

Sygn. akt: KIO 1982/17

WYROK
z dnia 4 października 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 października 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 września 2017 r. przez wykonawcę **Retis Construction Sp. z o.o., ul. Szosa Szubińska 26, 86-005 Kruszyn Krajeński** w postępowaniu prowadzonym przez **Nadleśnictwo Bydgoszcz, ul. Sosnowa 9, 86-005 Kruszyn Krajeński**

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowienie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie oferty wykonawcy J.K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą maszty.net J.K., ul. Skośna 5, Lisi Ogon, 86-065 Łochowo,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Nadleśnictwo Bydgoszcz, ul. Sosnowa 9, 86-005 Kruszyn Krajeński i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Retis Construction Sp. z o.o., ul. Szosa Szubińska 26, 86-005 Kruszyn Krajeński tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od Nadleśnictwa Bydgoszcz, ul. Sosnowa 9, 86-005 Kruszyn Krajeński na rzecz wykonawcy Retis Construction Sp. z o.o., ul. Szosa Szubińska 26, 86-005 Kruszyn Krajeński kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset**

KIO 1982/17 1

złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

KIO 1982/17 2

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) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Bydgoszczy.

Przewodniczący

KIO 1982/17 3

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Zaprojektowanie i budowa systemu monitoringu poż. w Nadleśnictwie Bydgoszcz w formule zaprojektuj i wybuduj” (ogłoszenia o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym unii Europejskiej pod numerem: 2017/S 103-206270), prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Bydgoszcz, ul. Sosnowa 9, 86-005 Białe Błota (dalej „zamawiający”) wykonawca Retis Construction sp. z o. o., ul. Szosa Szubińska 26, 86-005 Kruszyn Krajeński (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec czynności i zaniechań

zamawiającego, polegających na:

1. zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Maszty.net J.K. (dalej „Maszty.net”) pomimo tego, że w terminie wyznaczonym przez zamawiającego w piśmie z dnia 1 sierpnia 2017 roku nie udzielił wyjaśnień oraz nie przedłożył dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu złożonej oferty, czym zamawiający naruszył art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579) [dalej „ustawa pzp”],
2. zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Maszty.net pomimo tego, że wykonawca ten złożył ofertą, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, czym zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp,
3. zaniechaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. złożonej przez odwołującego się, czym zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania oraz o uwzględnienie odwołania, unieważnienie wyboru oferty, a także o nakazanie zamawiającemu ponownej oceny ofert, odrzucenia oferty Maszty.net i ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zauważył, że sam zamawiający w toku postępowania powziął wątpliwości w przedmiocie oferty złożonej przez Maszty.net w zakresie wyliczenia ceny i kosztu złożonej oferty, ponieważ pismem z dnia 1 sierpnia 2017 roku wezwał tego wykonawcę do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu złożonej przez oferenta oferty.

W ocenie odwołującego w odpowiedzi wykonawca Maszty.net przedłożył jedynie ogólnikowe pismo, w którym w żaden sposób nie wyjaśnił sposobu wyliczenia ceny w KIO 1982/17 4

złożonej przez siebie ofercie czy chociażby tego w jaki sposób przytoczone przez niego okoliczności wpływają na obniżenie ceny, a nadto do pisma oferenta z dnia 1 sierpnia 2017 roku nie dołączono jakichkolwiek dowodów na poparcie wyliczeń zawartych w złożonej ofercie. Stwierdził, że ogólnikowe twierdzenia o wpływie na cenę takich czynników jak rodzaj materiału, z którego wykonany ma być maszt nie zostały poparte chociażby cenami zakupu surowca.

Uznał na tej podstawie, że wykonawca Maszty.net nie uczynił zadość wezwaniu skierowanemu do niego przez zamawiającego i tym samym nie spełnił określonego w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp wymogu udowodnienia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu.

Dodał, że zamawiający nie podjął jakichkolwiek czynności mających na celu weryfikację wysoce ogólnych wyjaśnień oferenta, co powoduje, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ pomimo ciążącego na nim obowiązku odrzucenia oferty Maszty.net nie uczynił tego.

Podkreślił, że przedłożenie dowodów potwierdzających brak rażąco niskiej ceny było w sprawie kluczowe z uwagi na rozbieżność pomiędzy złożoną ofertą a wartością zamówienia ustaloną przed wszczęciem postępowania, tym bardziej, że konstrukcja zaproponowana przez odwołującego jest również aluminiowym masztem kratownicowym, podobnie jak konstrukcja Maszty.net

Dowód: akta postępowania nr ZG.270.1.2017.H.J „Zaprojektowanie i budowa systemu monitoringu ppoż. w Nadleśnictwie Bydgoszcz w formule zaprojektuj i wybuduj”

Zdaniem odwołującego zasadnym było domaganie się przez zamawiającego dowodów od oferenta, jednakże całkowicie bezzasadnym oraz sprzecznym z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp było nie odrzucenie oferty Maszty.net J. z uwagi na nie przedłożenie jakichkolwiek dowodów na poparcie twierdzeń tego wykonawcy.

