

WYROK
z dnia 8 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **22 grudnia 2017 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **M. S.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Mel-Bud M. S. z siedzibą w Radostowie przy ul. Pionierów 2/2, 74-520 Cedynia (Lider) oraz **P. P.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Inżynieria Wodno-Melioracyjna P. P. z siedzibą w Krąpiele pod nr 40/1, 73-131 Pęczyno (Członek) w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Zachodniopomorskie – Zachodniopomorski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych**, z siedzibą w Szczecinie przy ul. Teofila Firlika 19, 71-637 Szczecin

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwa Wodno-Inżynieryjnego "PEKUM" S.A.**, z siedzibą w Koszalinie przy ul. Szczecińskiej 39-41 (75-122 Koszalin), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **M. S.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Mel-Bud M. S. z siedzibą w Radostowie oraz **P. P.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Inżynieria Wodno-Melioracyjna P. P. z siedzibą w Krąpiele;

1 KIO 2703/17

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

M. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Mel-Bud M. S. z siedzibą w Radostowie oraz **P. P.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Inżynieria Wodno-Melioracyjna P. P. z siedzibą w Krąpiele, tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **M. S.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Mel-Bud M. S. z siedzibą w Radostowie oraz **P. P.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Inżynieria Wodno-Melioracyjna P. P. z siedzibą w Krąpiele na rzecz zamawiającego:

Województwa Zachodniopomorskiego – Zachodniopomorskiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych, z siedzibą w Szczecinie kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 poz. 1579 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 Szczecinie**.

Przewodniczący:

2 KIO 2703/17

Województwo Zachodniopomorskie – Zachodniopomorski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych z siedzibą przy ul. Teofila Firlika 19, 71-637 Szczecin zwane dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Obsługa, eksploatacja, naprawy bieżące i konserwacje 119 sztuk przepompowni melioracyjnych na terenie województwa zachodniopomorskiego”. Zamówienie to zostało podzielone na 13 zadań częściowych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 października 2017 r., pod numerem 2017/S 216-449227.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 poz. 1579 ze zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp”.

W dniu 22 grudnia 2017 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: M. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Mel-Bud M. S. z siedzibą w Radostowie oraz P. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Inżynieria Wodno-Melioracyjna P. P. z siedzibą w Krapieli zwani dalej „odwołującym” wnieśli odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na odrzuceniu ich oferty oraz wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie zadań częściowych nr 2 – Goleniów, nr 5 – Kamień Pomorski oraz nr 11 – Stargard.

Odwołujący w odwołaniu zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 i 90 ust. 3 ustawy Pzp polegające na dokonaniu błędnej oceny złożonych przez odwołującego ofert i wyjaśnień i uznaniu, że złożone wyjaśnienia potwierdziły, iż przedstawiona oferta zawiera cenę rażąco niską bowiem według zamawiającego odwołujący w swoich obliczeniach „pomiął podatek Vat” oraz „pozostałe koszty (eksploatacji sprzętu, ceny materiałów, koszty administracyjne... zysk) są wyliczane jako procent od (wartości oferty brutto)”, co zdaniem zamawiającego oznacza, że "końcowa cena oferty określona jako brutto w rzeczywistości ma charakter ceny netto", i odrzucenie ofert odwołującego jako rażąco niskich podczas gdy w swoich obliczeniach odwołujący - wbrew temu co twierdzi zamawiający w informacji o odrzuceniu ofert - uwzględnił podatek VAT oraz nie przedstawił kosztów innych niż koszty wynagrodzenia na podstawie umowy o pracę jako wartości procentowej od wartości zamówienia brutto, a złożona przez odwołującego oferta nie jest rażąco niska, co odwołujący wykazał w swoich wyjaśnieniach; 3 KIO 2703/17

2. art. 7 ust. 1 i 3 oraz 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp polegające na naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców i braku podania rzeczowego, indywidualnego i odnoszącego się do konkretnej czynności podjętej przez zamawiającego uzasadnienia faktycznego albowiem uzasadnienie faktyczne odrzucenia ofert nie dość, że jest lakoniczne i niezrozumiałe, identyczne co do każdej z tych czynności i

identyczne z uzasadnieniem

odrzucenia oferty innego wykonawcy (uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej dla realizacji zadania częściowego nr 11 - Stargard), pomimo, iż sytuacja każdego z nich jest inna;

3. art. 7 ust. 1 i 3 oraz 91 ust. 1 ustawy Pzp polegające na dokonaniu wyboru ofert z pominięciem ofert złożonych przez odwołującego i w konsekwencji niezgodnym z ustawą Pzp wyborze ofert które nie były najkorzystniejsze.

