

WYROK
z dnia 2 maja 2011 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 maja 2011 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 kwietnia 2011 roku przez wykonawcę **Bartłomieja Gębarowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą B-Consulting Bartłomiej Gębarowski z siedzibą w Rzeszowie przy ulicy Malczewskiego 11/49, 35-114 Rzeszów** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminny Ośrodek Pomocy Społecznej w Koniuszy z siedzibą w Koniuszy 55, 32-104 Koniusza**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownego badania oferty Odwołującego oraz oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego a także dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

2. Kosztami postępowania obciąża Gminny Ośrodek Pomocy Społecznej w Koniuszy z siedzibą w Koniuszy 55, 32-104 Koniuszy i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Bartłomieja Gębarowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą B-Consulting Bartłomiej Gębarowski z siedzibą w Rzeszowie przy ulicy Malczewskiego 11/49, 35-114 Rzeszów** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **Gminnego Ośrodka Pomocy Społecznej w Koniuszy z siedzibą w Koniuszy 55, 32-104 Koniusza** na rzecz **Bartłomieja Gębarowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą B-Consulting Bartłomiej Gębarowski z siedzibą w Rzeszowie przy ulicy Malczewskiego 11/49, 35-114 Rzeszów** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wniesionego wpisu oraz zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą. .

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Gminny Ośrodek Pomocy Społecznej w Koniuszy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie *usługi szkoleniowe dla Beneficjentów ostatecznych Projektu Systemowego pn. „Równe szanse lepszym jutrem”*, zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych z 25 marca 2011 roku pod numerem 54620 - 2011.

15 kwietnia 2011 roku Zamawiający, w zakresie zamówienia dotyczącego przekazał wykonawcom w tym Odwołującemu - Bartłomiejowi Gębarowskiemu prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą B-Consulting Bartłomiej Gębarowski z siedzibą w Rzeszowie przy ulicy Malczewskiego 11/49, 35-114 Rzeszów informację o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiotowej sprawie informując Odwołującego, że wybrał do realizacji zamówienia Elżbieta Olszak Ośrodek Szkolenia Kursowego i Ustawicznego z siedzibą w Krakowie przy ulicy Bronowickiej 73, 30-091 Kraków. Zamawiający poinformował również, że odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jako zawierającej rażąco niską cenę. W uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający wskazał, że przedłożona przez Odwołującego oferta znacznie odbiega cenowo zarówno od wartości zamówienia powiększonego o VAT, jak i od pozostałych złożonych w przetargu ofert. Zamawiający uzasadnił także, iż w wyniku analizy wyjaśnień Odwołującego dotyczących elementów ceny, stwierdził, iż niemożliwe jest należyte i rzetelne wykonanie przedmiotowej usługi za cenę podaną przez Odwołującego. Zamawiający wskazał, iż mając na uwadze doświadczenia z lat ubiegłych oraz uwzględniając współpracę i wartość wykonanej usługi przez Odwołującego w roku 2010 - cena podana przez Odwołującego jest nieadekwatna do realiów rynkowych i spowoduje nienależyte wykonanie usługi.

20 kwietnia 2011 roku Odwołujący złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od podjętej przez Zamawiającego w toku postępowania czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu: naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez nieuprawnione odrzucenie oferty Odwołującego oraz naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp,

