraz do dostarczania tym klientom dokumentów niezbędnych do zawarcia umów sprzedaży energii elektrycznej. Poza tym spółka Ovista Group Sp. z o.o. zamierza zawrzeć umowę z ogólnopolskimi stowarzyszeniami działającymi na obszarze wiejskim, dzięki czemu będzie możliwe utworzenie Punktów Obsługi Klienta w terenie. W rezultacie umowy sprzedaży energii elektrycznej będą podpisywane przez część klientów na miejscu i nie będzie potrzeby korzystania z usług kurierskich.

Odwołujący złożył jako dowód umowę przedwstępną z dnia 30 listopada 2015 roku pomiędzy spółką Ovista Group sp. z o.o. a Wykonawcą dotyczącą udostępnienia baz danych osobowych oraz utworzenia punktów obsługi klienta. Umowa została oznaczona przez Odwołującego, jako poufna.

Końcowo, Odwołujący wskazał, że praktyka obliczenia ceny zastosowana przez Wykonawcę pozostaje w zgodzie z zasadami uczciwej konkurencji oraz jest zgodna ze

39

specyfiką usług będących przedmiotem zamówienia. Odwołujący odwołał się do wyroków KIO z dnia 5 maja 2015 roku, sygn. akt KIO 813/15, oraz z dnia 17 czerwca 2014 roku, sygn. akt KIO 1125/14.

Pismem z dnia 12 stycznia 2016 r. Zamawiający – wobec wątpliwości w zakresie wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę w dniu 28 grudnia 2015 r. – powtórnie wezwał Odwołującego do złożenia pisemnych wyjaśnień w związku z art. 90 ust. 1 Pzp, celem ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę usług kurierskich, poprzez wskazanie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wraz z dowodami na ich poparcie.

W wyjaśnieniach z dnia 15 stycznia 2016 r., Odwołujący wskazał, że realizacja przez Wykonawcę przedmiotu zamówienia przy podanej cenie usługi kurierskiej nie spowoduje braku rentowności Wykonawcy ani nie uniemożliwi mu osiągnięcia zysku. Wykonawca wyjaśnił, że przy ustalaniu ceny za usługę kurierską w wysokości 0,01 zł brał pod uwagę niższe okoliczności, które jednocześnie pozwalają Wykonawcy osiągnąć zysk, a Zamawiającemu gwarantują rzetelne wykonanie Umowy:

- 1) Wykonawca dysponuje umową zawartą ze swoim Partnerem, spółką OVISTA GROUP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy, która dostarcza Wykonawcy bazy danych osobowych klientów w liczbie co najmniej 30 000 rekordów miesięcznie oraz zapewnia możliwość nadawania przesyłek na koszt dostawcy baz danych. Umowa ta została zawarta w dniu 11.12.2015 r. na okres 3 lat i umożliwia Odwołującemu zlecanie przesyłek kurierskich bez ponoszenia dodatkowych kosztów. Zapłacona przez Wykonawcę cena za dostarczenie baz danych w związku z realizacją usług pośrednictwa sprzedaży dla Tauron, jak również innych podmiotów nie będących konkurencją Tauron, będzie obejmowała te koszty. Przysługująca Wykonawcy comiesięczna pula przesyłek zostanie w całości przeznaczona na realizację umowy z Tauron. W swojej kalkulacji ceny Wykonawca przyjął, iż miesięcznie będzie ona wynosić 1000 przesyłek. Wobec powyższego Wykonawca jest w stanie zrealizować usługi kurierskie bez ponoszenia kosztów, co spowodowało, iż podał cenę w wysokości 0,01 zł za wykonywanie tej usługi.
- 2) Należy również wyjaśnić, że Wykonawca w realizacji usług kurierskich opiera się także o swój personel wchodzący w skład tzw. Back Office, którego wynagrodzenie jest zaplanowane przez Zamawiającego w ramach wynagrodzenia za „czas pracy po rozmowach potrzebny do realizacji jednego Sukcesu”. Realizacja „usługi kurierskiej” za pośrednictwem własnego personelu wchodzącego w skład tzw. Back Office jest

oparta na dotychczas zdobytym doświadczeniu i praktyce w zakresie wykorzystania własnego personelu do realizacji usługi kurierskiej. Wykonawca jest w stanie zapewnić w czasie pracy swoich pracowników i zleceniobiorców niezbędną ilość osób do realizacji usług kurierskich bez ponoszenia dodatkowych kosztów, a nawet z