Ponadto z ostrożności procesowej i na wypadek nieuwzględnienia powyższych zarzutów odwołujący zarzucił naruszenie:

4. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu przez zamawiającego zobowiązania odwołującego do udzielenia dalszych wyjaśnień w sytuacji, gdy zamawiający zwracając się jednorazowo o wyjaśnienia, swoje zapytanie ograniczył wyłącznie do treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i skoro pomimo złożonych wyjaśnień, z których wynikało uwzględnienie podatku VAT w obliczeniach, w dalszym ciągu miał wątpliwości co do prawidłowości ustalenia tegoż podatku VAT, winien był zwrócić się o dalsze wyjaśnienia.

Podnosząc powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- a) unieważnienie czynności wyboru ofert co do zadań częściowych: 2, 5 i 11;
- b) unieważnienie czynności odrzucenia ofert złożonych przez odwołującego co do zadań częściowych: 2, 5 i 11;
- c) ponowne dokonanie oceny ofert co do zadań wskazanych powyżej z uwzględnieniem

ofert przedstawionych przez odwołującego i dokonanie wyboru ofert najkorzystniejszych.

Ponadto odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu pisma na okoliczności tam wskazane oraz zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym poniesionych przez odwołującego kosztów wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa pełnomocnika w toku w postępowania w wysokości 3 600 zł wynikającej z przedstawionego rachunku.

Odwołujący podnosi, że z treści art. 90 ust. 2 ustawy Pzp wynika konstrukcja odwróconego ciężaru dowodu, zgodnie z którą to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że przedstawiona przez niego oferta nie jest rażąco niska. Obowiązek taki

4 KIO 2703/17

powstaje jednak dopiero w momencie skorzystania przez zamawiającego z instytucji żądania wyjaśnień. Wykonawca zatem nie jest zobowiązany samodzielnie występować z wyjaśnieniami, lecz czyni to dopiero na wezwanie zamawiającego.

Podkreśla, że zapytanie skierowane przez zamawiającego do odwołującego w zakresie wyjaśnienia ceny oferty nie zawierało żadnych wskazówek co do przedmiotu wyjaśnień. Odwołujący nie został przez zamawiającego poinstruowany, że jego wątpliwości tyczą się prawidłowego naliczenia podatku VAT. Zamawiający ograniczył się wyłącznie do zacytowania przepisów ustawy.

Stwierdza, że po uzyskaniu wyjaśnień, zamawiający uznał, że oferta nie zawiera podatku VAT, choć z treści wyjaśnień wynikało, że podatek ten został uwzględniony w kalkulacji. W takim wypadku, w ocenie odwołującego, zamawiający, skoro miał w tym zakresie wątpliwości, winien był ponownie wystąpić z żądaniem wyjaśnień, a nie dokonywać czynności odrzucenia oferty. Skoro z treści wyjaśnień wynika, że odwołujący operuje przy użyciu kwot netto, (które po pomnożeniu o wartość 1,23 dają wartość oferty brutto) to absurdalnym jest wniosek, że odwołujący potwierdzili brak uwzględnienia podatku w ofercie. Jeżeli zatem decyzja o odrzuceniu oferty odwołującego została podjęta niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, to nie wymaga szczegółowego uzasadnienia naruszenie przepisów ustawy przy czynności wyboru oferty „najkorzystniejszej” Należy wyłącznie wskazać, że odwołujący winien uzyskać 40 pkt przy każdym zadaniu częściowym w kryterium dotyczącym wykonanych zadań.

Skoro każdy z wykonawców otrzymał maksymalną liczbę punktów za to kryterium, to czynnikiem decydującym może być wyłącznie cena zaproponowana za wykonanie usługi. Oferta odwołującego pod tym względem jest najkorzystniejsza we wszystkich zadaniach częściowych będących przedmiotem odwołania i tym samym, jeżeli Krajowa Izba Odwoławcza podzieli zarzuty wadliwości czynności odrzucenia ofert, to jednocześnie za wadliwe należy uznać czynności wyboru oferty, której nie można przypisać waloru najkorzystniejszej.