poprzez wybranie oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia badania oferty Odwołującego, ustalenia iż nie zawiera ona rażąco niskiej ceny, oraz dokonania oceny tej oferty w ramach prowadzonego postępowania.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Pojęcia rażąco niskiej ceny nie definiuje ani ustawa Pzp ani przepisy dyrektyw będące u podstaw regulacji art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jednakże z orzecznictwa w sprawach zamówień publicznych wynika, że cena „rażąco niska” to cena, która nie pokrywa kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, przez co są wątpliwości, co do możliwości należytego wykonania zamówienia Wykonawcy są uprawnieni do wyliczenia i skalkulowania ceny ofertowej według własnej kalkulacji z uwzględnieniem przyjętej dla siebie organizacji pracy, posiadanej specjalistycznej wiedzy i doświadczenia zespołu, który będzie realizował zamówienie. Zatem, fakt, że cena odbiega od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o kwotę VAT, czy od cen pozostałych ofert nie przesądza, że cena oferty jest rażąco niska. Odwołujący wskazuje, że argumenty Zamawiającego przedstawione w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego są ogólnikowe, merytorycznie nieuzasadnione i oparte na nierzetelnej ocenie wyjaśnień Odwołującego. Odwołujący argumentował, iż cena zawarta w jego ofercie została obliczona zgodnie z najlepszą wiedzą oraz doświadczeniem, w sposób staranny oraz uwzględnia ona wszystkie elementy przedmiotu zamówienia określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) i zapewnia ich realizację w sposób należyty, zgodny z wymaganiami określonymi w SIWZ, w terminach wskazanych w ofercie.

Pismem z 6 kwietnia 2011 roku Odwołujący przedstawił wyczerpującą kalkulację oferty zawierającą wyszczególnione pozycje cenowe składające się na całkowitą cenę oferty. Jednocześnie Odwołujący wyjaśnił, iż:

- przedstawione ceny w zakresie usług noclegowych i restauratorskich zostały przez Odwołującego wynegocjowane z podmiotami, którym zostanie powierzona realizacja tych usług,
- koszty związane z wynagrodzeniem dla trenerów wynikają z umów cywilnoprawnych wiążących Odwołującego z osobami odpowiedzialnymi za realizację usługi szkoleniowej i są efektem wieloletniej współpracy, dzięki której Odwołujący jest w stanie zaoferować usługi na najwyższym poziomie w tak korzystnej cenie,
- marża Odwołującego została ustalona na poziomie ok. 10 %.

Odwołujący podniósł, że na Zamawiającym ciąży obowiązek wykazania, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę. Zamawiający powinien co najmniej wskazać z jakich przyczyn uznaje cenę ofertową za rażąco niską. Zamawiający nie odniósł się w żaden sposób do obiektywnych czynników wskazanych przez Odwołującego w wyjaśnieniu z dnia 6 kwietnia 2011 roku w szczególności zaś nie wykazał, by podniesione przez Odwołującego okoliczności nie miały miejsca albo nie mogły mieć wpływu na skalkulowanie ceny na poziomie gwarantującym należyte wykonanie zamówienia.

Odwołujący podniósł, że jest firmą działającą od 2007 roku, uznaną na rynku szkoleń i rozpoznawalną dla klientów. Realizuje także wiele szkoleń dla instytucji pomocy społecznej, a zatem w wyniku uzyskania zamówienia publicznego. W konsekwencji Odwołujący ma duże doświadczenie w kalkulowaniu ceny i - co wymaga podkreślenia - w związku z długą współpracą z podwykonawcami dysponuje możliwością uzyskania korzystnych rabatów i indywidualnych obniżek cen.

W tej sytuacji Odwołujący sporządzając ofertę mógł uwzględnić (i uwzględnił) elementy kosztowe na poziomie wynikającym z cen wynegocjowanych ze swoimi klientami.

Odwołujący wskazuje także, iż zgodnie z orzecznictwem KIO oceniając czy cena znacząco odbiega od pozostałych cen ofertowych i w konsekwencji może być uznana za rażąco niską, Zamawiający powinien wziąć pod uwagę stan konkurencji na rynku danych usług. Odwołujący podnosi, iż w dziedzinie szkoleń konkurencja wśród przedsiębiorców świadczących takie usługi stale rośnie i widoczna jest tendencja do obniżania się poziomu oferowanych cen.

