

Sygn. akt: KIO 3166/20

WYROK
z dnia 17 grudnia 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 grudnia 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 listopada 2020 roku przez wykonawcę Odwołującego - **wykonawcę IVIA Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, w imieniu której postępowanie prowadzi Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski z siedzibą we Wrocławiu**

przy udziale **wykonawcy Schuessler - Plan Inżynierzy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: - **wykonawcę IVIA Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - wykonawcę IVIA Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok -

w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt KIO 3166/20

UZASADNIENIE

Dnia 30 listopada 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019r., poz. 1843 ze zmianami, dalej jako „PZP”) odwołanie złożył wykonawca **IVIA Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach** (dalej jako „Odwołujący”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Opracowanie dokumentacji dla zadania »Prace na odcinku Katowice Zawodzie - Mysłowice- Sosnowiec Jęzor wraz z dobudową torów aglomeracyjnych oraz na obwodnicach towarowych GOP na odc. Katowice Muchowiec - Chorzów Stary — Piekary Śl. Szarlej — Radzionków, wraz z przyległymi łącznicami« w ramach projektu inwestycyjnego pn.: »Rewitalizacja linii kolejowej nr 138 na odcinku Katowice - podg. Szabelnia — Mysłowice«, prowadzi Zamawiający: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, w imieniu której postępowanie prowadzi Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski z siedzibą we Wrocławiu**. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 31 marca 2020 r. pod nr 2020/S 064-154144.

Odwołanie wniesiono wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- 1) odrzuceniu oferty Odwołującego jako złożonej przez wykonawcę, który nie udzielił wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny;
- 2) wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Schuessler-Plan Inżynierzy Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Schuessler-Plan”) jako oferty najkorzystniejszej;
- 3) zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej spośród ofert złożonych w postępowaniu i niepodlegających odrzuceniu.

Zamawiającemu zarzucano naruszenie następujących przepisów:

1) art. 90 ust. 3 PZP w zw. z art. 90 ust. 1a PZP oraz w zw. z art. 7 ust. 1 PZP, poprzez bezpodstawne uznanie, że Odwołujący nie udzielił wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny pod kątem jej rzekomo rażąco niskiej wartości, podczas gdy:

• Odwołujący dwukrotnie udzielił takich wyjaśnień, tj. w zakresie ceny wskazanej

w ofercie (w dniu 25 maja), a następnie w zakresie ceny zaoferowanej w trakcie aukcji elektronicznej (w dniu 22 czerwca), a wyjaśnienia te zostały przez Zamawiającego ocenione jako pełne, wystarczające i potwierdzające rynkowy poziom zaoferowanej ceny, wskutek czego w dniu 1 września 2020r. oferta Odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza - ostatecznie jednak z niewiadomych przyczyn Zamawiający w żadnej mierze nie wziął tych wyjaśnień pod uwagę przy finalnej ocenie oferty Odwołującego, zawężając ją jedynie do dokonanego przez siebie (bezpodstawnie) wezwania „aktualizującego” i informacji uzyskanych w odpowiedzi;

• kolejne wezwanie do udzielenia przez Odwołującego wyjaśnień (z dnia 4 listopada 2020r.) było niedopuszczalne i nie mogło wywołać jakichkolwiek skutków prawnych,

w szczególności w związku z jego wystosowaniem Zamawiający nie był uprawniony do uznania, że brak odpowiedzi w terminie oznacza niewykazanie, że cena nie jest (już) rażąco niska i tym samym, że upoważnia do odrzucenia oferty;

2) art. 90 ust. 1a PZP oraz art. 87 ust. 1 PZP, poprzez bezpodstawne wezwanie Odwołującego do ponownego złożenia wyjaśnień, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, podczas gdy:

• wyjaśnienia takie zostały już wcześniej przez Odwołującego złożone i zostały przez Zamawiającego ocenione jako pełne, wystarczające i potwierdzające rynkowy charakter ceny zaoferowanej przez Odwołującego;

• zmiana podwykonawcy w trakcie postępowania nie uprawniała Zamawiającego do wystosowania kolejnego wezwania do wyjaśnień, w szczególności wbrew twierdzeniom Zamawiającego, okoliczność ta nie mogła być źródłem rzekomych „wątpliwości powstałych na tle wyjaśnień już udzielonych”;

• wezwanie do złożenia wyjaśnień potwierdzających, że „nadal aktualna jest sytuacja, że zaoferowana cena nie jest

rażąco niska" nie zmierzało do doprecyzowania, czy skonkretyzowania wyjaśnień udzielonych już wcześniej przez Odwołującego w związku

z istniejącym nadal domniemaniem zaferowania ceny rażąco niskiej - domniemanie to zostało już bowiem obalone wcześniej przez Odwołującego, zaś kolejne wezwanie do wyjaśnień stanowiło próbę wymuszenia na Odwołującym ponownej kalkulacji ceny

z uwzględnieniem nowych okoliczności i wytworzenia oferty o nowej treści, co jest niedopuszczalne w świetle art. 87 ust. 1 zdanie drugie in fine;

3)art. 91 ust. 1 PZP poprzez wybór oferty Schuessler-Plan, która powinna zostać sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert, oraz poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej spośród ofert złożonych w postępowaniu

i niepodlegających odrzuceniu;

4)art. 7 ust. 1 PZP poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w szczególności poprzez:

a.bezpodstawne wielokrotne wzywanie Odwołującego do składania wyjaśnień odnośnie tej samej okoliczności, tj. zaferowanej ceny, w sytuacji, gdy już wcześniej złożone wyjaśnienia obaliły domniemanie ceny rażąco niskiej i były wystarczające do dokonania prawidłowej oceny oferty Odwołującego, a także

b.poprzez skierowanie wezwania „aktualizującego” wyłącznie do Odwołującego, podczas gdy Zamawiający - zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców - chcąc się upewnić, że dotychczasowe wyjaśnienia udzielone przez wykonawców odnośnie rażąco niskiej ceny pozostają nadal aktualne powinien tego rodzaju wezwanie skierować do wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, których ceny były wcześniej wyjaśniane pod kątem domniemanego rażąco niskiego poziomu, czego zaniechał.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru oferty Schuessler-Plan jako oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Odwołującego;

2.przeprowadzenia ponownego badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Ponadto Odwołujący wnosił o:

1.dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności wskazane w jego uzasadnieniu;

2.niejawnianie osobom trzecim, w tym wykonawcom przystępującym do postępowania odwoławczego, informacji zawartych w części uzasadnienia zarzutów jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „u.z.n.k.”), których zasadność utajnienia Odwołujący wykazał w wyjaśnieniach z dnia 10 listopada 2020r. i które dotychczas nie zostały ujawnione osobom trzecim.