Zważając na tak określony zakres i cel postępowania odwoławczego, odwołujący uznaje, że skoro zamawiający w uzasadnieniu stawia wyłącznie zarzut nieuwzględnienia wartości podatku VAT, to tym samym akceptuje wyjaśnienia odwołujących w pozostałym zakresie. Zamawiający wprost wskazuje, że odwołujący prawidłowo ustalił wysokość kosztów pracowniczych, a w sposób milczący przyznaje, że wysokość kosztów konserwacji i eksploatacji urządzeń również nie budzi jego wątpliwości, gdyż zgodnie z uzasadnieniem rzekome procentowe ich ustalenie od wartości brutto ma wyłącznie taki skutek, że potwierdza brak uwzględnienia wartości podatku VAT, a nie pominięcia czy niedoszacowania niektórych pozycji określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub załącznikach do niej. 5

KIO 2703/17

Wskazuje, że zgodnie z treścią art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Wedle zaś ust. 3, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Reasumując wskazuje, że stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do

przedmiotu zamówienia. Wobec faktu, iż opisane wyżej działania zamawiającego naruszały dyspozycje ww. przepisów, odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W dniu 27 grudnia 2017 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 29 grudnia 2017 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Wodno-Inżynieryjne PEKUM S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu.

W dniu 4 stycznia 2018 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości. Tego samego dnia także zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego złożył swoje pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości jako oczywiście bezzasadnego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 29 grudnia 2017 roku (sygn. NP-333/35/40/17/WW), w tym: Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, oferty złożonej przez odwołującego, wezwania do uzupełnienia dokumentu i złożenia wyjaśnień przez odwołującego z dnia 27 listopada 2017 r. (sygn. NP-333/35/10/17/WW), pism z dnia 29 listopada 2017 r. stanowiących odpowiedzi odwołującego na wezwanie do wyjaśnień w zakresie zadań 2, 5 i 11, pism z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 12 grudnia 2017 r. (sygn. NP-333/35/24-2/17/17, NP-333/35/24-5/17/WW oraz NP-333/35/24-11/17/WW) w zakresie zadań 2, 5 i 11 oraz stanowisk stron i przystępującego złożonych na piśmie i podanych do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Na wstępie Izba ustaliła, że odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia.

6 KIO 2703/17

Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W odwołaniu na potwierdzenie niektórych okoliczności w nim zawartych odwołujący wskazał na dowód z zeznań M. S. i P. P. czyli właścicieli prowadzących działalność gospodarczą obu wchodzących w skład konsorcjum podmiotów, co oznacza, że ww. osoby mogły być przesłuchane w charakterze strony. Odwołujący umieścił te wnioski dowodowe pod kolejnymi fragmentem odwołania, w których znajdowały się informacje dotyczące ustalenia stanu faktycznego wraz ze wskazanymi innymi dowodami tj. dowodami z dokumentów. W ocenie Izby dokumenty wskazane w tym zakresie są w zupełności wystarczające do ustalenia stanu faktycznego jaki miał miejsce w przedmiotowej sprawie i w związku z tym przeprowadzenie tego dowodu w okolicznościach niniejszego postępowania odwoławczego było zbędne, a dowody te zostały powołane jedynie dla zwłoki. Trudno też sobie wyobrazić, co ustne zeznania strony odwołującej miałyby wnieść nowego do sprawy, poza dokumentami powstałymi w toku postępowania o udzielenie zamówienia szczególnie, że ww. osoby były obecne na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania i na rozprawie, występowały tam w charakterze strony przez co mogły złożyć odpowiednie wyjaśnienia. Ponadto należy podkreślić, że postępowanie przed Izbą, tak samo jak postępowanie o udzielenie zamówienia, jest postępowaniem formalnym, opartym przede wszystkim o pisemne dokumenty, a postępowanie dowodowe prowadzi się do zamknięcia rozprawy, do momentu, w którym skład orzekający uzna sprawę za dostatecznie wyjaśnioną. Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego powinny dążyć do udowodnienia swoich twierdzeń na podstawie dokumentów. W związku z powyższym na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp Izba odmówiła przeprowadzenia wnioskowanego dowodu.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby odniesienie się do sformułowanych przez odwołującego zarzutów, zachowując przyjętą przez odwołującego konstrukcję odwołania, tj. odniesie się do wszystkich czterech wskazanych zarzutów w kolejności przyjętej w odwołaniu.