40

zyskiem wynikającym z efektywnego wykorzystania ich czasu pracy. Wynika to z faktu, iż w procesie call center Wykonawca wykorzystuje unikalny system CRM, który automatyzuje proces tworzenia dokumentów, co wydatnie zmniejsza koszty, a tym samym zaangażowanie personelu, dzięki czemu Back Office można przenieść na realizację usługi kurierskiej. Należy podkreślić, iż Wykonawca do tej pory stosował już we współpracy z Tauron w charakterze podwykonawcy podaną metodę i zweryfikował jej ekonomiczną opłacalność. Dotychczas Wykonawca dostarczał bez udziału firm kurierskich nawet 50 szt. przesyłek dziennie, korzystając z pracy 1 współpracownika Wykonawcy. Wykonawca założył w swoich obliczeniach, iż realizacja usług kurierskich przy pomocy własnego personelu będzie możliwa na poziomie 800 szt. przesyłek miesięcznie.

- 3) Wykonawca podpisał ze swoim Partnerem, spółką OVISTA GROUP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy, umowę przedwstępną z dnia 30 listopada 2015 roku, na podstawie której Partner zapewni Wykonawcy współpracę z ogólnopolskimi stowarzyszeniami działającymi na obszarze wiejskim, dzięki czemu będzie możliwe utworzenie Punktów Obsługi Klienta w terenie, gdzie dystrybucja umów do klienta końcowego będzie się odbywać w tychże Punktach oraz z wykorzystaniem przedstawicieli tych stowarzyszeń. W rezultacie umowy sprzedaży energii elektrycznej będą podpisywane przez część klientów na miejscu i nie będzie potrzeby korzystania z usług kurierskich. Co oczywiste, zawarcie i realizacja umowy ostatecznej jest uzależniona wyłącznie od zawarcia umowy pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym. Zawarcie umowy ostatecznej na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w przypadku odrzucenia oferty Wykonawcy, mogłoby narazić Wykonawcę na odpowiedzialność odszkodowawczą z tytułu niezrealizowania umowy przyrzeczonej.
- 4) Część usług wykonywanych w ramach zamówienia nie będzie wymagała korzystania z usługi kurierskiej. Wynika to z pkt 2.1.1. pkt 2 SIWUR, zgodnie z którym przedmiotem zamówienia jest także świadczenie za pośrednictwem telefonu innych usług niż pośrednictwo sprzedaży usług/produktów na rynku masowym, w szczególności prowadzenie kampanii informacyjnych, ankiet, badań skuteczności kampanii sprzedażowych. Poza tym w Załączniku nr 1 do SIWUR w ust. 2 podano szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, w którym wskazano na cztery usługi: 1) prowadzenie Kampanii Sprzedażowej, 2) prowadzenie Kampanii Pozyskaniowej, 3) prowadzenie Kampanii Informacyjnej, 4) prowadzenie Kampanii Ankietowej. Dwa z tych procesów są realizowane bez kuriera. W odniesieniu do Kampanii Sprzedażowej w ust. 6 pkt 3) wskazano, że w trakcie jej realizacji czasami będzie potrzebny kurier.

41

Natomiast w przypadku Kampanii Pozyskaniowej w ust. 7 pkt 4) określono, że kampania ta będzie „najczęściej” realizowana za pośrednictwem kurierów.

Końcowo Odwołujący wskazał, że jest zainteresowany współpracą na podstawie oferty, jaką złożył w wyniku rzetelnej analizy swoich możliwości (technicznych, ekonomicznych, know-how). Wyliczona cena pozwala ubiegać się w poszczególnych postępowaniach o zamówienia do realizacji zadań, w których będzie potrzebna usługa kurierska, jak również tych, które będą realizowane bez użycia kuriera. Do realizacji usług kurierskich Odwołujący wykorzysta uprawnienia przysługujące w ramach już zawartych umów. Zaproponowana przez Wykonawcę w ofercie cena całościowa jest ceną wyjściową i daje możliwość jej dodatkowego zmniejszenia w ramach poszczególnych postępowania, pozwalając jednocześnie Wykonawcy zachować zysk ekonomiczny.

Odwołujący załączył do wyjaśnień umowę przedwstępną z dnia 30 listopada 2015 r. oraz umowę o współpracy z dnia 11 grudnia 2015 r., oznaczając te dokumenty, jako poufne.

Pismem z dnia 23 lutego 2016 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszych ofert, informując jednocześnie Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał – cytując – „Dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi przez Wykonawcę dowodami prowadzi do odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 3 PZP oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3) z uwagi na niewyjaśnienie przez Wykonawcę rażąco niskiej ceny oraz poprzez uznanie, iż oferta narusza zasady uczciwej konkurencji. W związku z faktem, że zaoferowana przez Wykonawcę cena „za usługę kurierską” w kwocie 0,01 zł budziła wątpliwości Zamawiającego, Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w tym zwłaszcza poprzez wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na zaoferowaną cenę. W ocenie Zamawiającego Wykonawca nie sprostął dyspozycji wezwania do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Nadesłane przez Wykonawcę wyjaśnienia w żaden sposób nie usuwają uzasadnionych wątpliwości Zamawiającego, a w konsekwencji nie dają rękojmi prawidłowej realizacji umowy”.