Powyższe wskazuje, że kalkulując cenę ofertową Odwołujący wziął pod uwagę rzeczywiste koszty, jakie poniósłby w związku z realizacją przedmiotu zamówienia. Tym samym argument o nieadekwatności ceny ofertowej do cen rynkowych pozbawiony jest jakichkolwiek podstaw.

Odnosząc się do argumentu, iż w roku 2010 Odwołujący złożył Zamawiającemu ofertę o cenie porównywalnie wyższej niż cena zaoferowana w niniejszym postępowaniu, Odwołujący wskazał, że w postępowaniu prowadzonym w roku ubiegłym zastosował odmienną metodę kalkulacji ceny - mianowicie przyjął jako podstawę wyliczenia ceny większy niż obecnie zysk. W warunkach coraz to większej konkurencji na rynku usług szkoleniowych, a także biorąc pod uwagę fakt, że zamawiający ustalił, iż ofertą najkorzystniejszą będzie oferta z najniższą ceną Odwołujący skalkulował w tym roku zysk na niższym poziomie niż w roku ubiegłym. Kalkulacja tego rodzaju jest biznesowo w pełni racjonalna, dlatego wyciąganie z niej wniosków niekorzystnych dla Odwołującego należy uznać za nieuprawnione.

28 kwietnia 2011 roku Zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo „Odpowiedź na odwołanie”. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego oraz podtrzymał argumentację zawartą w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego. W ocenie Zamawiającego zarzuty podniesione przez Odwołującego są nieuzasadnione a złożone wyjaśnienia nie zasługują na uwzględnienie. Zamawiający argumentował, że oferta złożona przez Odwołującego wskazuje na niewiarygodne i nierealistyczne ceny, co może skutkować niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy. W ocenie Zamawiającego kształtowanie cen na poziomie ceny zaoferowanej przez Odwołującego nie gwarantuje wykonania umowy, a tym bardziej umowy na przyzwoitym poziomie. Zamawiający podniósł również, że odbiorcą usługi są dzieci i młodzież wywodzące się z rodzin borykających się problemami opiekuńczo wychowawczymi a zarazem zagrożone wykluczeniem społecznym natomiast udział w zajęciach stanowiących przedmiot zamówienia ma dać im szansę na dostrzeżenie swojej wartości dlatego istotnym jest dla Zamawiającego aby usługa została wykonana na jak najwyższym poziomie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 20 kwietnia 2011 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdza dołączona do odwołania informacja potwierdzająca przesłanie odwołania.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu. Izba dopuściła dowód złożony

przez Odwołującego – Oferta PHU „Marcel” Piotr Król z 30 marca 2011 roku sporządzona dla Odwołującego oraz oświadczenia trenerów mających brać udział w realizacji zamówienia potwierdzające wysokość wynagrodzenia za jedną godzinę szkolenia w ramach projektu „Równe szanse lepszym jutrem”. Izba dopuściła dowód złożony przez Zamawiającego aneks nr UDA-POKL07-.01-12-130/08-01 zawarty 7 czerwca 2010r do umowy UDA-POKL.07.01.01-12-130-08-00.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z dokumentacją postępowania przedstawioną przez Zamawiającego, szacunkowa wartość zamówienia została ustalona 31 marca 2011 roku na kwotę 86 710,00 zł netto (w tym zamówienia uzupełniające) na podstawie umowy ramowej w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki nr: UDA-POKL.07.01.01-12-130-08-00 oraz aneksu nr UDA-POKL07-.01-12-130/08-01 zawartego w dniu 7 czerwca 2010 roku, co wynika z Protokołu postępowania.

Zamawiający podał, iż na realizację zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę w wysokości 75 400,00 zł brutto.