Izba ustaliła, że zamawiający pismem z dnia 27 listopada 2017 roku wezwał odwołującego do udzielenia szczegółowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny powołując się na treść art. 90 ust 1 i 1a pkt 1 ustawy Pzp. Odwołujący dochowując zakreślonego terminu przekazał wyjaśnienia odrębnie na każdą część zamówienia, w których dokonał podziału ceny na:

7 KIO 2703/17

- a) roczny koszt wynagrodzeń i składek od nich naliczanych (każdorazowa wartość jednostkowa w kwocie 30.184,56 złotych, a więc miesięcznie 2.525,38 zł);
- b) korektę rocznego kosztu wynagrodzeń o 2 osoby, które jako członkowie składającego ofertę konsorcjum nie podlegali kodeksowi pracy;
- c) koszty z zakresu obsługi i eksploatacji;
- d) zysk netto.

Co do innych okoliczności dotyczących wyjaśnienia ceny wskazał jedynie, że „położenie miejscowe obiektów objętych obsługą jest w niewielkiej odległości od siedziby firmy partnera i w niedalekiej odległości od miejsca zamieszkania lidera w związku z tym nie przekracza znacznych kosztów dojazdu”.

Następnie zamawiający pismami z dnia 12 grudnia 2017 roku przekazał wykonawcom informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty.

W ocenie Izby zasadność zarzutów należy rozpatrywać w kontekście obowiązków stron w związku z przedmiotowym postępowaniem.

Zamawiający w związku z wątpliwościami w zakresie rażąco niskiej ceny, które wynikały z przesłanek określonych w art. 90 ust. 1 i 1a pkt 1 ustawy Pzp zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienie w tym zakresie. Wezwanie to miało charakter ogólny i ograniczało się do przytoczenia treści art. 90 ust. 1 ust. Pzp. Okoliczność ta była podnoszona przez odwołującego, który wskazał, że przedmiotowe wezwanie nie zawierało żadnych wskazówek co do przedmiotu wyjaśnień. Izba uznała, że ten argument odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Cena złożona w ofertach w tym także w ofercie odwołującego miała charakter ryczałtowy w związku z tym zamawiający nie miał praktycznej możliwości skonkretyzowania swoich wątpliwości w zakresie konkretnych składników cenowych, trudno sobie też wyobrazić, aby miał on konkretyzować swoje wezwanie w sytuacji gdy nie mógł on ustalić części wchodzących w skład zaproponowanej ceny.

Co do złożonych przez odwołującego wyjaśnień i ich doniosłości dla procesu ustalenia czy doszło do złożenia ceny rażąco niskiej należy odnieść się do bogatego orzecznictwa Izby w tym zakresie. Orzecznictwo Izby pozostaje zgodne co do tego, że wystąpienie zamawiającego do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stanowi sygnał, że zamawiający po wstępnej ocenie uznał, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy powinny zatem doprowadzić do przekonania zamawiającego, iż jego założenie jest błędne. Dowód braku zaoferowania ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy. Orzecznictwo także to wydane na gruncie obecnego stanu prawnego jest również zgodne co do tego, że dla obalenia powstałego domniemania nie wystarczy złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych (zob. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 8 KIO 2703/17

5 stycznia 2007 r., sygn. akt V Ca 2214/06, wyrok KIO z dnia 17 października 2016 sygn. akt KIO 1851/16, wyrok KIO z dnia 10 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2017/16). Zdawkowe i ogólne wyjaśnienia nie stanowią podstawy do obalenia ww. domniemania. Wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i winny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę tak, aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia, a jednocześnie nie mogą opierać się na samych oświadczeniach wykonawcy, gdyż art. 90 ust. 3 ustawy Pzp mówi o dowodach na ich potwierdzenie.