Odnośnie zarzutów odwołania Izba wskazuje, że rozpoznaniu podlegały zarzuty dotyczące tych podstaw prawnych, które Zamawiający wskazał w uzasadnieniu swojej decyzji. Odwołujący w znacznej mierze skonstruował zarzuty w ten sposób, że uczynił ich podstawą własne założenia odnośnie tego, na czym powinna koncentrować się ocena rażąco niskiej ceny i do czego ocena ta powinna się odnosić. Odwołujący podjął próbę przeniesienia meritum sporu bądź na przepisy prawa, które nie zostały zastosowane, bądź

42

na działania Zamawiającego, które w toku postępowania nie były wcześniej kwestionowane przez Odwołującego. W istotnej części zarzuty Odwołującego pomijały więc faktyczne przyczyny i podstawy decyzji Zamawiającego, tworząc taki obraz sprawy, w którym spór koncentrował się na kwestiach odrębnych od tych, które spowodowały odrzucenie oferty.

Odwołujący w sposób nieuprawniony przyjął założenie, że Zamawiający podał nieprawidłową podstawę prawną odrzucenia oferty, jak również bezpodstawnie wywodził, że Zamawiający winien był zastosować art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, skoro powołał się na art. 90 ust. 3 Pzp. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przyjmując własne założenie, że ten właśnie przepis winien Zamawiający wskazać w swojej decyzji, Odwołujący zbudował argumentację dotyczącą przedmiotu zamówienia, w tym braku odniesienia ceny do osiągnięcia danej liczby Sukcesów, czy braku badania oferty pod kątem ceny jednostkowej za Sukces. Argumentacja ta – niezależnie od tego, że chybiona – pozostawała w istocie nieprzydatna dla oceny działań Zamawiającego. Zamawiający wskazał w swojej decyzji dwie niezależne podstawy prawne odrzucenia oferty Odwołującego – przepis art. 90 ust. 3 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Przepis art. 90 ust. 3 Pzp zawiera samodzielne podstawy odrzucenia oferty. Przepis ten stanowi wyrażnie, że 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. W wyroku z dnia 5 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 97/15, KIO 121/15, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała m.in., że „Przepis art. 90 ust. 3 p.z.p. stanowi dodatkową przesłankę odrzucenia oferty, wskazując jako samodzielną podstawę odrzucenia fakt niezłożenia wyjaśnień przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego skierowane w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. bez względu na to, czy zamawiający jest w stanie sam zweryfikować elementy oferty mające wpływ na cenę”.

W ocenie Izby Zamawiający w sposób prawidłowy i uzasadniony otrzymanymi wyjaśnieniami zastosował art. 90 ust. 3 Pzp. Podane w tym zakresie przez Zamawiającego uzasadnienie faktyczne jest w ocenie Izby wystarczające i oddające meritum sprawy. Odwołujący nie miał trudności ze zrozumieniem przyczyn odrzucenia swojej oferty. Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że Odwołujący nie złożył przekonujących wyjaśnień oraz dowodów, które mogłyby pozwolić na przyjęcie wniosku, co do realności i rzetelności wyceny usługi kurierskiej. Izba w całości uznała zasadność przedstawionej w tym zakresie argumentacji Zamawiającego, przyjmując ją w konsekwencji za własną.

Przed przystąpieniem do przedstawienia dodatkowych argumentów uzasadniających stanowisko Izby, należy wskazać, że wszystkie wywody Odwołującego dotyczące badania

