

WYROK

z dnia 25 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Dominik Haczykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 września 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 września 2018 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Techniki Medycznej Anes-Med Sp. z o.o., ul. Chocimska 11/14, 00-791 Warszawa,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: „Poddębickie Centrum Zdrowia” Sp. z o.o., ul. Mickiewicza 16, 99-200 Poddębice,

przy udziale wykonawcy Walmed Sp. z o.o., ul. Ptaków Leśnych 73, 05-500 Jastrzębie k/ Warszawy, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie

zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Walmed Sp. z o.o., ul. Ptaków Leśnych 73, 05-500 Jastrzębie k/ Warszawy, odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: „Poddębickie Centrum Zdrowia” Sp. z o.o., ul. Mickiewicza 16, 99-200 Poddębice, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

Przedsiębiorstwo Techniki Medycznej Anes-Med Sp. z o.o., ul. Chocimska 11/14, 00-791 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego: „Poddębickie Centrum Zdrowia” Sp. z o.o., ul. Mickiewicza 16, 99-200 Poddębice, na rzecz odwołującego Przedsiębiorstwo Techniki Medycznej Anes-Med Sp. z o.o., ul. Chocimska 11/14, 00-791 Warszawa, kwotę 7 500 zł 00 gr (siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy)

tytułem zwrotu kosztu uiszczanego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Sieradzu.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1827/18

UZASADNIENIE

Zamawiający - „Poddębickie Centrum Zdrowia” Sp. z o.o., ul. Mickiewicza 16, 99-200 Poddębice, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa dwóch aparatów do znieczulania dla Poddębickiego Centrum Zdrowia Sp. z o.o. w Poddębicach”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 19 lipca 2018 r., nr 591551-N-2018. Oferty w postępowaniu złożyli: wykonawca Przedsiębiorstwo Techniki Medycznej Anes-Med Sp. z o.o., ul. Chocimska 11/14, 00-791 Warszawa (dalej: „Anes-Med” lub „odwołujący”) oraz wykonawca Walmed Sp. z o.o., ul. Ptaków Leśnych 73, 05-500 Jastrzębie k/ Warszawy (dalej: „Walmed” albo „przystępujący”). Pismem z dnia 6 września 2018 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Walmed.

W dniu 11 września 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę Anes-Med, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej „ustawą Pzp” poprzez dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty wykonawcy Walmed, która podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, ponieważ zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zgodnie z przedstawionym w niniejszym odwołaniu uzasadnieniem;
- 2) naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty wykonawcy Walmed, która podlega odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp, ponieważ wykonawca Walmed nie udzielił wyjaśnień, zgodnie z przedstawionym w niniejszym odwołaniu uzasadnieniem;
- 3) w związku z zarzutem przedstawionym w pkt 1 i 2, naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, zgodnie z przedstawionym w niniejszym odwołaniu uzasadnieniem.

W szczególności odwołujący podniósł, że: „Mając na uwadze wartość oferty

Odwołującego oraz wysokość kwoty, która została przeznaczona na realizację przedmiotowego zamówienia przez Zamawiającego, wskazuję że zaoferowana przez Wykonawcę Walmed sp. z o.o. cena posiada status rażąco niskiej (zaoferowana cena pozostaje bowiem niższa o co najmniej 30 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania oraz różni się w sposób rażący od ceny zaoferowanej przez Odwołującego - bowiem aż o kwotę 122 461,20 zł brutto). (...) Wykonawca Walmed sp. z o.o. w złożonych wyjaśnieniach w ogóle nie uwzględnił podstawowych zasad i obowiązków, które ciążyą na Wykonawcy w związku z art. 90 ust. 1 i 2 Pzp. Złożone wyjaśnienia poruszają bowiem kwestie, które w ogóle nie dotyczą poziomu zaoferowanej ceny oraz sposobu jej wyliczenia. Wykonawca Walmed sp. z o.o., ograniczył się jedynie do złożenia bardzo ogólnych oświadczeń na temat jego dotychczasowej działalności, pozycji na rynku i posiadanych rekomendacji oraz ogólnych informacji, z których wynika, że zaoferowana cena jest

