

WYROK

z dnia 2 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 kwietnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 marca 2015 r.

przez wykonawcę J. J., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Pogrzebowy J. J. w Jędrzejowie

w postępowaniu prowadzonym przez Prokuraturę Okręgową w Kielcach

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu Prokuraturze Okręgowej w Kielcach unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr 2 i 4 zamówienia, unieważnienie czynności odrzucenia w tych częściach oferty Odwołującego J. J., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Pogrzebowy J. J. w Jędrzejowie oraz dokonanie w powyższym zakresie ponownego badania i oceny ofert,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Prokuraturę Okręgową w Kielcach i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr [słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych, zero groszy] uiszczoną przez Odwołującego J. J., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Pogrzebowy J. J. w Jędrzejowie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza od Zamawiającego – Prokuratury Okręgowej w Kielcach na rzecz Odwołującego J. J., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Pogrzebowy J. J. w Jędrzejowie kwotę 7 500 zł 00 gr [słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych, zero groszy] stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych [t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.], na niniejszy wyrok –w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Kielcach.

Skład orzekający:

Sygn. akt: KIO 547/15

2

UZASADNIENIE

I. Zamawiający – Prokuratura Okręgowa w Kielcach, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług przewozu zwłok dla prokuratur okręgu Świętokrzyskiego”, w podziale na sześć części, wyodrębnionych terytorialnie [ogłoszenie w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 23 lutego 2015 r. nr 24301–2015]. Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II. Zamawiający w dniu 23 lutego 2015 r. w zakresie części 2 i 4 odrzucił ofertę Odwołującego uznając, że wykonawca nie wykazał, że nie zawiera ona rażąco niskiej ceny [art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy oraz art. 90 ust. 3 ustawy].

Odwołujący złożył odwołanie, wobec odrzucenia własnej oferty, zarzucając naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1 i ust. 3 ustawy w sytuacji gdy Odwołujący złożył szczegółowe wyjaśnienia dotyczące poszczególnych składników ceny za realizację zamówienia w zakresie obu zadań, które winny być uwzględnione jako wystarczające przez Zamawiającego.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie zadania nr 2 i 4 postępowania i wybór tych ofert jako najkorzystniejszych z punktu widzenia przyjętych kryteriów ofert oraz obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego i zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wpisu od wniesionego odwołania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że w dniu 6 marca 2015 roku Zamawiający zwrócił się do o przedstawienie części składowych wchodzących w skład zaproponowanej ceny, wskazując jednocześnie, że wyliczenia należy udokumentować. Ponadto Odwołujący miał wyjaśnić ilość osób wykonujących zamówienie, sposób wyliczenia miesięcznych kosztów utrzymania chłodni oraz koszt rzeczowego przewozu zwłok z udokumentowaniem, ilość średniorocznego przechowywania zwłok, różnice pomiędzy zadaniem nr 2 i 4, wskazanie samochodów którymi będzie wykonywane zamówienie oraz adresu chłodni. Odwołujący pismem z 10 marca 2015 roku wskazał składowe ceny przewozu zwłok, cenę za jeden kilometr przewozu z wyszczególnieniem co wchodzi w skład ceny, ilość pracowników wykonujących zamówienie, miesięczne koszty utrzymania chłodni

z wyszczególnieniem poszczególnych kwot za media, jednorazowy koszt rzeczowego przewozu zwłok, średnią ilość przechowywania zwłok w ciągu roku, uzasadnienie różnicy pomiędzy zadaniami Nr 2 i 4, średnie spalanie paliwa i samochody którymi będzie wykonywane zamówienie, adres chłodni. Zamawiający pismem z dnia 17 marca 2015 roku uznał powyższe wyjaśnienia za niewystarczające, z uwagi na brak wyliczenia kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników, brak kosztów eksploatacyjnych pojazdów, brak wyliczenia ceny za przechowywanie zwłok i odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

Zdaniem Odwołującego, przy badaniu rażąco niskiej ceny należy brać pod uwagę całość ceny, a nie opierać się jedynie na niektórych jednostkowych kosztach, które mogą w działalności gospodarczej być przenoszone w ramach danego zamówienia lub nawet znajdować się poza nim, chyba, że zamawiający uczyniłby inne zastrzeżenie w tym zakresie [wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 15 października 2014 r. KIO 1989/14; KIO 1996/14]. Odwołujący w sposób szczegółowy wskazał części składowe ceny za wykonanie zadania Nr 2 i 4 przedmiotowego zamówienia. Brak wyliczenia kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników wynika z faktu, że jak wskazał Odwołujący, będzie osobiście wykonywał zamówienie w ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej, wraz z jednym pracownikiem, który oprócz zamówienia realizowanego dla Zamawiającego wykonuje szereg innych prac dla Odwołującego. Pracownik nie będzie wykonywał pracy tylko w z zakresie realizacji zadania nr 2 i 4 przedmiotowego postępowania. Zamówienie dla Prokuratury Okręgowej w Kielcach stanowi ok. 5–10% wszystkich usług świadczonych przez Odwołującego w ramach prowadzonej działalności gospodarczej. Ponadto Zamawiający w SIWZ oraz w załącznikach do SIWZ w tym w formularzu ofertowym [zał. nr 1] i tabeli cenowej oraz wykazie kosztów [zał. nr 3] wskazał jako wymagane tylko wskazanie ilości osób wykonujących zamówienie a nie wskazanie wynagrodzeń. Załączniki te nakazują wyszczególnienie części składowych ceny zamówienia, co przedłożył Odwołujący. *Pojęcie ceny „rażąco niskiej” pozostaje pojęciem nieostrym [...] Należą do nich przykładowo: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych* [wyrok sądu okręgowego w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009 r. XII Ga 88/09, LEX nr 552013].

W zakresie zadania 2 zostały zaoferowane trzy ceny za zamówienie: 11.880,00 [Odwołujący], 9.741,00 [wykonawca 2] i 17.280,00 [wykonawca 8]. Wartość szacunkowa

4

została ustalona przez Zamawiającego na poziomie 35.700,00 zł. Zatem cena zaoferowana przez Odwołującego nie odbiega od uśrednionej średniej arytmetycznej cen pozostałych wykonawców. Na to zadanie wygrała oferta wykonawcy który zaoferował kwotę 17.280,00 zł, a zatem o 50% mniej niż wartość szacunkowa. Ten wykonawca nie został odrzucony z powodu podejrzenia o rażąco niskiej cenie za realizację zamówienia, zachodzi więc uzasadniona wątpliwość co do rzetelności ustalenia wartości szacunkowej zamówienia dokonanej przez Zamawiającego.

W zakresie zadania nr 4 Odwołujący zaoferował cenę 3.456,00, Wykonawca 4 zaoferował cenę 3.542,40, zaś wykonawca 8 zaoferował cenę 12.960,00 zł. Zatem cena zaoferowana przez Odwołującego nie odbiega od uśrednionej średniej arytmetycznej cen pozostałych Wykonawców. Na to zadanie wygrała oferta wykonawcy który zaoferował kwotę 12.960 zł, a zatem o ponad 50% mniej niż wartość szacunkowa. Ten wykonawca nie został odrzucony z powodu podejrzenia o rażąco niskiej cenie za realizację zamówienia, zachodzi więc uzasadniona wątpliwość co do rzetelności ustalenia wartości szacunkowej zamówienia dokonanej przez Zamawiającego.

Ponadto Zamawiający nie stosuje porównywalnych kryteriów w stosunku do wszystkich wykonawców, ograniczając w ten sposób konkurencję i uchylając podstawowej zasadzie Prawa zamówień publicznych jaką jest równość wobec wszystkich wykonawców. Zadania nr 1 i nr 2 są porównywalne. W zadaniu Nr 1 jako oferta najkorzystniejsza została wybrana oferta Wykonawcy 8 z ceną 17.280,00 zł. Nie została ta cena uznana za rażąco niską. Jednakże warto podnieść, że wykonawca ten będzie świadczył usługi dojeżdżając o ok. 40–50 km dalej niż Odwołujący na trasie w zadaniu nr 2. Cena Odwołującego pomimo tego została uznana za zbyt niską, a Wykonawcy 8 – nie.