odwołania. Własne oceny Odwołującego, co do zasadności zastosowania procedury wyjaśniającej, w tym jej przebiegu, nie mogły mieć znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Zarzutem korelującym z podstawami odrzucenia oferty był w zasadzie zarzut „nieuwzględnienie wyjaśnień Odwołującego dotyczących wyliczenia ceny, zawierających opis wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla Odwołującego, a także precyzyjnie wyjaśniających podstawy wyliczenia ceny za usługę kurierską w wysokości 0,01 zł”. Na marginesie Izba wskazuje jednocześnie, że zasadność zastosowania w tej sprawie, wobec oferty Odwołującego, procedury wyjaśniającej z art. 90 ust. 1 Pzp, jest oczywista. Przepis art. 90 ust. 1 Pzp *in principio* zawiera generalne klauzule, zawierające przy tym pewien element subiektywnej oceny zamawiającego, która to subiektywność z natury rzeczy może mieć miejsce, zwłaszcza gdy zamawiający na tym etapie dysponuje jedynie informacją o wysokości ceny (a nie o elementach, które są podstawą jej wyliczenia, czy przyczynach pozwalających na zaoferowanie ceny w takiej, a nie innej wysokości). Przepis w dalszej części podaje przykład, który powinien być traktowany, jako sytuacja wypełniająca wskazane na wstępie klauzule generalne. Nie oznacza to, że tylko zaistnienie różnicy 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, może jedynie uprawniać do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej. Przepis stanowi bowiem na wstępie, że zwrócenie się o wyjaśnienia i dowody powinno mieć miejsce, gdy cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. „Wydaje się” czy „budzi wątpliwości zamawiającego” są pojęciami nieostrymi i należy uznać, że celowo zostały te pojęcia wprowadzone przez ustawodawcę, by dać zamawiającym szerokie możliwości działania.

Odwołujący zaoferował cenę za usługi kurierskie na poziomie 1 grosza. Jest to cena, która *prima vista* musiała wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, zwłaszcza gdy odniesie się poziom tej ceny do cen z innych ofert, czy realiów rynkowych. Krytycznie Izba oceniła argumentację Odwołującego, który podnosił, że nie można uznawać, by w niniejszym postępowaniu występowały dwie odrębne ceny. Wywód dotyczący jedynie właściwego – zdaniem Odwołującego – sposobu dokonywania oceny oferty, a więc czynienie punktem wyjścia dla tej oceny tylko ceny za Sukces, jak również argumentację o niesamoistnym charakterze stawki „cena za usługę kurierską”, Izba uznała za chybione. Dodatkowo, jak wskazano wcześniej, stanowiło to próbę podważenia wcześniejszych działań Zamawiającego, które nie były kwestionowane w drodze odwołania, jak również próbę przedstawienia takiego obrazu sprawy, który pozwalałby na wyciągnięcie korzystnych dla Odwołującego wniosków, podczas gdy powyższe twierdzenia Odwołującego nie przystawały ani do specyfiki tego postępowania, ani nie znajdowały oparcia w treści specyfikacji. W ocenie Izby z niniejszej sprawy wprost wynika, że Zamawiający nadał cenom odrębnych

charakter i znaczenie. W treści formularza oferty wykonawcy nie mieli podać ceny za Sukces, ale właśnie dwie odrębne ceny – tj. cenę za 1 minutę rozmowy oraz cenę za usługi kurierskie. Specyfika tego postępowania wskazuje, że przedmiot zamówienia będzie realizowany w ramach poszczególnych kampanii, w których usługi kurierskie mogą bądź w ogóle nie występować, bądź występować w zależności od tego, jak będzie przebiegała realizacja zlecenia. Wymagało to rzetelnej i niezależnej wyceny usługi kurierskiej, tak by Zamawiający wiedział, ile będzie kosztować Zamawiającego ta usługa, gdy na etapie kampanii dojdzie już do konieczności jej realizacji. Wreszcie, Zamawiający przewidział w specyfikacji dwa kryteria – kryterium ceny za minutę rozmowy oraz kryterium ceny za usługę kurierską. To ostatnie z wagą 30%. Potwierdza to dodatkowo istotne znaczenie ceny za usługę kurierską, w tym niezależność tej ceny i obowiązek jej rzetelnej kalkulacji.

Jak wynika z akt sprawy Zamawiający wystosował wezwanie do złożenia wyjaśnień i dowodów, które miały pozwolić Odwołującemu na zaoferowanie tak niskiej ceny, jaką jest cena na poziomie 1 grosza (odbiegającej w sposób drastyczny od poziomu cen rynkowych i cen innych ofert). W ocenie Izby wezwanie z dnia 21 grudnia 2015 r. było precyzyjne i jasne – koncentrowało się właśnie na żądaniu udowodnienia, że cena w wysokości 1 grosza jest

cenę realną, a nie rażąco zaniżoną.

