

WYROK
z dnia 23 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Renata Tubisz

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 22 lipca 2019r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lipca 2019 r. przez odwołującego: Konsorcjum M. K. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą LIRECO ECO M. K. 81-017 Gdynia, ul. Grochowa 10 (Lider) oraz K. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą LIRECO ECO K. K. 81-017 Gdynia, ul. Grochowa 10 (Partner) działający jako spółka cywilna w postępowaniu powodzonym przez zamawiającego: Trzy Fale Sp. z o.o. ul. Eliza Orzeszkowa 1, 76-200 Słupsk

przy udziale przystępującego: Z. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „ANCHEM” Z. W. ul. Kościuszki 3/3, 78-320 Polczyn-Zdrój zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum M. K. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą LIRECO ECO M. K. 81-017 Gdynia, ul. Grochowa 10 (Lider) oraz K. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą LIRECO ECO K. K. 81-017 Gdynia, ul. Grochowa 10 (Partner) działający jako spółka cywilna i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Konsorcjum M. K. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą LIRECO ECO M. K. 81-017 Gdynia, ul. Grochowa 10 (Lider) oraz K. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą LIRECO ECO K. K. 81-017 Gdynia, ul.

Grochowa 10 (Partner) działający jako spółka cywilna tytułem wpisu od odwołania

- 2.2. zasądza od Konsorcjum M. K. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą LIRECO ECO M. K. 81-017 Gdynia, ul. Grochowa 10 (Lider) oraz K. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą LIRECO ECO K. K. 81-017 Gdynia, ul. Grochowa 10 (Partner) działający jako spółka cywilna na rzecz Trzy Fale Sp. z o.o. ul. Eliza Orzeszkowa 1, 76-200 Słupsk kwotę 3815 zł. (słownie: trzy tysiące osiemset piętnaście złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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 Słupsku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwolanie

Niniejsze odwołanie zostało złożone w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Świadczenie usług w zakresie obsługi stacji uzdatniania wody basenowej w Parku Wodnym Trzy Fale Sp. z o. o. w Słupsku”. - nr postępowania 5/3F/2019.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 2019-06-19 pod numerem 563686-N-2019.

Na podstawie art. 180 ust 2 pkt. 6) w związku z art. 182 ust. 1 pkt. 2) i art 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2018, poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą”, odwołujący wniósł odwołanie.

Odwolujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy, przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty przystępującego, pomimo tego, iż wykonawca ten nie wykazał, iż zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.
2. art. 92 ust. 1 ustawy, poprzez niezgodne z prawem dokonanie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego pomimo tego, iż oferta ta winna zostać odrzucona;
3. art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z wyborem jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu.

W ocenie odwołującego powyższe naruszenia ustawy mają istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tym samym zachodzą przesłanki określone w przepisie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Zdaniem odwołującego interes w uzyskaniu zamówienia został bezwzględnie naruszony przez zamawiającego, ponieważ oferta przystępującego, powinna zostać odrzucona w przedmiotowym postępowaniu, na skutek okoliczności wskazanych w treści odwołania, a w konsekwencji jako, że oferta odwołującego była sklasyfikowana na drugiej pozycji pod względem kryteriów określonych w SIWZ, powinna być uznana za ofertę najkorzystniejszą.

W konsekwencji, odwołujący powołuje się na możliwość poniesienia szkody a z tego wywodzi interes we wniesieniu odwołania.

W związku z powyższymi naruszeniami ustawy odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonanie czynności polegającej na odrzuceniu oferty przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę;
- 3) dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Odwolujący wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia odwołania powziął w dniu 04.07.2019 r. poprzez otrzymanie od Zamawiającego zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej. Termin na wniesienie odwołania wniesionego 09.07.2019 r. upływał w dniu 09.07.2019 roku. Wobec powyższego termin na wniesienie niniejszego odwołania, o którym mowa w art. 182 ust 1 pkt. 2) ustawy został dotrzymany.

Zamawiający w dniu 04 lipca 2019 roku rozstrzygnął postępowanie oraz poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego.

Odwolujący następująco uzasadnił podważone zarzuty.

I. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4) ustawy w związku z art. 90 ust 3 ustawy, przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty przystępującego pomimo tego, że wykonawca ten nie wykazał, iż zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską to jest umożliwiającą właściwe wykonanie przedmiotu zamówienia.

W dniu 28 czerwca 2019 roku przystępujący został wezwany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Zgodnie z treścią wezwania, o której mowa powyżej, zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących zaoferowanej przez przystępującego ceny w ofercie.

W ocenie odwołującego złożone wyjaśnienia, w żaden sposób nie potwierdzają, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Ponadto przystępujący nie zastosował się do oczekiwań zamawiającego wyrażonych w piśmie z dnia 28 czerwca 2019 roku i nie przedłożył dowodów dotyczących zaoferowanej ceny.

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

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2017 r. poz. 847 oraz z 2018 r. poz. 650);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Wyjaśnienie, wraz z dowodami, należało dostarczyć do Zamawiającego do dnia 02.07.2019 roku do godziny 14:00. W tym terminie przystępujący przesłał lakoniczne i niepełne wyjaśnienia, w których nie zawarł ani szczegółowych kalkulacji, na podstawie których przygotował ofertę, ani nie załączył dowodów, które mogłyby potwierdzić wykonanie przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę. W wyjaśnieniach z dnia 02.07.2019 roku przedstawił jedynie referencje, które potwierdzają jego doświadczenie w realizacji podobnych usług. Z całą pewnością nie można ich uznać za wystarczające, a w szczególności za dowody, potwierdzające, że oferowana cena została skalkulowana w sposób prawidłowy. Wykonawca w żaden sposób nie wykazał, że istnieją szczególne warunki, które pozwalają na zaoferowanie ceny, która jest znacząco niższa od kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, oraz jest niższa od kwot zaoferowanych przez innych wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego.

W dniu 04 lipca 2019 roku zamawiający poinformował odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej. Zgodnie z tym zawiadomieniem za najkorzystniejszą została uznana oferta przystępującego.

Ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wyznaczyło „zasady” postępowania dla Wykonawców, którzy zostali wezwani do złożenia wyjaśnień, na podstawie art. 90 ust 1 ustawy Pzp. Chociażby w wyroku z dnia 14 kwietnia 2015 r. [KIO 637/15] Izba wskazuje, iż Wykonawca jest zobowiązany nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić czy choćby uprawdopodobnić wysokość kosztów skalkulowanych w cenie oferty. Co wystarczy dla owego „wykazania”, to będzie zależało w szczególności od rodzajów kosztów, dokumentów załączonych do samej oferty czy uwarunkowań rynkowych i innych zindywidualizowanych

okoliczności".

Odwolujący podnosi, że w piśmie z dnia 02.07.2019r. przystępujący nie udowodnił a nawet nie uprawdopodobnił kosztów składających się na cenę oferty. Tym samym jego oferta winna zostać odrzucona z przedmiotowego postępowania, na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4) ustawy. Powyższe potwierdza stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone m. in. w wyroku z dnia 7 lipca 2014 r. (KIO 1287/14), w którym Izba stwierdziła: „W przedmiotowym postępowaniu stwierdzić należy, że wykonawca Konsorcjum w wyjaśnieniach przedstawiło jedynie ogólne stwierdzenia, własne deklaracje (oświadczenia wykonawcy) nie poparte żadnymi dowodami i już choćby z tego powodu nie można ich było uznawać za wystarczające. Zastrzec od razu należy, że do wyjaśnień nie muszą być złożone "materialne" dowody, czy też jakiegokolwiek wyczerpania, ale w przypadku, jeśli wyjaśnienia wykonawcy nie wskazują na indywidualne, dostępne wyłącznie tylko temu wykonawcy uwarunkowania, uzasadniające wysokość zaoferowanej ceny, należy uznać, że wyjaśnienia spełniające wymagania przepisów ustawy, w ogóle nie zostały złożone."

W związku z powyższym odwołujący zważa co następuje.

1. Odrzucenie oferty jako zawierającej rażąco niską cenę poprzedzone być powinno czynnościami zamawiającego w postaci wezwania wykonawcy do wyjaśnienia tych okoliczności, co w przedmiotowym postępowaniu zamawiający dokonał. Na powyższe wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15 grudnia 2017 r. KIO 2507/17 gdzie wskazuje: „Kwestia odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę związana jest w istocie nie z koniecznością udowodnienia tej okoliczności przez zamawiającego, lecz dokonana przez zamawiającego oceną sytuacji - oceną warunkowaną udzielonymi wyjaśnieniami, które zamawiający ocenia zarówno pod kątem ich poprawności, jak i wiarygodności. Udzielane wyjaśnienia mogą mieć dowolną formę, która będzie użyteczna w danej sytuacji i która będzie dla zamawiającego przekonująca. Nie ma też przeszkód, by zamawiający, dla ułatwienia złożenia i oceny wyjaśnień, wskazał wykonawcy formę lub zakres, którą uzna za najbardziej użyteczną lub przekonującą, np. właśnie sporządzenie kosztorysu - jakkolwiek niedochowanie tej formy nie jest przeszkodą formalną do dokonania pozytywnej oceny wyjaśnień."

2. Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy "Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy."

3. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy, na wykonawcy ciąży obowiązek wskazania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i sposobu dokonania jej kalkulacji, a więc udowodnienia, że zaproponowana cena nie jest rażąco niska. W przypadku nie złożenia wyjaśnień lub złożenia wyjaśnień, których ocena wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że cena jest rażąco niska, zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty wykonawcy, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę art. 90 ust. 3 ustawy. Ponadto konsekwencją oceny ceny jako rażąco niskiej jest odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy - Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2018 r. KIO 23/18.

II. Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 ustawy, poprzez niezgodne z prawem dokonanie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego pomimo tego, iż oferta ta winna zostać odrzucona w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający pomimo okoliczności wskazanych powyżej w odwołaniu, dokonał wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej pomimo tego, iż oferta ta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4) ustawy.

III. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z wyborem jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu.

Dalej odwołujący podnosi, że zamawiający przeprowadzając przedmiotowe postępowanie w sposób rażący naruszył podstawową zasadę udzielania zamówień publicznych wynikającą z przepisu art. 7 ustawy zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Brak dogłębnego wyjaśnienia i analizy okoliczności, wskazanych powyżej w treści odwołania wskazują, iż zamawiający w sposób bezpośredni naruszył zasadę uczciwej konkurencji. Odwołujący pomimo wieloletniego doświadczenia w zakresie będącym przedmiotem niniejszego zamówienia, nie mógł w sposób uczciwy konkurować z wykonawcą, którego oferta w niniejszym postępowaniu, a dokładnie oświadczenia i dokumenty w niej złożone, zostały w sposób właściwy i jednoznaczny podważone przez odwołującego. Niemniej jednak to właśnie oferta tego wykonawcy została uznana jako najkorzystniejszą.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący wnosi jak w treści odwołania oraz we wstępie.

Odpowiedź na odwołanie

Zamawiający w dniu 15 lipca 2019 roku udzielił odpowiedzi na odwołanie, w której częściowo uwzględnił zarzuty odwołania.

1. Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania, w części dotyczącej naruszenia:

art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych przez udzielenie zamówienia przystępującemu, który został wybrany niezgodnie z przepisem art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych - poprzez uznanie na podstawie złożonych przez wykonawcę w dniu 2 lipca 2019 roku wyjaśnień, że cena oferty tego Wykonawcy nie jest rażąco niska oraz przez jednocześnie zaniechanie przez zamawiającego do wezwania ww. wykonawcy do dodatkowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

2. Zamawiający wobec uwzględnienia zarzutów w pkt 1 dokona:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez przystępującego jako

najkorzystniejszej;

2) czynności wezwania wykonawcy wybranego/przystępującego do dodatkowych

wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych;

3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz dokona ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

3. na obecnym etapie postępowania odwoławczego, zamawiający wniósł o odroczenie rozprawy wyznaczonej na dzień 22 lipca 2019 roku godz. 13.00, celem zajęcia stanowiska przez odwołującego - w zakresie zarzutu uwzględnionego w części zgodnie z pkt 1 i zobowiązaniu zamawiającego do dokonania powtórzenia czynności zgodnie z pkt 2 oraz celem zajęcia przez odwołującego stanowiska w przedmiocie cofnięcia odwołania w części nieuwzględnionej i w konsekwencji umorzenia postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym - w trybie art. 186 ust. 3 ustawy Prawo zamówień Publicznych;

4. na obecnym etapie postępowania, zamawiający wnosi o odroczenie rozprawy wyznaczonej na dzień 22 lipca 2019 roku godz. 13.00, celem zajęcia stanowiska przez przystępującego po stronie zamawiającego uczestnika postępowania.

Zamawiający po zapoznaniu się z treścią odwołania uznał zarzuty wskazane w pkt 1 petitum odpowiedzi i w konsekwencji dokona potworzenia czynności wskazanych w pkt 2 odpowiedzi. Jednocześnie Zamawiający uznał, że n/w zarzuty naruszenia :

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy, przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty przystępującego, pomimo tego, iż wykonawca ten nie wykazał, iż zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia;

2. art. 92 ust. 1 ustawy, poprzez niezgodne z prawem dokonanie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego, pomimo tego, iż oferta ta winna zostać odrzucona;

- jako przedwczesne są bezzasadne .

Zamawiający uzasadniając bezzasadność ww. zarzutów wskazuje, że przed oceną oferty w aspekcie ww. nieuwzględnionych zarzutów, uprzednio należy dokonać wezwania wykonawcy/przystępującego do dodatkowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w tym w szczególności do wyjaśnienia ceny w zakresie części składowych dotyczących realizacji zamówienia jakie określa opis przedmiotu zamówienia — załącznik nr 7 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dopiero po dodatkowym wezwaniu i analizie wyjaśnień wykonawcy Zamawiający powinien dokonać powtórzenia czynności badania i oceny ofert (w tym zakresie ustalenia przez zamawiającego, czy cena oferty ww. wykonawcy jest rażąco niska) i w dalszej kolejności zamawiający powinien rozstrzygnąć o zasadności odrzucenia

oferty ww. Wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny.

Zamawiający powyższe stanowisko uzasadnia tym, że przystępujący dniu 2 lipca 2019 roku dokonał wyjaśnienia rażąco niskiej ceny odpowiadając tym samym na wezwanie zamawiającego z dnia 28 czerwca 2019 roku. Jednakże Zamawiający wskutek wniesionego przez Konsorcjum odwołania, po ponownym rozpatrzeniu wskazanych wyjaśnień, uznaje, że wyjaśnienia te w istocie nie obalają domniemania rażąco niskiej ceny wynikającego z art. 90 ust. 1 a ustawy PZP. Jednakże podkreślić należy, że wezwanie Zamawiającego z dnia 28 czerwca 2019 roku jest bardzo ogólne i nie zawiera żadnych informacji w jakim zakresie zamawiający ma wątpliwości w zakresie złożonej oferty w aspekcie rażąco niskiej ceny i jakich dokładnie wyjaśnień oczekuje. Pomimo braku szczegółowego wezwania do konkretnych wyjaśnień, wykonawca w złożonych wyjaśnieniach oświadczył, iż cena oferty zawiera w sobie wszystkie czynniki ją kształtujące a wymagane do wykonania w Opisie przedmiotu zamówienia w tym: koszt pracowniczy czy koszty zakupu materiałów chemicznych do uzdatniania wody. Wykonawca jako dowód przedłożył referencje poświadczające wykonanie tożsamyh usług w Parku Wodnym w Koszalinie, co świadczy o tym, iż cena zaproponowana przez Wykonawcę jest ceną rynkową a doświadczenie Wykonawcy świadczy o znajomości branży oraz poprawnym kształtowaniu wysokości cen ofertowych. Nadto w dokonanym w dniu 12 lipca 2019 roku przystąpieniu ww. Wykonawca wskazał, że oferta została skalkulowana w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, stąd cena oferty jest ceną realistyczną i wiarygodną (w załączeniu dołączono pismo z wyjaśnieniami z dnia 02.07.2019r. wraz z referencjami).

Zatem wobec ogólnego wezwania przystępujący, który świadczy usługi u innych podmiotów w podobnym a nawet wyższym zakresie za podobną cenę miał prawo sądzić, że jego cena nie jest rażąco niska i przełożone wyjaśnienia będą wystarczające.

Ponadto realizując podobne zadania wypracował odpowiednie metody wykonania zamówienia, które przekładają się na oszczędności kosztów wykonywania usług.

Wykonawca wskazał, że jest firmą z wieloletnim doświadczeniem na rynku usług, które były przedmiotem zamówienia i to pozwala mu być firmą konkurencyjną. Wykonawca dodał, że przy kalkulacji oferty duże znaczenie miały sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, m.in. bardzo korzystne ceny chemii oraz znajomość obiektu. Skalkulowane koszty obsługi obiektu wynoszą 30 647,50 zł brutto miesięcznie i obejmują: koszty pracownicze, koszty chemii basenowej, odczynników do badań wody oraz sprzątania. Firma kalkulując cenę nie odnosiła się wyłącznie do chęci, jak największej maksymalizacji zysku a uwzględniła również inne czynniki, takie jak promocja swojej działalności, oparte o prezentację obiektu od jego budowy do eksploatacji, jednocześnie w żaden sposób nie narusza granic uczciwej konkurencji.