Odwołujący podkreślił, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 PZP oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia wskazanych przepisów PZP polegającą na nieuzyskaniu zamówienia, bowiem wskutek dokonania przez Zamawiającego wymienionych czynności i zaniechań niezasadnie odrzucono ofertę Odwołującego, podczas gdy powinna ona zostać uznana za najkorzystniejszą, co umożliwiłoby udzielenie mu zamówienia w wyniku postępowania.

Informacja o wyniku postępowania, w tym o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz o wyborze oferty Schuessler-Plan, została przekazana Odwołującemu w dniu 20 listopada b.r., a zatem odwołanie zostało wniesione w ustawowym terminie. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

W uzasadnieniu zarzutów podniesiono, że przedmiotem postępowania jest wykonanie dokumentacji projektowej. Zgodnie z postanowieniami SIWZ, oferty były oceniane wyłącznie w oparciu o zaferowane ceny brutto (pkt 19.7 IDW - Tom I SIWZ), przy czym Zamawiający przewidział zastosowanie aukcji elektronicznej (pkt 20.1 i n. IDW). Wynagrodzenie należne wykonawcy, które ma odpowiadać cenie wskazanej w ofercie, ma charakter ryczałtowy (§ 1 pkt 9 Projektu Umowy - Tom II SIWZ).

Odwołujący w złożonej ofercie wskazał cenę 12.054.000 zł za realizację zamówienia. Ponieważ zaferowana cena była o 30% niższa od średniej cen wszystkich ofert, Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1a PZP wezwał Odwołującego do wyjaśnień odnośnie zaferowanej ceny.

W wyjaśnieniach złożonych w dniu 25 maja 2020r. Odwołujący wyczerpująco wykazał, że zaferowana cena została skalkulowana w sposób rzetelny i gwarantuje realizację zamówienia z zachowaniem odpowiedniego zysku. Wraz z wyjaśnieniami przedstawiono szereg dowodów, które potwierdzały realność zaferowanej ceny.

Następnie, w dniu 4 czerwca, Zamawiający zaprosił Odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej, przyjmując iż jego ofert nie podlega odrzuceniu, w szczególności ze względu na rażąco niską cenę. Zgodnie bowiem z art. 91 b ust. 1 PZP, zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. Zatem Zamawiający pozytywnie ocenił dotychczasowe wyjaśnienia Odwołującego - w przeciwnym wypadku powinien był bowiem odrzucić ofertę Odwołującego i nie zapraszać go do udziału w aukcji, co jednak nie miało miejsca.

W wyniku przeprowadzanej aukcji cena oferowana przez Odwołującego została obniżona do kwoty 9.390.000 zł. Zamawiający w dniu 19 czerwca 2020r. ponownie wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1a PZP, w odpowiedzi na co Odwołujący w piśmie z dnia 22 czerwca 2020r. wskazał konkretne okoliczności, które umożliwiły dalsze obniżenie ceny, co zostało dodatkowo potwierdzone stosownymi dowodami.

Następnie w trakcie oceny spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu Zamawiający uznał, że wobec podmiotu, na zasobach którego Odwołujący polegał, tj. Sudop Praga a.s. (dalej jako „Sudop”), zachodzą podstawy wykluczenia i wezwał w trybie art. 26 ust. 3 PZP do zastąpienia go innym podmiotem. W odpowiedzi Odwołujący

w dniu 12 sierpnia 2020r. powołał się na zasoby nowego podmiotu trzeciego, tj. Multiconsult Polska Sp. z o.o. (dalej jako „Multiconsult”). Multiconsult zastąpił Sudop, udostępniając Odwołującemu zasoby doświadczenia w takim samym zakresie jak wcześniej Sudop, a także zobowiązując się do występowania w charakterze podwykonawcy usług, do wykonania których posiadał zdolności wymagane przez Zamawiającego.

Ostatecznie w dniu 1 września 2020r. Zamawiający ogłosił wyniki postępowania, zgodnie z którymi za najkorzystniejszą uznano ofertę Odwołującego, zaś spośród pozostałych pięciu dwie zostały odrzucone jako oferty z rażąco niską ceną (jako podstawę odrzucenia wskazano art. 90 ust. 3 w zw. za art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP). Powyższe oznacza, że Zamawiający uznał wcześniejsze wyjaśnienia Odwołującego dotyczące ceny,

z uwzględnieniem dodatkowych wyjaśnień udzielonych po aukcji, za wystarczające potwierdzenie, iż cena zaoferowana w postępowaniu przez Odwołującego nie jest rażąco niska. Zamawiający nie sygnalizował Odwołującemu w żaden sposób jakoby udzielone dotychczas wyjaśnienia budziły wątpliwości, wymagały doszczegółowienia bądź konkretyzacji w jakimkolwiek zakresie.

Odwołujący zwrócił także uwagę na różnice w cenach zaoferowanych Zamawiającemu w postępowaniu przez wykonawców. O ile w przypadku cen pierwotnych (sprzed aukcji) rozpiętość była znaczna (od 12.054.000 zł do 23.370.000 zł, przy budżecie Zamawiającego w kwocie 16.359.000 zł), co było oczywistą konsekwencją dopuszczenia aukcji elektronicznej i możliwości dalszego obniżenia ceny, to jednak ceny ostateczne zaoferowane przez wykonawców w wyniku aukcji, mieściły się w zakresie od 9.390.000 zł do 10.9500 zł. Średnia cen ostatecznych wyniosła zaś 9.848.666,67 zł, co oznacza, że oferta Odwołującego z cena w wysokości 9.390.000 zł co była od tej średniej niższa zaledwie

o 4.66%. Już tak nieznaczna rozpiętość cen ostatecznych wszystkich sześciu ofert wskazywała, że to szacunkowa wartość zamówienia została niezasadnie zawyżona.

Wybór oferty Odwołującego z dnia 1 września 2020r. został zakwestionowany przez Schuessler-Plan, który w odwołaniu złożonym do Krajowej Izby Odwoławczej zarzucił Zamawiającemu m.in. zaniechanie wykluczenia Odwołującego oraz odrzucenia jego oferty jako zawierającej rażąco niską cenę. Zamawiający nie uwzględnił odwołania, jednak 28 września 2020r. unieważnił z własnej inicjatywy czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zawiadomił o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP z uwagi na rzekome niewykazanie spełnienia warunku w zakresie doświadczenia oraz dysponowania osobą zdolną do wykonania zamówienia. Powyższe skutkowało odrzuceniem oferty Odwołującego jako złożonej przez wykluczonego wykonawcę (art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP), lecz jednocześnie Zamawiający nie odrzucił oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 3 PZP, a tym samym - pomimo zgłoszonych zarzutów przez Schuessler-Plan - nie uległa zmianie ocena Zamawiającego co do zaoferowanej ceny przez Odwołującego. Ponieważ odwołanie zostało cofnięte, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze i tym samym również nie rozstrzygała o kwestii ceny.