Wskutek wystosowanego wezwania, przy braku zakwestionowania tej czynności w drodze odwołania, po stronie Odwołującego zaktualizował się obowiązek wykazania Zamawiającemu powyższych okoliczności. Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. Tytułem uwag natury ogólnej należy wskazać, że wykonawca może być przekonany, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. Jeżeli jednak nie udowodni tego, stosownie do art. 90 ust. 2 Pzp, nie przedstawi w sposób rzeczowy, co pozwoliło mu w tym postępowaniu na zaoferowanie takiej ceny, i nie da w konsekwencji najpierw zamawiającemu, a później Izbie, jeżeli dochodzi już do sporu, możliwości obiektywnej weryfikacji rzetelności swoich kalkulacji – to przekonanie, co do realności ceny, pozostanie tylko i wyłącznie własnym, wewnętrznym przekonaniem tego wykonawcy. Reguły przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 Pzp są proste – wykonawca ma obowiązek wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. To na wykonawcy spoczywa tutaj cały ciężar dowodowy.

Analizując zaś wyjaśnienia i dowody przedstawione przez Odwołującego Izba, podobnie jak Zamawiający, nie widzi rzeczowych wyjaśnień, które przekonywałyby, że cena na poziomie 1 grosza nie jest rażąco zaniżona. W ocenie Izby już pierwsze wyjaśnienia wykonawcy uprawniały Zamawiającego, w okolicznościach tej sprawy, do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp. Jak wskazano wcześniej, wezwanie Zamawiającego było jasne i precyzyjne, dotyczyło konkretnej kwestii, której wyjaśnienia i udowodnienia wymagał Zamawiający. Nie zostało to uczynione, co już otwierało możliwość

45

zastosowania art. 90 ust. 3 Pzp. W tej sprawie Zamawiający stworzył Odwołującemu dodatkową szasną „obrony” swojej oferty, wzywając ponownie do złożenia wyjaśnień i dowodów w zakresie zaoferowanej ceny usług kurierskich. W ocenie Izby, także te kolejne wyjaśnienia i dowody w żaden sposób nie mogą przekonywać o realności ceny na poziomie 1 grosza, potwierdzają wręcz jej rażące zaniżenie. Warto przytoczyć w tym miejscu wyrok KIO z dnia 11 marca 2014 r. sygn. akt KIO 373/14, w którym wskazano m.in., że *„Wyjaśnienia, zawierające niekonkretne i ogólnikowe stwierdzenia można uznać za niezłożone, gdyż to na wykonawcy spoczywa obowiązek złożenia wyczerpujących wyjaśnień, które pozwoliłyby zamawiającemu na ocenę, czy przedmiotowa cena nie jest ceną rażąco niską. Wykonawca składający wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny ma obowiązek wskazania obiektywnych czynników, czy też elementów mających wpływ na zaoferowaną cenę, ale i dowodów na potwierdzenie tych okoliczności.”*

W wyjaśnieniach z dnia 28 grudnia 2015 r., Odwołujący w zdecydowanej części skupił się na polemice z Zamawiającym, co do zasadności wszczęcia procedury wyjaśniającej z art. 90 ust. 1 Pzp. Wyjaśnienia, które koncentrowały się na podstawach zaoferowania ceny na poziomie 1 grosza ograniczyły się w istocie do czterech ogólnikowych podpunktów, przy czym także w tym zakresie wykonawca nie podał żadnych rzeczowych podstaw, które wyjaśniałyby możliwość zaoferowania ceny na poziomie 1 grosza.

W literze a) wyjaśnień Odwołujący wskazał jedynie, że część usług nie będzie wymagała korzystania z usługi kurierskiej. Jest to okoliczność wynikająca z samej specyfiki tego zamówienia i treści opisu przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia tego rodzaju nie zawierają żadnej merytorycznej warstwy, co do ceny na poziomie 1 grosza.

W literze b) wyjaśnień, wykonawca podał, że nie zobowiązuje się w umowie ramowej, że musi ubiegać się o usługi, które najczęściej będą realizowane za pośrednictwem kurierów. Wyjaśnienia tego rodzaju abstrahują od przedmiotu zamówienia, wręcz pozostają w kontrze do zasad tego postępowania. Zamawiający nie dopuścił składania ofert częściowych. Wykonawca nie mógł wyceniać oferty przy założeniu, że do części kampanii w ogóle może nie przystępować. Zaakceptowanie takiego kierunku wyjaśnień prowadziłoby do pokrzywdzenia innych wykonawców. Wykonawca samowolnie „rezygnujący”, przy wycenie oferty, z usług realizowanych za pośrednictwem kuriera, oferujący w konsekwencji nierealne, pozorne stawki za te usługi, pozbawiałby jednocześnie innych wykonawców, będących gotowymi do realizacji każdej z przewidzianych kampanii i rzetelnie wyceniających przedmiotowe usługi, możliwości zakwalifikowania się do kręgu podmiotów wybranych do umowy ramowej – taki bowiem skutek musiałby nastąpić, jeżeli weźmie się pod uwagę kryteria oceny ofert i przypisane im wagi procentowe.