W związku z powyższym, wobec wynikającej z art. 7 ustawy prawo Zamówień Publicznych zasady równego traktowania wykonawców, zamawiający uznaje, że przystępujący nie może ponosić negatywnych skutków wadliwej czynności zamawiającego, wobec czego zamawiający jest zmuszony dokonać ponownej czynności wezwania wykonawcy do dodatkowych wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Zamawiający wskazuje, że to z treści wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wykonawca czerpać ma wiedzę o aspektach zaoferowanej przez niego ceny za realizację przedmiotu zamówienia, które wzbudziły wątpliwości zamawiającego. Nie sposób obciążać wykonawcy obowiązkiem antycypowania zakresu wezwania, co prowadzi do wniosku, że w sytuacji, gdy wezwanie jest lakoniczne, nieprecyzyjne, bądź ogólnikowe, zamawiający musi liczyć się z możliwością otrzymania wyjaśnień charakteryzujących się wymienionymi wcześniej cechami (por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 17 października 2018 roku, KIO 1939/18).

Ustawodawca nie określił, ile razy zamawiający może ponawiać wezwania do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Wezwanie do złożenia wyjaśnień może być skierowane do wykonawcy nawet kilkakrotnie w sytuacji, gdy na podstawie złożonych wyjaśnień powstają dalsze kwestie i nowe wątpliwości wymagające wyjaśnienia. Zamawiający, będąc gospodarzem postępowania, winien przestrzegać podstawowych zasad, takich jak chociażby zasady bezstronności, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Podkreślenia wymaga to, że celem postępowania o którym mowa w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest ustalenie faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez ceną jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Procedura wyjaśniająca musi zmierzać do pełnego wyjaśnienia zaoferowanej ceny.

Zatem wobec nasuwających się pytań w zakresie wyliczenia ceny ofert z uwagi na zbyt ogólne wezwanie do rażąco niskiej ceny wykonawca powinien zostać ponownie wezwany do wyjaśnień - do czego zamawiający jest nie tylko uprawniony lecz wręcz zobligowany z uwagi na zasadę równego traktowania wykonawców (por. Kierunki zmian administracji publicznej 2018, wyd. 1 Rozdział VIII. Wyjaśnianie rażąco niskich ofert na tle orzecznictwa pod. red dr Małgorzata Moras oraz Wyrok KIO z 12 maja 2014 roku /KIO 785/14/ oraz Wyrok Sądu

Okręgowego w Olsztynie V Wydział Gospodarczy z 9 grudnia 2010 r. /V Ga 122/100.

Mając powyższe na uwadze zamawiający wnosi jak na wstępie.

W dniu 16 lipca 2019 roku odwołujący opowiadając na pismo zamawiającego z dnia 15

lipca 2019 roku stwierdza.

Odwołujący stwierdza, co następuje:

1. Uwzględnienie odwołania uznać należy za nieskuteczne, gdyż odwołujący nie zarzucił zamawiającemu naruszenia art. 7 ust 1 wzw. z art. 90 ust 1 i 2 ustawy. Tym samym, nie można w ocenie odwołującego, uwzględnić zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu.

W treści odwołania z dnia 9 lipca 2019 roku odwołujący wskazał, iż w jego ocenie zamawiający naruszył:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy, przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty przystępującego pomimo tego, że wykonawca ten nie wykazał, iż zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.
2. art. 92 ust. 1 ustawy, poprzez niezgodne z prawem dokonanie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego pomimo tego, iż oferta ta winna zostać odrzucona;
3. art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z wyborem jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu.

Jednocześnie odwołujący wniósł do Izby o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonania czynności polegającej na odrzuceniu oferty przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę;
- 3) dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

W piśmie z dnia 15 lipca 2019 roku zamawiający deklaruje, iż:

- 1) dokona unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej;
- 2) Dokona czynności wezwania przystępującego do dodatkowych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny,
- 3) Powtórzy czynność badania i oceny ofert oraz dokona ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu wskazuje, iż dokonał wadliwej czynności wezwania do złożenia wyjaśnień, dotyczących rażąco niskiej ceny. Wskazał, iż uzasadnienie wezwania do złożenia wyjaśnień jest bardzo ogólne i nie zawiera żadnych informacji, w jakim zakresie zamawiający ma wątpliwości, w zakresie złożonej oferty, w aspekcie rażąco niskiej ceny i jakich dokładnie wyjaśnień oczekuje.

Z powyższą argumentacją odwołujący się nie zgadza i przedstawia na tę okoliczność własną argumentację.

W piśmie z dnia 28 czerwca 2019 roku zamawiający wyraźnie i precyzyjnie, powołując się na konkretne przepisy ustawy, wskazał, iż „w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę,

w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się z prośbą o złożenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących zaoferowanej przez Państwa ceny złożonej w ofercie. Wykonawca zaoferował cenę w wysokości 397 290,00 zł brutto. Cena Państwa oferty jest niższa o więcej niż 30% od wartości szacunkowej zamówienia, dlatego też Zamawiający musi wziąć pod uwagę czy istnieje możliwość zrealizowania tego zamówienia za cenę przez Państwa zaoferowaną. Zgodnie z art. 90 ust 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2018 r., poz. 1986 ze zm.) obowiązek wykazania że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na Wykonawcy". W tym samym piśmie Zamawiający wskazał ponadto, iż „Wymagane wyjaśnienia, wraz z dowodami, należy dostarczyć do dnia 02.07.2019 roku do godziny 14:00 włącznie, do siedziby Zamawiającego

Tak sformułowanego wezwania nie można w ocenie strony odwołującej uznać za „wadliwą” czynność wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny”. Zamawiający wskazał, iż dokonał stosowanych wyliczeń, których wynikiem było uznanie iż cena nosi znamiona rażąco niskiej, wskazał, iż oczekuje dowodów dotyczących zaoferowanej ceny a co najważniejsze, powołał się w wezwaniu na treść art. 90 ust 1 oraz ust 1a ustawy, który stanowi w swojej treści, iż: „Jeżeli zaoferowana cena lub koszt lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2017 r. poz. 847 oraz z 2018 r. poz. 650);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy."

Formułując wezwanie w sposób opisany powyżej oraz przytaczając odpowiednią podstawę prawną, w ocenie odwołującego, w sposób wystarczający do uznania za prawidłowy, wskazał jakich informacji oczekuje od przystępującego.

Wezwanie ww. wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień, będzie w ocenie odwołującego, rażącym naruszeniem przepisów ustawy, w szczególności art. 7 tejże ustawy.

Uzasadnienie tej tezy znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, chociażby w wyroku z dnia z 1 marca 2017 r. (sygn. akt KIO 238/17) w którym Izba stanęła na stanowisku, iż „kolejne wezwanie, czyli „do skutku”, jednego z wykonawców po stwierdzeniu przez zamawiającego, że jego wyjaśnienia nie sprostają wymogowi wykazania poziomu zaoferowanej ceny, prowadzi do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych wynikających z art. 7 ustawy Pzp .

Reasumując, wskazujemy, iż w ocenie odwołującego zamawiający, w piśmie z dnia 15 lipca 2019 roku, nie zastosował się do oczekiwań strony odwołującej, tj.:

- 1) nie dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) nie dokonał czynności polegającej na odrzuceniu oferty przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę; 3) nie dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Deklarując, że wezwie przystępującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień, naraża się na zarzut naruszenia art. 7 ustawy przez prowadzenie, nie dozwolonych przepisami, „negocjacji” z Wykonawcą, mających na celu sformułowanie i przedłożenie prawidłowych wyjaśnień, dotyczących rażąco niskiej ceny.

Wobec powyższego odwołujący wnosi o nie odraczanie i nie umarzanie postępowania odwoławczego, do czasu pełnego i kompletnego zastosowania się do żądań zamawiającego, wyrażonych w odwołaniu z dnia 9 lipca 2019 roku.

W dniu 20 lipca 2019 roku zamawiający udzielił odpowiedzi na pismo odwołującego z

dnia 16 lipca 2019 roku.

Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że przedmiotowa czynność uznania odwołania w ww. części obejmuje w swej istocie uznanie odwołania w zakresie dotyczącym naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy przez dokonanie oferty przystępującego, której cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Natomiast w zakresie ww. zarzutu nie ma znaczenia kwestia dotycząca zasadności dodatkowych wyjaśnień wykonawcy. Stanowisko to wynika z faktu, że zarówno w przypadku uznania zasadności podjęcia przez zamawiającego czynności wyjaśnienia ceny oferty lub też nie (tzn. uznanie zasadności odstąpienia od tej czynności), to nie ulega wątpliwości, że przedmiotem odwołania jest czynność wadliwego dokonania wyboru ww. wykonawcy i właśnie ta czynność zamawiającego stanowi jeden z zarzutów będących przedmiotem postępowania odwoławczego.

Zamawiający potwierdza, że dokonana przez niego czynność uznania odwołania w części nie obejmuje zarzutu art. 92 ust. 1 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego.