W ocenie Izby odwołujący nie sprostował obowiązkom wskazanym powyżej. Jego wyjaśnienia były zdawkowe i ogólne. Odnosiły się co najwyżej do jednego elementu ceny jakim było w tym przypadku wynagrodzenie osób mających wykonywać to zamówienie przy czym także to wyjaśnienie należy uznać za nie wystarczające. Ponadto odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów do swoich wyjaśnień, które mogłyby uzasadniać słuszność jego wyliczeń.

Odwołujący dopiero w odwołaniu oraz na rozprawie konkretyzował i wyjaśniał przyczyny ustalenia ceny na poziomie zaproponowanym w ofercie. Zgodnie z orzecznictwem Izby oceniając prawidłowość podjętej przez zamawiającego decyzji w przedmiocie oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę w toku procedury wszczętej w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, Izba bierze pod uwagę stan, jaki istniał na dzień, w którym ocena ta została dokonana. Izba nie bierze tym samym pod uwagę okoliczności i dowodów, które zostały przez odwołującego powołane dopiero na etapie postępowania odwoławczego, a którymi zamawiający nie dysponował na dzień dokonywania oceny złożonych wyjaśnień. Podkreślić należy, że etap postępowania odwoławczego nie jest etapem, w którym należy dowodzić prawidłowości zaferowanej ceny, etapem tym jest procedura wszczęta przez zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i upływa on wraz z upływem terminu wyznaczonego przez zamawiającego w wezwaniu do złożenia wyjaśnień. Ocena wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny należy do obowiązków zamawiającego, Izba natomiast bada tylko jej prawidłowość, z uwzględnieniem informacji jakimi zamawiający dysponował w chwili jej dokonania (zob. wyrok z dnia 24 listopada 2017 r. sygn. akt KIO 2380/17).

Izba nie uwzględniła także argumentu odwołującego podnoszonego na rozprawie, że miał on zbyt mało czasu na sporządzenie wyjaśnień i nie wiedział o możliwości zawnioskowania o wydłużenie tego terminu. Izba ustaliła, że w piśmie z dnia 27 listopada 2017 roku zamawiający określił odwołującemu termin do udzielenia wyjaśnień na dzień 30 listopada 2017 roku bez wskazania konkretnej godziny. Jak wynika z powyższego odwołujący miał trzy pełne dni na przygotowanie swoich wyjaśnień i termin ten należy uznać za wystarczający. Odwołujący jest profesjonalistą na rynku usług objętych niniejszym zamówieniem i jak sam przyznał posiada w tym zakresie doświadczenie w realizacji

9 KIO 2703/17

wcześniejszych zadań zatem przygotowanie wyjaśnień co do swojej własnej ceny nie powinno być dla niego czynnością przesadnie długotrwałą.

Reasumując odwołujący w wyniku swoich działań tj. przede wszystkim wyjaśnień z dnia 29 listopada 2017 r. nie udowodnił, że jego cena nie jest rażąco niska. Przepis wynikający z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek

odrzucaenia oferty jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. W podobnym sposób wypowiada się norma wynikająca z art. 90 ust. 3 ustawy, która stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i 90 ust. 3 ustawy Pzp należy oddalić.

Jak wskazano powyżej zamawiający w piśmie z dnia 12 grudnia 2017 r. stanowiącym zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty podał informację dotyczącą odrzucenia oferty odwołującego.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający zobowiązany jest do niezwłocznego poinformowania wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, a także o powodach odrzucenia oferty. Odwołujący treść swojego zarzutu w zakresie ww. przepisu buduje wokół stanowiska zamawiającego dotyczącego nieuwzględnienia podatku VAT. Izba jednak w tym wypadku stoi na stanowisku, że informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty należy interpretować całościowo z uwzględnieniem wszystkich argumentów podniesionych przez zamawiającego. Zamawiający wskazał w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty powód wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z podaniem podstawy prawnej tej czynności. Ponadto słusznie w ocenie Izby założył, że to na odwołującym spoczywał obowiązek wykazania, iż zaproponowana cena nie jest rażąco niska, a jego wyjaśnienia powinny być konkretne, wyczerpujące i rzeczywiście uzasadniające podaną cenę w ofercie. Po dokonaniu oceny wyjaśnień odwołującego uznał, że jego oferta zawierała cenę rażąco niską i odrzucił jego ofertę.