W literze c) wyjaśnień Odwołujący referował ogólnikowo do sposobu kalkulacji innych wykonawców, jak również ogólnikowo odwołał się do swoich zamierzeń dotyczących

sporadycznego korzystania z usług firm zewnętrznych i korzystania z własnego personelu wchodzącego w skład tzw. „Back Office”. Niezależnie od tego, że tego rodzaju argumentacja świadczy o niedopuszczalnym przerzuceniu kosztów w ramach poszczególnych cen, to w tej części wyjaśnień Odwołujący nie przedstawił żadnych rzeczowych założeń, wycień, czy kalkulacji, które obrazowałyby, że nawet przy korzystaniu ze swojego personelu jest w stanie realizować usługę kurierską po cenie 0,01 zł. Należy przy tym wskazać, że na rozprawie Odwołujący wyjaśnił, że *„w ramach spółki komandytowej OVISTA GROUP Sp. z o.o. jest zatrudnianych około 5 osób w back office’ie które wykonują czynności, które zamawiający w SIWZ określił jako czynności wykonywane po rozmowie. TELENERGIA nie zatrudnia pracowników. W stałej strukturze spółki będzie około 60 osób. Wykonawca zadeklarował 5 stanowisk konsultantów do realizacji zamówienia”* (vide: protokół z rozprawy). Nie wiadomo, czy odwołanie się do swojego personelu miałoby dotyczyć tylko tych 5 zatrudnionych osób, czy taka ilość pracowników przy kalkulacji oferty w ogóle byłaby wystarczająca, czy też dotyczyć tych „około 60 osób” planowanych ewentualnie do wykorzystania przy realizacji zamówienia, jakiego rzędu koszty z tego tytułu musiałby ponosić wykonawca. Dodatkowo, jeżeli te „około 60 osób” miałyby stanowić zasób zewnętrzny wykonawcy to wyjaśnienia złożone Zamawiającemu zawierałyby dalsze sprzeczności i niejasności – skoro Odwołujący argumentował, że inni wykonawcy założyli realizację usługi za pośrednictwem podmiotów zewnętrznych, zaś Odwołujący miał zakładać to jedynie w wymiarze sporadycznym.

W literze d) wyjaśnień Odwołujący wskazał na współpracę z firmą OVISTA Group Sp. z o.o., która zobowiązuje się do udostępnienia wykonawcy baz danych klientów oraz do dostarczenia tym klientom dokumentów niezbędnych do zawarcia umów sprzedaży. Ponadto, odwołano się do zamiarów zawarcia umów z ogólnopolskimi stowarzyszeniami działającymi na obszarze wiejskim. Odwołanie się do umów ze spółką powiązaną z Odwołującym, czy prowadzenia negocjacji ze stowarzyszeniami nie tworzy podstaw, które pozwalałyby w sposób obiektywny uznać, że faktycznie wykonawca ma możliwość zaoferowania ceny na poziomie 1 grosza, że jest to cena rynkowa, która pozwoli wykonywać zamówienie bez strat. Odwołujący oznaczył złożoną umowę, jako poufną. Na marginesie należy wskazać, że czyniąc tego rodzaju zastrzeżenie, wykonawca winien wykazać jego podstawy i to w momencie składania tego dokumentu. Jeżeli złożona umowa miała zawierać tajemnicę przedsiębiorstwa, to stosownie do art. 8 ust. 3 Pzp, wykonawca miał obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje rzeczywiście taką tajemnicą są i mogą korzystać z ochrony wynikającej z tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący nie wykazał żadnych przesłanek do objęcia złożonego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa. Uprawniało, a nawet obligowało, to Zamawiającego, do nieuznania skuteczności zastrzeżenia. Kwestie te nie stanowiły jednak przedmiotu rozstrzygnięcia, dlatego Izba podnosi je jedynie informacyjnie. Ponadto, Odwołujący szereg informacji zawartych w złożonej umowie

podawał, czy to w treści odwołania, czy na rozprawie. Na potrzeby niniejszego uzasadnienia Izba odniesie się punktowo do złożonej umowy, bez przytaczania jej szczegółowej treści. Analogicznie zostanie omówiona kolejna umowa złożona w ramach powtórnych wyjaśnień.