Stwierdził, że twierdzenia zawarte w wyjaśnieniach Maszty.net J. nie są zgodne z prawdą. Podniósł, że przede wszystkim maszty tego typu są kratownicami przestrzennymi powszechnie stosowanymi w budownictwie, używanymi są do konstrukcji stalowych oraz aluminiowych, wobec czego trudno w tym przypadku mówić o wzorze projektu, który miałby wpłynąć na obniżenie oferowanej ceny.

W ocenie odwołującego nietrafiony jest również argument o tym, że zastosowanie

aluminium zamiast stali wiąże się z niską ceną produkcji oraz montażu – aluminium jest surowcem trzykrotnie lżejszym od stali, ale zarazem 6 krotnie droższym, w porównaniu ekonomicznym tańszym jest stosowanie konstrukcji stalowej, w porównaniu całościowym, produkcji konstrukcji masztu i montażu, konstrukcje stalowe i aluminiowe „wychodzą” kosztowo podobnie.

KIO 1982/17 5

Dodatkowo odnosząc się to twierdzenia wykonawcy Maszty.net, że aluminium nie wymaga żadnych zabezpieczeń antykorozyjnych, wskazał, że w porównaniu ceny stal ocynkowana ogniowo a aluminium korzystnie wypada stal.

Podał, że wykonawca Maszty.net wskazał również, że „zastosowanie lekkich stopów do wykonania konstrukcji wpływa na zmniejszenie obciążeń fundamentów oraz ich wielkość”,

podnosząc jednocześnie, że na wymiary fundamentów zasadniczy wpływ ma obciążenie wiatrem konstrukcji, a opór wiatru stawiany przez konstrukcję nie zależy od materiału z jakiego jest wykonany. Stwierdził, że w przypadku masztów aluminiowych maleje tylko ciężar własny konstrukcji, który ma minimalny wpływ na wymiary fundamentów.

Stwierdził także, że nie jest prawdą, jak twierdzi wykonawca Maszty.net, że „montaż masztu metodą tilt-up polegająca na skręcaniu konstrukcji na gruncie a następnie podniesieniu całości”

Podniósł, że z uwagi na specyfikę lokalizacji miejsca pod konstrukcje, tj. iż są one wyznaczone na terenie zalesionym, skręcanie masztu na ziemi wiąże się z wycinką drzew w miejscu położenia konstrukcji oraz lin odciągowych, co w tym przypadku zwiększa koszty.

Podsumował, że okoliczności powyższe potwierdzają, że w ramach prowadzonego postępowania doszło do naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, a w konsekwencji, że zamawiający naruszył również art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp, ponieważ nie odrzucił oferty rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a tym samym nie wybrał oferty najkorzystniejszej, tj. złożonej przez odwołującego się, czym naruszył art. 91 ust. 1 ustawy pzp.

Na potwierdzenie zasadności swoich twierdzeń odwołujący przedłożył dowód w postaci kosztorysów uwzględniających koszt wykonania konstrukcji z minimalnym zyskiem przewidzianym dla wykonawcy, a więc zawierającego cenę minimalną za jaką możliwe jest wykonanie zamówienia opisanego w SIWZ, co potwierdza złożenie przez Maszty.net oferty zawierającej rażąco niską cenę.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego doręczonej przez zamawiającego w dniu 3 października 2017 roku w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym: Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, oferty wykonawcy J.K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą maszty.net J.K., pisma zamawiającego z dnia 31 lipca 2017 roku dotyczącego wysokości kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz informacji z otwarcia ofert, pisma zamawiającego z dnia 1 sierpnia 2017 roku wzywającego wykonawcę J.K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą maszty.net J.K. do złożenia wyjaśnień na podstawie przepisu art. 90 KIO 1982/17 6

ust. 1 ustawy Pzp, pisma wykonawcy J.K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą maszty.net J.K. z dnia 1 sierpnia 2017 roku dotyczącego wysokości zaoferowanej ceny, zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 12 września 2017 roku, Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego (Druk ZP-PN), *Odpowiedzi na odwołanie* (pismo zamawiającego z dnia 2 października 2017 roku), a także stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił także, że wykonawca wnoszący odwołanie 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 Pzp.

Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy J.K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą maszty.net J.K. oznacza, że stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp dawałoby odwołującemu szansę na uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia – to oferta odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert.

Odnosząc się do podnoszonego przez zamawiającego w Odpowiedzi na odwołanie braku po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia, „gdyż oferta odwołującego znacząco przewyższa kwotę którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zaś zamawiający nie może podwyższyć tej kwoty” (str. 3, zdanie przedostatnie Odpowiedzi na odwołanie) skład orzekający Izby zauważyła, iż obowiązek unieważnienia postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp („Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: (...) cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.”) aktualizuje się, gdy w momencie podejmowania decyzji (nie zaś w przeszłości – na wcześniejszym etapie prowadzonego postępowania) zamawiający definitywnie wie, że jaką kwotę zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i wie oraz może wykazać (głosłownie twierdzenie zamawiającego nie jest wystarczające), że zwiększenie tej kwoty (do kwoty odpowiadającej cenie oferty najkorzystniejszej) nie jest

KIO 1982/17 7

możliwe. Zamawiający jedynie oświadczył, że „nie może podwyższyć tej kwoty”, nie przedkładając żadnych dokumentów to potwierdzających.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

KIO 1982/17 8

Zarzuty:

zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez maszty.net pomimo tego, że w terminie wyznaczonym przez zamawiającego w piśmie z dnia 1 sierpnia 2017 roku nie udzielił wyjaśnień oraz nie przedłożył dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu złożonej oferty, czym zamawiający naruszył art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez maszty.net pomimo tego, że wykonawca ten złożył ofertą, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, czym zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp potwierdziły się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Jak podał zamawiający w piśmie z dnia 31 lipca 2017 roku oraz w pkt. 12 Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego (Druk ZP-PN) w postępowaniu złożono 3 oferty z następującymi cenami brutto i okresami gwarancji:

- oferta nr 1 – 538 371 złotych, 48 miesięcy gwarancji,
- oferta nr 2 – 244 770 złotych, 60 miesięcy gwarancji (oferta maszty.net),
- oferta nr 3 – 613 770 złotych, 60 miesięcy gwarancji (oferta odwołującego).

Ustalona przez zamawiającego i wskazana w pkt. 4 Protokołu o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego (Druk ZP-PN) wartość zamówienia (wartość netto) to 305 000 złotych. Wartość zamówienia brutto (z zastosowaniem 23% stawki podatku VAT) wynosi 375 150 złotych. Taką też kwotę na sfinansowanie zamówienia zamawiający wskazał w piśmie z dnia 31 lipca 2017 roku.

Oferta wykonawcy maszty.net stanowi 65,25 % wartość zamówienia brutto ustalonej przez zamawiającego.

Oferta wykonawcy maszty.net stanowi 52,57 % średniej arytmetycznej cen

wszystkich złożonych w tym postępowaniu ofert.

Pismem z dnia 1 sierpnia 2017 roku zamawiający, powołując się na przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę maszty.net do „udzielenia wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu złożonej (...) oferty”, wyznaczając termin do 4 sierpnia 2017 roku godzina 9:00.

Zamawiający przytoczył także brzmienie przepisów art. 90 ust.1, art. 90 ust. 1a, art. 90 ust. 2 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp

KIO 1982/17 9

Wykonawca maszty.net, jeszcze w tym samym dniu, tj. 1 sierpnia 2017 roku przygotował pismo o treści „W odpowiedzi na wezwanie z dnia 1 sierpnia 2017 wyjaśniamy, iż na niską cenę zaoficerowaną w przetargu ma przede wszystkim wpływ propozycja wykonania masztu z aluminium na bazie własnego oryginalnego wzoru projektu. Zastosowanie tego materiału, w przeciwieństwie do stali, wiąże się z wieloma zaletami, które w efekcie końcowym składają się na niską cenę produkcji oraz montażu całej konstrukcji masztu. Po pierwsze aluminium nie wymaga żadnych zabezpieczeń antykorozyjnych zarówno na etapie produkcji jak i przy montażu konstrukcji. Projekt zakłada produkcję lekkich elementów, które umożliwiają montaż bez zastosowania ciężkiego sprzętu. Powyższe innowacje mają zasadniczy wpływ na koszty produkcji, transportu, montażu oraz oddziaływanie na środowisko. Zastosowanie lekkich stopów do wykonania konstrukcji wpływa na zmniejszenie obciążeń fundamentów oraz ich wielkość co skutkuje również obniżeniem kosztów. Montaż masztu metoda tilp-up, polegającą na skręceniu konstrukcji na gruncie a następnie podniesieniu w całości, nie wymaga wykonywania kosztownych prac wysokościowych oraz użycia dźwigu. Powyższa metoda znacząco skraca czas prac instalacyjnych.

Wieloletnie doświadczenie i współpraca z profesjonalistami pozwoliła nam zoptymalizować nasze konstrukcje pod względem ceny i jakości. Do tej pory naszym produktom i usługą zaufały firmy nie tylko z Polski, ale również z całej Europy oraz Afryki i Azji. Zapewniamy, że zastosowanie zaproponowanej przez nas konstrukcji gwarantuje w 100% funkcjonalność przedmiotowego projektu. Potwierdzeniem mogą być maszty do monitoringu wizyjnego jakie wykonaliśmy dla nadleśnictw przedstawionych w naszych referencjach. Jesteśmy przekonani, że dobrze wykorzystane oraz zaoszczędzone środki pozwolą jeszcze zwiększyć bezpieczeństwo lasów w naszym regionie.”

Do swojego pisma wykonawca maszty.net nie załączył żadnych materiałów, dokumentów itp.

Pismem z dnia 12 września 2017 roku zamawiający zawiadomił wykonawców, że „najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu jest oferta nr 2 złożona przez Wykonawcę Maszty.net J.K. z siedzibą (...)”.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zgodnie z przepisem 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

KIO 1982/17 10

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.”.

Fakt, że zamawiający zwrócił się do wykonawcy maszty.net z wezwaniem do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (wobec wystąpienia rozbieżności pomiędzy

wartością zamówienia powiększoną o należny podatek od towarów i usług a ceną ofertową wykonawcy maszty.net oraz pomiędzy średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych w tym postępowaniu ofert a ceną ofertową wykonawcy maszty.net) jest równoznaczne z tym, że zaoferowana przez tego wykonawcę cena wydała się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budziła wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego, a jednocześnie, że zamawiający nie ustalił żadnych okoliczności oczywistych, które czyniłyby zbędnymi wyjaśnienie ww. rozbieżności.

Skład orzekający Izby, w związku z oświadczeniem zamawiającego z rozprawy, iż wezwał wykonawcę maszty.net, „chcąc dopełnić staranności w zakresie badania ceny ofertowej tego wykonawcy” pomimo, iż „w ogóle nie musiał kierować zapytania do wykonawcy” (str. 3 Protokołu z posiedzenia rozprawy) zauważył, że czynność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień nie powinna być dokonywana „na wszelki wypadek”, czy też

„z ostrożności”, ale powinna opierać się na wystąpieniu okoliczności wskazanych w art. 90 ust. 1 lub ust. 1a ustawy Pzp.

W przedmiotowym stanie faktycznym rozbieżności, o których mowa w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp bez wątpienia wystąpiły, a zamawiający nie wskazał jednocześnie okoliczności oczywistych, o których mowa w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, jakie znane były mu na etapie kierowania do wykonawcy maszty.net wezwania.

Okoliczność, iż konstrukcja maszty wycenionej przez wykonawcę maszty.net jest aluminiowa nie czyni wyjaśnienia rozbieżności, które wystąpiły zbędnymi, zwłaszcza w sytuacji, gdy także odwołujący – co oświadczył na rozprawie – wycenił maszt z tego materiału (z aluminium, a nie ze stali).

KIO 1982/17 11

Skierowanie przez zamawiającego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp spowodowało – zgodnie z przepisem art. 90 ust. 2 ustawy Pzp – iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywał na wykonawcy maszty.net.

Fakt, iż wykonawca maszty.net udzielił odpowiedzi pismem z tego samego dnia co dzień wezwania (1 sierpnia 2017 roku), pomimo, iż termin na udzielenie wyjaśnień wyznaczony przez zamawiającego upływał 4 sierpnia 2017 roku, skłania do wniosku, że był to dla wykonawcy maszty.net czas wystarczający.

Przyznać należy rację zamawiającemu, iż skierowane przez niego do wykonawcy maszty.net wezwanie „było na dużym poziomie ogólności” (str. 3 Protokołu posiedzenia i rozprawy), niemniej jednak wezwanie to było jednoznaczne co do tego, iż zamawiający oczekuje wyjaśnienia wyliczenia ceny oraz złożenia dowodów (sformułowanie: „udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów”).

W języku polskim „wyliczyć” to określić wielkość, liczbę czegoś za pomocą rachowania, liczenia, to przedstawienie zestawienia cyfrowego, rachunku wskazującego koszt.

Skoro zamawiający zażądał złożenia wyjaśnienia wyliczenia przyjąć należy, że uznał, że jest to niezbędne dla wyjaśnienia wątpliwości co do realności zaproponowanej przez wykonawcę maszty.net ceny.

Tymczasem w swoim piśmie z dnia 1 sierpnia 2017 roku wykonawca maszty.net nie podał żadnych wartości, wielkości (cyfr), nie zaprezentował żadnych obliczeń, nie załączył żadnych dowodów.

Formalne skierowanie do zamawiającego pisma, którego zawartość nie referuje do oczekiwań zamawiającego w zakresie wyliczenia ceny ofertowej nie może być uznane za udzielenie wyjaśnień, uzasadniających zaoferowaną, wyrażoną konkretną wielkością, ceną ofertową.

Odwołujący w swoim piśmie podjął próbę prezentacji dostępnych mu oszczędnych (w jego ocenie) metod wykonania zamówienia, oryginalności projektu, co jednak – w świetle żądania zamawiającego wyliczenia ceny ofertowej – nie było właściwe (adekwatne).

Także dysponowanie doświadczeniem samo w sobie nie uzasadnia realności zaoferowanej ceny – stanowi ono warunek ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Doświadczenie minimalne niezbędne do realizacji przedmiotowego zamówienia

zamawiający wskazał w pkt. 6.2. ppkt 3.1. SIWZ.

KIO 1982/17 12

Akcentowany przez zamawiającego „duży poziom ogólności” wezwania uzasadniałby skierowanie do wykonawcy kolejnego wezwania (bardziej szczegółowego), jednak jedynie w sytuacji, gdyby jakiegokolwiek wyliczenia zaoferowanej ceny ofertowej w ogóle się pojawiły.

Uwzględniając powyższe, tj. fakt nieadekwatności udzielonej przez wykonawcę maszty.net odpowiedzi do wezwania zamawiającego oraz ze względu na ciążący na wykonawcy obowiązek wykazania, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej uznać należało, że wykonawca ten nie złożył wyjaśnień w zakresie rażąco niskiego poziomu zaoferowanej ceny, co uzasadniało odrzucenia oferty wykonawcy maszty.net na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. złożonej przez odwołującego się, czym zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Zgodnie z przepisem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp „Zamawiający *wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*”

Skład orzekający Izby zauważa wobec powyższego, że odwołujący nie kwestionował, iżby zamawiający, wybierając ofertę najkorzystniejszą, tj. dokonując oceny złożonych ofert, zastosował inne niż wskazane w rozdziale 14 SIWZ kryteria oceny ofert (cena oraz okres gwarancji).

Innymi słowy, nie jest prawdą, że zamawiający dokonał wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej gdyby tylko nie odstąpił od określonych w SIWZ kryteriów oceny ofert.

Skład orzekający Izby zauważa nadto, iż odpowiadające zgłoszonym zarzutom odwołania żądania (str. 2 odwołania pkt III) nie ujmowały nakazania zamawiającemu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, a „jedynie” nakazania „ponownego *dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej*”.

Dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej może nastąpić w wyniku ponowienia przez zamawiającego badania i oceny ofert, w ramach której oferta wykonawcy maszty.net zostanie odrzucona (którą to ponowną ocenę skład orzekający Izby ze względu na uwzględnienie poprzednich zarzutów nakazał), co jednocześnie nie jest równoznaczne z udzieleniem odwołującemu zamówienia (oświadczenie zamawiającego, iż nie może zwiększyć kwoty na sfinansowanie zamówienia).

KIO 1982/17 13

Skład orzekający Izby oddalił wnioski dowodowe zamawiającego, ponieważ zmierzały do wykazania okoliczności dodatkowych, które nie wynikały z pisma wykonawcy maszty.net z dnia 1 sierpnia 2017 roku, będącego podstawą uznania przez zamawiającego ceny tego wykonawcy za realną, w konsekwencji czego skład orzekający Izby, badając zgodność czynności/zaniechań zamawiającego z przepisami ustawy Pzp, mógł oprzeć się jedynie na tym piśmie. Rozstrzygając sprawę w kontekście rażąco niskiej ceny skład orzekający Izby bada nie tyle samą cenę ofertową, co czynność zamawiającego, polegającą na ocenie złożonych przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość odrzucenia albo zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy, którego cena ofertowa została poddana ocenie pod kątem rażąco niskiego charakteru.

Rozprawa przez Izbę nie stanowi kontynuacji procedury wyjaśniającej co do rażąco niskiej ceny ofertowej danego wykonawcy.

Ze względu na fakt, że potwierdził się zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy maszty.net skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, nakazując zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowienie czynności badania

i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenia oferty wskazanego wykonawcy.

KIO 1982/17 14

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. b) 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, ze zm.).

Przewodniczący

KIO 1982/17 15