W postępowaniu zostało złożonych siedem ofert:

- oferta nr 1 Spółdzielnia Inwalidów „Hutnik” Zakład Pracy Chronionej na kwotę 79 480,14 zł brutto
- oferta nr 2 Fresh-view na kwotę 74 992,80 zł brutto,
- oferta nr 3 Fortuna Travel Jacek Fortuna na kwotę 73 020,00 zł brutto,
- oferta nr 4 Europejski Instytut Edukacji Informatycznej na kwotę 70 873,40 zł brutto,
- oferta nr 5 B-Consulting Bartłomiej Gębarowski na kwotę 34 850,00 zł brutto,
- oferta nr 6 Lokalne Centrum Biznesu w Proszowicach na kwotę 135 770,00 zł brutto,
- oferta nr 7 Ośrodek Szkolenia Kursowego i ustawicznego na kwotę 54 000,00 zł brutto.

Izba na wstępie rozważań wskazuje, iż ustawa zobowiązując Zamawiających w art. 89 ust. 1 pkt 4 do odrzucenia oferty, gdy ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jednocześnie nie wprowadza definicji pojęcia „rażąco niskiej ceny”. Brak zdefiniowania tego pojęcia a także brak możliwości wywnioskowania jednolitych zasad, kryteriów takiej oceny na podstawie orzecznictwa prowadzi do wniosku, iż każdy przypadek Zamawiający zobowiązani są oceniać indywidualnie, w kontekście danego postępowania o udzielenie zamówienia. Pomocnym w zakresie badania czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską będzie ukształtowana przez doktrynę wykładnia sformułowana w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych, gdzie czytamy, iż *„za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi”*. Próba dookreślenia tegoż pojęcia znalazła również odzwierciedlenie w orzecznictwie zarówno Zespołów Arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych. *„O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę”* (Sąd Okręgowy w Katowicach w Wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07). *„Za rażąco niską cenę należy uznać cenę nierealistyczną, za którą wykonanie zamówienia nie jest możliwe”* (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 4 września 2007 r., UZP/ZO/0-1082/07). *„Rażąco niska cena grozi niebezpieczeństwem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w przyszłości”* (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 19 czerwca 2007 r. UZP/ZO/0-696/07). Tak więc, ceną rażąco niską jest cena niepokrywająca wydatków wykonawcy związanych z realizacją zamówienia, cena nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, cena niewiarygodna, oderwana od realiów rynkowych, za którą wykonanie należyte zamówienia nie jest możliwe. Brak uregulowania ustawowych definicji rażąco niskiej ceny, brak tejże definicji w dyrektywach jednoznacznie wskazuje na trudność i indywidualność tego zagadnienia. Jednocześnie sankcja odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia musi być poprzedzona przez Zamawiającego wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień – art. 90 ustawy. Ustawodawca nie określił przesłanek jakie mają wskazywać na konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez niego w ofercie ceny. Każdorazowo to Zamawiający rozważa czy zachodzą podstawy do żądania tychże wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po stronie Zamawiającego dopiero wówczas, gdy Zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska (porównaj:

Wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07). Zgodnie z obowiązującym stanem prawnym to Zamawiający samodzielnie decyduje, czy zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia w konkretnej sytuacji (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 333/08). Ocena, jakiej dokonuje Zamawiający, a która może prowadzić do powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości, iż cena zawarta w ofercie jest ceną rażąco niską prowadzić powinna do wniosku, iż zaoferowana cena jest ceną spekulacyjną, czyli taką która rodzi po stronie wykonawcy ryzyko niewykonania zamówienia a po stronie Zamawiającego ryzyko niezyskania danego dobra. Dla uznania, że cena jest rażąco niska konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/UZP 1492/08 z 13 stycznia 2009 roku).

Jednakże nie należy zapominać, iż Zamawiający ogłaszając postępowanie chce osiągnąć cel tzn. realizację danego przedmiotu zamówienia za możliwie niskie wynagrodzenie, natomiast granica pomiędzy najniższą ceną zaoferowaną w postępowaniu, będącą efektem konkurencji pomiędzy podmiotami, a rażąco niską ceną jest nieostra, dlatego Zamawiający rozstrzygając czy ma do czynienia z rażąco niską ceną powinien mieć na uwadze w szczególności *„rzeczywistą relację wartości świadczenia pieniężnego do wartości świadczenia niepieniężnego”*. Zgodnie z art. 90 ust 1 ustawy cena rażąco niska określana jest w stosunku do przedmiotu zamówienia – czyli konkretnego dobra jakie chce pozyskać Zamawiający. Inny sposób dokonania badania zaoferowanej w danym postępowaniu przez wykonawcę ceny może prowadzić do krzywdzącego i nieuzasadnionego odrzucenia oferty z postępowania. Uwzględnienia wymaga również fakt, iż Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ukształtował tylko jedno kryterium oceny ofert – kryterium ceny (100%). Jedynie oferowane w postępowaniu ceny stanowią element konkurencji pomiędzy wykonawcami składającymi oferty, natomiast przedmiot zamówienia został opisany przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków zamówienia i każdy z wykonawców składających oferty zobowiązał się do realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Samo stwierdzenie przez Zamawiającego różnic pomiędzy składanymi ofertami jest naturalnym objawem konkurencji i nie jest wystarczające dla wykazania rażąco niskiej ceny którejs z ofert. Dlatego też nie można zgodzić się z argumentacją Zamawiającego uzależniającą poziom świadczenia usługi od ceny jaka została zaoferowana przez Odwołującego a nie gwarantującą w ocenie Zamawiającego *wykonania umowy na przyzwoitym poziomie*. W ocenie Izby, to ceny zawarte w ofertach złożonych w konkretnym postępowaniu odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia, kalkulowanych w tym samym czasie, a więc w konkretnych

warunkach gospodarczych, a na kalkulacje cen ofertowych mają wpływ zarówno te same uwarunkowania gospodarcze dla danego rynku ale również kondycja poszczególnych przedsiębiorców indywidualna dla poszczególnych wykonawców.

Zamawiający stwierdzając konieczność dokonania weryfikacji oferty w postępowaniu w zakresie rażąco niskiej ceny odwołał się również do szacunkowej wartości zamówienia. Opierając się o szacunkową wartość zamówienia Zamawiający indywidualnie do danego przypadku stwierdza czy powziął wątpliwości w zakresie zaistnienia rażąco niskiej ceny; nie istnieją bowiem ustalone granice jakie zobowiązują Zamawiającego do uznania, iż zaoferowana cena stanowi cenę rażąco niską, co więcej w zakresie każdego postępowania procentowa wartość odstępstwa danej oferty od oszacowanej przez Zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia będzie inna, bowiem mają na nią wpływ między innymi terminy w jakich zostały dokonane szacunki zarówno Zamawiającego jak i składającego ofertę, dana sytuacja rynkowa i inne czynniki, tak więc odnośnienie ceny oferowanej do wartości szacunkowej zamówienia przy ocenie, czy dana oferta jest ofertą z rażąco niską ceną, nie jest wystarczające (porównaj Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lipca 2008 r. sygn akt; KIO/UZP 691/08).

Uwzględnienia wymagają informacje zawarte w Protokole postępowania, iż szacunkowa wartość zamówienia szacowana była w oparciu o umowę ramową w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki nr: UDA-POKL.07.01.01-12-130-08-00 oraz aneksu nr UDA-POKL07-.01-12-130/08-01 zawartego w dniu 7 czerwca 2010 roku, które Zamawiający potwierdził na rozprawie składając dowód, z którego wynika kwota jaka została zaplanowana na przedmiotowe zamówienie (75 400,00 zł – str. 14) a także oświadczenie Zamawiającego, że przy szacowaniu wartości zamówienia kierował się on cenami ofert złożonych w ubiegłym roku. W obliczu powyższego ustalenia Izba wskazuje, że taki sposób szacowania wartości zamówienia i kwota na jaką owo zamówienie zostało oszacowane nie może stanowić miarodajnego wyznacznika, kryterium dla oceny powzięcia wątpliwości w zakresie rażąco niskiej ceny którejs z złożonych ofert. Zamawiający – odnosząc zaoferowaną przez Odwołującego cenę do kwoty, która faktycznie stanowi informację o kwocie jak została przeznaczona na realizację danej usługi w realizowanym przez Zamawiającego projekcie oraz kwot zamówień z przed roku – nie oszacował zamówienia w sposób, który odzwierciedla realne koszty realizacji usługi jaką chce pozyskać Zamawiający. Tym samym argumentacja Zamawiającego, iż cena zaoferowana za realizację przedmiotu zamówienia przez Odwołującego jest niższa o ponad połowę od wartości zamówienia co prowadzi do wniosku, iż jest to cena rażąco niska nie znajduje w ocenie Izby uzasadnienia.

Zamawiający jako organizator postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podejmuje decyzję o wezwaniu wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. Zamawiający wzywając Odwołującego do złożenia wyjaśnień oparł swoje wątpliwości o ceny poszczególnych ofert oraz szacunkową wartość zamówienia (zgodnie z dokumentacją postępowania przedstawioną Izbie – pismo z 6 kwietnia 2011 roku) co znajduje również potwierdzenie w decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jednakże w piśmie tym z 15 kwietnia 2011 roku (informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego) Zamawiający powołał również jako punkt odniesienia do kwalifikacji zaoferowanej ceny jako ceny rażąco niskiej również ceny rynkowe przedmiotu zamówienia. Zamawiający, wzywając Odwołującego do złożenia wyjaśnień, choć korzystając z uprawnienia określonego ustawą, poczynił założenie, iż oferowana cena jest ceną rażąco niską – co wydaje się być już na wstępie błędnym założeniem, bowiem na tym etapie możliwe jest jedynie, powzięcie wątpliwości w stosunku do dokonanego szacunku przez wykonawcę a nie domniemanie ceny rażąco niskiej, stanowisko takie już niejednokrotnie zostało potwierdzone w orzecznictwie Izby jak i Sądów powszechnych.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego i uznaje czynność oceny oświadczenia Odwołującego za nieprawidłową. Treść wniosku jaki został skierowany do wykonawcy wskazuje jakie elementy ceny miała wykazać wykonawca dla każdego z zadań: *kierownik Gminnego Ośrodka Pomocy Społecznej zwraca się z prośbą o wyjaśnienie przedmiotowych okoliczności, które stanowiły podstawę do określenia ceny oferty. Prosimy o przedstawienie szczegółowego harmonogramu wraz szczegółową kalkulacją każdego zadania (tj. wynajem Sali, zapewnienie cateringu, wynagrodzenie trenerów, koszt zakwaterowania (ze wskazaniem ośrodka wczasowego) oraz wyżywienia podczas treningu w formie wyjazdowej, kosztów dojazdów, kosztów wycieczek).* Odwołujący na wniosek Zamawiającego udzielił wyjaśnień, wskazał elementy oferty, które wpłynęły na dokonanie takiej wyceny realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego odpowiednio dla każdego z czterech zadań. Odwołujący także wyjaśnił, że *ceny zostały wspólnie ustalone z podmiotami, którym zostanie powierzona realizacja usługi noclegowej i restauracyjnej podczas oficjalnych negocjacji handlowych. Koszty związane z wynagrodzeniem dla trenerów wprost z umów cywilno-prawnych wiążących wykonawcę z osobami odpowiedzialnymi za realizację usługi szkoleniowej i są efektem wieloletniej współpracy, dzięki której jesteśmy w stanie zaoferować usługi na najwyższym poziomie w tak korzystnej cenie.* Ustawodawca w art. 90 ust. 1 ustawy umocował Zamawiającego do wezwania wykonawcy w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę – tak więc, wezwanie ma służyć ustaleniu czy oferowana przez wykonawcę cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie uznał wyjaśnień Odwołującego za wystarczające, stwierdził że *niemożliwe jest należyte i rzetelne wykonanie przedmiotowej usługi za cenę podaną przez Wykonawcę. Zamawiający mając na względzie doświadczenie z lat ubiegłych oraz uwzględniając współpracę i wartość*