Umowa z dnia 30 listopada 2015 r. nie zawiera żadnych stawek, które potwierdzały realność ceny 0,01 zł zaoferowanej w tym postępowaniu przez Odwołującego. Ponadto, umowa ta odwołuje się w głównej mierze do zdarzeń planowanych, a więc przyszłych i niepewnych. Odwołujący nie przedstawił przy tym żadnych rzeczowych wyjaśnień, które obrazowałyby, w jaki sposób planowane do podpisania umowy ze stowarzyszeniami, miałyby wpłynąć na wycenę oferty – m.in. jakiego rzędu oszczędności miałyby wynikać z tych umów. Co istotne i trafnie podniesione przez Zamawiającego, jeżeli istotnym elementem koncepcji przyjętej przez Odwołującego przy wycenie oferty miała być przyszła współpraca ze stowarzyszeniami (pomijając fakt, że owe umowy miałyby dotyczyć tylko części obszaru realizacji usług), to na moment wyceny oferty wykonawca nie miał jeszcze żadnych ustalonych i rzeczywistych podstaw, by kalkulować cenę na poziomie 1 grosza. W istocie cena ta miałaby zostać oparta na planach i zamierzeniach wykonawcy – bez gwarancji ich rzeczywistej realizacji i rzeczowego przełożenia na realizację tego zamówienia. Warto przytoczyć w tym miejscu wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1103/15, w którym wskazano, że: *„Nie liczy się wielość stron zapisanych, czy też wielość argumentacji*

przytoczonej w piśmie wykonawcy, a merytoryczna wartość przedstawionych wyjaśnień, które zgodnie z przepisem art. 90 ust. 1 p.z.p., muszą być poparte dowodami. Czymże bowiem byłyby dowolne wyjaśnienia wykonawcy, jeżeli nie można by było ich zweryfikować. Jedynie stanowiskiem strony, ukształtowanym w postępowaniu na przekonanie drugiej strony, co do swojego spojrzenia na sprawę. Weryfikację natomiast można przeprowadzić wyłącznie o przedstawione dowody”.

W wyjaśnieniach z dnia 15 stycznia 2016 r. Odwołujący w zasadzie powielił wcześniejszy kierunek i sposób argumentacji. Złożona umowa z dnia 11 grudnia 2015 r. (pomijając wątpliwości, dlaczego nie została złożona już w ramach pierwszych wyjaśnień, skoro była datowana na dzień sprzed wezwania Zamawiającego) w żaden sposób nie stanowi dowodu potwierdzającego realność ceny na poziomie 1 grosza. W realiach tej sprawy, zwłaszcza z uwagi na powiązania między stronami tych umów, Odwołujący powinien rzeczowo uzasadnić z czego wynika cena w wysokości 1 grosza, m.in. powinien, w ocenie Izby, wykazać, że cena ta, jak również podana w umowie stawka wynagrodzenia za każdy rekord, jest rzeczywiście dostępna dla tej drugiej strony umowy, a więc, że nie będzie to wykonywanie umowy po kosztach lub ze stratami. Samo zadeklarowanie jakiejś kwoty, czy wykonywanie zadań bez kosztowo, w umowie gdzie strony są silnie powiązane osobowo i kapitałowo nie może być uznane za wystarczający dowód na realność przyjętych wyliczeń. Jest tu pewna analogia do sytuacji, w której w kontekście art. 90 ust. 2 Pzp, za

48

wystarczające miałyby zostać uznane własne oświadczenia wykonawcy, że jest w stanie wykonać usługę bez kosztowo, czy wykonać ją po stawkach bardzo niskich. Jeżeli Odwołujący ubiegający się o udzielenie zamówienia, uczynił zasadniczą podstawą wyceny swojej oferty zobowiązania podmiotu formalnie odrębnego, ale w rzeczywistości powiązanego bardzo silnie osobowo i kapitałowo, to dla udowodnienia realności swoich cen miał obowiązek, w ocenie Izby, złożyć wyjaśnienia „sięgające” dalej niż tylko przedstawienie tych zobowiązań (czy to w formie umowy, czy w innej postaci) – tak, by wykazać, że zobowiązania tego podmiotu są realne i oparte na rzeczywistych i dostępnych przesłankach i podstawach.

Dodatkowo, w ocenie Izby, wyjaśnienia Odwołującego dyskwalifikuje także akcentowane na rozprawie ujęcie kosztów usługi kurierskiej w cenie za minutę rozmowy (vide: protokół z rozprawy: „*odwołujący wskazuje, że koszty doręczania przesyłek uwzględnił w stawce za minutę rozmowy*”). Izba uznaje, że Odwołujący dokonał własnej nadinterpretacji, w dodatku w sposób nieprzystający do treści specyfikacji i specyfiki tego zamówienia.