Odwołujący zwrócił uwagę na zarzut Zamawiającego dotyczący nie przedłożenia przez Odwołującego dowodów na poparcie wyjaśnień, wskazując, że wykonawca wezwany do wyjaśnienia wysokości ceny oferty może przedłożyć dowody na poparcie swoich twierdzeń, jednak brak dowodów nie deprecjonuje udzielonych wyjaśnień. Liczy się treść tych wyjaśnień, jako oświadczenie własne wykonawcy [wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 18 lipca 2014 r. KIO 1396/14].

Odwołujący podał, że złożył szczegółowe wyjaśnienia. Wyszczególnienie wynagrodzenia pracowników, w sytuacji gdy zamówienie wykonuje właściciel firmy i nie wypłaca sobie minimalnego wynagrodzenia za pracę zgodnie z Rozporządzeniem, jak również wykonywanie czynności przez jednego pracownika, oprócz jego innych prac wykonywanych na rzecz Odwołującego – nie znajduje uzasadnienia. W takim przypadku dla

5

Zamawiającego wystarczające winny być wyjaśnienia Odwołującego. Odwołujący załączył do odwołania listę płac czterech pracowników za miesiąc luty 2015 r.

Odwołujący podkreślił, że do wyjaśnień nie muszą być złożone „materialne” dowody, czy jakiegokolwiek wyliczenia, ale jeśli wyjaśnienia wykonawcy nie wskazują na indywidualne, dostępne wyłącznie temu wykonawcy uwarunkowania, uzasadniające wysokość zaoferowanej ceny, należy uznać, że wyjaśnienia spełniające wymagania p.z.p. nie zostały złożone [wyrok KIO z dnia 7 lipca 2014 r. sygn. 1287/14].

III. Zamawiający złożył pismo, w którym podjął polemikę z treścią odwołania, nie zawierając wprost wniosku o jego oddalenie, nie stawiał się także na rozprawę wnosząc o rozpoznanie sprawy bez udziału Zamawiającego. W uzasadnieniu pisma Zamawiający podał, że w wyniku otwarcia i przeanalizowania ofert wezwał wykonawcę do dokonania wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów a w wyniku wezwania wykonawca złożył Zamawiającemu wyjaśnienia oraz brakujące oświadczenie. Do wyjaśnień Wykonawca nie załączył żadnych dokumentów

potwierdzających poprawność dokonanych wyliczeń. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach podał koszty, jakie wchodziły w skład zaoferowanych cen, lecz do części z nich nie dokonał stosownych wyliczeń, przy czym powyższe składowe cen zostały wykazane przez Zamawiającego w wezwaniu. Wykonawca przepisał je do swoich wyjaśnień nie zadając sobie trudu na ich wyliczenie i udokumentowanie. W związku z tym, iż wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów stwierdzających ponoszone koszty, Zamawiający dokonał rozpoznania niektórych cen, o których mowa w wyjaśnieniach. Zgodnie z tym rozpoznaniem Zamawiający sprawdził cenę worków na zwłoki - najtańsze, oferowane na rynku, to worki produkowane przez „Śreniawski M” w cenie 12,30 zł brutto, przy czym po przeprowadzonej rozmowie telefonicznej z przedstawicielem producenta, pozyskano informację, iż najniższą cenę, za jaką worki te są sprzedawane to 9,00 zł. Wykonawca podał w wyjaśnieniach kwotę 3,50 zł. Wykonawca przedstawił w wyjaśnieniach, iż do przewozu zwłok w większości będzie wykorzystywany samochód Mercedes Pilato 2,7 diesel, który spala 6,5 litra oleju napędowego na 100 km przebiegu. Zamawiający dotarł do raportu spalania podobnego samochodu, który to raport został opublikowany przez „Auto Centrum.pl - niezależny portal motoryzacyjny”. Z cytowanego raportu wynika, iż średnie spalanie wynosi 7,6 litra oleju napędowego na 100 km. W ofercie Wykonawca podał, iż średnie spalanie samochodu wynosi 8 litrów na 100 km, przy czym nie określił, jaki to będzie samochód oraz rodzaj paliwa. Mając na uwadze złożone wyjaśnienia, iż w większości przypadków do przewozu zwłok będzie wykorzystywany samochód Mercedes Pilato 2,7, to należy zauważyć nieścisłość, co do wartości zużytego paliwa. Według wyjaśnień wykonawca dysponuje drugim pojazdem, który będzie używany rzadko, sporadycznie i jego spalanie wynosi 8 litrów

etyliny na 100 km przebiegu. Zamawiający podał, że na podstawie oferty i złożonych przez wykonawcę wyjaśnień nie jest w stanie stwierdzić, czy spalanie wykazane w ofercie dotyczy samochodu, który ma być podstawowym środkiem transportu i w związku z tym występuje różnica pomiędzy ofertą a wyjaśnieniami, czy dotyczy samochodu, który będzie używany sporadycznie. Zamawiający też zauważył, że wykonawca w ofercie podał, że miesięczne koszty utrzymania chłodni wynoszą 200,00 zł, a w wyjaśnieniach wykazał 210,00 zł. Zamawiający mimo złożenia wyjaśnień nadal nie posiada wiedzy, jakie będą koszty związane z przechowywaniem zwłok, gdyż wykonawca wskazał chłodnię w Jędrzejowie ul. Małogoska 42 oraz w Pińczowie przy Szpitalu Miejskim ZOZ. Zamawiający domniemywa, iż przedstawione koszty utrzymania chłodni dotyczą tej znajdującej się w Jędrzejowie, będącej własnością wykonawcy. W wyliczeniach kosztów oraz w ofercie nie ma informacji o zasadach korzystania z chłodni w Pińczowie jak również kosztów jej utrzymania, wynajmu lub wartości wykonywania usługi przechowywania zwłok przez szpital. Zamawiający prosił wykonawcę o wyjaśnienie znacznej różnicy w cenach za wykonanie zadania pomiędzy częścią 2 i 4. Odpowiedź, jakiej udzielił wykonawca jest lakoniczna, niepełna i niepoparta żadnymi wyjaśnieniami czy wyliczeniami. Należy również zwrócić uwagę na niepoprawny zapis w tabeli „Wykaz kosztów” dotyczący liczby osób zatrudnionych. Błędny zapis obejmuje wskazanie w ofercie, że bezpośrednio zamówienie wykonywać będą dwie osoby, z tego sześć osób stanowi liczbę pracowników. Uznając, iż nieprawidłowość tego zapisu należy wyjaśnić Zamawiający wezwał Wykonawcę do przedstawienia stanu faktycznego. Wykonawca odpowiedział, iż bezpośrednio zamówienie będzie wykonywał właściciel oraz jedna zatrudniona osoba, a ogólna ilość zatrudnionych to 4 osoby (sprzeczność wyjaśnień w stosunku do oferty). Wykonawca nie podał ani bezpośrednich, ani pośrednich kosztów zatrudnienia tych osób przy realizacji zadania. 3. Zamawiający podał, że w toku analizy oferty oraz przedstawionych wyjaśnień uznał, iż wykonawca złożył ofertę z rażąco niską ceną, przy czym to na wykonawcy ciąży odpowiedzialność udowodnienia, że zaoferowane przez niego ceny nie noszą znamion rażąco niskich. Na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający nie był w stanie dokonać poprawnej oceny, gdyż wyjaśnienia te były lakoniczne i nie zostały poparte żadnymi dowodami.

Ponadto, Zamawiający przesłał potwierdzoną za zgodność z oryginałem kopię ogólnej dokumentacji postępowania, zawierającą jedynie ofertę Odwołującego, nie przedstawiając – mimo takiego obowiązku wynikającego z § 10 ust. 3 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań* [tekst jedn.: Dz.U. z 2014 r. poz. 964] – oryginału dokumentacji

postępowania, w tym komplecie złożonych w postępowaniu ofert. W rezultacie na moment rozpatrywania odwołania brak jest ofert pozostałych wykonawców, w tym z pozostałych

zadań składających się na zamówienie, pozwalających na porównawczą analizę podawanych w formularzach kosztów związanych w wykonaniu zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – w razie potwierdzenia stawianych zarzutów, a w konsekwencji – uwzględnienia odwołania, Odwołujący ma szansę na uzyskanie zamówienia w tym postępowaniu.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Za powyższą oceną przemawiały następujące okoliczności:

[1] Po pierwsze, Krajowa Izba Odwoławcza związana jest zarzutami podniesionymi w odwołaniu [art. 192 ust. 7 ustawy], skierowanymi wobec kwestionowanej w nim czynności w takim kształcie i z takim uzasadnieniem, z jakim dokonał jej Zamawiający.

Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy oraz art. 90 ust. 3 ustawy, po uprzednim wezwaniu do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający podał: *„przyczyną odrzucenia oferty była, zdaniem Zamawiającego, chęć wykonania zadania za rażąco niską cenę. Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień i dokumentów potwierdzających dotyczących obliczenia ceny. Wykonawca złożył wyjaśnienia, które były niepełne [brak wyliczenia kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników, brak kosztorysów eksploatacyjnych pojazdów, brak wyliczenia ceny za przechowywanie zwłok]. Ponadto, zgodnie z wyliczeniem miesięcznych kosztów utrzymania chłodni wynoszą one 210,00 zł podczas gdy w ofercie wykonawca podał kwotę 200,00 zł. Wykonawca nie przedstawił żadnych dokumentów potwierdzających przedstawionych przez niego wyliczeń”*.

Powyższa czynność została poprzedzona wystosowanym przez Zamawiającego wezwaniem, w którym Zamawiający, nie wskazując podstawy prawnej wezwania poinformował, że zachodzi *„podejrzanie o zastosowaniu rażąco niskiej ceny”* oraz że w związku z tym należy przedstawić wykaz części składowych wchodzących w skład zaproponowanej ceny [poszczególne wyliczenia należy udokumentować]. Zamawiający podkreślił w tym wezwaniu, że w skład *„ceny za przewóz zwłok”* wchodzi *„jednorazowy koszt przewozu zwłok”*, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może

niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3 – 5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, kosztów transportu na terenie miasta, którego dotyczy postępowanie oraz kosztów pośrednich dotyczących utrzymania firmy i pracowników, *„cena za 1 km przewozu”* obejmuje oprócz kosztów paliwa również koszty eksploatacyjne, koszty przeglądów i ubezpieczenia, *„cena za przechowywanie zwłok”* obejmuje między innymi koszty utrzymania chłodni, obsługi mediów, dzierżawy [wynajmu] itp. Zamawiający postawił wyraźne pytania: *„Proszę wyjaśnić zapis z tabeli „Wykaz kosztów” ilość osób bezpośrednio wykonujących zamówienie 2, w tym ilość zatrudnionych 6”*; *„Proszę podać sposób wyliczenia „Miesięcznych kosztów utrzymania chłodni” oraz „Jednorazowego kosztu rzeczowego przewozu zwłok” wraz z udokumentowaniem”*; *„Proszę podać, ile średnio w ciągu roku Wykonawca przechowuje zwłok z wyłączeniem tych, które są przechowywane na polecenie prokuratury”*; *„Czym spowodowana jest tak znaczna różnica pomiędzy wykonywaniem usługi w części nr 2 i nr 4”*; *„W tabeli wpisano średnie spalanie samochodu na poziomie 8 l/100 km [nie podano jakiego rodzaju paliwa] oraz nie zaznaczono o jakie samochody chodzi; „W oświadczeniu nr 7 należy*

„podać adres chłodni”.

Odwolujący udzielił w terminie odpowiedzi na powyższe wezwanie, podając, że:

- cena za przewóz zwłok [ryczałt] zawiera koszt pracy dla pracownika z umową cywilnoprawną, koszt worka na zwłoki, koszty eksploatacyjne pojazdu, zmienne zależne od trasy przejazdu;
- cena za jeden km przewozu uwzględnia koszt paliwa za jeden przejechany km przy spalaniu 6,5 l/100 km i cenie 4,40 zł/litr wynosi 0,28 zł/km, koszty eksploatacyjne pojazdu,
- całkowita ilość pracowników zatrudnionych w zakładzie pracy to cztery osoby; do wykonania zamówienia w postaci usługi przewozu i przechowywania zwłok potrzebny jest właściciel oraz jeden pracownik [załadunek, wyładunek];
- w skład miesięcznych kosztów chłodni zaliczono: koszt prądu wykorzystywanego przez agregat chłodniczy o mocy 500W około 90 zł/mies., koszt środków dezynfekujących 30 zł/mies., koszt wody oraz ścieków 20 zł/mies., koszt podatku od nieruchomości dla pomieszczeń używanych do przechowywania zwłok około 70 zł/mies. – razem 210 zł/mies.;
- jednorazowy koszt rzeczowego przewozu zwłok: worek na zwłoki 3,5 zł, rękawiczki lateksowe 4 x 0,9 zł = 0,36 zł, środki dezynfekujące [preparat IzoSol z dozownikiem] 0,5 zł – razem 4,36 zł;
- średnia ilość przechowywanych zwłok w chłodni wynosi 450 osób rocznie.

9

– Zakład Pogrzebowy z racji wykonywanej działalności oraz podpisanej umowy z ZOZ Szpital Specjalistyczny w Pińczowie oraz stacją dializ na przewóz osób zmarłych jest w ciągłej gotowości do wykonywania usług. Potencjalne podpisanie umowy z Prokuraturą Okręgową w Kielcach nie zwiększy miesięcznych kosztów utrzymania gotowości do wykonania zadania. Koszty składowe gotowości „biorą”: utrzymanie linii telefonicznej, papier do fax-u, koszty utrzymania chłodni;

– średnie spalanie pojazdu zgodne z charakterystyka silnika dla pojazdu: mercedes Pilato 1,9 wynosi 8 l etyliny/100 km, mercedes Pilato 2,7 diesel 6,5 l oleju napędowego/100 km; do przewozów prokuratorskich w większości wykorzystywany jest mercedes Pilato 2,7 diesel;

– różnica dla powiatu pińczowskiego wynika stąd, że chłodnia w Pińczowie nie jest wystarczająco wykorzystana, posiada dużą rezerwę;

– zakład posiada chłodnię w Jędrzejowie ul. Małogoska 42 oraz w Pińczowie ZOZ Szpital Miejski.

[2] Po drugie, zamawiający w razie powzięcia wątpliwości co do poprawności kalkulacji ceny [czy nie ma ona charakteru rażąco niskiej], obowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy. W tym miejscu podzielić należy stanowisko Izby oraz orzecznictwa Europejskiego, iż niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie [np. wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium] i odrzucanie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu, bez dania wykonawcom możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna (*orzeczenie ETS z 22 czerwca 1989 r., C-103/88, Fratelli Constanzo SpA przeciwko Comune di Milano, ECR 1989, str 01839*). Ten cel realizuje wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, przewidziane w art. 90 ust. 1 ustawy.

W aktualnym – obowiązującym od 19 października 2014 r. stanie prawnym, – ustawodawca dał wytyczne, kiedy zachodzi stan, że zamawiający powinien powziąć takie wątpliwości, wskazując jako przykładowe dwie okoliczności. Zgodnie z treścią art. 90 ust. 1 i 2 ustawy, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych,

oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Oznacza to zatem tyle, że przykładowymi sytuacjami, kiedy cena winna wywołać refleksje zamawiającego co do poprawności kalkulacji jest stan, gdy cena jest niższa o 30 % od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, a ściślej – co najmniej o tyle niższa. Oczywiście, takie wątpliwości mogą wynikać także z innych okoliczności, jak zaniżenie cen jednostkowych, których podania zamawiający wymaga, czy brak wyceny określonych elementów zamówienia. Może być też tak, że wartość szacunkowa zamówienia zostanie ustalona w sposób ostrożny, czy nawet znacząco zawyżony, który nie odda rzeczywistej, rynkowej wartości świadczenia. Nie można bowiem wykluczyć sytuacji, gdy Zamawiający będąc na granicy przekroczenia wartości, od której ustawa znajduje zastosowanie przyjmie zasadę ostrożnej [zawyżonej] wyceny, nie chcąc narażać się na ryzyko zarzutu niezastosowania ustawy, szczególnie, kiedy przedmiot zamówienia nie jest wprost uchwytny i nie można go dokładnie skwantyfikować przed jego wykonaniem [w razie rozliczenia na zasadzie obmiaru, stosownie do rzeczywiście wykonanej ilości usług]. Podobnie będzie z przedmiotem zamówienia szacowanym dla większego przedsięwzięcia, obejmującego mniejsze zadania zamawiane w odrębnych postępowaniach. Może być też tak, że zamawiający w konkretnym układzie faktycznym przyjmie określone założenia co do przedmiotu zamówienia mieszczącego się w szerszym spektrum jakości [do czego skłania zresztą obowiązek stosowania kryteriów pozacenowych], a w konsekwencji w ramach ustalenia wartości zamówienia będzie musiał uwzględnić najwyższy możliwy poziom jakości a tym samym – najwyższy pułap cenowy. Na powyższe zwrócono uwagę w orzeczeniu Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 października 2013 r. w spr. XXIII Ga 1388/13, dotyczącym wprowadzie przepisu przed zmianą ale którego spostrzeżenia w odniesieniu do istoty wartości szacunkowej nie tracą na aktualności, a w którym wskazano: *„Zarzut naruszenia przez Izbę art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie może zostać uwzględniony również z tego względu, że okoliczności przedmiotowej sprawy wskazują, iż wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia została ustalona w oparciu o maksymalne parametry urządzeń, co potwierdza także fakt, iż wszystkie złożone w prowadzonym postępowaniu oferty zawierały ceny znacząco niższe od przyjętego przez zamawiającego szacunku. Zdaniem Sądu*

Okręgowego, nie można odmówić zamawiającemu dążenia do uzyskania w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenia zamówienia publicznego urządzeń w najwyższym stopniu odpowiadających jego jakościowym potrzebom, co znajduje przełożenie m.in. w wartości szacunkowej zamówienia, jednak z tego uprawnienia nie można wywodzić ograniczeń dla wykonawców w zakresie kształtowania oferowanej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia. Dodać w tym kontekście należy, iż dyspozycja art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie obejmuje wszystkich stanów faktycznych, w których norma wyrażona w tym przepisie znajdzie zastosowania, gdyż celem tego przepisu jest wyznaczanie i wytyczanie uniwersalnych zasad, a nie kazuistyczne przewidywanie szczegółowych przypadków.”

Może być więc tak, że Zamawiający ustalając wartość zamówienia przyjmie najwyższą jego wartość, odpowiadającą najwyższemu poziomowi jakości świadczenia, mając świadomość, że zaoferowany może zostać także przedmiot o niższej jakości, odpowiednio tańszy, dla którego oszacowana w sposób uniwersalny wartość szacunkowa nie będzie adekwatna.

Pamiętać bowiem trzeba, że wartość szacunkowa zamówienia jest pewną projekcją zamawiającego, opartą o założenia i szacunki, która – nawet ustalana w sposób staranny – nie zawsze musi znaleźć odpowiedź w treści cen składanych w warunkach konkurencji. Oczywiście i nie budzącą wątpliwości jest przy tym konieczność dokonywania oszacowania przez zamawiającego wartości zamówienia z uwzględnieniem zasady ostrożnej wyceny przedmiotu zamówienia, w sposób uśredniony i nie nadmiernie optymistyczny, skoro odnosi się ona do nie dających się przewidzieć zachowań wykonawców, działających w ramach rynku konkurencyjnego a ta konkurencja jest wręcz wkomponowana w postępowanie o zamówienie publiczne, którego istotą, przy kryterium stanowiącym cenę, jest – z perspektywy wykonawcy – konkurowanie ceną. Oczywiście jest zatem, że wartość szacunkowa zamówienia nie może odpowiadać najniższej spodziewanej cenie, a stanowi raczej wyraz uśrednionych oczekiwań co do odpowiedzi wykonawców.

Stąd nie zawsze generalizacja i odnoszenie cen do wartości szacunkowej zamówienia będzie właściwe a zamawiający może nie mieć wątpliwości co do poprawności kalkulacji ceny mimo tego, że będzie ona znacząco niższa od oszacowanej wartości zamówienia.

W analizowanym postępowaniu w każdej z części zamówienia wartość szacunkowa jest znacząco wyższa od zaoferowanych cen, a ponadto w każdej z tych części ceny większości ofert są na poziomie zbliżonym do ceny oferty Odwołującego. Dodatkowo, zakres

ilościowy w pierwszej i drugiej części zamówienia a także w trzeciej i piątej części zamówienia jest taki sam. I tak:

- 1) w części 1 złożono trzy oferty z cenami: 4 741,20 zł; 11 664,00 zł oraz 17.280 zł,
- 2) w części 2 złożono trzy oferty z cenami: 9 741,60 zł; 11 880 zł [Odwołujący] oraz 17 280,00 zł;
- 3) w części 3 złożono jedną ofertę z ceną 9 737,28 zł;
- 4) w części 4 złożono trzy oferty z cenami: 3 542,40 zł, 3 456,00 zł [Odwołujący] oraz 12 960,00 zł;
- 5) w części 5 złożono jedną ofertę z ceną 4 872,96 zł;
- 6) w części 6 złożono jedną ofertę z ceną 33 264,00 zł.

[3] Po trzecie, trudno uchwycić, jakie w analizowanej sprawie było źródło tych wątpliwości, które spowodowały zwrócenie się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień – czy była to różnica ceny oferty wobec wartości szacunkowej, czy też średniej arytmetycznej cen ofert złożonych w postępowaniu, czy też może zawarte w formularzu ofertowym informacje dotyczące wyceny poszczególnych elementów zamówienia [do tego ostatniego wniosku może skłaniać treść niektórych pytań skierowanych do Odwołującego], czy też może łączne wystąpienie tych okoliczności.

Na podstawie zbiorczego porównania cen ofert, złożonych zarówno w ramach spornych części zamówienia [2 i 4], ale także w pozostałych częściach można dostrzec, że ceny złożonych ofert generalnie były znacznie niższe od oszacowanej wartości zamówienia a także, że w większości przypadków między sobą nie odbiegały znacząco.

[4] Po czwarte, pojęcie rażąco niskiej ceny jest subiektywne, zaś ustawa Prawo zamówień publicznych – także po dokonanej jej zmianie – nie posiada ustawowo określonego procentowego poziomu, na podstawie którego można uznać automatycznie, kiedy mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie [tak też: postanowienie Sądu Okręgowego z Poznania z dnia 17.01.2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05].

Wielokrotnie orzecznictwo KIO jak i sądowe wskazywało, że: „ustawa „prawo zamówień publicznych” nie definiuje pojęcia „rażąco niska cena” ani nie wskazuje, jakie kryteria należy brać pod uwagę, dokonując kwalifikacji pod to pojęcie”. [Wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 12.06.2008r., sygn. akt: X Ga 140/08], jak i KIO [wyrok KIO z dnia 13 marca 2009r., sygn. akt: KIO/UZP 249/09, czy też wyrok KIO z dnia 20 marca 2009

w ustawie Prawo zamówień publicznych. W świetle orzecznictwa przyjmuje się, że punktem odniesienia dla pojęcia rażąco niskiej ceny może być przedmiot zamówienia i jego wartość [vide: postanowienie SO w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2006 r. sygn. akt: II Ca 2194/05] oraz ceny innych ofert złożonych w postępowaniu. Za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę, której cena jest nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, co oznacza, że odbiega ona od cen przyjętych, wskazując na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. Jak stwierdził SO w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07 o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiście jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Biorąc pod uwagę powyższe, ustalenie, iż cena oferty jest niższa od cen innych ofert złożonych w postępowaniu nie jest wystarczające do uznania danej ceny za rażąco niską. Izba podziela pogląd, iż cena nie może być oceniana wyłącznie według kryterium arytmetycznego [wyrok ETS z dnia 18 czerwca 1991r. w sprawie C – 295/89 również wyrok ETS w sprawie 76/81 [„Transporoute”] i wyrok ETS z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie C–103/88 [„Fratelli Costanzo”]. Podzielono w pełni wyrażone wyżej stanowiska, dostrzegając zarazem konieczność indywidualnego podejścia do każdej sprawy związanej z zarzutem ceny rażąco niskiej [wyrok KIO z dnia 24 marca 2009r., sygn. akt: KIO/UZP 297/09]. Nie wolno bowiem zapominać, że: „zamawiający dysponuje szerokim zakresem uznania i każdy przypadek, w którym występuje podejrzenie zaniżenia ceny, należy traktować indywidualnie” [wyrok KIO z dnia 13 marca 2008r. sygn. akt: KIO/UZP 179/08].