Odwołujący nie zgodził się z bezzasadnym wykluczeniem i w dniu 8 października 2020r. wniósł na tę czynność odwołanie (uwzględnione przez Zamawiającego, wobec czego sprzeciw złożył Schuessler-Plan), które Izba wyrokiem z dnia 3 listopada 2020r. (sygn. akt: KIO 2573/20), uwzględniła w całości i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego.

Powyższe rozstrzygnięcie powinno zakończyć etap badania i oceny złożonych ofert oraz umożliwiałoby wybór oferty Odwołującego zgodnie z zapadłym wyrokiem Izby. Zamawiający dysponował bowiem ofertą Odwołującego, która była prawidłowa zarówno

w zakresie podmiotowym, jak i przedmiotowym — w tym, w szczególności w zakresie zaoferowanej ceny, będącej wcześniej przedmiotem szczegółowej analizy Zamawiającego

w oparciu o dwukrotnie udzielone wyjaśnienia, jak i będącej ofertą najkorzystniejszą w świetle przyjętych kryteriów oceny.

Tymczasem Zamawiający w dniu 4 listopada 2020r. wezwał Odwołującego po raz trzeci do udzielenia wyjaśnień odnośnie zaoferowanej ceny. Zamawiający nie wskazał podstawy prawnej kolejnego wezwania, wskazując jedynie ogólnikowo, że ponowne żądanie wyjaśnień jest uzasadnione zmianą dotychczasowego podwykonawcy, jaka miała miejsce

w trakcie postępowania, co miało wzbudzić u Zamawiającego „wątpliwości (...) na tle wyjaśnień już złożonych w zakresie rażąco niskiej ceny”. W związku z tym Zamawiający również ogólnikowo wezwał Odwołującego do wyjaśnień, „czy nadal aktualna jest sytuacja, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska”. Wyjaśnień należało udzielić do 9 listopada 2020r. godz. 10:00, co de facto oznaczało, że Odwołujący miał zaledwie 3 pełne dni robocze na ich przygotowanie.

Ostatecznie Odwołujący złożył wyjaśnienia w dniu 10 listopada 2020r., a zatem dzień po wyznaczonym terminie. W ich treści po raz kolejny wykazał wyczerpująco sposób, w jaki sposób cena oferty została obliczona, wraz dowodami potwierdzającymi prawidłowość przyjętych kalkulacji oraz rynkowy poziom ceny. Mimo to Zamawiający w dniu 20 listopada 2020r. ogłosił ponowne wyniki postępowania, informując jednocześnie o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 PZP. Jako podstawę faktyczną odrzucenia wskazano nieudzielenie w terminie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, ale też niewystarczającą treść udzielonych wyjaśnień, które zdaniem Zamawiającego nie potwierdzały w dostatecznym stopniu, że cena nie jest rażąco niska.

W pierwszej kolejności Odwołujący podkreślił, że badaniu podlega cena oferty na dzień jej złożenia. Oświadczenie woli wykonawcy, jakim jest złożenie oferty wraz ze wskazaniem ceny, za którą zamierza zrealizować zamówienie, jest oświadczeniem składanym w określonym momencie i w określonych okolicznościach. Ma ono charakter wiążący (co najmniej przez okres związania ofertą), nie może ulec zmianom (z zastrzeżeniem wyjątków opisanych art. 87 ust. 2 PZP) i konsekwentnie zawsze powinno być ono oceniane z uwzględnieniem okoliczności towarzyszących jego złożeniu, a nie takich, które wystąpiły później, a które siłą rzeczy nie mogły być wcześniej uwzględnione przez wykonawcę.

Innymi słowy, oferta albo została złożona z rażąco niską ceną (tj. cena była rażąca już w momencie jej zaoferowania), za którą obiektywnie nie jest możliwe wykonanie zakresu zamówienia na warunkach rynkowych i bez ponoszenia straty, albo została przygotowana

w sposób prawidłowy z ceną realną i wiarygodną, skalkulowaną w relacji do rzeczywistych kosztów ponoszonych przez wykonawcę. W żadnym jednak wypadku oferta pierwotnie prawidłowo skalkulowana, za którą można z zyskiem wykonać zamówienie, nie może „stać się” ofertą złożoną z rażąco niską ceną w trakcie postępowania, w związku ze zmieniającymi się w postępowaniu okolicznościami leżącymi poza zakresem kalkulacji czynionych na potrzeby złożenia oferty. Dlatego też wszelkie późniejsze zdarzenia, w tym zmiany kosztów materiałów, robocizny, kursów walut czy kosztów podwykonawstwa, nie mogą mieć wpływu na ocenę wiarygodności zaoferowanej wcześniej ceny (tak wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2014 r., KIO 2239/13, KIO 2240/14).

Nie chodzi bynajmniej o zmieniającą się w czasie ocenę wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę bez zmiany treści tychże wyjaśnień, która to ocena może ulec zmianie - przykładowo, gdy po pozytywnej ocenie przedstawionych przez wykonawcę kalkulacji, zamawiający pozyskuje informację podważającą wiarygodność wcześniej udzielonych wyjaśnień w świetle okoliczności aktualnych na datę składania ofert, uznając w efekcie, że cena od początku była rażąco niska.

Powyższe spostrzeżenie, nieraz umyka zamawiającym, którzy - szczególnie w przypadku przedłużających się postępowań - chcieliby uzyskać zapewnienie, że pomimo upływu czasu oferta wciąż opiera się na aktualnych założeniach i wykonawca zrealizuje zamówienie na warunkach w niej wskazanych. Ponadto

trudno wyobrazić sobie jak miałby taki mechanizm działać w praktyce, bez jednoczesnej możliwości zmiany treści oferty przez wykonawcę w związku ze zmieniającymi się np. w trakcie postępowania cenami surowców. Wszak składając ofertę wykonawca kalkuluje cenę według stanu bieżącego z uwzględnieniem tylko takich przyszłych okoliczności, które da się racjonalnie przewidzieć, a które już na etapie kalkulacji można i należy w cenie uwzględnić. Po złożeniu oferty wykonawca nie może zmieniać zaoferowanej ceny, ani poprzez jej podwyższenie, ani obniżenie - przykładowo stosownie do zmiany cen na rynku, czy przyjętej przez niego koncepcji realizacji zamówienia. Nie sposób też byłoby wówczas ustalić granice takiego aktualizującego badania oferowanych cen, które hipotetycznie mogłyby trwać w nieskończoność. Co więcej działanie takie prowadziłoby do oczywistych wypaczeń, bowiem równie dobrze oferta, która zawierała w momencie jej złożenia cenę rażąco niską, w wyniku przedłużającego się postępowania mogłaby stać się finalnie ceną rynkową, np. wskutek spadku cen na rynku.