Zamawiający potwierdza, że uwzględniając odwołanie we wskazanej części - dokona:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez przystępującego jako najkorzystniejszej;
- 2) czynności wezwania przystępującego do dodatkowych wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych;
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz dokona ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Natomiast na obecnym etapie postępowania odwoławczego, zamawiający odmawia żądanych przez odwołującego ww. czynności

- 1) dokonania odrzucenia oferty przystępującego,
- 2) dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Uzasadniając powyższe stanowisko, że zarzuty odwołania powinny wskazywać na dwa elementy, tj. na okoliczności faktyczne, rozumiane jako przytoczenie działań lub zaniechań zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, z którymi odwołujący się nie zgadza oraz wskazanie podstawy prawnej, tj. przytoczenie przepisów prawa, które naruszają kwestionowane przez odwołującego działania lub zaniechania. Sformułowane w odwołaniu zarzuty i żądania muszą być na tyle precyzyjne, aby przy uwzględnieniu odwołania możliwe było nakazanie zamawiającemu dokonania konkretnej zmiany zakwestionowanych przez odwołującego postanowień SIWZ.

Zamawiający dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów nie może uznać, że wystąpiły przesłanki odrzucenia oferty w rozumieniu art. 90 ust. 3 ustawy PZP, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przede wszystkim wskazać należy, że Wykonawca udzielił wyjaśnień, w konsekwencji nie jest możliwe odrzucenie oferty z powodu ich nie złożenia. Nadto na podstawie tych wyjaśnień nie da się stwierdzić, że cena oferty jest rażąco niska. Natomiast w ocenie zamawiającego w dalszym ciągu występuje wątpliwość, czy zaofiarowana umożliwi wykonanie przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Podkreślić przy tym należy, że zamawiający, wbrew twierdzeniu odwołującego, nie wskazał, czego dokładnie w odpowiedzi do złożenia wyjaśnień oczekuje. Wezwanie do wyjaśnień ograniczało się jedynie do stwierdzenia, że cena oferty jest niższa o więcej niż 30% od wartości szacunkowej zamówienia i dlatego Zamawiający musi wziąć pod uwagę, czy istnieje możliwość zrealizowania

zamówienia. Jeszcze raz podkreślić należy, że wezwanie Zamawiającego nie spełnia wymagań określonych w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i było na tyle wadliwe, że nie może ta czynność wywoływać skutków przewidzianych w art. 90 ust. 3 ww. ustawy. Wezwanie musi być na tyle konkretne, aby wykonawca miał świadomość, czego od niego się oczekuje. Natomiast ww. wezwanie Zamawiającego nie tylko nie spełniało ww. wymogów ustawowych, lecz wręcz wprowadzało Wykonawcę w mylne przekonanie, że Zamawiający nie wymaga szczegółowego odniesienia się do poszczególnych kwestii, które mogą wpłynąć na cenę jego oferty. Zatem z ww. powodów wymagane jest dokonanie przez Zamawiającego dalszych czynności wyjaśnienia wątpliwości w zakresie ceny oferty ww. Wykonawcy. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w opinii Urzędu Zamówień Publicznych pt. „Badanie rażąco niskiej ceny oferty po nowelizacji” (opublikowano na stronie UZP) link: [https://www.u.p.gov.pl/ba:a-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-](https://www.u.p.gov.pl/ba:a-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczacenowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-z/badanie-razaco-niskiej-ceny-oferty-ponowelizacji)

dotyczacenowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-z/badanie-razaco-niskiej-ceny-oferty-ponowelizacji). Zgodnie z tą opinią w przekazanym wykonawcy wezwaniu zamawiający powinien w sposób możliwie precyzyjny określić żądany zakres „wyjaśnień, czy też określić konkretne wątpliwości odnoszące się do podejrzenia rażąco niskiej ceny. Zamawiający może żądać, jeżeli zaistnieje taka potrzeba, doprecyzowania lub szerszych informacji w zakresie przekazanych przez wykonawcę wyjaśnień. Nadto na możliwość kilkukrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie dokonanej przez wykonawcę wyceny oferty, wskazuje również dotychczasowe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych. W wyroku z dnia 6 sierpnia 2015 r. (sygn. akt KIO 1490/15, KIO 1577/15; KIO 1584/15) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że: „T...” nie ma też przeszkód, by zamawiający prowadził wyjaśnienia wieloetapowo, aż do uzyskania odpowiedzi na wszystkie pytania i wątpliwości (oczywiście poza przypadkiem opisanym w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdy wykonawca nie współpracuje i nie udziela wyjaśnień)”. Stanowisko to potwierdził też Sąd Okręgowy w Olsztynie, który w wyroku z 9.12.2010 r., V Ga 122/10, jednoznacznie wskazał, iż brak jest przeszkód do ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia zamawiającego nie rozwiąły wątpliwości zamawiającego związanych z „rażąco niską ceną”.

Powyższe zastrzeżenia dotyczące wadliwości wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny potwierdza dodatkowo fakt, że czynność określenia szacunkowej wartości zamówienia również budzi istotne zastrzeżenia w zakresie jej poprawności w aspekcie art. 32 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. W szczególności za wątpliwą należy uznać kwotę na jaką ta

szacunkowa wartość zamówienia została ustalona, a która to kwota ma bezpośredni wpływ na

uznanie ceny oferty za rażąco niską. Zamawiający wyjaśnia, że ustalając wartość zamówienia, nie mógł się oprzeć się na cenach przedmiotowej usługi z poprzednich okresów (lat), ponieważ było to pierwsze zamówienie (obiekt otwarto 12 lipca 2019 roku). Zatem Zamawiający uznał za właściwe ustalenie wartości zamówienia w oparciu tzw. rozeznanie rynku, przesyłając stosowane zapytanie o cenę usługi do trzech różnych wykonawców, w tym co wymaga podkreślenia, także do odwołującego. Nadto podkreślić należy też to, że dokonując powyższego rozeznania o cenę, Zamawiający określił identyczny zakres usługi według tożsamego Opisu Przedmiotu Zamówienia jaki jest wskazany w SIWZ w postępowaniu objętym odwołaniem. Odpowiedzi na powyższe rozeznanie udzieliło dwóch wykonawców, w tym odwołujący, który wskazał na kwotę 78.000 brutto jako miesięczny koszt realizacji usług objętych zamówieniem, co w skali 12 miesięcy daje kwotę 760 975,61 złotych netto i 936.000,00 złotych brutto. Natomiast drugi z wykonawców Hydro Serwis M. Z. z siedzibą w Gryficach określił 12-miesięczny koszt tej usługi na kwotę 372 764,23 zł netto i 458 500,00 złotych brutto. Na tej podstawie Zamawiający dokonując zestawienia tych kwot dokonał wyliczenia szacunkowej wartości zamówienia jako średnią z tych wartości i w konsekwencji szacunkową wartość zamówienia ustalono na kwotę 566 869,92 złotych netto, tj. 131 472,49 euro. Jednakże w toku postępowania już po otwarciu ofert okazało się, że istnieją uzasadnione podstawy do stwierdzenia, że szacunkowa wartość zamówienia jaką określono przed wszczęciem postępowania jest nierzeczywista i tym samym wadliwa. Powyższe stanowisko wynika z faktu, że odwołujący w toku postępowania złożył ofertę na kwotę 530 400,00 złotych netto i 652 392,00 złotych brutto, a więc zaoferował wykonanie zamówienia za kwotę niższą brutto o 283 608,00 złotych od kwoty jaką wskazał w rozeznaniu cenowym. Zatem ww. informacja dotycząca tak znaczącej różnicy pomiędzy kwotami jakie proponuje Odwołujący w ww. rozeznaniu cenowym i złożonej ofercie winna budzić uzasadnione wątpliwości w zakresie prawidłowości ustalenia szacunkowej wartości zamówienia i w konsekwencji winna w dalszej kolejności na Zamawiającym jej przeszacowanie. Odwołujący wartość usług jaką przyjął do szacowania wartości zamówienia zawiążył o prawie połowę w stosunku do ceny złożonej przez Niego oferty, tzn. ceny za te same usługi, tzn. za identyczny zakres świadczenia. Zatem przyjmując skorygowaną wartość tych usług jaką obecnie oferuje odwołujący można określić przeszacowaną wartość szacunkową na kwotę netto 451 582,12 złotych (530 400,00 złotych /skorygowana wartość — cena oferty Odwołującego + 372 764,23/ Hydro Serwis M. Z./ 903 164,21/2. oferty netto 451 582,12 złotych). Ta więc w sytuacji, gdyby wartość usług wskazana przez odwołującego od początku była rzetelna, tzn. odzwierciedlałaby w przybliżeniu wartość jaką za te same usługi wskazał w ofercie, to oferta wybranego wykonawcy nie mogłaby być uznana za rażąco niską. W takiej sytuacji próg w rozumieniu art. 90 ust. 1 a pkt. wynosiłby 388 811,61 złotych (netto 451 582,12 zł x 0,7 netto 316 107,88 złotych x 1,23 (Vat) — 388 811,61 złotych). Natomiast oferta wybranego wykonawcy wynosi 323. 000 złotych netto i 397 290

brutto złotych.