Z momentem wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, na wezwanym wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej. Skutkiem powyższego jest wniosek, że niezależnie od szczegółowości wezwania, inicjatywa dowodowa, zakres informacji, jakie zostaną złożone w odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie należą do wezwanego wykonawcy, bowiem to jego zadaniem jest wykazanie że cena nie jest rażąco niska.

Zauważyć w tym miejscu należy, że co do zasady istnieje domniemanie poprawności kalkulacji ceny zawartej w złożonej ofercie jak i domniemanie co do tego, że nie ma ona charakteru rażąco niskiej. To domniemanie zakłada, że oferty wskazują ceny za wykonanie zamówienia skalkulowane w sposób rynkowy, obejmujące wszystkie koszty wykonania zamówienia ponoszone przez wykonawcę a także pewien zysk. Wynika to także z faktu, że postępowanie o zamówienie publiczne jest postępowaniem w obrocie profesjonalnym,

w którym wykonawcy, posiadając odpowiednie doświadczenie są w stanie w sposób adekwatny dokonać wyceny kosztu wykonania zamówienia, zaś sytuacje nieprawidłowej wyceny należą do rzadkich. Zasadą jest bowiem, że przedsiębiorca nie jest podmiotem działającym non – profit, a jego działania są nakierowane na maksymalizację zysku z prowadzonej działalności i osiągnięcie określonego wyniku finansowego. Za wyjątkiem więc sytuacji działania w sposób nie odpowiadający mechanizmom uczciwej konkurencji, kwalifikowanego jako działania z zakresu nieuczciwej konkurencji np. poprzez sprzedaż towarów i usług poniżej kosztów w celu wyeliminowania innych podmiotów z rynku, gdzie ten cel ekonomiczny realizowany jest w dłuższej perspektywie czasowej, zwykle wykonawca tak kalkuluje cenę swojej oferty, by realizacja zadania po prostu mu się opłacała. Jeśli więc doświadczony w realizacji określonych przedsięwzięć wykonawca oferuje wykonanie zamówienia za określoną cenę, złożone wyjaśnienia uprawdopodobniają poprawność tej kalkulacji, należy przyjąć, że zaoferowana cena jest ceną realną.

Podkreślenia następnie wymaga, że kalkulacja powinna być realna, pozwalająca na zbilansowanie kosztów realizacji danego zamówienia. W szczególności, nie jest akceptowalną sytuacją, że wykonawca nisko kalkuluje cenę oferty, zakładając osiągnięcie

korzyści z innych ubocznych świadczeń, czy przewidując osiągnięcie na innych płaszczyznach działalności zysku [tego rodzaju sytuację opisuje stan faktyczny postępowania prowadzonego przez Prokuraturę Okręgową w Krakowie na analogiczny przedmiot zamówienia – sprawa o sygn. akt KIO 437/13]. Przedmiotem tego postępowania jest przechowywanie i przewóz zwłok, zatem na tych dwóch obszarach działalności, w ramach tego zamówienia wykonawca winien uzyskać nie tylko pokrycie kosztów tej części działalności ale także osiągnąć zysk. Wyeliminowania wymaga więc ryzyko, że wykonawca będzie bilansował koszty realizacji tego zamówienia innymi powiązanymi z nim usługami o wyższej wartości jak np. usługami pogrzebowymi. Ewentualne upatrywanie dodatkowych wpływów będących ubocznym skutkiem realizacji świadczenia stanowiącego przedmiot postępowania, w ekonomii nazywane subsydiowaniem skrośnym (krzyżowym), tj. finansowaniem (wspieraniem) części działalności danego przedsiębiorcy z innego źródła – związanego pośrednio ze świadczeniem wspieranym (subsydiowanym) lub też nie związanym z tym świadczeniem i tym samym pokrywaniem strat, jakie przynosi pewien obszar działalności gospodarczej przedsiębiorstwa nie jest właściwe dla oceny poprawności kalkulacji ceny oferty. Przedmiotowe zamówienie nie może bowiem służyć do uzyskania dodatkowego rynku sprzedaży szerszej palety usług, świadczonych przy okazji i w następstwie usługi świadczonej dla Zamawiającego. Wykonawca zatem winien dokonać autonomicznej wyceny kosztów świadczenia usługi dla Zamawiającego, która pozwoli na samodzielne bilansowanie tego zadania.

15

Z momentem powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do tego, czy w konkretnej sytuacji cena nie ma charakteru rażąco niskiej, i wyrażenia tej wątpliwości w formie wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, powyższe domniemanie zostaje obalone i to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że cenę skalkulowano w sposób rynkowy.

Rzeczą wykonawcy jest – w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – udzielenie wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny, a brak tych wyjaśnień czy też złożenie wyjaśnień nieprzekonujących, że cena w danej sytuacji nie ma charakteru rażąco niskiej, skutkować winny odrzuceniem oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przedstawione przez wezwanego wykonawcę wyjaśnienia podlegają ocenie zamawiającego i jako takie winny być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z tego *względem dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień, które będą odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej* [tak też: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007r., sygn. akt V Ca 2214/06]. Istotny dla tej oceny jest także zakres wezwania zamawiającego, w tym to czy określone kwestie, wywołujące wątpliwości zostały w nim szczególnie uwypuklone i pozostawione wykonawcy do wyjaśnienia. W tej mierze więc nie sposób odmówić racji tezom ogólnym zaprezentowanym w piśmie Zamawiającego złożonym na etapie postępowania odwoławczego, eksponującym ciężar wykazania przez wykonawcę, że cena nie nosi znamion rażąco niskiej.

Powyższe determinuje wymóg, aby owe wyjaśnienia, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych były wyczerpujące, miały charakter skonkretyzowanych do sytuacji wykonawcy, odnosiły się do tych elementów kalkulacyjnych, które miały wpływ na wielkość zawartej w ofercie ceny. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraźnie tutaj nawiązuje do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W różnych sytuacjach, zależnie od przedmiotu zamówienia, czasu jego trwania, konieczne jest zaangażowanie różnych środków produkcji, a tym samym inne nakłady [elementy cenotwórcze] będą uwzględniane w kalkulacji ceny za wykonanie zamówienia, niemniej jednak zawsze cena jest pochodną przynajmniej kilku kosztów, które się na nią składają. Stąd wyjaśnienia dotyczące elementów oferty, które miały wpływ na kalkulację ceny winny wskazywać i omawiać przynajmniej podstawowe elementy

cenotwórcze, jak przykładowo koszt osób wykonujących zamówienie, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, czy wreszcie marżę wykonawcy. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały charakter jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen.

[5] Z powyższego wynika, że wyjaśnienia składane w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego powinny być odpowiednio dokładne, udzielające odpowiedzi na postawione pytania i zawierające ustosunkowanie się do postawionych – wywołujących wątpliwości zamawiającego – kwestii.

Podkreślenia jednak wymaga – w odniesieniu do akcentowanego przez Zamawiającego nie złożenia dowodów faktu przez Odwołującego [dokumentów potwierdzających wyliczenia] że w świetle brzmienia ustawy nie ma kategorycznego obowiązku przedstawiania dowodów na okoliczność poprawności kalkulacji ceny przez wykonawcę. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy mówi o tym, że zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów. Każdorazowo zakres i potrzeba udowodnienia sposobu kalkulacji ceny zależy od przedmiotu zamówienia, charakteru świadczenia czy tego, czego dotyczą wątpliwości [np. kosztów pracy, nakładów rzeczowych, materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia, kosztów ogólnego zarządu, niezbędnych do wykonania zamówienia wartości niematerialnych i prawnych]. Konwencja przyjęta przez Zamawiającego, osadzona w formule udowodnienia – przedstawienia dowodów na okoliczność ponoszenia określonych wydatków oraz przedstawionych wyliczeń zakłada obowiązek przedstawienia dowodów na okoliczność ponoszonych wydatków, w celu obalenia „podejrzenia o zastosowaniu rażąco niskiej ceny”. Tymczasem dla przekonania, że cena została poprawnie skalkulowana nie zawsze jest konieczne udowodnienie wydatków. Podkreślenia wymaga, że przepis art. 90 ustawy ma – co do zasady – charakter wyjaśniający, nie zaś dowodowy, zaś przedmiotem tego wyjaśnienia jest zaoferowana cena. Charakter tego przepisu, jakkolwiek został wzmocniony obowiązek przekonania zamawiającego o poprawnym, rynkowym skalkulowaniu ceny za realizację zamówienia, nie zmienił się w wyniku jego nowelizacji z dnia 19 października 2015 r. Przypomnienia przy tym wymaga, że cena stanowi oświadczenie woli o zamiarze wykonania świadczenia opisanego dokumentacją postępowania, tym samym nie zawsze jest konieczne składanie dowodów na okoliczność ponoszenia określonych kosztów i nakładów. Postępowanie o zamówienie publiczne nie jest postępowaniem podatkowym, opartym na szczegółowej analizie dokumentacji księgowej, opisującej zdarzenia i plany gospodarcze w formule dowodów księgowych. Część kosztów i nakładów, które przekładają się na cenę może stanowić nakład pracy własnej wykonawcy, ponadto trzeba pamiętać, że rozpatrywanie kalkulacji ceny