Izba przy tym uznała wyjaśnienia zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie, że nie jest jego rolą przedstawienie właściwej kalkulacji kosztów, ponieważ zadanie to obciąża składającego ofertę. Udzielone przez odwołującego wyjaśnienia nie były wystarczające oraz przekonywujące, dlatego ich ocena potwierdziła zaistnienie rażąco niskiej ceny.

Zamawiający wskazał także, że podjął się próby wyjaśnienia powodów dla których oferowana cena była rażąco niska jednak z uwagi na lakoniczny i ogólny charakter wyjaśnień nie było możliwe wskazanie konkretnych błędów w wyliczeniach odwołującego, a skoro

10 KIO 2703/17

odwołujący nie podał konkretnych własnych wyliczeń, to nie był on w stanie ich poprawić. W związku z tym zamawiający założył, że poziom składników cen podany przez Wykonawcę w pismach z dnia 29 listopada 2017 r. zbliżony było do wartości podatku VAT od świadczonej usługi. Z tych względów zamawiający założył, że we własnych kalkulacjach odwołujący nie uwzględnił tego kosztu, ewentualnie nieprawidłowo ustalił i opodatkował koszty stałe (pozaosobowe). Izba wskazuje przy tym, że w tym szczegółowym wyjaśnieniu w zakresie ustaleń co do podatku VAT zamawiający mógł bardziej rozszerzyć swoją argumentację. Niemniej w ocenie Izby czynność zamawiającego dotycząca odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny powinna być determinowana przede wszystkim przez przyrząd wyjaśnień złożonych w tym zakresie przez wykonawcę, czyli w tym przypadku przez odwołującego. W związku z tym to wyjaśnienia odwołującego powinny być decydującym elementem procesu wyjaśniania okoliczności wystąpienia ceny rażąco niskiej czemu – jak wykazano powyżej – odwołujący nie sprostał.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp należy oddalić.

W konsekwencji niepotwierdzenia się żadnego z powyższych zarzutów skład orzekający Izby uznał także, że zamawiający nie naruszył przepisu art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ zamawiający w sposób prawidłowy dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Natomiast co do naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp sformułowanego przez odwołującego z tzw. „ostrożności procesowej” na wypadek nieuwzględnienia wcześniejszych zarzutów Izba stwierdziła, że zamawiający zrealizował swoje obowiązki nałożone na niego przez ustawę Pzp i dał możliwość odwołującemu złożenia wystarczających wyjaśnień swojej oferty w zakresie złożonej ceny. Po raz kolejny wymaga podkreślenia stwierdzenie, że badając prawidłowość dokonanej przez zamawiającego oceny wyjaśnień, Izba mogła za podstawę tego badania przyjąć wyłącznie treść wyjaśnień udzielonych pismami z dnia 29 listopada 2017 r. w odpowiedzi na wezwanie skierowane przez zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp. To właśnie wezwanie wszczęło bowiem procedurę, w której odwołujący obciążony został obowiązkiem wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny, a złożenie wyjaśnień niepotwierdzających takiej prawidłowości skutkuje obowiązkiem odrzucenia oferty, bez udzielania wykonawcy kolejnych możliwości złożenia bardziej szczegółowych, czy też lepiej udokumentowanych wyjaśnień. W związku z tym Izba za słuszną przyjęła argumentację podniesioną przez przystępującego, a wynikającą z treści wyroku z dnia 28 lipca 2017 r., sygn. KIO 1431/17, że *skierowanie powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień możliwe jest tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i może*

11 KIO 2703/17

dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, np. gdy w świetle złożonych wcześniej wyjaśnień pojawiły się u zamawiającego nowe wątpliwości oraz ponowienie wezwania nie może stanowić „ratowania” oferty, wówczas gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe, niepoparte faktami, wykonawca ma bowiem obowiązek dolożyć wszelkich starań, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty. Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, prowadziłoby to bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć.

W związku z tym Izba uznała, że i ten zarzut tj. dotyczący naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp także należy oddalić.

Wobec powyższego na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości

wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

12 KIO 2703/17