standardową, że Wykonawca starał się złożyć możliwie najatrakcyjniejszą ofertę cenową oraz że zaoferowana cena uwzględnia koszty produkcji, koszty transportu, cło, podatki, montaż, koszty szkolenia i marżę. Wykonawca nie zdecydował się jednak podać konkretnych wartości liczbowych i pieniężnych, które dotyczą np. kosztów produkcji, transportu, marży, czy zaoferowanych szkoleń. Brak tego rodzaju informacji sprawia, że Zamawiający w dalszym ciągu pozbawiony jest informacji nt. wewnętrznych składników zaoferowanej ceny, a przeprowadzona procedura badania ceny w trybie art. 90 ust. 1 Pzp staje się zupełnie nieefektywna, ponieważ Zamawiający w ogóle nie uzyskał informacji na podstawie, których mógłby ocenić czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Kolejną, równie istotną wadą przedstawionych przez Wykonawcę Walmed sp. z o.o. wyjaśnień jest okoliczność, że nie przedstawił on żadnych dowodów potwierdzających, że zaoferowana cena jest realną i rzeczywiście uwzględniającą wszystkie elementy przedmiotu zamówienia, o których mowa w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykonawca ograniczył się jedynie do złożenia kopii protokołu z prac komisji przetargowej w Szpitalu Wielospecjalistycznym w Gliwicach, z którego wynika, że jego oferta została uznana za najkorzystniejszą i że na mocy tego dokumentu dostarczył zaoferowane aparaty do znieczulenia, na co dodatkowo przedstawił kopię fakturę VAT. Niniejszym dokumentom trudno zatem przyznać status dokumentów dowodowych potwierdzających, że zaoferowana cena w przedmiotowym postępowaniu nie posiada statusu rażąco niskiej, ponieważ nie odnoszą się one do przedmiotowego zamówienia, nie określają składników, czynników oraz innych elementów określających zasadność i realność zaoferowanej ceny. (...)

Uzasadniając okoliczności do zarzutów postawionych w niniejszym odwołaniu należy również wskazać, że sposób, w jaki Wykonawca Walmed sp. z o.o. udzielił odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w przedmiocie wyjaśnienia zaoferowanej przez niego ceny z dnia 07.08.2018r., nie może stanowić podstawy do dokonania przez Zamawiającego czynności polegającej na ponownym wezwaniu Wykonawcy Walmed sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących poziomu zaoferowanej ceny. Odwołujący podnosi tę okoliczność, ponieważ Zamawiający pismem z dnia 20.08.2018r. (sygnatura pisma: PCZ/ZP/298/2018) wezwał ponownie Wykonawcę Walmed sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie dotyczącym zaoferowanej przez niego ceny. Literalna treść wezwania jednoznacznie wskazuje, że jest to ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień oraz, że uprzednio złożone „wyjaśnienia oraz dowody nie są dostatecznie wyczerpujące dla Zamawiającego, wymagają doprecyzowania oraz uzupełnienia pierwotnych wyjaśnień w celu dokonania ich oceny i podjęcia rzetelnej decyzji w tym zakresie

Wobec powyższego, Odwołujący wskazuje, że zdawkowość, ogólnikowość i lakoniczność poszczególnych zdań i oświadczeń zawartych w wyjaśnieniach Wykonawcy Walmed sp. z o.o. z dnia 08.08.2018r. sprawia, że Zamawiający zobowiązany był je uznać za nieskuteczne i wskazujące, że zaoferowana cena posiada status ceny rażąco niskiej, przez co oferta powinna zostać odrzucona. Złożenie wyjaśnień w sposób, w jaki uczynił to Wykonawca Walmed sp. z o.o. uniemożliwia ponowne wnioskowanie o wyjaśnienie poziomu zaoferowanej ceny, ponieważ tego rodzaju aktywność Zamawiającego świadczy o „ratowaniu” oferty wbrew zasadzie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o czym mowa wprost w przywołanym powyżej art. 7 ust. 1 Pzp. (...) Należy dodatkowo wskazać, że Wykonawca Walmed sp. z o.o. w odpowiedzi na drugie wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczące poziomu zaoferowanej ceny, przedłożył Zamawiającemu wyjaśnienia, jednakże zostały one opatrzone klauzulą „Tajemnicy Przedsiębiorstwa”.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej przez zamawiającego w dniu 06.09.2018 r., polegającej na uznaniu za najkorzystniejszą ofertę, ofertę złożoną przez wykonawcę Walmed;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 3) dokonania czynności odrzucenia oferty wykonawcy Walmed na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, uznając, że zaoferowana przez wskazanego wykonawcę cena posiada status rażąco niskiej, a złożone wyjaśnienia w uwagi na swą ogólnikowość za złożone nieskutecznie, nie czyniące zadość normie wyrażonej w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp;
- 4) dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, polegającej na uznaniu za najkorzystniejszą ofertę, ofertę złożoną przez odwołującego.