W świetle przepisów aktualnie obowiązujących, oferty należy poddawać badaniu i ocenie według stanu, który towarzyszył złożeniu oferty. Dlatego też Zamawiający całkowicie błędnie przyjął, że wskutek zmiany podwykonawcy w toku postępowania, wcześniejsze wyjaśnienia Odwołującego choć były wyczerpujące i skutecznie potwierdziły rynkowość ceny, to niejako straciły aktualność, a tym samym konieczne jest udzielenie ponownych wyjaśnień nawiązujących do nowo zaistniałych okoliczności (zaangażowanie innego podmiotu), przy jednoczesnym de facto całkowitym pominięciu wyjaśnień już udzielonych. Znamienne przy tym, iż dokonując takiego ponownego wezwania do wyjaśnień:

- Zamawiający nie wskazał w wezwaniu z 4 listopada 2020 r. podstawy prawnej swojego działania i podstawy takiej nie sposób znaleźć, zaś wezwanie to uznać należy za niedopuszczalne a tym samym nie może ono wywoływać skutków jakie ustawa wiąże

z brakiem udzielenia wyjaśnień;

- Zamawiający nie wskazuje na czym konkretnie miałyby polegać jego wątpliwości, zważywszy na to, że wyjaśnienia udzielone wcześniej przez Odwołującego potwierdziły rynkowy charakter zaoferowanej ceny, zaś przepisy PZP dopuszczają wezwanie do wyjaśnień dotyczących ceny tylko w razie powstania wątpliwości co do obiektywnej niemożliwości wykonania danego zamówienia za zaoferowaną ceną - w szczególności Zamawiający nie precyzuje, który element przekazanej mu wcześniej kalkulacji w jego ocenie jest nieprawidłowy, czy też nie pozwala na wykonanie zamówienia za cenę rynkową;

- Zamawiający nieudolnie próbuje w spornym wezwaniu wskazywać na rzekome „wątpliwości (...) na tle wyjaśnień już złożonych w zakresie rażąco niskiej ceny”, co miałyby niejako usankcjonować sporne wezwanie, niemniej wątpliwości tego rodzaju nie mogły po stronie Zamawiającego powstać bowiem jak wynika chociażby z treści tegoż wezwania oczekuje on potwierdzenia, że zaoferowana cena nadal nie jest rażąco niska - skoro zatem cena nie była rażąco niska przed spornym wezwaniem i jej rynkowy poziom Odwołujący dwukrotnie potwierdził obszernymi wyjaśnieniami, to nie mogły one budzić wątpliwości Zamawiającego, gdyż w przeciwnym razie Zamawiający nie uznałby ceny za rynkową; Zamawiający zresztą nie wskazuje, który element wcześniejszych wyjaśnień budzi wątpliwości i wymaga w związku z tym doszczegółowienia lub konkretyzacji (co ewentualnie dopuszcza się w orzecznictwie KIO akceptując wielokrotne wezwania do wyjaśnienia ceny).

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego wątpliwości, na które się powołuje są pozorne, nie mogły powstać na tle już złożonych wyjaśnień i co najwyżej można by tu mówić o zaistniałej po stronie Zamawiającego chęci dokonania aktualizującego wezwania do wyjaśnień, które nie znajduje oparcia w przepisach PZP.

W procedurze wyjaśnienia ceny określonej w art. 90 ust. 1a PZP stosuje się dwa punkty odniesienia, tj. 1) szacunkowa wartość zamówienia oraz 2) zaoferowane przez wykonawców ceny. Ustawodawca dopuścił zaktualizowanie w toku postępowania wyłącznie tego pierwszego punktu odniesienia („wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych a tym samym podobny mechanizm nie ma zastosowania w jakimkolwiek stopniu do cen ofert, które mają charakter niezmienny (arg. z art. 87 ust. 1 zdanie drugie PZP).

Zamawiający dokonał oceny złożonych wyjaśnień i uznał je za kompletne, czemu ostatecznie dał wyraz wybierając ofertę Odwołującego. Jednocześnie w toku postępowania nie ujawniono jakichkolwiek okoliczności, które podważałyby wiarygodność dotychczasowych twierdzeń i dowodów przedstawianych na potwierdzenie realności ceny Odwołującego. Na marginesie zauważono, że zmiana podwykonawcy (12 sierpnia) nastąpiła przed pierwszym wyborem oferty najkorzystniejszej (1 września), jednak wówczas Zamawiającemu nie towarzyszyły wątpliwości związane z wpływem tej zmiany na aktualność wyjaśnień. Stąd też za niedopuszczalne należy uznać wezwanie o następującej treści: *„zwracam się o udzielenie wyjaśnień oraz przedstawienie dowodów, czy w wyniku zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem, nadal aktualna jest sytuacja, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska”*. Zamawiający mógłby ewentualnie zażądać jedynie dodatkowych wyjaśnień wyłącznie, gdyby powziął wiedzę, czy wątpliwości co do wiarygodności uprzednio przedstawionej odpowiedzi, natomiast w żadnym wypadku nie mógł zmierzać do potwierdzenia, że oferta dalej nie podlega odrzuceniu, a tak właśnie można odczytać wyżej przywołany fragment wezwania. Powyższe wiąże się z ukształtowaną w orzecznictwie zasadą jednokrotności wzywania do wyjaśnień w zakresie ceny.