Dowód:

1. Decyzja z dnia 24 czerwca 2019 roku pozwolenie na użytkowanie,
2. pismo Zamawiającego w rozeznania cenowego - w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
3. odpowiedź na rozeznanie cenowe Lireco ECO M. K. w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
4. odpowiedź na rozeznanie cenowe M. Z. Zakład Handlowo— Usługowy Hydro Serwis- w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
5. Dokument ustalenia wartości zamówienia-w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, że o znacznie zawyżonej wartości zamówienia objętego odwołaniem świadczą, także ceny ofert składanych w postępowaniu realizowanym na rzecz Parku Wodnego w Koszalinie na świadczenie usług w zakresie obsługi stacji uzdatniania wody w obiekcie Parku Wodnego w Koszalinie (na okres 12 miesięcy kwiecień 2019/kwiecień 2020). Porównanie tych wartości i cen jest o tyle zasadne, że przedmiot zamówienia dotyczący postępowania objętego odwołaniem oraz postępowania na rzecz Parku w Koszalinie dotyczy wykonania tożsamego zakresu technologicznego. Natomiast różnica tych zamówień dotyczy wielkości parametrów ilościowych dotyczących tych usług, przy czym znacznie szerszy jest zakres wykonania usług dla Parku Wodnego w Koszalinie, który jest obiektem posiadającym większe powierzchnie i objętości basenów, które podlegają usłudze.

Park wodny w Koszalinie : Powierzchnia lustra wody basenów - 1427,4 m², Objętość basenów - 1831,5 m³, Z basenów może korzystać 457 os/h.

Natomiast charakterystyka obiektu — Park Wodny trzy Fale w Słupsku (wynika z zał. nr 7 SIWZ) Stacja uzdatniania wody basenowej obejmuje:

- a) Niekę basenu rehabilitacyjnego - o powierzchni 162 m²,
- b) Niekę basenu pływakiego z ruchomym dnem — o powierzchni 385,3 m²
- c) Wodny plac zabaw dla dzieci,
- d) Niekę basenu solankowego (basen zewnętrzny) — o powierzchni 201,6 m²
- e) 2 niecki basenów dla dzieci wraz z atrakcjami - o powierzchniach 33,9 m² i 38,13 m²,
- f) Niekę basenu rekreacyjnego wraz rwącą rzeką i atrakcjami — o powierzchni

342,21 m²

Razem pow. Lustro wody : 1163,14 m²

W ww. postępowaniu na okres 12 miesięcy na świadczenia usług w zakresie obsługi stacji uzdatniania wody w obiekcie Parku Wodnego w Koszalinie w dniu 11 marca 2019 roku złożono następujące oferty:

- 1) Lireco ECO M. K. — brutto 416 316,00 złotych;
- 2) M. Z. Zakład Handlowo Usługowy Hydro- Serwis - brutto 527

090,80

- 3) Z. W. PPH U ANCHEM Z. W. - brutto 419 404,50 złotych Zatem dla obiektu, co do

kórego zakres usług jest znacznie szerszy średnia ze złożonych ofert ww. postępowania wynosi 454 270,43 złotych. Z powyższego jednoznacznie wynika, że Zamawiający wadliwie dokonał określenia szacunkowej wartości zamówienia na usługi objęte odwołaniem na kwotę 566 869,92 złotych netto, która miała bezpośredni wpływ na błędne uznanie, że cena ofert wykonawcy jest rażąco niska.

Dowód :

1. umowa nr 2 / 2019/DZP z dnia 8 kwietnia 2019 roku świadczenia usług w zakresie obsługi stacji uzdatniania wody w obiekcie Parku Wodnego w Koszalinie z zał nr lwyposażenie stacji,
2. informacja o otwarciu ofert w postępowaniu na świadczenia usług w zakresie obsługi stacji uzdatniania wody w obiekcie Parku Wodnego w Koszalinie zn. Sprawy DZP.261.2.2019,
6. Opis przedmiotu zamówienia zał. nr 7 SIWZ — w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
7. Informacja — Głos Koszaliński

Na podstawie powyższych faktów można wyrazić stwierdzenie, że istotne wątpliwości.

- 1) co do prawidłowości dokonanej przez zamawiającego wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny jakie skierował do wykonawcy przystępującego,
- 2) co do rzeczywistej szacunkowej wartości zamówienia, która miała bezpośredni wpływ na podjęcie decyzji w zakresie ww. wezwania.

Natomiast wykonawca nie może ponosić negatywnych skutków w zakresie złożonej oferty, bowiem stanowiłoby to w istocie naruszenie zasad uczciwej konkurencji w stosunku do tego wykonawcy. Żądanie odwołującego odrzucenia oferty nie znajduje oparcia w literalnej wykładni art. 90 ust. 1 ustawy, bowiem przepis ten nie określa warunku jednorazowości wezwania. Natomiast celowościowa wykładnia ww. przepisu musi mieć na względzie podstawowe cele i zasady wynikające z ustawy Pzp. Do podstawowych celów regulacji zamówień publicznych całą pewnością zaliczyć należy optymalizację wydatków środków publicznych, aby były one wykorzystywane w jak najlepszy sposób, uniemożliwiający pochopne i nieuczciwe dysponowanie nimi. Celem regulacji jest również zapewnienie wykonawcom uczciwej konkurencji oraz równouprawnienia. Zatem dokonując celowościowej wykładni ww. przepisu oraz dokonując jego stosowania na tle stanu faktycznego objętego odwołaniem należy mieć na względzie przede wszystkim to, że zamawiający nie jest uprawniony do odrzucenia oferty nie będąc przekonany do tego, że zaoferowana cena jest rażąco niska i tym samym jest pozbawiony dalszych wyjaśnień. Weryfikacji powołanych okoliczności służy procedura badania i oceny ofert oraz wyjaśnień, przy wykorzystaniu instrumentów, w które ustawodawca wyposażył zamawiającego, aby zagwarantować z jednej strony wykonawcom rzetelną ocenę złożonych ofert, a drugiej zamawiającemu wybór oferty najkorzystniejszej spełniającej wyartykułowane w SIWZ oczekiwania. Należy powołać się na stanowisko Sądu Okręgowego w Gliwicach wyrażone w wyroku z 23 lutego 2007 r. (sygn. akt X Ga 23/07), 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 (...). Zamawiający będący podmiotem odpowiedzialnym za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania powinien dłożyć należytej staranności, aby dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, a wykonawcy, który ją złożył, powierzyć realizację zamówienia. Stwierdzić dalej należy, że w realiach konkretnej sprawy, zanim zamawiający podejmie decyzję o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ, zobowiązany jest wszechstronnie ją zbadać bacząc, by wyjaśnić w trybie opisanym w art. 90 ust. 1. Dopiero rzetelne wyczerpanie tej procedury uprawnia zamawiającego do ustalenia, że cena oferty jest rażąco niska. Powyższe stanowisko potwierdzają

- 1) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 grudnia 2017 (KIO 2540/17) — cyt. z uzasadnienia „ (...). Z przepisu art. 190 ust. 1a p.z.p. wynika, że w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę lub na zamawiającym, jeżeli wykonawca nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie zwalnia jednak odwołującego, który podnosi okoliczności rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny, zgodnie z art. 190 ust. 1 p.z.p., zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający nie miał wątpliwości co do realności ceny oferty. Przepis art. 190 ust. 1a p.z.p. nie może być rozumiany w ten sposób, że odwołujący może przestać na samych twierdzeniach i przerzucić na uczestnika postępowania zamawiającego ciężar dowodowy.

2) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 września 2018 r. (KIO 1679/18) — cyt. z uzasadnienia „ (...) Rację należy przyznać odwołującemu, że przepis art. 90 ust. 3 ustawy daje zamawiającemu prawo odrzucenia oferty, jeżeli w wyniku oceny wyjaśnień zamawiający uzyska potwierdzenie, że cena jest rażąco niska, tym samym przy powołaniu się na tę podstawę prawną odrzucenia zamawiający powinien w informacji o odrzuceniu podać okoliczności faktyczne podane w wyjaśnieniach, które spowodowały, że zamawiający utwierdził się w przekonaniu, że cena odwołującego jest oderwana od realiów rynkowych i nie pozwala na prawidłowe wykonanie usługi. 6..) W rzeczywistości zdaniem Izby zamawiający obawiał się wyboru tak taniej oferty, a nie pozyskał dodatkowych informacji od odwołującego, które pozwoliłyby mu na dokładną analizę złożonych wyjaśnień i ocenę rentowności oferty.

Tym samym zamawiający nie wypełnił obowiązku informacyjnego: art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy, który nakazuje podanie rzeczywistej podstawy faktycznej tj powodów odrzucenia oferty odwołującego. Z tego względu Izba nakazała unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego. Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy przez brak wezwania odwołującego do ewentualnego uszczegółowienia złożonych wyjaśnień datowanych na dzień 30 lipca 2018 r. (data wpływu do zamawiającego 31 lipca 2018 r.), czy też do przedstawienia dalszych dokumentów, jeśli w ocenie zamawiającego wyjaśnienia wykonawcy były "zbyt ogólne" i wymagały doprecyzowania Zarzut potwierdził się. (...) Izba uznała, że rację ma odwołujący wskazując, że złożył obszerne i udowodnione wyjaśnienia, jednak w ocenie Izby rację ma również zamawiający, że mimo złożenia tych wyjaśnień nie można jednoznacznie ocenić tych wyjaśnień jako dowodzących, że zaoferowana cena ofertowa jest realna i pozwala na należyte wykonanie zamówienia.

