Sygn. akt: KIO 44/17

WYROK
z dnia 17 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 stycznia 2017 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **4 stycznia 2017 r.** przez wykonawcę **LEMA SPÓŁKA JAWNA M. L., M. M., ul. Grochowska, nr 49, 60-332 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez **Wielkopolski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Poznaniu, Rejonowy Oddział Ostrów Wielkopolski, ul. Dąbrowskiego 9, 63 - 400 Ostrów Wielkopolski**

przy udziale wykonawcy **Hydrowodkan Sp. z o.o., ul. Zodiakowa 15, 61-244 Poznań** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **LEMA SPÓŁKA JAWNA M. L., M. M., ul. Grochowska, nr 49, 60-332 Poznań** 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 **LEMA SPÓŁKA JAWNA M. L., M. M., ul. Grochowska, nr 49, 60-332 Poznań** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 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 Kaliszu.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt: KIO 44/17

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego z możliwością składnia ofert częściowych prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn,: „Wykonywanie *bieżącej konserwacji, eksploatacji i utrzymania urządzeń melioracji podstawowych",* znak postępowania: EUM.3520/PN-4/20l6, zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 359969 - 2016, data zamieszczenia 06.12.2016 r., przez Wielkopolski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Poznaniu, Rejonowy Oddział Ostrów Wielkopolski, ul. Dąbrowskiego 9, 63 - 400 Ostrów Wielkopolski zwany dalej: *„Zamawiającym".*

W dniu 30.12.2016 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty w cz. 10, a 02.01.2017 r. (e-mailem) w cz. 2 i 9 – na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) zwanej dalej: *„Pzp" – LEMA SPÓŁKA JAWNA M. L., M. M., ul. Grochowska, nr 49, 60-332 Poznań zwanej* dalej: „LEMA *SPÓŁKA JAWNA M. L., M. M."* albo *„Odwołującym"* oraz wyborze oferty Hydrowodkan Sp. z o.o., ul. Zodiakowa 15, 61-244 Poznań zwane dalej: *„Hydrowodkan Sp. z o.o."* albo *„Przystępującym"* w cz. 10 i 2, w cz. 9 o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 1 Pzp.

W dniu 04.01.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) *LEMA SPÓŁKA JAWNA M. L., M. M.* wniosło odwołanie na w/w czynność z 30.12.2016 r. oraz 02.01.2017 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 03.01.2017 r. (e-mailem). Zaskarżonym czynnościom zarzucił naruszenie przepisów :
1) art. 7 ust. 1, art. 90 ust. 1 i 2, art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 Pzp - poprzez odrzucenie oferty Wykonawcy, pomimo braku przesłanek do jej odrzucenia (cz. 2, 9, 10) oraz w konsekwencji dokonanie wadliwego wyboru oferty innego Wykonawcy, która nie była najkorzystniejsza (cz. 2 i 10), zaniechanie dokonania wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej i w konsekwencji wadliwe unieważnienie postępowania (cz. nr 9)
2) art. 24 aa ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 91 i 92 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Wykonawcy oraz zaniechanie wyboru oferty Wykonawcy ocenionej jako najkorzystniejszej, pomimo, iż wobec zastosowania trybu przewidzianego w art. 24 aa ust. 1 Pzp, tj. dokonania oceny ofert, ustalenia braku podstaw wykluczenia Wykonawcy, oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Wykonawcę, a także pomimo braku uchylania się przez Wykonawcę od zawarcia umowy, oferta Wykonawcy została odrzucona (cz. 9 i 10). Wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1) ponownej oceny oferty;
2) uznania, iż oferta Wykonawcy nie podlega odrzuceniu;
3) ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej; - w zakresie cz. 2, 9 i 10 zamówienia.
4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Wykonawcy zwrotu kosztów postępowania, w tym wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu przez Izbą;

Zamówieniem numer EUM.3520/PN-4/2016 Zamawiający, ogłosił postępowanie w sprawie „Wykonywanie bieżącej konserwacji, eksploatacji i utrzymania urządzeń melioracji podstawowych" prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, podzielonego na 11 części, m.in. obejmujące części:
a) Część nr 2 - Zbiornik wodny Murowaniec - obiekt numer 901/2
b) Część nr 9 - Budowle piętrzące na terenie Inspektoratu Kalisz-Obiekt numer 901/9
c) Część nr 10 - Budowle piętrzące na terenie Inspektoratu Kępno - Obiekt numer 901/10.

Przedmiot zamówienia stanowią usługi w rozumieniu odnośnych przepisów. Wartość zamówienia nie przekracza progu unijnego określonego odrębnymi przepisami. Wykonawca przystąpił do postępowania, terminowo (w dniu 14.12.2016 r.) złożył spełniającą wymagania formalne ofertę co do cz. 1,2, 9,10,11 oraz uiścił wymagane wadium. Zamawiający dopuścił w warunkach przetargu komunikację przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. W punkcie 5.7 SIWZ, Zamawiający wskazał, iż zastosuje tryb oceny ofert przewidziany w art. 24 aa ust.1 Pzp (okoliczności bezsporne). W dniu 14.12.2016 r., Zamawiający dokonał otwarcia ofert. W dniu 15.12.2016 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej w ofercie ceny. W dniu 16.12.2016 r. Wykonawca złożył wymagane wyjaśnienia (e - mailem oraz pocztą tradycyjną listem poleconym). W dniu 20.12.2016 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę, jako Wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą (na co wskazuje treść wezwania i odwołanie do pkt 5.8 SIWZ oraz art. 26 ust. 2 Pzp), do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, spełnienia wymagań Zamawiającego przez oferowane usługi, brak podstaw do wykluczenia. Oznacza to, iż Zamawiający, zgodnie z art. 24 aa Pzp, dokonał oceny ofert i wyboru oferty Wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej. W konsekwencji, w przypadku wykonania wezwania, Zamawiający - wobec braku przesłanek określonych w art. 24 aa ust. 2 Pzp, powinien wybrać ofertę Wykonawcy oraz zawrzeć z Wykonawca umowę. Wykonawca udzielił odpowiedzi na wezwanie, przedkładając je osobiście w siedzibie Zamawiającego. Skuteczne wykonanie wezwania, potwierdza fakt braku wykluczenia Wykonawcy.

W dniu 30.12.2016 r. Zamawiający poinformował Wykonawcę o wyborze najkorzystniejszej oferty na cz nr 10. Z informacji tej wynika, iż Zamawiający odrzucił ofertę

Wykonawcy, oraz dokonał wyboru innej oferty jako najkorzystniejszej. Jako przyczynę odrzucenia oferty Wykonawcy, Zamawiający wskazał, iż: *„zaproponowana przez Wykonawcę cena brutto roboczogodziny nie gwarantuje osiągnięcia ustawowego minimalnego wynagrodzenia zatrudnionych pracowników wynikającego z ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (...) oraz rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 9 września 2016 r. w sprawie minimalnego wynagrodzenia za prace w 2017 r. (...)”.* W dniu 02.01.2017 r. Zamawiający poinformował Wykonawcę o wyborze najkorzystniejszej oferty na cz. nr 2. Z informacji tej wynika, iż Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy, oraz dokonał wyboru innej oferty jako najkorzystniejszej. Jako przyczynę odrzucenia oferty Wykonawcy, Zamawiający wskazał, iż: *„zaproponowana przez Wykonawcę cena brutto roboczogodziny nie gwarantuje osiągnięcia ustawowego minimalnego wynagrodzenia zatrudnionych pracowników wynikającego z ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (...) oraz rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 9 września 2016 r. w sprawie minimalnego wynagrodzenia za prace w 2017 r. (...)”.* Ponadto, w dniu 02.01.2017 r. Zamawiający poinformował Wykonawcę o unieważnieniu postępowania na cz. nr 9 oraz odrzuceniu oferty Wykonawcy. Jako przyczynę odrzucenia oferty Wykonawcy, Zamawiający wskazał, iż: *„zaproponowana przez Wykonawcę cena brutto roboczogodziny nie gwarantuje osiągnięcia ustawowego minimalnego wynagrodzenia zatrudnionych pracowników wynikającego z ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (...) oraz rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 9 września 2016 r. w sprawie minimalnego wynagrodzenia za prace w 2017 r. (...)”.* W ocenie Wykonawcy, Zamawiający naruszył:
1) art. 7 ust. 1, art. 90 ust. 1 i 2, art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 Pzp - poprzez odrzucenie oferty Wykonawcy, pomimo braku przesłanek do jej odrzucenia (cz. 2, 9, 10) oraz w konsekwencji dokonanie wadliwego wyboru oferty innego Wykonawcy, która nie była najkorzystniejsza (cz. 2 i 10), zaniechanie dokonania wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej i wadliwe unieważnienie postępowania (cz. nr 9). Podkreślił, iż zasadniczo zarzut odwołania w tym zakresie dotyczy niezasadnego odrzucenia oferty Wykonawcy. Wskazana przez Zamawiającego przyczyna, tj. iż: *„zaproponowana przez Wykonawcę cena brutto roboczogodziny nie gwarantuje osiągnięcia ustawowego minimalnego wynagrodzenia zatrudnionych pracowników wynikającego z ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (...) oraz rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 9 września 2016 r. w sprawie minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2017 r: (...)”* nie stanowi uzasadnionej przyczyny odrzucenia oferty. Problemem tym zajmowała się już KIO w postępowaniu sygn. akt: KIO 1624/16, zakończonym wyrokiem KIO z 15.09.2016 r. Podobnie jak w sprawie zakończonej wydaniem w/w wyroku KIO, tak w sprawie niniejszej, okoliczności przedstawione przez Zamawiającego w uzasadnieniu

faktycznym odrzucenia oferty nie uprawniają do tezy, że oferta Wykonawcy podlegała odrzuceniu. Jedynym argumentem przedstawionym przez Zamawiającego, jest przedstawienie przez Wykonawcę kalkulacji ceny z uwzględnieniem - płacy minimalnej obowiązującej w 2016 r., tj. nie przedstawienie kalkulacji w ofercie, uwzględniającej stawki przewidziane na rok 2017. Należy bowiem zwrócić uwagę, iż w momencie składania oferty, obowiązywała stawka minimalna wynagrodzenia uwzględniona przez Wykonawcę, a wysokość płacy minimalnej na rok przyszły, czego nie sposób wykluczyć, wobec możliwości dokonania nawet tuż przed początkiem roku zmian stanu prawnego, albo też zmian w jego trakcie, nie mogła stanowić uzasadnionej podstawy ustalania kosztorysu.
2) art. 24 aa ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 91 i 92 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Wykonawcy oraz zaniechanie wyboru-oferty Wykonawcy ocenionej jako najkorzystniejszej, pomimo, iż wobec zastosowania trybu przewidzianego w art. 24 aa ust. 1 Pzp, tj. dokonania oceny ofert, ustalenia braku podstaw wykluczenia Wykonawcy, oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Wykonawcę, a także pomimo braku uchylania się przez Wykonawcę od zawarcia umowy, oferta Wykonawcy została odrzucona (cz. 9 i 10 zamówienia). Podkreślił, iż zastosowanie trybu szczególnego, przewidzianego w art. 24 aa Pzp, uniemożliwiało odrzucenie oferty po dokonaniu jej oceny jako najkorzystniejszej. Dopiero bowiem w przypadku nieuczynienia przez Wykonawcę zadość wezwaniu do przedstawienia informacji i dokumentów (art. 26 ust. 2 Pzp), Zamawiający byłby uprawniony do wykluczenia Wykonawcy. Skoro bowiem oferta Wykonawcy nie podlegała odrzuceniu na etapie oceny, to w wypadku wykonania wezwania, konsekwentnie, zgodnie z art. 24 aa ust. 2 Pzp a contrario,

Zamawiający powinien prowadzić postępowanie w dalszym ciągu i dokonać ostatecznego wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej i nie podlegającej wykluczeniu, a w ostateczności zawrzeć z Wykonawcą umowę. Wykonawca posiada interes prawny w złożeniu odwołania ponieważ w przypadku nie odrzucenia jego oferty, oferta Odwołującego się Wykonawcy zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Potwierdza to fakt uznania jego oferty za najkorzystniejszą w trybie art. 24 aa Pzp.

Zamawiający w dniu 04.01.2017 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 05.01.2017 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) przez Hydrowodkan Sp. z o.o. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 13.01.2017 r.(faxem i e-mailem), a 16.01.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie w całości odwołania. Kopia nie została przekazana Odwołującemu ani Przystępującemu z uwagi na ich nieobecność na posiedzeniu i rozprawie. Jak wskazuje Wykonawca *„zasadniczo zarzut odwołania w tym zakresie dotyczy niezasadnego odrzucenia oferty wykonawcy".* Niezasadność ta ma wynikać z przyczyny podanej przez Zamawiającego w uzasadnieniu informacji o odrzuceniu oferty tj., że: *„zaproponowana przez Wykonawcę cena brutto roboczo godziny nie gwarantuje osiągnięcia ustawowego minimalnego wynagrodzenia zatrudnionych pracowników wynikającego z ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 9 września 2016 r. w sprawie minimalnego wynagrodzenia za prace w 2017 r. (...)"* Tezę o niezasadności Wykonawca wspiera przywołaniem wyroku KIO z 15.09.2016 r. w postępowaniu sygn. akt: KIO 1624/16. Na jego podstawie wywodzi, że mógł pominąć w kalkulacji ceny stawkę minimalną przewidzianą na rok 2017. Stanowisko Wykonawcy nie znajduje oparcia w treści uzasadnienia przywołanego przez niego wyroku KIO. W okolicznościach sprawy sygn. akt: KIO 1624/16 wykonawca sporządzając ofertę oraz składając wyjaśnienia nie znał wysokości przyszłej płacy minimalnej. Wartości tej nie znał również Zamawiający podczas rozprawy. Tymczasem w niniejszej sprawie zarówno Zamawiający jak i Wykonawca taką wiedzę posiadali albo (w odniesieniu do Wykonawcy) mogli i powinni posiadać. Odwołujący w niniejszej sprawie przywołując wyrok w sprawie sygn. akt: KIO 1624/16 KIO zupełnie pominął, że wyrok został wydany w dniu 15.09.2016 r. Tymczasem ustawa z dnia 22 lipca 2016 r. o zmianie ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz niektórych innych ustaw została opublikowana w Dzienniku Ustaw - dnia 17 sierpnia 2016 r., a akty wykonawcze w postaci Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 9 września 2016 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2017 r. (Dz. U. z 2016 poz. 1456) - 13 września 2016 r. oraz Obwieszczenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 21 września 2016 r. w sprawie wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2017 r. (M.P. nr 934) - 27 września 2016 r. Zasadnie zatem skład orzekający KIO w przywołanej sprawie uznał, że *„nie sposób wymagać od wykonawcy, aby przedstawił sposób kalkulacji ceny z uwzględnieniem nieznanej wysokości płacy minimalnej".* Natomiast zupełnie niezasadnie powyższą konstatację odniósł do siebie odwołujący się w niniejszej sprawie. W jego bowiem przypadku stawki minimalne na rok 2017, kiedy nastąpić ma realizacja zamówienia, były znane gdy przystępował do kalkulacji, a znowelizowany w myśl art. 4 ustawy o zmianie ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz niektórych innych ustaw, art. 90 ust. 1 Pzp - wszedł w życie 1 września 2016 r., zaś przepis wprowadzający minimalną stawkę godzinową w 2017 r. na mocy art. 7 w/w ustawy wszedł w życie - 17 sierpnia 2016 r. A zatem

w okolicznościach niniejszej sprawy koszty (osobowe) związane z wykonaniem zamówienia były w dniu składania ofert (a nawet daleko wcześniej) nie tylko możliwe do przewidzenia, ale wręcz konieczne do oszacowania tak, aby Wykonawca prawidłowo wypełnił dyspozycję

art.90 ust. 1 Pzp. W świetle powyższego zupełnie nietrafione są argumenty Wykonawcy, że w momencie składania oferty obowiązywała stawka minimalna wynagrodzenia uwzględniona przez Wykonawcę, jak również, że nie można było wykluczyć, nawet tuż przed początkiem roku zmian stanu prawnego. Powyższe argumenty nie mogą się ostać wobec przywołanych wyżej przepisów nakładających na wykonawców obowiązek kalkulowania cen z uwzględnieniem w kosztach pracy stawek na 2017 r. Zamawiający podnosi przy tym, że Wykonawca nie podjął skutecznej próby wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, mimo pominięcia przez niego w/w zasad kalkulacji ceny (art.90 ust. 2 Pzp)

Celem przyświecającym regulacji art.24aa Pzp jest maksymalne przyspieszenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Mając powyższe na względzie Zamawiający, przewidział w specyfikacji istotnych warunków zamówienia możliwość skorzystania z procedury odwróconej tj. dokonania oceny ofert a następnie zbadania czy wykonawca, którego oferta została oceniona (ale nie wybrana) jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu. W okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający wezwał odwołującego się Wykonawcę do złożenia dokumentów w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia w odniesieniu do części nr 9, 10 oraz 11, która nie jest przedmiotem odwołania i w odniesieniu do której Zamawiający udzielił Wykonawcy zamówienia. Wykonawca z okoliczności wezwania wywodzi na podstawie wnioskowania a contrario z art. 24aa ust.2 Pzp, że Zamawiający zobligowany był niejako z automatu dokonać wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej. Tymczasem, co jest zgodne ze stanowiskiem UZP /vide: https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacia-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacii-ustawy-prawo-zamowien-publicznych/kwalifikacja-podmiotowa-wykonawcow /, należy rozróżnić proces dokonywania faktycznej oceny ofert przez zamawiającego od formalnej czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jaką jest wybór najkorzystniejszej oferty, o której zamawiający informuje pozostałych wykonawców, stosownie do art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp. Okoliczność, że Zamawiający znalazł się w posiadaniu dokumentów kwalifikacji podmiotowej Wykonawcy nie determinuje, że tym samym był zobligowany do wyboru jego oferty w sytuacji wystąpienia bezwzględnej przesłanki do jej odrzucenia (vide: Zamawiający odrzuca ... - art.89 ust. 1 pkt. 4 i art. 90 ust.3 Pzp). Katalog przesłanek odrzucenia oferty jest zamknięty co oznacza między innymi, że w przypadku zaistnienia którejkolwiek z okoliczności z art. 89 ust. 1 Pzp zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia danej oferty. W przeciwnym bowiem razie dopuści się naruszenia zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp, co może zostać zakwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji. W tej sytuacji

Zamawiający w okolicznościach niniejszej sprawy w sposób zasadny odrzucił ofertę Wykonawcy jako, że był do tego zobligowany i nie dokonał jej ostatecznego wyboru jako najkorzystniejszej.

W dniu 16.01.2017 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) Hydrowodkan Sp. z o.o. wniosło pismo Przystępującego wnosząc o oddalenie odwołania. Kopia pisma została przekazana Zamawiającemu.

[zarzut zaniechania wyboru oferty Odwołującego ocenionej jako najkorzystniejszej] Niniejsze postępowanie toczy się w trybie procedury odwróconej, unormowanej w art. 24aa Pzp. Procedura ta pozwala Zamawiającemu na ocenę w pierwszej kolejności ofert wykonawców, a dopiero po sklasyfikowaniu tych ofert, weryfikacji, czy wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, nie podlega wykluczeniu. Odwołujący został wezwany, w trybie art. 26 ust. 2 Pzp, do uzupełnienia określonych oświadczeń i dokumentów, co potwierdzało, że oferta tego wykonawcy została najwyżej oceniona. Jednakże należy odróżnić ocenę oferty od wyboru oferty najkorzystniejszej. Czynność oceny oferty jest bowiem elementem szerszego procesu stanowiącego wybieranie oferty. Wybór oferty jest zaś zakończeniem tego procesu. W procedurze odwróconej, dokonanie oceny danej oferty jako najkorzystniejszej nie oznacza jeszcze, że wykonawca ten uzyska zamówienie. Umowę o udzielenie zamówienia zawiera się bowiem z wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a jednocześnie wybór ten nie został zaskarżony (a więc jest - niejako - *„prawomocny").* Sam fakt oceny oferty wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej nie niesie jeszcze za sobą żadnych konsekwencji prawnych, a w szczególności nie wiąże w żaden sposób Zamawiającego. W szczególności nie do przyjęcia jest stawiana przez Odwołującego teza, jakoby po dokonaniu oceny oferty jako

najkorzystniejszej i wezwaniu wykonawcy do uzupełniania dokumentów, odrzucenie jego oferty lub wykluczenie go z postępowania mogło nastąpić wyłącznie w wypadku wskazanym w art. 24aa ust. 2 Pzp, tj. uchylania się od zawarcia umowy, czy też braku wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zamawiający może wszak uzyskać informacje o podstawie odrzucenia oferty/ wykluczenia wykonawcy dopiero z dokumentów dostarczanych przez wykonawcę w trybie art. 26 ust. 2 Pzp. Na podstawie oświadczeń zawartych w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia (lub ekwiwalentnym oświadczeniu w zamówieniach podprogowych), Zamawiający może nie mieć bowiem podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy, a podstawy te mogą ujawnić się dopiero po weryfikacji dokumentów i ujawnieniu, że oświadczenia wykonawcy nie odpowiadają prawdzie. Oczywistym jest więc, że uprawnienie Zamawiającego do odrzucenia oferty czy wykluczenia wykonawcy nie wygasa wraz z wezwaniem podmiotu, którego oferta została

najwyżej oceniona do uzupełnienia dokumentów. Wynika to przede wszystkim z faktu, że możliwość realnej weryfikacji spełniania przez wykonawcę wymogów SIWZ przed złożeniem wszystkich dokumentów jest mocno ograniczona. Po drugie jednak, wynika to także z wykładni systemowej. W orzecznictwie i doktrynie ugruntowana jest wykładnia, że Zamawiający może w każdym momencie, aż do zakończenia postępowania, unieważnić swoją czynność dokonaną niezgodnie z ustawą, a następnie czynność tą powtórzyć lub zmienić. Potwierdza to przykładowo wyrok KIO z 21.11.2013 r., sygn. akt: KIO 2591/13, zgodnie z którym *przyznanie zamawiającemu prawa do korzystania z uprawnienia wynikającego z art. 93 ustawy w odniesieniu jedynie do poszczególnych czynności zamawiającego w tym postępowaniu, pozostaje zgodne z celem tego postępowania tj. zawarciem zamówienia publicznego. Zgodnie bowiem z art. 1 ustawy ustawa określa zasady i tryb udzielania zamówień publicznych i całe postępowanie ma zgodnie z art. 2 ust 7a ustawy prowadzić do zawarcia zamówienia publicznego, a nadto z mocy art. 146 ustawy umowa ta ma być ważna. Jedną zaś z przesłanek nieważności zamówienia publicznego jest dokonanie przez zamawiającego czynności lub zaniechanie dokonania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Stosując zatem rozumowanie reductio ad absurdum w ocenie Izby za absurdalne należałoby uznać stanowisko odwołującego odmawiające zastosowania przy wykładni art. 93 ust 1 ustawy rozumowania a maiori ad minus w celu utrzymania w mocy czynności zamawiającego dokonanej niezgodnie z ustawą (...) Izba wskazuje także na treść art. 7 ust. 3 ustawy, który stanowią* że *zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, a contrario nie można udzielić zamówienia wykonawcy, który został wybrany niezgodnie z przepisami ustawy.* Oczywistym jest, że Zamawiający może dokonywać innych czynności niż wynikające z ustawy, gdy zmierzają one do osiągnięcia celu Pzp. Celem tym jest zawarcie umowy na realizację zamówienia publicznego z wykonawcą, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą zgodnie z przepisami ustawy (tj. nie podlega odrzuceniu, a wykonawca - wykluczeniu). Ustawa ma bowiem służyć zawieraniu umów, a nie karaniu obu stron umowy za błąd zamawiającego podczas procedury postępowania o udzielenie zamówienia. Skoro więc Zamawiający może unieważnić swoją czynność na każdym etapie postępowania (w tym w szczególności może unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej), to tym bardziej może zmienić swoją pierwotnie dokonaną ocenę ofert w trybie art. 24aa ust. 1 Pzp (rozumowanie a maiori ad minus). Przyjęcie rozumowania Odwołującego prowadziłoby bowiem do sytuacji, w której w każdym wypadku Zamawiający (w braku przesłanek z art. 24aa ust. 2 Pzp) musiałby dokonać wyboru (jako oferty najkorzystniejszej) oferty wykonawcy, którego oferta została pierwotnie oceniona jako najkorzystniejsza w trybie art. 24aa ust. 1 Pzp. Powyższe mogłoby prowadzić do zawierania umów nieważnych, lub podlegających unieważnieniu,

a w konsekwencji - sprzeciwiałoby się celowi Pzp. Jak wynika z powyższego, ten argument Odwołującego nie może się ostać i zarzuty odwołania w tym zakresie powinny zostać oddalone.

[rażąco niska cena]- [rozważania ogólne dotyczące rażąco niskiej ceny]

W niniejszym postępowaniu Zamawiający skorzystał z instytucji wyjaśnienia

elementów oferty mających wpływ na cenę (art. 90 ust. 1 Pzp). Skorzystanie z tej procedury nakazuje Zamawiającemu dokonanie rzeczywistej oceny złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, nie może on więc zadowolić się samym faktem ich złożenia. W niniejszym postępowaniu, ocena wyjaśnień złożonych przez Odwołującego była prawidłowa. Wskazał, że zastosowanie procedury z art. 90 ust. 1 Pzp, tworzy domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej, a zatem dowód na twierdzenie przeciwne spoczywa na wykonawcy. Stwierdzenie to wynika nie tylko z dotychczasowego orzecznictwa KIO i sądów okręgowych (tak np. wyrok KIO z dnia 12.10.2009 r., (KIO/UZP 1415/09), por. także wyrok KIO z dnia 09.05.2013 r., (KIO 934/13), w którym wskazano, że *Przepisy art. 90 ust. 1-3 p.z.p. stwarzają domniemanie ceny rażąco niskiej - jeżeli wykonawca pytany o wyjaśniania w tej kwestii nie złoży wyjaśnień bądź wyjaśnienia te nie są wystarczające, jego oferta podlega odrzuceniu.* Zatem powstanie tego domniemania skutkuje tym, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp jeżeli chce je obalić musi wykazać, iż zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. W tym też celu wykonawca musi złożyć takie wyjaśnienia, które jednoznacznie wykażą, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę oraz załączyć potwierdzające to dowody. Stąd też w orzecznictwie utrwalił się już jednolity w tym zakresie pogląd, że owe wyjaśnienia muszą być konkretne, odpowiednio umotywowane i odnoszące się do danego zamówienia. Pogląd taki nie tylko, że jest cały czas aktualny, ale wręcz został istotnie wzmocniony nowym brzmieniem art. 90 ust. 2 Pzp. Przykładowo wskazał na następujące orzeczenia: wyrok KIO z dnia 12.10.2009 r. (KIO/UZP 1415/09) *stwierdzający „wystąpienie do wykonawcy w trybie art, 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych o wyjaśnienie elementów mających wpływ na wysokość ceny stanowi domniemanie,* że *zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej, a zatem dowód na twierdzenie przeciwne spoczywa na wykonawcy, który w złożonych wyjaśnieniach winien wykazać,* że *możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną przez siebie cenę",* wyrok KIO z dnia 17.03.2009 r. KIO (KIO/UZP 262/09), wskazujący, że: *„Skład orzekający Izby podziela stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie, zawarte w przywołanym przez odwołującego, wyroku z dnia 05.01.2007 r. sygn. V Ca 2214/06, tj.* że *dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących,* że *zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał,* że

zdawkowe, ogólne i uniwersalnej wręcz natury wyjaśnienia odwołującego potwierdzają, że *oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co obligowało zamawiającego do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp. Należy bowiem uznać,* że *wszczęcie przez zamawiającego procedury wyjaśniającej (niezakwestionowane w terminie przez odwołującego) ustanawia domniemanie prawne zaoferowania przez wzywanego wykonawcę ceny rażąco niskiej. Wykonawca przez swoje wyjaśnienia domniemania tego nie obalił.".* Zauważył, że utrwaliło się również w orzecznictwie stanowisko, że domniemanie rażąco niskiej ceny powoduje dla wykonawcy taki skutek, iż musi on je obalić w wyjaśnieniach składanych zamawiającemu w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, tj. w ramach procedury oceny ofert. Jakiekolwiek później przedłożone dowody nie powinny mieć znaczenia dla obowiązku odrzucenia oferty wykonawcy. W konsekwencji w razie złożenia odwołania na odrzucenie oferty wykonawcy jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, ocenie podlegać powinno to, czy zamawiający dysponując takimi, a nie innymi wyjaśnieniami i potwierdzającymi je dowodami prawidłowo je ocenił i wybrał ofertę danego wykonawcy.

[ocena Wyjaśnień Odwołującego]

Odwołujący odpowiedział na wezwanie Zamawiającego pismem z 16.12.2016 r. (dalej jako: „Wyjaśnienia"). W odpowiedzi tej zawarł jedynie ogólne twierdzenia, że przyjęte składniki cenotwórcze są prawidłowe, a posiadane doświadczenie potwierdza możliwość zrealizowania zamówienia za zaoferowaną kwotę. Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się tam jednak merytorycznie do zapytania Zamawiającego. Zamawiający w wezwaniu z 15.12.2016 r. wskazał bowiem konkretnie, że oczekuje wyjaśnień w zakresie przyjętej stawki roboczogodziny, kosztów ogólnych i zysku. Odwołujący nie odniósł się w swojej odpowiedzi w żaden sposób do tych składników cenotwórczych. Wyjaśnienia Odwołującego charakteryzuje tak daleko posunięty stopień ogólności, że mogłyby to być odwołania złożone w każdym postępowaniu dla każdej branży. W żaden sposób nie odnoszą się one bowiem do

charakterystyki postępowania, ani do szczególnych atutów Odwołującego. Co więcej, wykonawca ten nie przedstawił też żadnych dowodów na to, że oferowana przez niego cena została skalkulowana w sposób prawidłowy. Skoro zaś art. 90 ust. 2 Pzp stanowi, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, to oczywistym jest, że nie jest wystarczające przedstawienie twierdzeń wykonawcy, lecz że na okoliczność tych twierdzeń należy przedstawić odpowiednie dowody. Odwołujący powyższego zaniechał. Wyjaśnienia nie udowadniają, ani nawet nie uprawdopodabniają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W konsekwencji, na podstawie tych Wyjaśnień, oferta Odwołującego powinna zostać - i słusznie została - odrzucona. Skoro bowiem Wyjaśnienia nie obaliły domniemania rażąco niskiej ceny, to odrzucenie oferty Odwołującego było obowiązkiem Zamawiającego. Podkreślił, że sam brak

wyjaśnień lub ich niewystarczająca jakość (np. zbytnia ogólnikowość) jak i brak dowodów stanowi podstawę do uznania, iż spełniona została przesłanka do odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp jak i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. KIO trafnie wskazało, że: *„Sam brak wyjaśnień lub niewystarczające uzasadnienie wysokości ceny wpisują się również w treść hipotezy normy prawnej art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p."* (tak wyrok KIO z 03.04.2013 r., KIO 664/13).

W dniu 16.01.2017 r. (e-mailem) Odwołujący poinformował, że nie będzie reprezentowany, jednocześnie przekazując dodatkowe stanowisko. Podnoszę, iż:
1) obowiązkiem Wykonawcy jest stosowanie się do przepisów obowiązujących, stąd stawka minimalnego wynagrodzenia o pracę, o której mowa w art. 90 Pzp, musi być stosowana przez Wykonawcę w treści oferty z uwzględnieniem stawki obowiązującej w dacie składania oferty;
2) oferta uwzględnia również pracę własną wspólników Wykonawcy (osobiste wykonywanie czynności pracowniczych przez Wspólników Spółki, którą jest Wykonawca), z czym wiąże się brak konieczności zapewnienia im wynagrodzenia w rozumieniu przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę i możliwość świadczenia pracy za wynagrodzeniem niższym, niż uzyskane, gdyby wiązał ich stosunek pracy lub umowa cywilnoprawna;
3) w związku z powyższym, ekonomiczna opłacalność działania jest pojęciem względnym, a ryzyko ekonomiczne obciąża przedsiębiorcę, który wykonywać musi swoje obowiązki niezależnie od zmian przepisów obowiązujących w momencie składania oferty;
4) podnosił również, iż w minionych latach, ten sam Zamawiający, pomimo analogicznych zmian w wysokości stawek wynagrodzenia minimalnego, uwzględniał jako prawidłowe oferty Wykonawcy - złożone z zastosowaniem właśnie stawek minimalnego wynagrodzenia obowiązujących w dacie składania oferty. Zmiana stanowiska Zamawiającego w tym zakresie jest więc niezrozumiała. Uzupełnienie niniejszego stanowiska z 17.01.2017 r. (e-mailem) dotarło do składu orzekającego Izby dopiero po zamknięciu rozprawy.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron (obecny jedynie Zamawiający) złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp. Odwołujący, którego

oferta została odrzucona w cz. 2, 9 i 10, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, zostanie przywrócony do postępowania i ma szanse na uzyskanie zamówienia w cz. 2, 9 i 10.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowień SIWZ, formularza ofertowego, projektu umowy, oferty Odwołującego w tym kosztorysów ofertowych dla cz. 2, 9 i 10, informacji z otwarcia ofert z 14.12.2016 r., zbiorczych zestawień ofert dla poszczególnych części – także cz. 2, 9 i 10,

wezwania w trybie art. 90 ust. 1a Pzp z 15.12.2016 r. do Odwołującego, wyjaśnień Odwołującego z 16.12.2016 r., wezwania w trybie art. 26 ust. 2 Pzp z 20.12.2016 r. do Odwołującego, stosownej odpowiedzi Odwołującego z 22.12.2016 r., zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego dla cz. 10 z 30.12.2016 r., oraz dla cz. 2 z 02.01.2017 r., jak i zawiadomienia o unieważnieniu postępowania i odrzuceniu oferty Odwołującego dla cz. 9 z 02.01.2017 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, odpowiedź na odwołanie, przystąpienie, pismo Przystępującego, stanowisko Odwołującego przekazane drogą elektroniczną 16.01.2017 r. (uzupełniające stanowisko z 17.01.2017 r. dotarło do składu orzekającego Izby dopiero po zamknięciu rozprawy) stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanych na posiedzeniu i rozprawie zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzutu naruszenia przez Zamawiającego:
1) art. 7 ust. 1, art. 90 ust. 1 i 2, art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 Pzp - poprzez odrzucenie oferty Wykonawcy, pomimo braku przesłanek do jej odrzucenia (cz. 2, 9, 10) oraz w konsekwencji dokonanie wadliwego wyboru oferty innego Wykonawcy, która nie była najkorzystniejsza (cz. 2 i 10), zaniechanie dokonania wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej i w konsekwencji wadliwe unieważnienie postępowania (cz. nr 9)
2) art. 24 aa ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 91 i 92 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Wykonawcy oraz zaniechanie wyboru oferty Wykonawcy ocenionej jako najkorzystniejszej, pomimo, iż

wobec zastosowania trybu przewidzianego w art. 24 aa ust. 1 Pzp, tj. dokonania oceny ofert, ustalenia braku podstaw wykluczenia Wykonawcy, oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Wykonawcę, a także pomimo braku uchylania się przez Wykonawcę od zawarcia umowy, oferta Wykonawcy została odrzucona (cz. 9 i 10).

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:
W tym zakresie, Izba przywołuje treść postanowień SIWZ, projektu umowy, oferty Odwołującego, w tym kosztorysów ofertowych dla cz. 2, 9 i 10. Nadto, wskazuje na wezwania przywołane w odwołaniu - wezwanie w trybie art. 90 ust. 1a Pzp z 15.12.2016 r. do Odwołującego oraz wezwanie w trybie art. 26 ust. 2 Pzp z 20.12.2016 r. do Odwołującego. Należy także przywołać, udzielone wyjaśnienia przez Odwołującego z 16.12.2016 r., jak i skuteczną odpowiedź Odwołującego z 22.12.2016 r. na wezwanie w trybie art. 26 ust. 2 Pzp. Odnosząc się do poszczególnych zagadnień w ramach rozpatrywania poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Izba oddaliła zarzut pierwszy.

W tym zakresie należy podzielić stanowisko wyrażone przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Odwołujący, tak w odwołaniu, jak również w stanowisku przekazanym drogą elektroniczną 16.01.2017 r. z uwagi na jego nieobecność na rozprawie, nie dostrzegł nowelizacji przepisów Pzp, a ściślej art. 90 ust.1 Pzp, jak i art. 142 ust.5 pkt 2 Pzp, która weszła w życie – 01.09.2016 r. Ze wskazanym dniem bowiem, na podstawie art. 4 ustawy z dnia 22 lipca 2016 r. o zmianie ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1265) zmianie uległ art. 90 w ust. 1 pkt 1 i art. 142 w ust. 5 pkt 2 Pzp. Art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp otrzymał następujące brzmienie:
"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);", a art. 142 w ust. 5 pkt 2 Pzp otrzymał następujące brzmienie:

"2) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,". Dodano więc we wskazanych przepisach fragment dotyczący – „albo *minimalnej stawki godzinowej".* Nadto, Odwołujący abstrahował również, że z dniem 17.08.2016 r. (data publikacji - ustawy z dnia 22 lipca 2016 r.) – wszedł w życie przepis wprowadzający minimalną stawkę godzinową (art. 1 pkt 1 lit. a oraz art. 7 w/w ustawy - zgodnie z art. 15 tejże ustawy). Dodatkowo, Izba zwraca uwagę Odwołującemu, że akty wykonawcze do przywołanej na wstępie ustawy z dnia 22 lipca 2016 r. , tj. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 9 września 2016 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2017 r. (Dz. U. z 2016 poz. 1456) opublikowano – 13.09.2016 r. oraz Obwieszczenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 21 września 2016 r. w sprawie wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2017 r. (M.P. nr 934) – 27.09.2016 r.

Powyższe okoliczności i wskazane daty są istotne zważywszy na to, iż termin składnia i otwarcia ofert przypadał w niniejszym postępowaniu na 14.12.2016 r., oferta Odwołującego nosiła datę 13.12.2016 r., zaś postępowanie przetargowe zostało ogłoszone 06.12.2016 r. Z kolei zamówienie będzie realizowane do 31.12.2017 r., a w ofercie złożono - kosztorysy ofertowe dla cz. 2 (str. 12-13 oferty), 9 (str. 15-19 oferty) i 10 (str.21 oferty) - dotyczy stawki na miesiące: od I-XII 2017 r. (11,05 zł).

W momencie przygotowania oferty Odwołujący dysponował wszystkimi danymi niezbędnym do ujęcia w swojej wycenie stawki roboczogodziny minimalnej stawki godzinowej na 2017 r. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że z racji składnia oferty w roku 2016, stawka na rok 2017 nie musiała być ujęta. Po pierwsze, Izba wskazuje, że przywołany w odwołaniu orzeczeniu z 15.09.2016 r. o sygn. akt: KIO 1624/16 zapadło w odmiennym stanie faktycznym na co wskazywał Zamawiający, a co potwierdza Izba, gdyż w grudniu 2016 r. w odróżnieniu od okoliczności w ówczesnym stanie faktycznym (orzeczenie z 2016 r. dotyczyło ofert składanych na początku lipca 2016 r., czyli przed opublikowaniem ustawy z dnia 22 lipca 2016 r.) Odwołujący dysponował wszystkimi niezbędnymi danymi co do stawek na 2017 r. /przywołane także powyżej akty wykonawcze/.

Po drugie, z przepisów przywołanej ustawy z dnia 22 lipca 2016 r. oraz aktów wykonawczych wynika jednoznacznie obowiązek kalkulowania cen z uwzględnieniem w kosztach pracy stawek na 2017 r., poczynając od 1 stycznia 2017 r. Przedmiotowe zamówienie, tj. umowa będzie realizowana do 31.12.2017 r. Odwołujący, jak wynika z jego oferty (kosztorysy ofertowe dotyczyły tylko 12 miesięcy 2017 r. – strony oferty przywołane powyżej) nie zakładał możliwości realizacji umowy od XII 2016 r. (umowa miała obowiązywać - od dnia podpisania, wybór dla cz. 10 – 30.12.2016 r., zaś cz. 2 - 02.01.2017 r., unieważnienie – dla cz. 9 – 02.01.2017 r.). Izba wskazuje także Odwołującemu na specjalnie przepisy ustawy z dnia 22 lipca 2016 r. regulujące kwestie umów zawartych w trybie Pzp,

a zawartych przed 01.09.2016 r. – możliwość negocjacji celem zmiany wynagrodzenia, rozwiązania umowy (art. 8 do 10, art. 11 dotyczy umów zawartych w innym trybie niż Pzp). Zgodnie z art. 15 w/w ustawy - tak art. 4 tej ustawy – dotyczący zmiany art. 90 ust.1 Pzp oraz art. 142 ust. 5 pkt 2 Pzp, jak i - art. 8 -11 tej ustawy – dotyczy specjalnej procedury renegocjacji, tj. zmiany wynagrodzenia w umowach zawartych w trybie Pzp – weszły w życie – 01.09.2016 r.

Po trzecie, w przypadku niniejszego zamówienia nie znajdzie zastosowania regulacja art. 142 ust. 5 pkt 2 Pzp (umowa nie będzie zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy), zaś w projekcie umowy nie ma możliwość zmiany umowy (Sekcja IV. 5 ogłoszenia o zamówieniu oraz § 15 projektu umowy) m.in. w przypadku zmiany w przepisach ustawowych i aktach wykonawczych które nastąpiły po dniu zawarcia umowy (jak miało to miejsce w okolicznościach sprawy dotyczącej orzeczenia KIO z 15.09.2016 r. o sygn. akt: KIO 1624/16). Przepisy, zaś ustawy z dnia 22 lipca 2016 r. regulują kwestie umów zawartych w trybie Pzp, a zawartych przed 01.09.2016 r. określając, że taka możliwość jest gwarantowana przez w terminie nie dłuższym niż do dnia 31.12.2016 r. (art. 8 ust. 1 w/w ustawy). Umowa w przedmiotowym postępowaniu mogła zostać zawarta na każdą z trzech

objętych odwołaniem części najwcześniej w styczniu 2017 r.

Odnosząc się do dalszej argumentacji Odwołującego zawartej w stanowisku przekazanym drogą elektroniczną 16.01.2017 r. (z pkt 2- 4).

Odnośnie argumentu z pkt 2 w/w stanowiska, Izba wskazuje, że Odwołujący nie wskazał powyższego ani w swoich wyjaśnieniach, ani też w odwołaniu. Nie przedstawił także żadnego dowodu na potwierdzenie powyższej okoliczności. Przy czym, Izba podkreśla za orzecznictwem, że zgodnie z art. 191 ust. 2 Pzp wydając wyrok bierze pod uwagę "stan rzeczy ustalony w toku postępowania". Zaś sformułowanie "w toku postępowania" odnosi się do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższego nie zmienia przepis art. 190 ust. 1 zd 2 Pzp, zgodnie z którym strony mogą przedstawiać dowody na poparcie swych twierdzeń do zamknięcia rozprawy. Oznacza to jedynie tyle, że wprawdzie dowody strony mogą składać aż do zamknięcia rozprawy, jednakże mogą one dotyczyć tylko takiego stanu rzeczy, który został ustalony w toku postępowania. W tym zakresie podzielono w pełni stanowisko przedstawione w wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z 08.01.2014 r., sygn. akt: X Ga 652/13. Z tych też względów także powyższa okoliczność nie mógł być podstawą ostatecznej weryfikacji oferty Odwołującego przez Izbę, gdyż znajduje się to w gestii Zamawiającego, a nie była ona podnoszona i nie była przedmiotem weryfikacji przez Zamawiającego na etapie oceny wyjaśnień z 16.12.2016 r.

Podobnie argumentacji Przystępującego zawarta w przystąpieniu dotycząca wyjaśnień Odwołującego z 16.12.2016 r. wykracza poza zakres zarzutu zawartego w odwołaniu, a niniejsze okoliczności nie były podnoszone przez Zamawiającego w stosunku

---

do Odwołującego w informacjach o odrzuceniu jego oferty dla cz. 10 - 30.12.2016 r., ani dla cz. 2 i 9 - 02.01.2017 r., w konsekwencji nie będą tezy Przystępującego ze strony 5 jego pisma przesłanego 16.01.2017 r. - rozpatrywane przez Izbę.

Odnośnie argumentu z pkt 3 w/w stanowiska, abstrahuje Odwołujący od wskazanych na wstępie powszechnie obowiązujących przepisów. Zaś w zakresie kwestii z pkt 4 w/w stanowiska, Zamawiający na rozprawie zaprzeczył powyższemu, a skoro Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie (był też nieobecny), Izba uznała powyższe stwierdzenie za gołosłowne.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Izba oddaliła zarzut drugi.

W pierwszej kolejności, tytułem wstępu, Izba wskazuje, że zgodnie z treścią art. 24aa Pzp Zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu. Powyższy przepis stanowi transpozycję do polskiego porządku prawnego art. 56 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE, w świetle którego w procedurach otwartych instytucje zamawiające mogą podjąć decyzję o rozpatrzeniu ofert przed sprawdzeniem, że nie ma podstaw wykluczenia, i przed weryfikacją spełnienia kryteriów kwalifikacji. Procedura ta polega zatem na tym, że Zamawiający w toku czynności oceny ofert nie dokonuje podmiotowej oceny wszystkich wykonawców (ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia), nie badając nawet wszystkich wstępnych oświadczeń wykonawców, składanych w szczególności w formie JEDZ. W pierwszej kolejności dokonuje on oceny ofert pod kątem przesłanek odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 Pzp) oraz kryteriów oceny ofert opisanych w specyfikacji, po czym dopiero wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza (uzyskała najwyższą ilość punktów w rankingu), dokonuje oceny podmiotowej wykonawcy, tj. bada oświadczenie wstępne, a następnie żąda przedłożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 Pzp.

W następnej kolejności stwierdzając, że podzieliła stanowisko Zamawiającego, jak i Przystępującego, że okoliczność zastrzeżenia procedury odwróconej przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w postanowieniach SIWZ (co niewątpliwie miało miejsce i nie stanowiło przedmiotu sporu), wezwania 20.12.2016 r. Odwołującego do przedstawienia dokumentów podmiotowych w trybie art. 26 ust. 2 Pzp i ich przedstawienia Zamawiającemu 22.12.2016 r. - nie skutkuje koniecznością automatycznego wyboru oferty Odwołującego,

która kwalifikującej się do odrzucenia. Błędnie uznał Odwołujący, iż Zamawiający, zgodnie z art. 24 aa Pzp, w konsekwencji wezwania z 20.12.2016 r. - dokonał oceny ofert i wyboru oferty Wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej. Była bowiem ona co najwyżej oceniana jako najkorzystniejsza. Przy czym, nadal celem postępowania jest podpisanie umowy z Wykonawcą, który złożył prawidłową ofertę, która nie kwalifikuje się do odrzucenia. Formalizm, w tym wypadku wynikający z procedury odwróconej (najpierw ocena merytoryczna, a potem kwalifikacja podmiotowa), sam w sobie nie może decydować o automatycznym wyborze oferty Odwołującego, tylko dlatego, że Zamawiający przeszedł z etapu oceny merytorycznej oferty, na etap kwalifikacji podmiotowej, czy też realizuje oba te etapu równolegle oceniając generalnie ofertę Wykonawcy. W ocenie Izby stanowisko Sądu Okręgowego w Gliwicach wyrażonego w wyroku z 23.02.2007 r., sygn. akt X Ga 23/07 jest dalej aktualne: *"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 (…)".* Należy także odróżnić ocenę oferty od wyboru oferty najkorzystniejszej. Ten ostatni jest bowiem wynikiem szerszego procesu stanowiącego wybieranie oferty na który składa się czynność oceny oferty, w tym wypadku Odwołującego. Zamawiający nie tylko może wykluczyć Wykonawcę na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia (art. 24 ust. 12 Pzp), ma bowiem także obowiązek odrzucenia oferty Wykonawcy, w wypadku zaistnienia jakiejkolwiek z przesłanek wynikających z art. 89 ust.1 Pzp. Co z uwagi na zasadność odrzucenia na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp zostało potwierdzone.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 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). Izba nie uwzględniła natomiast wniosku Zamawiającego o zwrot kosztów zastępstwa prawnego według norm przepisanych, gdyż stosownie do § 3 pkt 2) lit. b) wskazanego rozporządzenia - koszty wynagrodzenia pełnomocnika mogą być przez Izbę zasądzone wyłącznie na podstawie przedłożonego do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy rachunku.

Przewodniczący:

……