w ujęciu ponoszonych kosztów na wykonanie tylko danego zamówienia wymaga uwzględnienia kosztów odnoszących się do całej działalności wykonawcy, całego spektrum prowadzonych przez niego zadań i kontraktów, ujęcia tzw. kosztów ogólnego zarządu ponoszonych na poziomie całej jednostki, bez przypisywania ich do konkretnego przedsięwzięcia [koszty obsługi administracyjnej, prawnej, księgowej, biura etc], co nie zawsze da się w prosty sposób udokumentować i w praktyce rachunkowej jest traktowane jako koszt jednostki, nie przypisany do kosztu wytworzenia danego produktu [kosztu dostawy, usług].

Stąd sam fakt, że Odwołujący nie złożył dowodów na okoliczność ponoszonych wydatków w związku z realizacją zamówienia, na gruncie przedmiotowego postępowania nie może jeszcze być przesądzający dla stwierdzenia, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Istotne jest bowiem, czego miały dotyczyć owe wyjaśnienia i dowody. Zakres zapytania Zamawiającego obejmował ogólne wydatki na utrzymanie chłodni, która – jak wynika z wyjaśnień wykonawcy a także konstrukcji postępowania nie służy tylko realizacji tego przedsięwzięcia ale także do przechowywania zwłok na cele inne, niż wynikające ze zlecenia Zamawiającego. To zlecenie, wg oświadczenia Odwołującego opiewa zaledwie na około 5 % całego wykorzystywania chłodni. Tym samym, trudno stwierdzić, w jaki sposób

Odwołujący miałby udokumentować miesięczne koszty utrzymania chłodni czy jednorazowego kosztu rzeczowego przewozu zwłok w przełożeniu na to konkretne zamówienie – czy chodziło o rachunki za wynajem lokalu/dowód jego własności wraz z dokumentem ustalającym podatek z tego tytułu, faktury z tytułu zużycia mediów, kosztów utrzymania porządku itp. W takim wypadku obejmowałyby one nie tylko koszt wykonania tego zamówienia ale też koszt innych usług, a zatem same rachunki nie byłyby wystarczające i reprezentatywne dla ustalenia poprawności kalkulacji ceny. Podobnie, nawet złożenie samych faktur z tytułu zakupu paliwa [zapewne – Odwołujący, jako przedsiębiorca – dysponuje takimi fakturami, ze wskazaniem nr rej. pojazdów] nie dałyby obrazu wydatku ponoszonego w związku z realizacją zamówienia. Stąd jeśli oczekiwaniem Zamawiającego było uzyskanie rachunków dotyczących funkcjonowania chłodni celem ustalenia kosztów wykonania tej części usług, która miałaby być świadczona dla Zamawiającego, w odpowiedniej proporcji do całego wolumenu usług świadczonych w tej chłodni przez wykonawcę, Zamawiający winien wskazać na dokumenty księgowe: rachunki i faktury obrazujące operacje gospodarcze mające za przedmiot koszty eksploatacyjne i dotyczące utrzymania chłodni. Podobnie jest z kosztami utrzymania pojazdów – Zamawiający winien w takim wypadku ustalić, w jakim stopniu i proporcji do pełnego wykorzystania pojazdów będą one służyły na cele realizacji tego zamówienia oraz zażądać ewentualnych rachunków z tytułu istotnych wydatków związanych z utrzymaniem pojazdów [choć trudno tu stwierdzić,

rachunki za jakie wydatki byłyby reprezentatywne: na pewno nie te dotyczące zakupu paliwa, bo nie sposób ich odnieść do tego zamówienia, podobnie wydatki z tytułu ich napraw i serwisowania, zatem w grę wchodziłyby ewentualnie rachunki z tytułu ubezpieczenia pojazdów]. Fakt posiadania pojazdów o określonych parametrach został bowiem wykazany, skoro wykonawca wraz z ofertą złożył kopie dowodów rejestracyjnych trzech pojazdów.

Reasumując, istotne jest w pierwszym rzędzie, czy wyjaśnienie sposobu kalkulacji ceny dokonane przez wykonawcę jest przekonujące, zaś dopełnieniem, uszczegółowieniem tego wyjaśnienia, mogą być – stosownie do potrzeby danego postępowania – dowody potwierdzające wysokość określonych wydatków i ponoszonych kosztów. Zatem powinien być w tej mierze rozstrzygający nie tyle fakt nie złożenia dowodów, co to, co wynika z wyjaśnień – czy można z nich wyczytać takie informacje, które tłumaczą sposób kalkulacji zaoferowanej ceny.

[6] W świetle treści art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający może odrzucić ofertę w dwóch wypadkach: gdy wykonawca zlekceważy wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty i nie złoży wyjaśnień a także gdy z tych wyjaśnień oraz załączonych dowodów wynika, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Przepis ten stanowi, 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. Na gruncie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego nie sposób stwierdzić ponad wszelką wątpliwość, że zaoferowana cena jest rażąco niska, co najwyżej pozostaje niedosyt informacyjny w określonym zakresie.

Bezspornie Odwołujący złożył wyjaśnienia. Są one krótkie ale bynajmniej nie lakoniczne. Operują w niektórych częściach ogólnymi stwierdzeniami, ale nie można powiedzieć, że zawierają one treści pozwalające na kategoryczną ocenę, że mamy do czynienia z ceną rażąco niską. Znaczna części informacji znalazła się już w ofercie, gdzie wykonawca w formularzu podał określone dane takie jak: ilość osób bezpośrednio wykonujących zamówienie – 2, w tym zatrudnionych 6 pracowników; miesięczne koszty utrzymania chłodni: 200 zł oraz procentowy udział w kosztach przechowywania zwłok tego zamówienia w ogólnej liczbie przechowywanych zwłok – 5%; miesięczny koszt utrzymywania gotowości do wykonania usług – 100 zł; jednorazowy koszt rzeczowy taki jak koszt worka, rękawiczek, środków dezynfekujących – 6 zł. Z pozostałych dokumentów, dołączonych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu [wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń wykonawców a także kopii dowodów rejestracyjnych pojazdów] dowiadujemy się, że wykonawca dysponuje trzema pojazdami karawan mercedes oraz własną, położoną w Jędrzejowie chłodnią, złożoną z czterech pomieszczeń.

Same wyjaśnienia zawierają szereg informacji takich jak wskazanie pojazdu którym w większości będą przewożone zwłoki z określeniem spalania paliwa dla dwóch rodzajów pojazdów. Podobnie wskazane w wyjaśnieniach na ich pierwszej stronie koszty zużycia paliwa wskazujące na spalanie 6,5 l/100 km i cenę 4,40 zł, nawet jeśli nie wskazano o jakim paliwie mowa nie budzą wątpliwości, jeśli zostaną zestawione z częścią wyjaśnień [ich strona trzecia], w której wykonawca podał dwa rodzaje pojazdów, w tym mercedes Pilato 2,7 diesel o spalaniu 6,5 l oleju napędowego na 100 km. Także koszty utrzymania chłodni na poziomie 200 zł [kwota podana w ofercie] lub 210 zł [kwota wskazana w wyjaśnieniach] nie są na tyle rozbieżne, by wywodzić z nich daleko idące wnioski, szczególnie, że podana w wyjaśnieniach wyższa kwota 210 zł jest pochodną kalkulacji kosztów jednostkowych wody, prądu, środków dezynfekujących, podatku od nieruchomości podanych w formule „około”, co może tłumaczyć ową różnicę [mieszczącą się przecież w granicy 5 %] zwykłym zaokrągleniem.