W ocenie Izby zamawiający miał prawo i w tym przypadku obowiązek żądać doszczegółowienia złożonych wyjaśnień, co najmniej o następujące kwestie, które przez odwołującego nie zostały precyzyjnie wskazane w wyjaśnieniu i utrudniają ocenę realności oferty.

2) Wyrok z dnia 7 maja 2018 r. KIO 749/18 cyt. z uzasadnienia „Przepisy stanowiące obowiązek wezwania przez zamawiającego wykonawcy, którego oferta a w szczególności, której cena oferty budzi podejrzenie, co do jej racjonalności, czyli że może zawierać cenę rażąco niską, co do zasady są przepisami jednokrotnego zastosowania. Okoliczność taka wynika bowiem z obowiązku przeniesionego na wykonawcę, co do wykazania, w tym dowodowego, że złożona przez wezwanego wykonawcę oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Niemniej, wskazać należy: iż w określonych sytuacjach, w tym występujących w przedmiotowym postępowaniu, zamawiający może, a wręcz powinien odstąpić od ww zasady: albowiem dopiero w wyniku drugiego i kolejnych wezwań czynionych przez zamawiającego, może w sposób prawidłowy ustalić, czy wykonawca złożył ofertę z ceną rażąco niską, czy wręcz przeciwnie. Uprawnienie takie, czy można wręcz wskazać obowiązek zamawiającego wynika z sankcyjnego charakteru czynności oceny oferty pod kątem zaoferowania ceny rażąco niskiej, albowiem tylko zupełna i prawidłowa ocena oferty może usankcjonować jej odrzucenie na podstawie przepisu art. 90 ust. 3 lub art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp

Zamawiający przedstawiając swoje stanowisko wnosi o oddalenie odwołania w zakresie nie uwzględnionym. Do pisma załączył dowody w postaci: 1.wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 26 czerwca 2019 roku , 2.wyjaśnienia Wykonawcy Z. W.; 3.Decyzja z dnia 24 czerwca 2019 roku pozwolenie na użytkowanie;4.pismo Zamawiającego ws rozeznania;5. odpowiedź na rozeznanie cenowe Lireco ECO M. K.; 6.odpowiedź na rozeznanie cenowe M. Z. Zakład Handlowo— Usługowy Hydro Serwis,7.dokument ustalenia wartości zamówienia;8.umowa nr 2 /2019/DZP z dnia 8 kwietnia 2019 roku świadczenia usług w zakresie obsługi stacji uzdatniania wody w obiekcie Parku Wodnego w Koszalinie z zał nr 1 wyposażenie stacji,9.informacja o otwarciu ofert w postępowaniu na świadczenia usług w zakresie obsługi stacji uzdatniania wody w obiekcie Parku Wodnego w Koszalinie zał1. Sprawy DZP.261.2.2019,10.II. Opis przedmiotu zamówienia zał. nr 7 SIWZ,11.Informacja — Głos Koszaliński,12.Informacja z otwarciu ofert 28.06.2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Ustalenia Izby

Niniejsze odwołanie zostało złożone w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Świadczenie usług w zakresie obsługi stacji uzdatniania wody basenowej w Parku Wodnym Trzy Fale Sp. z o. o. w Słupsku”. - nr postępowania 5/3F/2019.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 2019-06-19 pod numerem 563686-N-2019.

W związku z powyższym mamy do czynienia z zamówieniem podprogowym to jest poniżej progów unijnych.

Na podstawie art. 180 ust. 2 pkt. 6) w związku z art. 182 ust. 1 pkt. 2) i art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2018, poz. 1986 ze zm.), zwanej

dalej „ustawą”, odwołujący wniósł odwołanie. Argumentacja formalna i prawna odwołania została przedstawiona w całości powyżej.

Z powyższej podstawy prawnej wynika, że odwołujący zaskarża wybór najkorzystniejszej oferty. W niniejszej sprawie odwołujący zaskarża wybór oferty przystępującego po stronie zamawiającego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy, przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty przystępującego, pomimo tego, iż wykonawca ten nie wykazał, iż zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. W zaistniałym stanie rzeczy zamawiający ustalił, że złożona oferta przystępującego jest niższa o 30 % od wartości szacunkowej powiększonej o podatek VAT. W związku z tym wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień pod zarzutem rażąco niskiej ceny. Przystępujący w wymaganym terminie złożył wyjaśnienia, które zamawiający ocenił jako zadawalające to jest niweczące obawy co do braku możliwości należytego wykonania umowy i nie zastosował sankcji z art.90 ust.3 ustawy, jak również nie zastosował sankcji z art.89 ust.1 pkt 4) ustawy.

2. art. 92 ust. 1 ustawy, poprzez niezgodne z prawem dokonanie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego pomimo tego, iż oferta ta winna zostać odrzucona. Zamawiający w konsekwencji uznania oferty przystępującego za wiarygodną co do ceny dokonał jej wyboru jako najkorzystniejszej. Odwołujący w kontekście art.89 ust.1 pkt 4) w związku z art.90 ust.3 ustawy czynność wyboru oferty przystępującego zaskarża.

3. art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z wyborem jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu. Odwołujący czuje się nierówno traktowany przez czynność zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty przystępującego, której treść narusza w jego ocenie przywołane powyżej przepisy ustawy.

W ocenie odwołującego powyższe naruszenia ustawy mają istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tym samym zachodzą przesłanki określone w przepisie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Zdaniem odwołującego oferta przystępującego powinna być odrzucona a nie jak to uczynił zamawiający wybrana.

Zdaniem odwołującego interes w uzyskaniu zamówienia został bezwzględnie naruszony przez zamawiającego, ponieważ oferta przystępującego, powinna zostać odrzucona w przedmiotowym postępowaniu, na skutek okoliczności wskazanych w treści odwołania, a w konsekwencji jako, że oferta odwołującego była sklasyfikowana na drugiej pozycji pod względem kryteriów określonych w SIWZ, powinna być uznana za ofertę najkorzystniejszą. W konsekwencji, odwołujący powołuje się na możliwość poniesienia szkody a z tego wywodzi interes we wniesieniu odwołania. W zaistniałej sytuacji odwołujący wywodzi prawo do wniesienia odwołania czyli skorzystania z ustawowego środka ochrony prawnej.

W związku z powyższymi naruszeniami ustawy odwołujący wnosi do Izby o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonanie czynności polegającej na odrzuceniu oferty przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę;
- 3) dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Podsumowując, żądania wywiedzione z podniesionych zarzutów odwołania, odwołujący

domaga się otwarcia jemu drogi do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej i w tym przejawia się jego interes do wniesienia odwołania.

Odwolujący wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia odwołania powziął w dniu 04.07.2019 r. przez otrzymanie od zamawiającego zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej. Termin na wniesienie odwołania wniesionego 09.07.2019 r. upływał w dniu 09.07.2019 roku. Wobec powyższego termin na wniesienie niniejszego odwołania, o którym mowa w art. 182 ust 1 pkt. 2) ustawy został dotrzymany. W związku z tym, że zamówienie ma charakter podprogowy termin na jego wniesienie wynosi 5 dni, który odwołujący dotrzymał.

Zamawiający w dniu 04 lipca 2019 roku rozstrzygnął postępowanie oraz poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego, z czym odwołujący się nie zgadza wnosząc odwołanie.

Na wniesione w dniu 9 lipca 2019 roku odwołanie zamawiający w dniu 15 lipca 2019 roku udzielił odpowiedzi na odwołanie, w której częściowo uwzględnił zarzuty odwołania.

Stanowisko zamawiającego w całości przedstawione zostało powyżej.

Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w następującym zakresie:

art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 i 2 ustawy przez wybranie oferty przystępującego jako najkorzystniejszej wbrew przepisom art. 90 ust. 1 i 2 ustawy przez uznanie na podstawie złożonych przez wykonawcę w dniu 2 lipca 2019 roku wyjaśnień, że cena oferty tego wykonawcy nie jest rażąco niska oraz przez jednoczesne zaniechanie przez zamawiającego do wezwania ww. wykonawcy do dodatkowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

2. Zamawiający wobec uwzględnienia zarzutów w pkt 1 dokona:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez przystępującego jako najkorzystniejszej;
- 2) czynności wezwania wykonawcy wybranego/przystępującego do dodatkowych wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy;
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz dokona ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Jednocześnie zamawiający stwierdził, że zarzuty naruszenia przepisów ustawy:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy, przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty przystępującego, pomimo tego, iż wykonawca ten nie wykazał, iż zaofferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia,

2. art. 92 ust. 1 ustawy, poprzez niezgodne z prawem dokonanie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego, pomimo tego, iż oferta ta winna zostać odrzucona,

są przedwczesne a przez to nie kwalifikują się do rozpoznania zanim wykonawca wybrany nie zostanie wezwany do złożenia dodatkowych wyjaśnień w kierunku zarzutu rażąco niskiej ceny.