Zasada ta ma na celu nie tylko zdyscyplinowanie wykonawców oraz ochronę uczciwej konkurencji, lecz także zapewnienie, że również zamawiający nie będzie wielokrotnie wzywał do udzielenia odpowiedzi na kwestie raz już dostatecznie wyjaśnione. Z zasady tej wywodzi się jednak nie tylko oczekiwanie wobec wykonawcy, że już w pierwszych wyjaśnieniach

w sposób dostateczny wykaże, że cena nie jest rażąco niska. Jest ona bowiem ściśle związana z zakazem zmiany już złożonych wyjaśnień przez wykonawcę w kolejnych wyjaśnieniach, w tym powoływania się na nowe, nie wskazane wcześniej okoliczności, które mogłyby potwierdzić rynkowość ceny - a to z uwagi na wynikający z art. 87 ust. 1 PZP zakaz prowadzenia negocjacji w toku udzielanych wyjaśnień oraz zmiany treści oferty. Również

w literaturze wskazuje się, że raz udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia są wiążące

i stanowią treść jego oferty, zaś Przepisy Prawa zamówień publicznych nie przewidują *expressis verbis* możliwości odwołania złożonych wyjaśnień. Odwołanie złożonych wyjaśnień będzie uznane za niedopuszczalne prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty. Do takiej natomiast zmiany wcześniejszych wyjaśnień w zakresie planowanym do zlecenia podwykonawcy, czy nawet do całkowitego odwołania kalkulacji

przedstawionych wcześniej w tym zakresie, zmuszało Odwołującego de facto wezwanie Zamawiającego z dnia 4 listopada 2020r. Wezwanie to stanowiło próbę wymuszenia na Odwołującym ponownej kalkulacji ceny z uwzględnieniem nowych okoliczności (nowego podwykonawcy) i wytworzenia oferty o nowej treści, co jest niedopuszczalne w świetle art. 87 ust. 1 PZP zdanie drugie in fine.

Z tych samych przyczyn, Zamawiający nie ma podstaw do żądania wyjaśnień z uwagi na okoliczności, które nie były aktualne w momencie składania oferty. Treść przepisów PZP dotyczących wyjaśnienia ceny - tj. art. 90 ust. 1 oraz 1a PZP - uzasadnia wezwanie wykonawcy do przedstawienia wyjaśnień tylko w przypadkach w tych przepisach wskazanych, które z kolei nie zaistniały w odniesieniu do Odwołującego w kontekście wezwania do wyjaśnień, a które otrzymał w dniu 4 listopada 2020r.

Odwołujący ufa, że działanie Zamawiającego wynikało wyłącznie z błędnej interpretacji przepisów oraz mylnego założenia, że zmiana okoliczności powstałych po terminie złożenia ofert może warunkować ocenę ceny wcześniej zaoferowanej i tym samym nie było ono podejmowane z intencją odrzucenia jego oferty. Odwołujący pozostaje w takim przekonaniu nawet pomimo tego, że wobec pozostałych pięciu wykonawców nie skierowano wezwań w celu potwierdzenia, czy również w ich przypadku „nadal aktualna jest sytuacja, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska”.

Podsumowując Odwołujący zauważył, że nie budziło zastrzeżeń Odwołującego pierwsze wezwanie do wyjaśnień odnośnie ceny wskazanej w ofercie, jak i co do ceny zaoferowanej w toku aukcji. W obu przypadkach spełnione były przesłanki wynikające z art. 90 ust. 1a PZP, obligujące Zamawiającego do składania wezwań. Skoro bowiem w toku aukcji zostały zaoferowane nowe ceny, to dopuszczalna i uzasadniona była ich weryfikacja. Takie działanie było szczególnie wskazane wobec wykonawców, którzy, tak jak Schuessler-Plan, pierwotnie zaoferowali ceny przekraczające 20 mln zł, by ostatecznie zaoferować kwoty poniżej 10 mln zł (w przypadku wspomnianego wykonawcy różnica przekraczała 57%). Wówczas istotnie należało powziąć wątpliwości co do rzetelności i realności cen zaoferowanych w toku aukcji. Nie był to jednak przypadek Odwołującego, który pierwotnie przedstawił cenę 12.054.000 zł, by ostatecznie zaoferować realizację zamówienia za kwotę 9.390.000 zł.

Stąd też wezwanie z dnia 4 listopada 2020r. do złożenia ponownych wyjaśnień odnośnie tej samej ceny (co do której Odwołujący już raz udzielił wyczerpujących i nie budzących wątpliwości wyjaśnień) należało uznać za bezpodstawne, a szczególnie naruszające art. 90 ust. 1 i 1a PZP oraz wynikającą z tych przepisów, jak i orzecznictwa KIO, zasadę jednokrotnego wezwania do wyjaśnień - a w konsekwencji również sprzeczną z zasadą równego traktowania wykonawców. Antycypując ewentualne uwagi, dlaczego w takim wypadku Odwołujący nie zaskarżył samej czynności wezwania, wypada zauważyć, że termin na złożenie wyjaśnień wynosił zaledwie 3 pełne dni robocze i upływał dokładnie tydzień przed terminem na złożenie odwołania.

Z tych przyczyn zdaniem Odwołującego wezwanie do wyjaśnień z 4 listopada 2020r. należy uznać za niewynikające skutków prawnych, w szczególności w zakresie powstania domniemania rażąco niskiej ceny, jak i możliwości odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 PZP. Zamawiający nie wykazał bowiem, aby wyjaśnienia złożone odnośnie ceny zaoferowanej w trakcie aukcji w jakimkolwiek stopniu okazały się niewiarygodne czy niewystarczające, a wyłącznie taki przypadek uprawniałby do zmiany dotychczasowej oceny tych wyjaśnień, które już zostały zaakceptowane poprzez wybór oferty Odwołującego. Skoro zaś treść wyjaśnień odnośnie tej ceny potwierdzała, że Odwołujący zaoferował ją w oparciu o prawidłowe założenia, zapewniające, że wykona udzielone zamówienie za tę kwotę nie ponosząc straty, to jakiegokolwiek późniejsze zdarzenia - w tym również zmiana podwykonawcy - nie mogły skutkować uznaniem, że wyjaśnienia straciły na aktualności. Przeciwnie, wyjaśnienia, te dalej wykazywały, że cena na moment jej zaoferowania była skalkulowana prawidłowo, a wyłącznie ta kwestia podlega badaniu w ramach procedury określonej w art. 90 PZP.

Zamawiający natomiast całkowicie zignorował wcześniejsze wyjaśnienia Odwołującego, tak jakby ich w ogóle nie posiadał. Dokonując finalnej oceny oferty Odwołującego Zamawiający powinien jej dokonać w sposób wszechstronny z uwzględnieniem obszernych informacji i dowodów przedłożonych wcześniej przez Odwołującego. Ponadto sporne wezwane dotyczyło jedynie jednego z wielu kosztów składających się na zaoferowaną cenę tj. kosztu wykonania prac, jakie Odwołujący planował zlecić podwykonawcy, przy czym Zamawiający zdaje się zapominać; że niezależnie od tego, że wyjaśniając wcześniej zaoferowaną cenę Odwołujący przedstawił kalkulację i dowody związane z planowanym podwykonawstwem, to niezależnie od tego czy i komu powierza on do wykonanie części zamówienia, to jako wykonawca on odpowiada przed Zamawiającym za realizację całego zakresu zamówienia.

Ponieważ dwukrotnie udzielone wyjaśnienia Odwołującego potwierdziły, że nie zaoferował on ceny rażąco niskiej, co uznał też sam Zamawiający ostatecznie wybierając ofertę Odwołującego po przeprowadzonej aukcji, zatem należy uznać, że również w ocenie Zamawiającego cena jest prawidłowa. W istocie bowiem z uzasadnienia o odrzuceniu oferty wynika, że decyzja ta nastąpiła wyłącznie z przyczyn formalnych (niezłożenie wyjaśnień w terminie), a nie z uwagi na stwierdzenie rażąco niskiej ceny. Wprost wskazuje na to treść uzasadnienia, w którym - inaczej niż w przypadku innych odrzuconych ofert - jako podstawy prawnej nie wskazano art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP, a w treści decyzji odniesiono się wyłącznie do art. 90 ust. 3 PZP i kwestii uchybienia terminowi na wyjaśnienia. Po drugie, w treści uzasadnienia Zamawiający odniósł się wyłącznie do kilku poszczególnych elementów, rzekomo pominiętych w wyjaśnieniach, a jednocześnie nie wykazał, że cena jest rażąco niska w tym sensie, że uniemożliwia realizację zamówienia za zaproponowane wynagrodzenie całkowite. W konsekwencji w przypadku oferty Odwołującego nie zachodzi domniemanie rażąco niskiej ceny i związane z tym szczególne zasady rozkładu ciężaru dowodu określone w art. 190 ust. 1a PZP.

Podsumowując Odwołujący podkreślił, że pod uwagę winny być brane wyłącznie wcześniejsze wyjaśnienia Odwołującego, w tym wyjaśnienia z 22 czerwca 2020r., natomiast złożenie lub brak wyjaśnień w odpowiedzi na kolejne, trzecie wezwanie pozostawało bez znaczenia dla prawidłowej oceny oferty Odwołującego.

Jednakże w ocenie Odwołującego wyjaśnienia złożone w odpowiedzi na trzecie wezwanie również potwierdzają prawidłowość zaoferowanej ceny. Przed ich omówieniem Odwołujący zwrócił uwagę na brak konsekwencji po stronie Zamawiającego, który jako podstawy faktyczne do odrzucenia oferty Odwołującego wskazał zarówno złożenie wyjaśnień po terminie, jak i jednocześnie niepełnych wyjaśnień, które rzekomo nie były wystarczające do uznania, że cena nie jest rażąco niska. W konsekwencji nie jest jasne, czy podstawą odrzucenia było niezłożenie wyjaśnień w terminie, czy jednak pomimo przekroczenia tego terminu Zamawiający ostatecznie wziął pod uwagę treść wyjaśnień, dokonał ich oceny i dlatego uznał za konieczne odniesienie się do ich treści. W takim zaś przypadku należy wskazać, że zastrzeżenia Zamawiającego tam wyrażone są całkowicie bezpodstawne i nie mogły stanowić podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na niekompletność udzielonych wyjaśnień.

W części uzasadnienia zarzutów odwołania Odwołujący odniósł się do zastrzeżeń Zamawiającego co do elementów, których Odwołujący rzekomo nie uwzględnił w złożonych wyjaśnieniach i których brak miał potwierdzać, że

cena jest rażąco niska. Odwołujący zastrzegł, że ten fragment odwołania zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego, których zasadność ujawnienia wykazano w wyjaśnieniach z dnia 4 listopada 2020r. i które dotychczas nie zostały ujawnione podmiotom trzecim i wciąż korzystają z ochrony określonej w art. 8 ust. 3 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

W zastrzeżonym fragmencie Odwołujący odniósł się do elementów, na które powołał się w decyzji o odrzuceniu oferty Zamawiający co do poszczególnych kosztów, które w swoich wyjaśnieniach ceny ujął Odwołujący. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że ten nie określił dokładnie jakiego rodzaju wątpliwości powstały w wyniku przedstawionych w wyjaśnieniach okolicznościach kalkulacji ceny ofertowej, zwłaszcza w zakresie związanym ze zmianą podwykonawcy. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający powinien doprecyzować, które elementy cenotwórcze powinny być szczególnie drobiazgowo wyjaśnione. Jeżeli tego nie uczynił, a określone wątpliwości powziął dopiero na skutek wyjaśnień wykonawcy, wówczas powinien wezwać do udzielenia dodatkowych wyjaśnień w tym budzącym wątpliwości zakresie. W konsekwencji też Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, aby cena całościowa była nierealna i nie zapewniała możliwości realizacji umowy z osiągnięciem zysku przez Odwołującego.

Podsumowując Odwołujący podkreślił, że skoro Zamawiający uznał za celowe odniesienie się do treści tych wyjaśnień w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, zatem należy uznać, że - pomimo złożenia ich po terminie - zostały one wzięte pod uwagę przy ponownej ocenie oferty Odwołującego. Jednocześnie, skoro ich treść kategorycznie potwierdzała, że cena nie jest rażąco niska, to tym samym niedopuszczalne było odrzucenie oferty na podstawie art. 90 ust. 3 PZP.

Zauważono, że Zamawiający nie miał podstaw, aby wezwać Odwołującego do ponownych wyjaśnień z uwagi na zmianę podwykonawcy i tym samym niedopuszczalne jest wyciąganie wobec Odwołującego negatywnych skutków z braku udzielenia tych wyjaśnień w terminie. Skoro sam Zamawiający uwzględnił te wyjaśnienia przy ocenie ofert, to działając w sposób prawidłowy powinien był uznać, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, co też zostało przez Odwołującego należycie wykazane. Wszystkie te argumenty przemawiają za koniecznością unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 PZP.

Wobec powyższego Odwołujący wnosił jak na wstępie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, ogłoszeniu o zamówieniu, wyjaśnieniach zamieszczonych na stronie internetowej Zamawiającego, ofertach, złożonych przez Wykonawców wyjaśnieniach, odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, pismach procesowych oraz pozostałym materiale dowodowym, a także wyrażone ustnie i pisemnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona w całości żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Odwołującego oraz wybór oferty innego Wykonawcy pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w przedmiotowym zakresie.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca **Schuessler-Plan Inżynierzy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia.