Przykładowo, co podkreślał sam Odwołujący, skoro część kampanii w ogóle nie przewiduje usługi kurierskiej, to jest dla Izby oczywiste, że nie można było w cenę za minutę rozmowy wrzucać kosztów usługi kurierskiej. Przyjęcie takiej optyki prowadziłoby do sytuacji, w której Zamawiający płaciłby za usługi, które nie są w ogóle przewidziane dla danego elementu zamówienia, natomiast w tych elementach, gdzie te usługi będą występowały płaciłby za ich wykonanie, niezależnie od tego, jaki będzie ich faktyczny zakres.

Izba uznaje zasadność argumentu Zamawiającego, że po to rozdzielono te ceny i po to przypisano im odpowiednią wagę w kryteriach oceny ofert, by wykonawcy rzetelnie i niezależnie wycenili każdą z tych usług. Nie było więc dopuszczalne ujmowanie kosztów doręczeń w cenie za minutę rozmowy.

Reasumując, w ocenie Izby Zamawiający zasadnie zastosował art. 90 ust. 3 Pzp i odrzucił ofertę Odwołującego. Nie doszło w tym zakresie także do naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, nie był – i nie musiał być – stosowany przez Zamawiającego. Izba nie uznała wartości i znaczenia dowodowego dokumentów złożonych przez Odwołującego. Nie stanowiły one materiału, który przekonywałby o realności zaoferowanej ceny. Należy przy tym podkreślić, że sprostanie ciężarowi dowodowemu z art. 90 ust. 2 Pzp, ma nastąpić przed zamawiającym. W wyroku z dnia 8 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1058/15, podkreślono m.in., że: „*To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że cena zawarta w ofercie nie jest rażąco niska. Izba ocenia jedynie czynność zamawiającego polegającą na ocenie wyjaśnień. Zatem wszelkie dowody wykonawca powinien złożyć już na etapie składania wyjaśnień*”. Złożony list intencyjny Izba oceniła, jako dokument o charakterze ogólnym. Umowa współpracy z dnia 1 września 2014 r. stanowi natomiast

49

jedynie dowód na współpracę między jej stronami. Przedmiotowa umowa dotyczy przy tym zobowiązań Pośrednika, którym jest Ovista Group Sp. z o.o. Sp. k., a więc podmiotu tworzącego konsorcjum w tym postępowaniu. Nie sposób wywodzić z tej umowy zobowiązań drugiej spółki, które mogłyby zostać przeniesione na grunt tego zamówienia, w dodatku w taki sposób, że dawałoby to podstawy do zaoferowania ceny na poziomie 1 grosza. To samo dotyczy załączonej przy odwołaniu faktury, która stanowiła dowód jedynie na zaistnienie jakiegoś rozliczenia z tytułu ww. umowy współpracy.

Izba zgadza się natomiast z Odwołującym że Zamawiający nie podał podstaw, które uzasadniałyby przypisanie czynu nieuczciwej konkurencji. W tym zakresie zarzut braku rzetelnego uzasadnienia przyczyn odrzucenia oferty, co przekłada się automatycznie na końcową ocenę, co do zaistnienia podstaw z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, Izba uznaje za trafny. Niemniej jednak nie mogło to zmienić kierunku rozstrzygnięcia, gdyż podstawa odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp była prawidłowa.

Jednocześnie, Izba nie przesądza, że czynu nieuczciwej konkurencji nie można by przypisać Odwołującemu. Chociażby przerzucanie kosztów między cenami, mogłoby zostać uznane za działanie naruszające interes Zamawiającego, czy działanie wypaczające zasady przyjęte w kryteriach oceny ofert, co w konsekwencji mogłoby prowadzić do eliminacji konkurencji w tym postępowaniu. Izba musi się jednak ograniczyć do tego, co podał Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji, a tam brak jest w istocie uzasadnienia, co miało przesądzić o takiej kwalifikacji i jaka dyspozycję przepisu z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji miało wypełnić działanie Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. Izba zaliczyła w poczet kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego. Izba nie zasądziła na rzecz Zamawiającego kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, gdyż Zamawiający nie złożył żadnego rachunku dla wykazania wysokości kosztów. W postępowaniu przed Izbą nie jest wystarczające odwołanie się do wysokości podanej w przepisach, a więc poprzestanie na żądaniu zasądzenia kosztów według norm przepisanych. Przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) wskazują bowiem maksymalny pułap kosztów, jakie mogą zostać zwrócone, co nie oznacza automatycznie, że takie właśnie koszty Izba ma zasądzać. Przepis § 3 ust. 2 ww. rozporządzenia stanowi wyraźnie, że Izba zasądza koszty w wysokości określonej na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy. W tej sprawie Zamawiający nie złożył Izbie żadnego rachunku. Z

50

przyczyn formalnych nie było więc możliwości uwzględniania wniosku Zamawiającego z zasądzenie zwrotu tych kosztów.

Przewodniczący:

51