Sporną jest kwestia ceny za jeden worek na zwłoki, podana przez wykonawcę na poziomie 3,5 zł za sztuk, co Zamawiający zakwestionował w piśmie złożonym w sprawie wskazując, że najtańszy dostępny na rynku worek można nabyć za cenę ok. 12,30 zł, na co załączył wydruk z jednej ze stron internetowych. Zamawiający nie kwestionował wysokości założonych przez wykonawcę kosztów na środki dezynfekujące [te zostały uprawdopodobnione wskazaniem nazwy używanego środka] czy rękawiczki.

W okolicznościach sprawy, spór w tej mierze dotyczy uchwytnej i łatwo dającej się zweryfikować kwestii, to jest ceny, za jaką wykonawca nabywa worki. Odwołujący na rozprawie wskazywał, że aktualnie świadczy analogiczną usługę dla Zamawiającego, czego Zamawiający nie miał okazji zakwestionować albo potwierdzić. Jeśli tak jest twierdzi Odwołujący – nie ma przeszkód, by wezwać go do udokumentowania ponoszonych dotychczas, w ramach historycznie wykonywanej usługi cen takich worków, przykładowo na podstawie faktur zakupu takich worków w minionych okresach rozliczeniowych. Nie ma też przeszkód dla zażądania takich faktur w odniesieniu do rękawiczek lateksowych czy środków dezynfekujących.

Faktem jest także, że wykonawca nie poświęcił wiele uwagi wyjaśnieniu różnicy w cenie między częścią 2 [powiat Jędrzejów] a częścią 4 [powiat Pińczów], ograniczając się do stwierdzenia, że różnica wynika stąd, że chłodnia w Pińczowie nie jest wystarczająco wykorzystana i posiada dużą rezerwę. Warto jednak dostrzec, że różnice w cenie za przewóz zwłok a także przechowywanie w różnych obszarach dają się zaobserwować już w wycenie wartości szacunkowej dokonanej przez Zamawiającego na podstawie danych historycznych z minionych okresów, gdzie dla jednego z obszarów [część 3] cena

za przechowywanie jak i przewóz zwłok jest istotnie wyższa niż dla pozostałych. Dla części 2 [obszar Jędrzejów] Zamawiający przewiduje przy tym większy wolumen usług, zarówno co do ilości dni przechowywania zwłok [100 dni] jak i ilości km przewozu zwłok poza granicami miasta [2000 km]. Dla obszaru Pińczów [część 4] wynoszą one 80 dni oraz 1600 km. Wyjaśnienie, że w Pińczowie wykonawca posiada wolne moce w postaci słabo wykorzystanej chłodni [przez co można wnioskować – odpowiednio tańszej od tej wykorzystywanej dla zadania 2] nie tłumaczy różnicy w cen, szczególnie, że wykonawca w dokumentach załączonych do oferty wskazał jedynie jedną chłodnię, to jest tę położoną w Jędrzejowie. Wprawdzie nie oznacza to jeszcze, że jedynie tę chłodnię wykonawca musi angażować do wykonania zamówienia, skoro wskazanie w stanowiącym załącznik do oferty oświadczeniu [zał. 7] chłodni oraz pojazdów miało służyć wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu [Rozdział III pkt 1. 3) SIWZ, Rozdział IV pkt 1. 2) ppkt f) SIWZ], co mogło nastąpić na poziomie wymaganego minimum, podczas gdy wykonawca może dysponować znacznie bogatszym potencjałem niż wymagany w postępowaniu i w praktyce – jeśli spełnia on wymagania techniczne stawiane przez Zamawiającego – wykorzystywać w fazie realizacji zamówienia. Powyższe jednak nie zostało wyeksponowane w wyjaśnieniach wykonawcy, może zatem być przedmiotem dalszego wyjaśnienia, w celu ustalenia, jak wykonawca zamierza realizować zamówienie i jaki jest związek chłodni w Pińczowie w związku z niższą ceną oferty dla zadania 4.

Zamawiający w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty powołał się też na brak uwzględnienia kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników. Istotnie, znowelizowany przepis wymaga uwzględnienia w kalkulacji kosztów realizacji zamówienia wyrażających cenę za jego wykonanie kosztów pracy, przyjętych w wysokości nie niższej od wynagrodzenia minimalnego. Wykonawca nie podał wysokości tego wynagrodzenia, wskazując jedynie ogólnie na uwzględnienie „kosztu pracy pracownika z umową cywilnoprawną”. Wykonawca podał jednak, konsekwentnie zarówno w ofercie jak i wyjaśnieniach, że zamówienie mają wykonywać dwie osoby, w tym osobiście Odwołujący. Powyższe, z uwagi na fakt prowadzenia działalności gospodarczej oraz obowiązujące regulacje podatkowe przesądza o braku w przypadku Odwołującego umowy o pracę, skoro osoba wykonuje działalność gospodarczą, w takim zaś wypadku odpowiednikiem „kosztów pracy o wartości nie niższej od minimalnego wynagrodzenia za pracę” winien być zysk osiągany z działalności gospodarczej. Powyższa kwestia może być przedmiotem dalszego wyjaśnienia.

Co do pozostałych pracowników, wprowadzie Odwołujący dopiero do odwołania załączył wydruki z kartoteki zatrudnienia, niemniej dostrzeżenia wymaga, że przedmiotem postępowania odwoławczego jest czynność lub zaniechanie Zamawiającego w takim kształcie, w jakim miało ono miejsce w toku postępowania przed Zamawiającym. Postępowanie odwoławcze jest

postępowaniem, służącym zbadaniu poprawności czynności i zaniechań zamawiającego, takim kształcie, w jakim dokonał ich zamawiający. Postępowanie to nie zastępuje zatem działania zamawiającego, a tym samym proces dowodowy, jakkolwiek przewidziany w ustawie [art. 190 ust. 1 – 7 ustawy] ograniczony jest do funkcji postępowania odwoławczego, a zatem zbadania objętej zarzutami aktywności zamawiającego. Nie może więc być tak, że dopiero w toku postępowania odwoławczego ujawniają się okoliczności, które od początku były poza zakresem czynności Zamawiającego i jego oceny i które mogły i powinny być zbadane przez zamawiającego. W takim bowiem wypadku mielibyśmy do czynienia nie z kontrolą czynności i zaniechań zamawiającego w ramach środka ochrony prawnej, ale z samodzielnymi czynnościami Krajowej Izby Odwoławczej. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą bada natomiast poprawność zachowań zamawiającego, a nie je zastępuje. Wobec powyższego, na gruncie analizowanej sprawy, dokumenty złożone przez Odwołującego mogą być ocenione w ramach ponownego badania i oceny ofert.

Reasumując, można dopatrzeć się pewnych niespójności w tych wyjaśnieniach, ale te niespójności jeszcze nie przekonują o złożeniu oferty z rażąco niską ceną, co najwyżej rozważać można dalsze postawienie pytań w tej części wyjaśnień, która pozostawia nierozwiane wątpliwości oraz postawić wyraźne żądanie złożenia dowodów o charakterze księgowym takich jak faktury, na okoliczność ponoszenia we wcześniejszym, bezpośrednio poprzedzającym to postępowanie okresie prowadzonej działalności określonych wydatków [przykładowo, spornych worków na zwłoki, rękawiczek lateksowych, czy określonych kosztów eksploatacyjnych pojazdów], czy też potwierdzonych przez biuro rachunkowe sprawujące obsługę księgową Odwołującego list płac pracowników w okresie – przykładowo – ostatnich 6 miesięcy.