Na podstawie dokumentacji przesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej Izba ustaliła, że Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ Wykonawca nie przedstawił wyjaśnień, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Wykonawca w dniu 4 listopada 2020 roku został wezwany do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów, czy w wyniku zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem nadal pozostaje aktualna sytuacja, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Zamawiający wyznaczył termin złożenia wyjaśnień na dzień 9 listopada 2020 roku na godz. 10.00. W tym dniu o godzinie 13.44 Wykonawca przekazał za pośrednictwem platformy zakupowej pismo

z prośbą o przedłużenie terminu do co najmniej 12 listopada, gdyż zapoznał się

z wezwaniem dopiero dnia 9 listopada z powodu nieprawidłowego działania platformy

i Wykonawca nie został poinformowany przez platformę o zamieszczeniu skierowanej do niego korespondencji. Zamawiający zweryfikował powyższe twierdzenia i stwierdził, że nie są one prawdziwe, a e-mail z zawiadomieniem został wysłany 4 listopada o godz. 15.00.

W dniu 10 listopada 2020 roku Odwołujący przekazał Zamawiającemu za pośrednictwem platformy wyjaśnienia. Pomimo że wyjaśnienia wpłynęły po terminie, co samo w sobie stanowi podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający dokonał ich oceny i uznał, że Wykonawca nie udowodnił, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

Zamawiający wymagał, by Wykonawca wykazał się doświadczeniem w wykonaniu co najmniej 2 studiów wykonalności o wartości co najmniej 1 000 000 zł netto każde, przy czym studium miało dotyczyć inwestycji kolejowej oraz co najmniej 1 wielobranżowej dokumentacji projektowej (projekt budowlany lub projekt wykonawczy) o wartości co najmniej 1 000 000 zł netto obejmującej tor, sieci, urządzenia sterowania ruchem, obiekty inżynierskie.

W tym zakresie Odwołujący wskazał, że będzie polegał na doświadczeniu podmiotu trzeciego, który wykona całą dokumentację objętą przedmiotem zamówienia we współdziałaniu z pracownikami Wykonawcy.

Jak wynika z wyjaśnień z dnia 10 listopada 2020 roku koordynację i prowadzenie projektu Wykonawca powierzył podmiotowi trzeciemu. Natomiast w branżach linie, węzły

i stacje kolejowe, mostowa, sieć trakcyjna wykona Wykonawca. Podmiot trzeci nie wskazał ceny za opracowanie dokumentacji w zakresie sieci, torów i obiektów inżynierskich, co stoi w sprzeczności z oświadczeniami Wykonawcy i podmiotu trzeciego. Zamawiający uznał, że przedstawiona kalkulacja ceny nie zawiera istotnych elementów cenotwórczych w zakresie powierzenia wykonania części zadania podwykonawcy.

Ponadto, zgodnie z pkt 9.2.5. OPZ (Pozostały Personel) Zamawiający wymagał dodatkowego personelu w przypadku podjęcia przez Zamawiającego decyzji o realizacji Etapu VII, co Wykonawca był zobowiązany uwzględnić przy konstruowaniu oferty.

W przedstawionej kalkulacji kosztów Wykonawca nie ujął kosztów związanych

z zatrudnieniem dodatkowego personelu: akustyka, przyrodnika, specjalisty ornitologa, specjalisty herpetologa.

Zamawiający uznał, że Wykonawca nie wskazał jakie poniesie rzeczywiste koszty związane z realizacją zamówienia, tym samym uznano, że Wykonawca nie przedstawił wyjaśnień i dowodów potwierdzających prawidłowość kalkulacji przedmiotu zamówienia.

W pozostałym zakresie Odwołujący w odwołaniu wiernie przytoczył treść dokumentów istotnych dla rozstrzygnięcia przedmiotu sporu i nie zachodziła konieczność ponownego ich przywoływania.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił obszerną argumentację przemawiającą za oddaleniem odwołania.

Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i zgromadzony materiał dowodowy, Izba doszła do przekonania, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i w całości podlegało oddaleniu.

Na wstępie skład orzekający Izby podkreśla, że zarzuty odwołania referujące do czynności wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej z dnia 4 listopada 2020 roku należy uznać za spóźnione. Zamawiający w tej dacie wezwał Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w przedmiocie ceny z uwagi na zastąpienie podmiotu trzeciego Sudop potencjałem innego podmiotu – Multiconsult. Zamawiający chciał wyjaśnić, czy okoliczność ta wpływa na przedstawioną wcześniej kalkulację ceny ofertowej.

Odwołujący nie negował faktu, że w dacie wyznaczonej na złożenie wyjaśnień, to jest 9 listopada takich wyjaśnień nie złożył, a skierował jedynie w tym dniu, już po wyznaczonej przez Zamawiającego godzinie, wniosek o przedłużenie terminu. Ostatecznie wyjaśnienia przesłano Zamawiającemu w dniu 10 listopada 2020 roku.

Jeżeli więc Odwołujący w ustawowym terminie 10 dni od otrzymania wezwania nie zakwestionował tej czynności, to wszelkie dywagacje na temat zasadności czy też skuteczności wezwania traktować należy jako spóźnione i nie podlegające uwzględnieniu. Wykonawca uprawniony był do złożenia wyjaśnień w wyznaczonym terminie i jednocześnie do korzystania ze środków ochrony prawnej na czynność Zamawiającego polegającą na skierowaniu do Wykonawcy wezwania. Odwołujący ani nie złożył wyjaśnień w terminie, ani wystarczająco wcześniej nie wnioskował o przedłużenie terminu na złożenie wyjaśnień oraz nie wniósł odwołania.

Skoro tak, to Zamawiający nie otrzymując wyjaśnień w wyznaczonym terminie, nie mógł zrobić nic innego, niż zastosować wobec oferty Odwołującego art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Złożenie wyjaśnień z uchybieniem terminu wyznaczonego przez Zamawiającego traktowane jest na równi w zakresie skutków jak brak takich wyjaśnień. Skutkiem jest zaś konieczność odrzucenia oferty takiego wykonawcy. Przepis art. 90 ust.3 ustawy Pzp ma charakter bezwzględnie obowiązujący i jego treść nie pozostawia pola do interpretacji. Brak złożenia wyjaśnień jest bezwzględną przesłanką do odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny.