wykonanej usługi przez Wykonawcę w roku 2010, stwierdza, że cena podana przez Wykonawcę jest nieadekwatna do realiów rynkowych i spowoduje nienależyte wykonanie usługi. Zamawiający na rozprawie argumentował, że Odwołujący nie przedstawił wraz z wyjaśnieniami dowodów potwierdzających wynegocjowane ceny. Ustawodawca wprowadził możliwość posłużenia się dowodem, który potwierdza oświadczenie wykonawcy fakultatywnie, nie istnieje ustawy obowiązek składania przez wykonawcę wraz z wyjaśnieniem stanowiącym oświadczenie wykonawcy dowodów potwierdzających te wyjaśnienia. Ustawodawca nie zobowiązał w sposób bezwzględny i konieczny wykonawców do przedstawiania dowodów na swoje twierdzenia, ustawodawca dopuścił możliwość poparcia twierdzeń dowodami. Jednocześnie należy wskazać, iż określona w art. 90 ustawy procedura ma charakter wyjaśniający a nie dowodowy, na co wskazał w Wyroku z dnia 12 czerwca 2008 roku Sąd Okręgowy w Poznaniu (X Ga 140/08) dlatego też oświadczenie wykonawcy, który składa wyjaśnienia stanowi podstawę w zakresie oceny wyjaśnień dokonywanej przez Zamawiającego. Brak dowodów jako nie może stanowić podstaw do nie przyznania wiarygodności oświadczeniu Odwołującego a tym samym nie może stanowić podstawy do uznania, iż wyjaśnienia złożone przez Odwołującego są niewiarygodne, nie potwierdzają, że cena nie jest rażąco niska.

W ocenie Izby czynność Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego była niezasadna. Wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny wynikało z wątpliwości Zamawiającego opartych na nieracjonalnych założeniach tj. szacunkowej wartości zamówienia oraz cenach innych ofert, które w normalnych warunkach konkurencji i zastosowanych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert musiały się różnić. Cena zaoferowana przez Odwołującego, co też udowodnił on na rozprawie, a co ma swoje uzasadnienie w powyżej zawartych informacjach i rozważaniach nie jest ceną nierealistyczną, niewiarygodną i oderwaną całkowicie od realiów rynkowych. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, bowiem *niemożliwe jest należyte i rzetelne wykonanie przedmiotowej usługi za cenę podaną przez wykonawcę (...) i spowoduje nienależyte wykonanie usługi*. Ocena oświadczenia nastąpiła poprzez przypisanie mu wiarygodności i braku takiej wiarygodności. Taki sposób oceny wyjaśnień nie znajduje umocowania w ustawie a więc nie może zostać uznany za prawidłowy. Zgodnie z art. 90 ust. 3 *Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonania ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia*, dokonana ocena przez Zamawiającego sprowadziła się do oceny wiarygodności oświadczenia jakie złożył Odwołujący, nie stanowi natomiast merytorycznej oceny zawartych w niej informacji. Ustawodawca w art. 90 ust 2 ustawy wskazał przykładowo, bowiem nie jest to katalog zamknięty, obiektywne czynniki mogące mieć wpływ na kalkulacje ceny przez wykonawcę, które Zamawiający bierze pod uwagę dokonując oceny wyjaśnień. Niewątpliwie czynniki jakie mogą mieć wpływ na kalkulację ceny oferty będą różne dla różnych zamówień oraz będą w szczególności

kreowane przez wykonawców składających wyjaśnienia, bowiem to właśnie wykonawcy ci będą się do nich odwoływać wyjaśniając ceny zawarte w ofertach.

Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach wskazał te elementy oferty, które były podstawą wykreowania zaoferowanej w ofercie ceny oraz odwołał się do czynników jakie miały wpływ na taką kalkulację oferty. W świetle tego, iż czynność zwrócenia się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny stanowi czynność obowiązkową jedynie w sytuacji, gdy Zamawiający zamierza zastosować w stosunku do wykonawcy sankcję w postaci odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4) ustawy, należy odnieść się do zagadnienia zwrócenia się do wykonawcy przez Zamawiającego. Ustawodawca, znamienne w skutkach dla wykonawcy stwierdzenie, iż jego oferta zawiera cenę rażąco niską, poprzedził obowiązkowym zwróceniem się Zamawiającego do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w tym przedmiocie. W art. 90 ust. 1 ustawy nie dookreślił ustawodawca, poza zobowiązaniem do wyznaczenia terminu udzielenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, żadnych innych formalnych regulacji. Nasuwa się więc pytanie czy Zamawiający ma możliwość zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny więcej niż jeden raz. Biorąc pod uwagę ugruntowany pogląd wyrażony w wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 23 lutego 2007 roku sygn. akt: X Ga 23/07/za, iż *„Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy (...)”* przy uwzględnieniu, iż ustawodawca nie ograniczył takiego działania odpowiedz będzie twierdząca, jednakże nie prowadzi to do obowiązku wzywania wykonawcy do składania wyjaśnień, aż do czasu gdy będą one potwierdzać że cena nie jest rażąco niską lecz pozwolą Zamawiającemu na obiektywną ocenę tychże wyjaśnień. Niemniej, należy zawsze przestrzegać, realizując uprawnienia lub obowiązki ustawowe zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W przedmiotowej sprawie Zamawiający mógł więc skorzystać z prawa, a zarazem obowiązku gdy zamierzał odrzucić ofertę, zwrócenia się ponownie do Odwołującego o złożenie dowodów potwierdzających zawarte w wyjaśnieniach twierdzenia Odwołującego. Zamawiający związany zasadami prawa zamówień publicznych, w szczególności zasadami wskazanymi w rozdziale 2 ustawy ale też nie wyartykułowanymi wprost lecz wynikającymi z regulacji ustawy powinien dążyć do jak najbardziej przejrzystego prowadzenia postępowania, którego celem jest udzielenie zamówienia publicznego. Ustawodawca nakazuje Zamawiającemu udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy ale taki wybór może zostać dokonany jedynie wtedy, gdy sam Zamawiający prawidłowo przeprowadzi procedurę.

Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty a także oświadczenia zostaną ocenione na podstawie ustawy w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych a Zamawiający zobowiązany jest do działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania, a jednocześnie działanie takie zapewni poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych gwarantując zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony i uczestników postępowania odwoławczego, który zarazem jest uprawnieniem Stron i uczestników postępowania odwoławczego, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one i uczestnicy postępowania odwoławczego mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej*, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust. 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio, qui dicit, non ei, qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).*

Odwołujący wywodząc skutki prawne, z faktu, iż złożona w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny podparł swoje twierdzenia dowodami, które potwierdziły informacje zawarte w oświadczeniu złożonym Zamawiającemu w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień zaś Zamawiający nie przeprowadził na tą okoliczność kontrdowodu, nie podważał dowodów złożonych przez Odwołującego, tym samym nie podważył zawartych tam informacji o poszczególnych kwotach stanowiących podstawę kalkulacji ceny oferty Odwołującego. Zaś dowód złożony

przez Zamawiającego potwierdził, że szacunkowa wartość zamówienia podana w Protokole postępowania odzwierciedla kwotę jaka została w Projekcie przeznaczona na realizację zamówienia, nie jest zaś kwotą wynikającą z przeprowadzenia faktycznego rozpoznania cen za realizację tych usług.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie *wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238)

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....