Zamawiający przed oceną oferty w aspekcie nieuwzględnionych zarzutów, zamierza wezwać wykonawcę/przystępującego do dodatkowych wyjaśnień w szczególności do wyjaśnienia ceny w zakresie części składowych dotyczących realizacji zamówienia jakie określa opis przedmiotu zamówienia — załącznik nr 7 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dopiero po dodatkowym wezwaniu powinien dokonać powtórzenia czynności badania i oceny ofert (w tym zakresie ustalenia przez zamawiającego, czy cena oferty ww. wykonawcy jest rażąco niska) i w dalszej kolejności zamawiający powinien rozstrzygnąć o zasadności odrzucenia oferty ww. Wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny.

Według zamawiającego „Przystępujący dniu 2 lipca 2019 roku dokonał wyjaśnienia rażąco niskiej ceny odpowiadając tym samym na wezwanie zamawiającego z dnia 28 czerwca 2019

roku. Wezwanie zamawiającego z dnia 28 czerwca 2019 roku jest ogólne i nie zawiera żadnych informacji w jakim zakresie zamawiający ma wątpliwości w zakresie złożonej oferty w aspekcie rażąco niskiej ceny i jakich dokładnie wyjaśnień oczekuje. Pomimo braku szczegółowego wezwania do konkretnych wyjaśnień, wykonawca w złożonych wyjaśnieniach oświadczył, iż cena oferty zawiera w sobie wszystkie czynniki ją kształtujące a wymagane do wykonania w Opisie przedmiotu zamówienia w tym: koszt pracowniczy czy koszty zakupu materiałów chemicznych do uzdatniania wody. Wykonawca jako dowód przedłożył referencje poświadczające wykonanie tożsamyh usług w Parku Wodnym w Koszalinie, co świadczy o tym, iż cena zaproponowana przez Wykonawcę jest ceną rynkową a doświadczenie Wykonawcy świadczy o znajomości branży oraz poprawnym kształtowaniu wysokości cen ofertowych. Nadto w dokonanym w dniu 12 lipca 2019 roku przystąpieniu ww. Wykonawca wskazał, że oferta została skalkulowana w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, stąd cena oferty jest ceną realistyczną i wiarygodną (w załączeniu dołączono pismo z wyjaśnieniami z dnia 02.07.2019r. wraz z referencjami). Zatem wobec ogólnego wezwania przystępujący, który świadczy usługi u innych podmiotów w podobnym a nawet wyższym zakresie za podobną cenę miał prawo sądzić, że jego cena nie jest rażąco niska i przełożone wyjaśnienia będą wystarczające. (...) Skalkulowane koszty obsługi obiektu wynoszą 30 647,50 zł brutto miesięcznie i obejmują: koszty pracownicze, koszty chemii basenowej, odczynników do badań wody oraz sprzątania. Firma kalkulując cenę nie odnosiła się wyłącznie do chęci, jak największej maksymalizacji zysku a uwzględniła również inne czynniki, takie jak promocja swojej działalności, oparte o prezentację obiektu od jego budowy do eksploatacji, jednocześnie w żaden sposób nie narusza granic uczciwej konkurencji."

Zamawiający uznaje, że przystępujący nie może ponosić negatywnych skutków wadliwej czynności zamawiającego, wobec czego zamawiający jest zmuszony dokonać ponownej czynności wezwania wykonawcy do dodatkowych wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Podkreślenia wymaga to, że celem postępowania o którym mowa w art. 90 ustawy jest ustalenie faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez cenę jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Procedura wyjaśniająca musi zmierzać do pełnego wyjaśnienia zaoferowanej ceny.

Zamawiający kwitując odpowiedź na odwołanie z dnia 15 lipca 2019 roku stwierdza.

Zatem wobec nasuwających się pytań w zakresie wyliczenia ceny ofert z uwagi na zbyt ogólne wezwanie do rażąco niskiej ceny wykonawca powinien zostać ponownie wezwany do wyjaśnień. Tak należy zrekapitulować stanowisko zamawiającego wobec wniesionego odwołania.

Odwołujący zareagował na stanowisko zamawiającego z dnia 15 lipca 2019 roku pismem z dnia 16 lipca 2019 roku w następujący sposób. Nie zgodził się na propozycje umorzenia postępowania odwoławczego, przez wycofanie nieuwzględnionych zarzutów. Bowiern wycofanie zarzutów opartych na art.90 ust.3 i art.89 ust.1 pkt 4 ustawy niweczyłoby żądanie odrzucenia oferty przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę. Reasumując nie zgadza się na ponowne wezwanie przystępującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy wybranego.

Kwitując argumentację odwołującego z dnia 16 lipca 2019 roku przedstawioną w całości

powyżej należy stwierdzić co następuje.

Odwołujący przede wszystkim podniósł, że uwzględnienie odwołania uznać należy za nieskuteczne, gdyż odwołujący nie zarzucił zamawiającemu naruszenia art. 7 ust 1 w zw. z art. 90 ust 1 i 2 ustawy. Tym samym, nie można w ocenie odwołującego uwzględnić zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu.

Jednocześnie odwołujący podtrzymał żądanie o nakazanie zamawiającemu:

- 1) dokonania czynności polegającej na odrzuceniu oferty przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę;

Jego zdaniem zamawiający w piśmie z dnia 28 czerwca 2019 roku wyraźnie i precyzyjnie, powołując się na konkretne przepisy ustawy, wskazał, iż „w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę, w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się z prośbą o złożenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących zaoferowanej ceny złożonej w ofercie, wykonawca zaoferował cenę w wysokości 397 290,00 zł brutto. Cena jest niższa o więcej niż 30% od wartości szacunkowej zamówienia, dlatego też zamawiający musi wziąć pod uwagę czy istnieje możliwość zrealizowania tego zamówienia za cenę zaoferowaną. Zgodnie z art. 90 ust 2 ustawy obowiązek wykazania że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na Wykonawcy". W tym samym piśmie zamawiający wskazał ponadto, iż

„Wymagane wyjaśnienia, wraz z dowodami, należy dostarczyć do dnia 02.07.2019 roku do godziny 14:00 włącznie, do siedziby zamawiającego.

W odwołującego tej czynności zamawiającego nie należy uznać za „wadliwą czynność wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny”. Zamawiający wskazał, iż dokonał stosowanych wyliczeń, których wynikiem było uznanie iż cena nosi znamiona rażąco niskiej, wskazał, iż oczekuje dowodów dotyczących zaoferowanej ceny a co najważniejsze, powołał się w wezwaniu na treść art. 90 ust 1 oraz ust 1a ustawy.

Formułując wezwanie w sposób opisany powyżej oraz przytaczając odpowiednią podstawę prawną, w ocenie odwołującego, w sposób wystarczający do uznania za prawidłowy, wskazał jakich informacji oczekuje od przystępującego.

Wezwanie ww. wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień, będzie w ocenie odwołującego, rażącym naruszeniem przepisów ustawy, w szczególności art. 7 tejże ustawy.

Deklarując, że wezwie przystępującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień, naraża się na zarzut naruszenia art. 7 ustawy przez prowadzenie, nie dozwolonych przepisami, „negocjacji” z Wykonawcą, mających na celu sformułowanie i przedłożenie prawidłowych wyjaśnień, dotyczących rażąco niskiej ceny.

Zamawiający w dniu rozprawy złożył pismo procesowe z dnia 20 lipca 2019 roku, którego

argumentację formalną i prawną przywołano powyżej, wnosząc o oddalenie odwołania w całości załączając dowody, które Izba rozpoznała na rozprawie.

W tym stanie rzeczy Izba rozpoznała odwołanie dokonując na rozprawie szeregu ustaleń

w oparciu o złożone na rozprawie dowody przez uczestniczące strony oraz

przystępującego, które posłużyły do rozstrzygnięcia zasadności podniesionych

zarzutów odwołania.

Z treści wezwania zamawiającego z dnia 28 czerwca 2019 roku skierowanego do przystępującego o złożenie wyjaśnień wynika, że zamawiający wzywa zarówno na podstawie art.90 ust.1 jak i ust.1a ustawy. Niemniej poza przywołaniem tych przepisów nie cytuje ich w piśmie w szczególności to jest które z aspektów w nich wymienione wpływające na wysokość ceny wykonawca powinien uwzględnić w wyjaśnieniach. Nie oznacza to jednak, że przystępujący nie powinien uwzględnić ich uregulowań składając wyjaśnienia w zależności od jego indywidualnej sytuacji mającej wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. To wykonawca zna swoją sytuację techniczną, ekonomiczną, finansową, organizacyjną i każdą inną, która ma wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. W sytuacji gdy cena oferty przystępującego jest poniżej 30 % wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek VAT powstaje obowiązek po stronie zamawiającego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Dokonując niemniej oceny treści wezwania to ma ono charakter standardowy to jest przywołano obowiązujące przepisy, które skłaniają zamawiającego do wezwania do złożenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów (pismo wezwanie z dnia 28.06 2019 r. w aktach sprawy - Dowód Nr 1 zamawiającego).