Nie można również tracić z pola widzenia, że to zaniechania samego Odwołującego doprowadziły do eliminacji jego oferty z postępowania. To Odwołujący zaniechał dowiedzenia, że niemożliwość dotrzymania terminu na złożenie wyjaśnień wynikała

z okoliczności od niego niezależnych. Choć Odwołujący powoływał się na rzekome błędy

w działaniu platformy zakupowej, na której prowadzone było postępowanie, to nie przedstawiono jakichkolwiek dowodów w tym zakresie. Co najmniej dziwne wydaje się takie zachowanie i taka postawa profesjonalisty. Odwołujący w żaden także sposób nie zanegował lub choćby nie skomentował ustaleń Zamawiającego, który przeprowadził postępowanie wyjaśniające co do prawidłowości działania platformy zakupowej i nie dopatrzył się jakichkolwiek błędów w jej działaniu w terminach wskazywanych przez Odwołującego. Wyznaczonego terminu na złożenie wyjaśnień nie można uznać za naruszającego zasady równego traktowania wykonawców czy zasadę uczciwej konkurencji. Wyznaczenie terminu liczącego co najmniej kilka dni na przygotowanie wyjaśnień jest w ocenie Izby wystarczające. Zwłaszcza jeżeli weźmiemy pod uwagę fakt, że Zamawiający pytał o konkretną przesłankę i jej wpływ na kalkulację odnosząc wezwanie do zmiany podmiotu trzeciego. Odwołujący nie był więc zobowiązany do przedstawienia i wyjaśnienia nieznanych mu okoliczności, poszukiwania dodatkowych dowodów, tworzenia nowej kalkulacji.

Przechodząc do rozstrzygnięcia, czy możliwe było skierowanie do Odwołującego kolejnego wezwania do wyjaśnień ceny oferty, Izba podziela w tej kwestii stanowisko Zamawiającego i Przystępującego.

Odwołujący nie wyjaśnił na czym miałyby polegać niejasność lub też brak podstawy prawnej wezwania z 4 listopada. Zamawiający jasno w wezwaniu określił odwołując się do treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jakiej informacji oczekuje od Wykonawcy. Zamawiający ponawiał proces badania i oceny ofert w postępowaniu, a w stosunku do oferty pierwotnej Odwołującego nastąpiła istotna zmiana. Za taką z pewnością w ocenie Izby należy uznać okoliczność zmiany podmiotu trzeciego, na zasobach którego polegać chciał Odwołujący.

Na okoliczność tę klarownie zwrócił uwagę w wezwaniu Zamawiający. Jest to zdaniem Izby okoliczność kluczowa, zwłaszcza jeżeli udział takiego podmiotu w realizacji zobowiązania umownego wynosił co najmniej 30 %. Izba nie podziela opinii Odwołującego, że w stosunku do jego oferty nie zaszyły okoliczności, które nie wpływały na ocenę prawidłowości kalkulacji. Sam Odwołujący wybiórczo traktuje treść skierowanego do niego wezwania. Niewątpliwie cena ofertowa z momentem złożenia oferty (czy też w przedmiotowym postępowaniu

z momentem zakończenia aukcji elektronicznej) pozostaje stała. Jednakże zmiana podmiotu, który zaangażowany będzie w realizację zamówienia publicznego stanowi nową i istotną przesłankę, a Zamawiający zobowiązany jest ocenić wpływ tej zmiany na cenę ofertową. Równie dobrze może bowiem nastąpić zupełnie inny podział wykonania zobowiązania pomiędzy podmiotami, stosowanie do posiadanego doświadczenia i dysponowania odpowiednimi zasobami. Należy zatem dokonać sprawdzenia, czy nowa kalkulacja sporządzona została z uwzględnieniem ustaleń podmiotów. Izba zgadza się

z Zamawiającym i Przystępującym, że w odwołaniu Odwołujący powołuje się na okoliczności kompletnie nie przystające do stanu faktycznego w postępowaniu. Jak słusznie zauważył Przystępujący ryzyko wahań kursów walut czy cen surowców winno być od początku uwzględnione w cenie ofertowej.

W postępowaniu Odwołujący składając wyjaśnienia powoływał się na oferty cenowe

i doświadczenie podmiotu trzeciego. Następnie w wyniku oceny zdolności podmiotowych tego podmiotu trzeciego okazało się, że nie może on brać dalszego udziału w postępowaniu. Ustawa Pzp w określonych okolicznościach

dopuszcza zmianę podmiotu pierwotnie zaangażowanego lub posłużyć się doświadczeniem własnym. Z możliwości takiej zmiany skorzystał Odwołujący. Zdaniem Izby po dokonaniu takiej zmiany Odwołujący nie może twierdzić, że jest to okoliczność irrelevantna dla jego oferty. To bowiem podmiot nie biorący już udziału w postępowaniu dokonywał wyceny istotnej części usług do wykonania,

a wykonawca okoliczności te uwzględniał w cenie swojej oferty. Jeżeli więc wykonawca dokonuje „wymiany” podmiotu trzeciego, to przynajmniej powinien Zamawiającemu wykazać, że jego ustalenia z nowym podmiotem trzecim mają taki sam poziom zaangażowania tego podmiotu i oparte są o podobne założenia kalkulacyjne. Tego zaś Odwołujący w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie na złożenie wyjaśnień nie uczynił. Zamawiający uprawniony jest kierować do Wykonawcy kolejne wezwania o wyjaśnienie ceny oferty, jeżeli pojawiają się po jego stronie nowe wątpliwości lub mają miejsce nowe okoliczności, które mogą wpływać na poprawność kalkulacji ceny ofertowej. W przypadku gdy Zamawiający zwróci się do wykonawcy o wyjaśnienia, ciężar udowodnienia, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska spoczywa na wezwanym wykonawcy. Jeśli wykonawca nie udzieli wyjaśnień, a tak należy potraktować fakt złożenia ich po wyznaczonym terminie, oferta takiego wykonawcy musi zostać odrzucona. Wezwania do złożenia wyjaśnień nie można traktować jako czynności iluzorycznej. Czynność ta ma doniosłe znaczenie w postępowaniu, prowadzi bowiem do oceny czy w cenie oferty wezwanego wykonawcy dokonano prawidłowych założeń, ujęto całość przedmiotu świadczenia, uwzględniono wszystkie koszty osobowe, materiałowe, inne, marżę, prawidłowo zidentyfikowano i oszacowano ryzyka, które mogą się pojawić w trakcie wykonywania zobowiązania umownego.

Otrzymałszy wyjaśnienia cenowe po wyznaczonym terminie zdaniem składu orzekającego Izby Zamawiający miał prawo nie oceniać ich merytorycznie. Zamawiający dokonał tej oceny niejako dodatkowo, w sposób nadmiarowy. Jej ustalenia i wynik Izba przyjmuje za własne, nie wymagające dodatkowego wyводу. Argumentacja przedstawiona w odwołaniu oraz w niejawnej części rozprawy przez Odwołującego, nie udowodniła zasadności zarzutów odwołania. Sam zaś Odwołujący przez kwestionowanie oceny wyjaśnień próbuje niejako przywrócić termin na kwestionowanie czynności otrzymania wezwania do wyjaśnień.

Reasumując odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie a Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp, zaś jego działania miały charakter świadomy i celowy, co doprowadzić mogło do naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....