Jakkolwiek bowiem postępowanie o zamówienie publiczne jest postępowaniem prowadzonym w warunkach profesjonalnych, zaś od wykonawców zasadniczo jest oczekiwany odpowiedni stopień rozeznania i starannego zapoznania i przeanalizowania dokumentów postępowania, obowiązujących regulacji prawnych, niemniej to postępowanie jest postępowaniem tzw. poniżej progów o bardzo niskiej, wręcz symbolicznej wartości [wartość oferty Odwołującego dla zadania 2 wynosi 11.880 zł, zaś dla zadania 3.456 zł]. W tych okolicznościach na pewne zrozumienie zasługuje brak wystarczająco skrupulatnego i precyzyjnego udzielenia odpowiedzi. Nie można też wykluczyć, że gdyby Zamawiający opatrzył wezwanie podstawą prawną, na której je wystosował [art. 90 ust. 1 i 2 ustawy], czy nawet zacytował określone części tych przepisów, szczególnie że uległy one istotnej zmianie, która nakłada na wykonawców dużo wyższe oczekiwanie profesjonalizmu przy

składaniu wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny, to wykonawca z większym zrozumieniem

potraktowałby ciążący na nim obowiązek wykazania poprawności kalkulacji ceny jego oferty.

[8] W orzecznictwie wskazuje się na dopuszczalność możliwości więcej niż jednokrotnego wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, szczególnie, gdy ma ono postać dalszego, doprecyzowującego ustalenia okoliczności poruszonych w wyjaśnieniach. Podkreślenia bowiem wymaga, że żaden przepis ustawy ani przepisy dyrektyw europejskich nie pozwalają na postawienie tezy, że zwrócenie się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy ma charakter wyłącznie jednorazowy. Nie chodzi tu przy tym, by żądanie złożenia wyjaśnień co do ceny rażąco niskiej było prowadzone wielokrotnie, „do skutku” aż wykonawca usprawiedliwi w jakiś sposób zaniżenie swojej ceny ofertowej. Zamawiający nie może bowiem, przy bierności wykonawcy wydobywać od niego informacji, kiedy sam zainteresowany nie wykazuje należytej troski o swój interes i los złożonej oferty. Taki sposób procedowania prowadziłyby do naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Jeśli jednak udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia wymagają doprecyzowania i dalszego wyjaśniania przez zamawiającego, zamawiający jest uprawniony do dalszego zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień. Podzielono w tej mierze rozważania zawarte w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 października 2013 r. w spr. XXIII Ga 1388/13, zgodnie z którymi: *„o naruszeniu fundamentalnej zasady równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, można przede wszystkim mówić w sytuacji gdyby wykonawca ZSK w ogóle nie złożył wyjaśnień, pomimo skierowania do niego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a zamawiający w dalszym ciągu prowadziłby postępowanie wyjaśniające wobec ceny zwartej w złożonej przez niego ofercie, wzywając do składania kolejnych wyjaśnień.”*

Jeśli zatem Zamawiający ponownie poddając analizie złożone przez Odwołującego wyjaśnienia nadal ma wątpliwości w zarysowanych w piśmie o odrzuceniu oferty obszarach, ma możliwość ich dalszego wyjaśnienia na podstawie art. 90 ust. 1 ustaw, w ramach rozwinięcia udzielonych wyjaśnień. Zamawiający może też – jak to wskazano wyżej – wyraźnie zwrócić się o udokumentowanie fakturami dotyczącymi poniesionych w określonej perspektywie czasowej wydatków czy też listy płac, wykazów pracowników, zwracając się także np. o wskazanie podstawy stosunku [umowa o pracę, określona umowa cywilnoprawna] czy wymiaru czasu pracy. Ewentualne wezwanie powinno wyraźnie wskazywać jego podstawę prawną, bowiem wtedy wykonawcy można przypisać świadome zlekceważenie zawartych wytycznych, jeśli znane są mu konsekwencje wynikające z zastosowanej instytucji wezwania, a przede wszystkim – gdy samo wezwanie zostało

w określony sposób, nawiązujący do przewidzianej w ustawie instytucji zakwalifikowane, czemu służy przecież opatrzenie danego pisma podstawą, w oparciu o którą Zamawiający podejmuje określone kroki, wraz z konsekwencjami przewidzianymi dla zastosowanej instytucji. Powyższe ma znaczenie o tyle, że ustawa zna nie tylko wyjaśnienie elementów kalkulacyjnych oferty [art. 90 ustawy], ale także wyjaśnienie samej oferty [art. 87 ust. 1 ustawy], które może posłużyć jako samodzielny, niezależny instrument wyjaśnienia każdego elementu oferty, w tym jej ceny, jak również wyjaśnienie dokumentu wymaganego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu [art. 26 ust. 4 ustawy]. Wystosowane do Odwołującego wezwanie pozwala się domyślać na podstawie jego treści, że stanowi ono wezwanie dotyczące wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy, którego skutki są – jak wskazano wcześniej – doniosłe. Kumuluje ono jednak w treści postawionych pytań elementy, które mogą być charakterystyczne do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy, nadto zawiera dwa punkty, które – mimo, że w wezwaniu nie przywołano żadnych przepisów, stanowiących podstawę jego wystosowania – w sposób ewidentny wskazują, że w tej mierze mamy do czynienia z wezwaniem na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia brakującego dokumentu na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu [mowa tu o pkt 8 wezwania oraz jego pkt 7]. Dopiero w oparciu o prawidłowe wezwanie Zamawiający powinien wywodzić wynikające z niego a także z przepisów stanowiących podstawę jego sformułowania, konsekwencje.

Rzeczą Odwołującego jest w wypadku wezwania do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy, przedstawić kompletne i spójne wyjaśnienia, rzetelnie i starannie tłumaczące sposób kalkulacji ceny, zawierające jasno wyartykułowane odpowiedzi na postawione pytania. Wykonawca winien też złożyć ewentualne żądane przez Zamawiającego dowody księgowe, jak np. faktury, lub inne dowody, obrazujące poniesienie określonych wydatków, które będą dawać obraz sposobu kalkulacji ceny i przyjętych do jej obliczenia założeń w oparciu o dotychczas ponoszone wydatki i koszty. Te wydatki i koszty, które wskazywał Odwołujący, w tym cena jednego worka na zwłoki czy wysokość wynagrodzeń wypłacanych osobom wykonującym czynności u Odwołującego są relatywnie łatwo dające się udokumentować, np. na podstawie faktur zakupu czy list płac z określonego zakresu przeszłości. Ich złożenie jest więc rzeczą wykonawcy.

Reasumując, na obecnym etapie, dokonaną ocenę oraz wybór najkorzystniejszej oferty należy uznać za niewłaściwe, co determinowało nakazanie ponownego badania i oceny ofert. Bierna postawa procesowa Zamawiającego, który nie stawiał się na rozprawę nie

24

pozwoliła w szczególności ustalić podstaw dokonanej oceny wyjaśnień. Zgodnie z treścią dodanego z dnia 19 października 2014 r. przepisu art. 190 ust. 1a ustawy, ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył – jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego, albo na zamawiającym – jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania. W postępowaniu odwoławczym Odwołujący uprawdopodobnił niewłaściwą ocenę wyjaśnień przez Zamawiającego, zaś Zamawiający nie skorzystał z możliwości stawiennictwa na rozprawę i prezentowania stanowiska opozycyjnego. Odwołujący podniósł przy tym, że przez minione lata [około 20 lat] świadczył analogiczne usługi na rzecz Zamawiającego za cenę niższą niż aktualnie zaoferowana. Dano wiarę powyższemu twierdzeniu, przy braku twierdzeń przeciwnych ze strony nieobecnego Zamawiającego, co także przemawia za celowością zastanowienia się nad wnioskami co do poprawności kalkulacji ceny. Jeśli bowiem jest tak że cena na podobnym lub niższym pułapie przez wiele lat była rynkowa, to trudno znaleźć argumenty dla uznania, że aktualnie taką już nie jest. Wniosek taki jest też tym bardziej godny uwagi, że większość ofert, także w pozostałych częściach zamówienia jest na podobnym poziomie.

Powyższe przemawia za celowością dokonania ponownego badania i oceny ofert, w zakresie dwóch kwestionowanych w odwołaniu części zamówienia [art. 192 ust. 7 ustawy], co nakazano, zgodnie z wnioskiem postawionym w odwołaniu. Do oceny Zamawiającego pozostawiono wystosowanie kolejnego wezwania do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w tej części, która nadal pozostawia wątpliwości – Odwołujący w tej mierze nie postawił bowiem stosownego żądania w odwołaniu.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania – na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2] *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* [Dz.U. Nr 41 poz. 238].

Skład orzekający:

25