Pismem z dnia 14 września 2018 r. wykonawca Walmed zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Pismem z dnia 21 września 2018 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której stwierdził, co następuje: „W zakresie zarzutu pierwszego wskazać trzeba, że Wykonawca Walmed sp. z o.o., przedstawił w pismach z dnia 8 sierpnia i 21 sierpnia 2018r. wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny, które Zamawiający uznał, i z których wynikało, że nie zachodzą okoliczności rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak również złożona oferta nie wywołuje wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. (...) W ponownym wezwaniu z dnia 20 sierpnia 2018 r. zwróciliśmy się do Walmed sp. z o.o. z prośbą o doprecyzowanie wcześniej złożonych wyjaśnień, wskazując, że pierwotne wyjaśnienia Wykonawcy nie są dostatecznie wystarczające dla Zamawiającego i wymagają doprecyzowania oraz uzupełnienia pierwotnych wyjaśnień, w celu dokonania ich oceny i podjęcia rzetelnej decyzji w tym zakresie. Nie można z tego jednak wywodzić, że wezwaliśmy wykonawcę Walmed sp. z o.o. do ponownego złożenia wyjaśnień „od nowa”, chodziło jedynie o doprecyzowanie złożonych już wcześniej wyjaśnień. (...) Niezasadny jest również trzeci z przytoczonych zarzutów bowiem w toku postępowania nie doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców ubiegających się o zamówienie”.

Pismem z dnia 22 września 2018 r. przystępujący Walmed złożył pismo procesowe zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Izba stwierdziła prawidłowość przystąpienia wykonawcy Walmed do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

W trakcie rozprawy strony oraz przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa dwóch aparatów do znieczulania dla „Poddębickiego Centrum Zdrowia” Sp. z o.o. w Poddębicach.

Oferty w postępowaniu złożyli:

- odwołujący z ceną: 295.034,00 zł brutto,
- przystępujący z ceną: 172.573,20 zł brutto.

Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na kwotę: 276.000,00 zł netto, co po dodaniu wartości podatku VAT stanowi kwotę: 339.480,00 zł brutto.

Z powyższego wynika, że cena oferty przystępującego była niższa o ponad 30% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług.

Pismem z dnia 7 sierpnia 2018 r. zamawiający wezwał przystępującego, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, „w szczególności w zakresie:

- oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę {Dz.U. z 2017 r. poz. 847};
- pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

- wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy”.

Pismem z dnia 8 sierpnia 2018 r. przystępujący odpowiedział, co następuje:

„W odpowiedzi na pismo z dnia 07.08.2018 informujemy, że w ofercie przesłanej do w/w postępowania przetargowego zostały zaoferowane aparaty do znieczulania w określonej konfiguracji w standardowej cenie za jaką są sprzedawane do innych placówek medycznych.

Nasza firma starała się przedstawić Zamawiającemu możliwie najatrakcyjniejszą ofertę cenową, która jednocześnie spełnia postawione wymagania techniczne dotyczące parametrów zawartych w specyfikacji SIWZ.

Oświadczamy, że zaoferowana przez nas cena zawiera wszystkie elementy składowe jakie powinna zawierać poprawnie przygotowana oferta przetargowa, tj.:

- Koszty produkcji, które zawsze określa Producent
- Koszty transportu od Producenta, cło, podatki
- 8% podatek vat
 - Marża na którą oprócz wynagrodzenia dla Wykonawcy składają się m.in. koszt transportu do Zamawiającego, montaż, szkolenie,
 - Koszty pracy zgodnie z ustawą z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Pragnę zaznaczyć, że firma nasza posiada wieloletnią ugruntowaną pozycję na rynku medycznym. Działamy w tej branży od 18 lat. Jesteśmy dystrybutorem wielu marek urządzeń medycznych.

Posiadamy rekomendacje i opinie placówek medycznych potwierdzających naszą wiarygodność oraz należyte wykonywanie dostaw urządzeń medycznych jak i świadczenia usług gwarancyjnych, pogwarancyjnych i serwisowych. W trakcie naszej wieloletniej działalności nie zdarzyło nam się nie wywiązać z jakiegokolwiek umowy.

Pragnę raz jeszcze podkreślić, że zaoferowane w w/w postępowaniu urządzenia stanowią bilans sprzyjających i dostępnych warunków cenotwórczych. Przedstawiona oferta jest ofertą prawidłową, zaoferowana cena nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, nie jest „rażąco niską ceną”, jest natomiast standardową ceną usługi.”

Do ww. wyjaśnień przystępujący dołączył kopię informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty dokonany przez Szpital Wielospecjalistyczny w Gliwicach (wybrano ofertę wykonawcy Walmed) oraz kopię faktury VAT z ceną m.in. aparatu do znieczulenia (80.040,00 zł netto).

Pismem z dnia 9 sierpnia 2018 r. zamawiający wezwał przystępującego, na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, do złożenia dokumentów wymaganych w rozdziale VII siwz, w tym m.in. odpisu z właściwego rejestru i wykazu dostaw.

Pismem z dnia 16 sierpnia 2018 r. odwołujący zawiadomił zamawiającego o rażąco niskiej cenie w ofercie wykonawcy Walmed.

Pismem z dnia 20 sierpnia 2018 r. zamawiający, powołując się na art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp, wezwał przystępującego Walmed „o ponowne udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów na poparcie wyliczenia ceny” w złożonej ofercie. Wyjaśnienia udzielone w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 6 września 2018 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego Walmed.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie

i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie zamawiającego.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zgodnie z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
- 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, zaś zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ponadto zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W świetle wyżej cytowanych przepisów, w pierwszej kolejności należy stwierdzić, co nie jest też sporne pomiędzy stronami, że zamawiający zasadnie wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty. Cena ta bowiem była o ponad 30% niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług. Sytuacja taka została przez Ustawodawcę uznana za zawsze budzącą wątpliwości i wymagającą obligatoryjnie uzyskania od wykonawcy wyjaśnień.

Ustawodawca ponadto wskazał jednoznacznie, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę z ceną budzącą wątpliwości. W przepisie mowa jest o „wykazaniu”, czyli udowodnieniu, że

cena nie jest rażąco niska. Tym samym wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, niepoparte stosownymi dowodami. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywaniu do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać. W zależności od przedmiotu zamówienia, wykonawca powinien wykazać przykładowo: ceny poszczególnych materiałów, ceny ofertowe dostawców, przyjętą technologię i organizację robót, koszty wynagrodzeń, koszty podwykonawców, koszty stałe (paliwa, energia), koszty zarządzania, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty ubezpieczenia, rezerwę, zysk. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem przedstawienie tych składników i wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że wykonawca mógł zaoferować tak niską cenę. Dodatkowo, Ustawodawca wymaga, aby wskazane w wyjaśnieniach informacje, były poparte dowodami, którymi mogą być przykładowo oferty uzyskane od dostawców, w tym zawierające uzgodnione upusty, umowy wstępne z podwykonawcami, czy zawarte w samych wyjaśnieniach obliczenia wskazujące na prawidłowość kalkulacji cenowej i zysk.

Brak udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień lub udzielenie wyjaśnień, w których wykonawca nie udowodnił, że cena oferty nie jest rażąco niska, obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty. Tym samym od rzetelności wyjaśnień wykonawcy zależy jego dalszy udział w postępowaniu.

W niniejszej sprawie przystępujący, odpowiadając na wezwanie zamawiającego skierowane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, udzielił wyjaśnień, które absolutnie nie potwierdzają, że cena oferty nie jest rażąco niska. W złożonych wyjaśnieniach przystępujący ograniczył się do wyliczenia rodzajów kosztów, jakie składają się na dostawę aparatów do znieczulenia oraz do podkreślenia własnej pozycji na rynku poprzez przedstawienie ilości lat działalności oraz zapewnienie o posiadanych rekomendacjach i zaoferowaniu standardowej ceny. Przystępujący nie wskazał jednak, jakiej wysokości są koszty, których rodzaje wylicza i dlaczego są one tak niskie. Napisał wprawdzie, że „urządzenia stanowią bilans sprzyjających i dostępnych warunków cenotwórczych”, nie podał jednak, jakie są to konkretnie warunki i o jaką kwotę pozwoliły obniżyć cenę oferty. Przykładowo: przystępujący nie powołał się na rabaty uzyskane u producenta urządzeń wraz z przedłożeniem oświadczenia producenta o przyznaniu takich rabatów w wysokości, która tłumaczyłaby niską cenę oferty. Przystępujący w ogóle nie przedstawił wyliczenia kosztów, jakie składają się na cenę oferty i nie wskazał żadnych czynników sprzyjających konkretnie jemu i wyróżniających jego pozycję na rynku w taki sposób i w takim stopniu, który pozwolił mu na złożenie oferty z tak niską ceną. W żadnym wypadku za takie czynniki nie można uznać faktu działania firmy przez 18 lat na rynku, prawidłowej realizacji dotychczasowych zamówień czy posiadania pozytywnych rekomendacji. Takie okoliczności charakteryzują bowiem także innych wykonawców na rynku, a ponadto nie stanowią wytłumaczenia konkretnej ceny ofertowej. Również dokumenty dołączone do wyjaśnień, tj. kopia informacji o wyborze oferty w Szpitalu Wielospecjalistycznym w Gliwicach oraz kopia faktury VAT, dowodzą jedynie, że przystępujący wykonał dostawę na rzecz ww. podmiotu i otrzymał za to wynagrodzenie, natomiast nie świadczą o tym, że cena jego oferty została prawidłowo skalkulowana. Tym samym ani wyjaśnienia złożone przez przystępującego, ani dołączone do nich dokumenty, nie dowodzą, że cena jego oferty nie jest rażąco niska.

Należy przy tym podkreślić, że Izba bierze pod uwagę stan rzeczy stwierdzony w postępowaniu, tj. wyjaśnienia przedłożone przez przystępującego zamawiającemu, nie bierze natomiast pod uwagę dodatkowych wyjaśnień i dokumentów złożonych Izbie wraz z pismem procesowym już na etapie wyznaczenia terminu posiedzenia.

Odnosząc się natomiast do powtórnego wezwania przystępującego o wyjaśnienia, należy podkreślić, że zamawiający mają wprawdzie prawo ponowić wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, ale mają też obowiązek mieć na uwadze treść art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, który przewiduje podstawową zasadę udzielania zamówień, tj. zachowanie przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W świetle tej zasady zamawiający może ponownie wezwać wykonawcę do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, ale jedynie wtedy, kiedy wykonawca już za pierwszym razem udzielił rzetelnych, konkretnych, spójnych wyjaśnień, które tylko w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania. Natomiast nie można ponownie wzywać o wyjaśnienia wykonawcy, który jedynie dla formalności udzielił zamawiającemu odpowiedzi, ale którego pierwotne wyjaśnienia z uwagi na ich ogólnikowość i lakoniczność w żaden sposób nie tłumaczą, skąd wynika taka a nie inna cena oferty. Udzielenie takich wyjaśnień (ogólnych i lakonicznych, nic nie wnoszących do sprawy) należy uznać w istocie za brak udzielenia

wyjaśnień, zaś ponowienie próby o ich złożenie - za naruszające art. 7 ust. 1 ustawy Pzp „danie wykonawcy drugiej szansy”.

W niniejszej sprawie przystępujący złożył pierwotnie wyjaśnienia, które nie zawierały żadnego wytłumaczenia sposobu kalkulacji ceny, żadnego wskazania czynnika sprzyjającego wykonawcy i umożliwiającego zaoferowanie tak niskiej ceny, jak też żadnego dowodu potwierdzającego przyjętą kalkulację i czynniki sprzyjające. Ogólnikowość tych wyjaśnień powodowała, że zamawiający nie miał podstaw, w świetle art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, do powtórnego wzywania wykonawcy o wyjaśnienia (zamawiający zrobił to zresztą dopiero po interwencji odwołującego). W związku z powyższym należy stwierdzić, że po otrzymaniu wyżej opisanych pierwotnych wyjaśnień przystępującego zamawiający miał obowiązek odrzucić jego ofertę na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Na marginesie jedynie należy zauważyć, że nawet drugie wyjaśnienia przystępującego, zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, nie zawierały wskazania wysokości jednego z kosztów, które przystępujący wymienił jako koszty dostawy, mianowicie nie uwzględniły w kalkulacji kosztu wymienionego w ostatnim tirecie. Powyższe nie zmienia faktu, że zamawiający nie miał podstaw do powtórnego wzywania przystępującego o wyjaśnienia, miał natomiast obowiązek odrzucić jego ofertę na podstawie ww. przepisów.

Reasumując, Izba stwierdziła, że zamawiający niezasadnie zaniechał odrzucenia oferty przystępującego Walmed. Z uwagi na brak udzielenia wyjaśnień udowadniających, że cena oferty nie jest rażąco niska, oferta przystępującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Tym samym potwierdził się również zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne wezwanie przystępującego do powtórnych wyjaśnień i niezasadny wybór ww. oferty jako najkorzystniejszej. Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7, art. 191 ust. 2 i art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący

KIO 1827/18