Izba reasumując treść wezwania zamawiającego stwierdza, że przedstawia ono obraz totalnego wyobrażenia o jak najbardziej możliwym ogólnym charakterze wezwania, pozostawiając całkowitą swobodę przystępującemu co do treści, szczegółowości, charakteru złożonych wyjaśnień.

W tym miejscu jako uprawnione Izba uważa za przedstawienie Informacji z sesji otwarcia ofert z dnia 28-06-2019 r. (Dowód Nr 8 zamawiającego - w aktach sprawy). Z informacji tej wynika, że zamawiający przed otwarciem ofert odczytał kwotę jaka zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to jest w wysokości 697.250,00zł. brutto. Do upływu terminu składania ofert wpłynęły następujące oferty:

1. odwołujący na kwotę brutto 652.392,00zł.
2. przystępujący na kwotę brutto 397.290,00zł.

Przy rozpoznaniu niniejszego odwołania istotne jest również zagadnienie doświadczenia własnego zamawiającego co do warunków i kosztów eksploatacji przedmiotowego obiektu w tym kosztów jego prowadzenia w zakresie objętym przedmiotowym zamówieniem. Na tę okoliczność zamawiający na rozprawie przywołał w poczet materiału dowodowego decyzję pozwolenie na użytkowanie z dnia 24.06.2019 roku wydaną przez Powiatowy Inspektorat Nadzoru Budowlanego z której wynika, że obiekt sportowy wszedł do użytkowania w połowie miesiąca czerwca bieżącego roku (Dowód Nr 3 zamawiającego -w aktach sprawy).

Ponadto co do wyczerpania obowiązku starannego szacowania wartości zamówienia w myśl art.32 ust.1 ustawy to zamawiający przedłożył na tę okoliczność dokument z szacowania wartości zamówienia z dnia 7 czerwca 2019 roku (Dowód nr 5 zamawiającego - w aktach sprawy). Z dokumentu tego wynika, że zamawiający dokonał szacunku nie na podstawie własnej kalkulacji tylko w wyniku zapytania o cenę, przedstawiając potencjalnym wykonawcom opis przedmiotu zamówienia. Zamawiający uzyskał dwie odpowiedzi, które jako wynik średniej arytmetycznej stanowiły ustalenie szacunkowej wartości zamówienia. To jest jedna z firm podała kwotę netto 372.764, 23 zł. a druga podała kwotę netto 760.975,61 zł. Jako średnia arytmetyczna tych dwóch kwot daje kwotę 566.869,92 złotych netto (dowód Nr 5 zamawiającego - w aktach sprawy).

Izba odnosząc się do powyżej przedstawionego sposobu ustalenia wartości szacunkowej stwierdza raczej brak staranności po stronie zamawiającego w tym zakresie a co powoduje brak adekwatności ustalonej wartości do podstawy ustalenia zarzutu rażąco niskiej ceny. Powyższy wniosek Izba opiera mając na uwadze zwłaszcza przedstawione poniżej dowody na rozprawie przez samego zamawiającego.

Zamawiający wykazał na rozprawie, że obiekty porównywalny technologicznie ale większy jeżeli chodzi o powierzchnię lustra jest eksploatowany w roku ubiegłym (2018r.) i na bieżąco (2019r.) za kwoty porównywalne do kwoty zaoferowanej przez przystępującego (Park Wodny w Koszalinie). Na powyższą okoliczność zamawiający na rozprawie złożył jako dowody informacje z otwarcia ofert z dnia 11.03.2019 roku (Dowód nr 6 zamawiającego - w aktach sprawy) jak i informacje z dnia 29.03.2019 roku (Dowód nr 1 przystępującego - w aktach sprawy) na obiekty sportów wodnych w Koszalinie (obiekt przy ul. Rolnej 14 i ul. Jedności 4 Głowackiego 3-5 w Koszalinie). Ze złożonych ofert wynika, że oferowane kwoty (416.316,00zł; 527.090,90zł; 419.404,50 zł.; 384.983,00zł.; 408.850,80 zł.) w przeważającej większości są porównywalne z ofertą przystępującego złożoną w przedmiotowym postępowaniu a dotyczą większego obiektu sportowego. Na potwierdzenie wielkości obiektów jak i porównywalnej na nich technologii i wymaganych czynności złożył zamawiający dowody takie jak opis przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu (dowód Nr 7 zamawiającego - w aktach sprawy), umowę nr 2 ZP/2019/DZP z dnia 08.04.19 roku na obiekt w Koszalinie z przystępującym (dowód nr 6 zamawiającego - w aktach sprawy) jak i wyciąg z notatki prasowej Głos Koszaliński o wielkości Parku Wodnego w Koszalinie (Dowód nr 7 zamawiającego - aktach sprawy).

Powyższym okolicznościom wynikającym z powyższych dowodów odwołujący nie zaprzeczył. Izba przyznała w tej sytuacji wywody zamawiającego i przystępującego za wykazane co do faktu, że większy obiekt w Koszalinie jest obsługiwany w tym samym zakresie za porównywalną kwotę oferowaną przez przystępującego.

W tym stanie rzeczy Izba odnosząc się także do treści złożonych wyjaśnień w dniu 2 lipca 2019 roku przez przystępującego na wezwanie zamawiającego a przywołanych poniżej stwierdza, że nieuprawnione jest żądanie odwołującego do odrzucenia oferty bez ponownego wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny zwłaszcza w kontekście opisu przedmiotu zamówienia.

W tym miejscu Izba przywołuje wyjaśnienia przystępującego z dnia 2 lipca 2019 roku udzielone na wezwanie zamawiającego z dnia 28 czerwca 2019 roku.

„W nawiązaniu do otrzymanego wezwania informujemy, że zaoferowana cena za realizację zadania jest realna tj. pokryje wydatki wykonawcy i pozwoli zamawiającemu na realizację zamówienia bez poniesienia strat. Cena zawarta w ofercie zawiera wszystkie koszty realizacji umowy wynikające z opisu przedmiotu zamówienia w tym koszty obsługi całodobowej pracowniczej oraz zakup i dostawa środków chemii basenowej.

Doświadczenie uzyskane przy realizacji podobnych zadań w ostatnich latach pozwala wykonawcy na rzetelne i precyzyjne określenie kosztów co przekłada się na możliwość skalkulowania najkorzystniejszej oferty. W ostatnich latach wykonawca zrealizował zadania polegające na obsłudze technologicznej Parku Wodnego w Koszalinie. Obiekt o podobnej wielkości do parku wodnego Trzy Fale (Koszalin: 8 obiegów basenowych, pow. lustra wody ok. 1500 m², Słupsk: 9 obiegów, pow. lustra wody ok. 1100 m²) obsługiwany był w trybie ciągłego nadzoru wraz z dostawą środków chemicznych za kwotę:

- 382 207,44 PLN brutto w okresie od 1 stycznia do 31 grudnia 2017 r. — referencje w załączeniu
- 398 535,81 PLN brutto w okresie od 1 stycznia do 31 grudnia 2018 r. — referencje w załączeniu

Biorąc powyższe pod uwagę zaoferowana przez wykonawcę kwota 397 290,00 jest proporcjonalna i zapewni pokrycie kosztów wykonania usługi oraz pozwala na osiągnięcie zakładanego zysku”.

W ocenie Izby tak udzielone wyjaśnienia w tym załączone dowody w postaci referencji ze wskazaniem kwot wynagrodzenia, nie stanowią wyczerpującego wyjaśnienia zarówno w kontekście wartości szacunkowej jak i niezależnie od wartości szacunkowej zarzutu rażąco niskiej ceny. Tego rodzaju wyjaśnienia mogą stanowić jedynie zapewnienia doświadczonego wykonawcy ale wykonawca nie przedstawił kalkulacji kosztów składających się na zakres obowiązków wynikających z obsługi obiektu sportowego z uwzględnieniem opisu przedmiotu zamówienia, które by uwiarygadniały zaoferowaną kwotę.

Niemniej Izba mając na uwadze racjonalność wydatków publicznych to jest korzystną ofertę przystępującego oraz okoliczności wykazane na rozprawie co do nieprofesjonalnego ustalenia wartości szacunkowej przez samego zamawiającego, jak i ogólnego standardowego, bez uszczegółowienia wezwania do wyjaśnienia, znajduje podstawy do ponownego wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień.

W tym stanie rzeczy Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia odwołania na mocy art. 192 ust.2 ustawy, ponieważ odwołujący nie wykazał naruszenia wskazanych przepisów art.90 ust.3 i art.89 ust.1 pkt 4 w związku z art.7 ust.1 ustawy jako mających wpływ na wynik postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, a także w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 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. z 2018 r. poz. 972) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 7.500,00 zł. oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty poniesione na wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3 815,00 zł na podstawie faktury vat złożonej na rozprawie oraz zwrotu kosztów dojazdu na rozprawę.

Przewodniczący: