

WYROK
z dnia 16 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 lipca 2023 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **MAXTO Technology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** ul. Willowa 87, 32-085 Modniczka, **MAXTO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowo Akcyjna**, ul. Willowa 87, 32-085 Modniczka

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Sąd Okręgowy w Łodzi**, Pl. Dąbrowskiego 5, 90-921 Łódź

przy udziale

Wykonawcy **M. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowa MARCOL M. M.** ul. Świerkowa 14, 61-472 Poznań, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

21. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.920 zł 85 gr. (słownie: trzy tysiące dziewięćset dwadzieścia złotych osiemdziesiąt pięć groszy) tytułem kosztów Zamawiającego;
22. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.920 zł 85 gr. (słownie: trzy tysiące dziewięćset dwadzieścia złotych osiemdziesiąt pięć groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2256/23

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Sąd Okręgowy w Łodzi, w trybie podstawowym *nadstawę i montaż urządzeń oraz skonfigurowanie i uruchomienie Systemu Kontroli Dostępu (SKD) zgodnie z dokumentacją projektową w budynkach sądów rejonowych okręgu łódzkiego* (sygn. postępowania: ZP.XXVII.262.4.2023), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17.05.2023 r., 2023/S 095-292062, wobec czynności w zakresie części 1 zamówienia polegających na badaniu oferty MARCOL i zaniechaniu jej odrzucenia, wniesione zostało w dniu 31.07.2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: MAXTO Technology Sp. z o.o. i MAXTO Sp. z o.o. S.K.A.

W dniu 21.07.2023 r. Zamawiający zamieścił na platformie zakupowej informację o wezwaniu MARCOL do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny, a w dniu 31.07.2023 r. przekazał Odwołującemu pismo z 27.07.2023 r. skierowane do MARCOL i zawierające wezwanie do ponownego złożenia wyjaśnień.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 224 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp poprzez ponowne wezwanie MARCOL do złożenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny w części 1 zamówienia (pismo z dn. 27.07.2023r.), choć Zamawiający wzywał już uprzednio MARCOL do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny (pismo z dn. 5.06.2023r.), a uprzednio złożone wyjaśnienia były bardzo ogólne, lakoniczne, nie zawierały żadnej kalkulacji i żadnych dowodów, więc należy uznać je za nierzetelne, co powoduje, że nie ma podstaw do ponownego wzywania MARCOL do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny, a oferta tego Wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 st. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp, ponieważ zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie części 1, złożone uprzednio wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu, zaś MARCOL nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu – czego Zamawiający zaniechał;
- 2) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania do

złożenia wyjaśnień w zakresie ceny, powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie części 1 dla zakresu II zamówienia (prawo opcji) oraz nakazanie odrzucenia oferty MARCOL.

Zamawiający oceniając pierwsze wyjaśnienia jako prawidłowe dokonał w dniu 26.06.2023 r. wyboru oferty MARCOL, na co Odwołujący złożył odwołanie (sygn. akt KIO 1954/23) wskazując na podstawę do odrzucenia oferty MARCOL. Przystępujący po stronie zamawiającego MARCOL nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego.

W dniu 21.07.2023 r. Zamawiający zamieścił na platformie zakupowej informację o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i z uwagi na braki pierwszego wezwania wezwał MARCOL do złożenia wyjaśnień precyzując wymagane informacje.

Odwołujący odniósł się do wyjaśnień złożonych na pierwsze wezwanie, które nie poddawały się żadnej weryfikacji i opisywały podstawowe, oczywiste dla każdego wykonawcy z branży aspekty prowadzenia działalności gospodarczej.

Jedynym uzasadniającym kolejne wezwanie do złożenia wyjaśnień jest sytuacja, w której pierwsze wyjaśnienia mogły zostać ocenione jako rzetelne. W realiach niniejszej sprawy ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień przywracało termin do złożenia kalkulacji cenowej wraz z dowodami. W ocenie odwołującego, nawet jeżeli pierwsze wezwanie było ogólne, to wykonawca zobowiązany był przedstawić kalkulację ceny i dowody. Kalkulacja taka odzwierciedlać ma wszystkie koszty składające się na przedmiot zamówienia i zysk.

Zamawiający w drugim wezwaniu wskazał katalog kosztów, jakich miały dotyczyć wyjaśnienia, czym przede wszystkim różni się ono od wezwania I, co w ocenie Odwołującego nie świadczy o wadliwości I wezwania. Brak wskazania katalogu kosztów czy sposobu ich prezentacji nie zwalniał wykonawcy z konieczności złożenia rzetelnych wyjaśnień zawierających choćby podstawowe koszty realizacji zamówienia i dowodów oraz nie uzasadniało ponownego wezwania – w przypadku złożenia wyjaśnień ich niezawierających. Zakres kosztów, który musi ponieść wykonawca wynika z przedmiotu zamówienia, a nie z zakresu wezwania do złożenia wyjaśnień ceny.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca M. M. (Firma Usługowa MARCOL M.M.– dalej jako Marcol).

W dniu 14.08.2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. Zamawiający wskazał, iż pierwsze wezwanie miało charakter ogólny i lakoniczny, co w sytuacji gdy cena całkowita oferty w zakresie I (podstawowym) i II (objętym opcją) nie odbiegała w stopniu uzasadniającym obowiązkowe skierowanie wezwania, a wartość szacunkowa została przeszacowana, miało uzasadniać kolejne wezwanie. Zamawiający powołał się na orzecznictwo i opinię UZP, wskazujące iż wezwanie było uzasadnione w sytuacji, gdy pierwsze nie wskazywało wątpliwości zamawiającego (nie zostały wyartykułowane), co uniemożliwiało oferentowi prawidłowe wypełnienie obowiązku ustawowego.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołań zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.).

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym ofertę i wyjaśnienia Marcol dotyczące zaoferowanej ceny oraz pozostałe dowody przeprowadzone na rozprawie.

Izba ustaliła i zważyła.

Zamawiający prowadził postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego w celu zawarcia umowy na dostawę i montaż urządzeń oraz skonfigurowanie i uruchomienie Systemu Kontroli Dostępu (SKD) zgodnie z dokumentacją projektową w budynkach sądów rejonowych okręgu łódzkiego. Zamówienie podzielone zostało na zadania (części), a w ramach zadań na etapy I, II i III. Etap I wyceniany był w ramach zamówienia podstawowego (zakres I), a etapy II i III objęte zostały ceną łączną w ramach opcji (zakres II).

Zgodnie z swz zakres I obejmujący etap I z projektu obejmuje kontrolę wszystkich wejść do budynków z kołowrotkami w wejściu głównym, infrastrukturę informatyczną i oprogramowanie niezbędne do uruchomienia systemu SKD i RCP, karty dla użytkowników, rejestrację czasu pracy, wdrożenie i szkolenie obsługi systemu. Zakres II obejmujący etapy II i III z projektu obejmuje wydzielenie stref poprzez montaż kontrolerów i doposażenie drzwi w niezbędne okucia dla wybranych stref i pomieszczeń, wdrożenie i szkolenie obsługi systemu, instalację dodatkowych przejść systemu kontroli dostępu, w tym wymagających prac budowlanych polegających na wygradzaniu korytarzy, montażu i wymianie drzwi oraz montażu innych dodatkowych elementów SKD. Zgodnie z uwagą dla zadania nr 1 zakres II obejmuje sam etap II z projektu.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia odrębnie dla każdego zakresu i dla części nr 1 wartości te wynoszą brutto odpowiednio dla trzech lokalizacji: zakres I - 748.076,63 zł; 354.135,94 zł i 411.562,54 zł (łącznie 1.513.775,11 zł) a dla zakresu II (opcjonalnego) – 658.859,72 zł; 104.754,16 zł; 907.528,26 zł. (łącznie 1.671.142,14 zł). Zamawiający podał te wartości w swz – pkt III. Łącznie na sfinansowanie części 1 zamówienia Zamawiający przeznaczył kwotę 1.513.775,11 zł brutto – obejmuje kwotę zamówienia gwarantowanego.

Na część nr 1 zamówienia złożonych zostało siedem ofert.

Lp.	Nazwa	Zakres I (cena brutto)	Zakres II (cena brutto)	Cena za całość zamówienia brutto
1	Konsorcjum: AutoID Polska S.A. Ancor Sp. z o.o.	1.380.107,36	1.398.559,20	2.778.666,56
2	Skalmex Sp. z o.o.	1.286.709,00	1.420.471,00	2.707.180,00
3	FU Marcol M. M.	1.047.523,97	791.281,14	1.838.805,11
4	Serviceline Sp. z o.o.	1.481.793,30	1.064.958,60	2.546.751,90

5	Net Service S.A.	1.335.381,10	1.040.432,76	2.375.813,86
6	ECS Systems Sp. z o.o.	1.196.718,13	979.151,86	2.175.870,00
7	Konsorcjum: Maxto Technology Sp. z o.o. i Maxto Sp. z o.o. Sp. k.a.	202.950,00	135.300,00	338.250,00

W ramach badania oferty Marcol Zamawiający wezwał wykonawcę w dniu 5.06.2023 r. do złożenia wyjaśnień dotyczących zaofferowanej ceny za zakres II w części 1 zamówienia. Zamawiający w wezwaniu nie sprecyzował, jakie elementy wyceny wymagają omówienia, a wezwanie stanowi powtórzenie treści przepisu art. 224 Ustawy.

Wykonawca w piśmie z 06.06.2023 r., udzielił wyjaśnień, w które w następstwie odwołania i uwzględnienia podniesionych w nim zarzutów zostały przez Zamawiającego ocenione, jako niedostateczne. Z uwagi na brak sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości zarzutów, Zamawiający w dniu 21.07.2023 r. poinformował na platformie zakupowej o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z żądaniem zawartym w odwołani (sygn. akt KIO 1954/23).

Zamawiający następnie wezwał Marcol do złożenia dodatkowych wyjaśnień, zamieszczając o tym informację na platformie zakupowej w dniu 21.07.2023 r. Zamawiający wskazał, iż:

„Wobec ogólnego wezwania do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny i braku sprecyzowania zakresu żądanych wyjaśnień, Zamawiający zobowiązany jest do ponownego wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień i tym razem precyzyjnego określenia wymaganych informacji odnoszących się do elementów cenowych. Podkreślić należy, iż w piśmiennictwie i w orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, iż art. 224 ust 1 ustawy Pzp nie zawiera ograniczenia co do jednokrotnego wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny i w sytuacji gdy Zamawiający nie określił w wezwaniu swoich wątpliwości, powinien takowe wyartykułować w wyniku ponowionego wezwania, gdyż okoliczność braku sprecyzowania zakresu wyjaśnień nie może obciążać Wykonawcy (por. KIO 184/23, Prawo zamówień publicznych – Komentarz pod redakcją H. Nowaka i M. Winiarza, Warszawa 2021)”.

Wezwanie do Marcol zostało wystosowane w piśmie z 27.07.2023 r.:

*Zastrzeżenie Zamawiającego budzi zaproponowana cena, szczególnie dla Zakresu II objętego prawem opcji, mając na uwadze, iż Wykonawca musi dostarczyć sprzęt i materiały oraz wykonać prace ponosząc koszty robocizny. Niezależnie od wątpliwości, które wystąpiły w przypadku Zakresu II, w związku z uwzględnieniem odwołania wniesionego przez Konsorcjum MAXTO Sp. z o.o., MAXTO sp. z o.o. S.K.A, referującego do zaniżonej ceny w obu zakresach, proszę o przedstawienie kalkulacji ceny oferty dla **Zakresu I i II**, w tym rozbitcie na koszty:*

1. Sprzętu i materiałów – w tym:

- czynników
- kart
- kontrolerów
- kołowrotów i bramek,
- sprzętu IT
- okablowania strukturalnego
- oraz innych elementów niezbędnych do realizacji, uwzględnionych w cenie oferty.

2. Robocizny – w tym:

- wynagrodzenie personelu: w tym koszty zatrudnienia pracowników (konieczne jest wykazanie etatów, stawek zatrudnienia zapewniających minimum stawki ustawowe minimalne);

Zamawiający wymaga wykazania, iż w cenie uwzględniono minimum koszty robocizny związane z:

- montażem elementów systemu,
- uruchomieniem systemu,
- testów systemu,
- pracami związanymi z przygotowaniem i wykończeniem terenu prac po ich zakończeniu,
- ew. innych elementów cenotwórczych.

Jeżeli Wykonawca ponosi koszty dodatkowe pracodawcy/zleceniodawcy – proszę o ich wykazanie.

3. Koszty transportu sprzętu i materiałów;

4. Koszty pośrednie związane z realizacją zamówienia (koszty biurowe, magazynowe, koszt pojazdów i utrzymania sprzętu).

5. Marża/zysk.: wymagane jest wykazanie, że złożona oferta umożliwi wykonanie zamówienia z zyskiem.

W celu wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska, mogą się Państwo posłużyć Tabelą Elementów Rozliczeniowych, dodatkowo uzupełniając ją o informacje wymienione powyżej w wezwaniu.

Marcol złożył wyjaśnienia w piśmie z 30.07.2023 r. wraz z załącznikami objętymi tajemnicą przedsiębiorstwa.

W dniu 9.08.2023 r. Zamawiający dokonał ponownie wyboru oferty Marcol, jako najkorzystniejszej. Zamawiający dokonał również odrzucenia oferty Odwołującego. Na czynności te w momencie wydania orzeczenia w sprawie nie upłynął termin na wniesienie odwołania.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła.

Zarzuty w odwołaniu nie obejmują oceny wyjaśnień z dnia 30.07.2023 r. złożonych na ponowne wezwanie Zamawiającego, gdyż Odwołujący kwestionuje zasadniczo dopuszczalność wezwania nr II w sytuacji, gdy pierwsze wyjaśnienia w zakresie ceny uznane zostały przez Zamawiającego jako niewystarczające (ogólnikowe), a zdaniem Odwołującego oznaczać miałyby to brak ich złożenia. W tych okolicznościach Odwołujący kwestionuje możliwość skierowania ponownie wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny ofertowej, jak również możliwość przyjęcia do oceny drugich wyjaśnień. Kwestią zasadniczą przy tak sformułowanym zarzucie było ustalenie, czy Zamawiający był uprawniony do ponownego wezwania Marcol do złożenia wyjaśnień, w sytuacji gdy pierwsze wyjaśnienia, jako ogólnikowe nie mogły prowadzić do uznania, iż cena nie jest rażąco niska. Należy również zaznaczyć, iż przy braku zarzutów wobec treści wyjaśnień, na etapie rozstrzygnięcia nie było możliwym dokonanie oceny wyjaśnień z 30.07.2023 r., o których udostępnienie Odwołujący nawet nie wystąpił do Zamawiającego. Jednocześnie należało uwzględnić, iż wyjaśnienia zostały złożone i ocenione przez Zamawiającego, jako wystarczające o czym świadczy czynność wyboru oferty Marcol w postępowaniu.

Oddalając odwołanie w zakresie objętym zarzutami Izba uznała, iż zasadnicza teza jakoby wezwanie do dodatkowych wyjaśnień w zakresie ceny miało mieć uzasadnienie jedynie przy uznaniu, iż wykonawca na pierwsze wezwanie udzieli wyjaśnień pozwalających uznać je za rzeczowe, stanowi znaczące uproszczenie i nie wynika z przepisów Ustawy. Analizując przepisy Ustawy należy zauważyć, iż ustawodawca nie wprowadził jednoznacznego ograniczenia tak co do zakresu wyjaśnień, jakie mogą prowadzić do rozwiania lub potwierdzenia podejrzenia zaoferowania rażąco niskiej ceny, jak i ilości pytań, jakie może skierować zamawiający badając ofertę w tym zakresie. Procedura dedykowana wyjaśnieniom w zakresie podejrzenia rażąco niskiej ceny wynika z art. 224 Ustawy i obejmuje sytuacje, w której zachodzi przypadek opisany w ust. 1 i 2. Co istotne obejmują one dwa różne stany wynikające bądź z faktu podejrzenia rażąco niskiej ceny (ust. 1) bądź występującej różnicy ceny całkowitej oferty do wartości szacunkowej zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (ust. 2). Należy zauważyć, iż w każdym z przypadków wskazanych w ust. 1 i 2 zasadnym jest wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień, których złożenie poprzedzać ma ostateczną oceną merytoryczną oferty.

W sprawie nie budzi sporu ustalenie, iż zastosowanie znajdować miała podstawa z ust. 1 – *zachodzić miała wątpliwość zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia*. Nie budzi sporu ustalenie, iż w pierwszym wezwaniu Zamawiający nie wskazał w czym tkwią obawy Zamawiającego mające uzasadnić wątpliwość co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, jak również nie było w tym wezwaniu żadnego innego wskazania poza przywołaną treścią przepisu. W sytuacji, gdy wezwanie kierowane jest w oparciu o ustęp 1 przepisu należy uwzględnić, czy i jakie elementy kalkulacyjne zamawiający wskazał, a przy ich braku nie jest właściwym przypisywanie treści wyjaśnień charakteru nierzeczowego. Skoro przyczyną kierowanego wezwania są wątpliwości zamawiającego, to należy oczekiwać, iż zostanie to w jakiś sposób zakomunikowane, tak aby wykonawca mógł zidentyfikować, jaki element wymagają omówienia i udowodnienia. Jeżeli na takie wezwanie nie zostanie udzielona odpowiedź lub będzie ona nadal utwierdzała zamawiającego w wątpliwościach, możliwe jest zastosowanie sankcji odrzucenia oferty na podstawie art. 224 ust. 6 Ustawy.

W przypadku gdy cena ma charakter ryczałtowy, jak w niniejszym postępowaniu, a zakresy wyceny są uzależnione od zakresu projektowanych prac w ramach danego etapu, Zamawiający słusznie uznał, iż należy wskazać rodzaj informacji, które pozwoliłyby na rozwianie jego podejrzeń co do możliwości realizacji zamówienia lub istotnych części składowych ceny, które wydawać miały się rażąco niskie. W tym miejscu należy odnotować, iż ogólne wezwanie bez identyfikacji przyczyn, które miały uzasadnić powzięcie podejrzenia co do możliwości zaoferowania rażąco niskiej ceny, stanowić może przyczynę niedostatecznej treści wyjaśnień, gdyż wykonawca nie mając wiedzy o intencji przyświecającej wezwaniu, udzielić może niejasnych lub ogólnikowych wyjaśnień. Taka sytuacja najczęściej prowadzi do złożenia wyjaśnień niedostatecznych dla wykazania rzetelności kalkulacji ceny ofertowej, co miało miejsce w sprawie na etapie składania pierwszych wyjaśnień. Zamawiający w pierwszym wezwaniu wyłącznie ograniczył się do wskazania elementu ceny objętego zakresem II (etap II i III zamówienia), które obejmowały rodzajowo inny zakres zamówienia niż objęty częścią gwarantowaną (zamówieniem podstawowym) i nie precyzował swoich wątpliwości. W drugim wezwaniu wymagał już zakreślonych do rodzaju kosztów i materiałów danych, jednocześnie nie ograniczał żądania wyłącznie do zakresu II zamówienia (etap II).

W sprawie istotnym dla rozstrzygnięcia było ustalenie, czy w świetle pierwszego wezwania i złożonych wyjaśnień z 6.06.2023 r. Zamawiający zobowiązany był wyłącznie odrzucić ofertę Marcol zgodnie z żądaniem uwzględnionego wcześniejszego odwołania, czy też uprawniony był do powtórzenia czynności badania oferty, a w ramach tej oceny również do ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów ceny mających wpływ na jej wysokość.

W ocenie składu orzekającego nie można przypisywać decyzji procesowej, jaką jest uwzględnienie zarzut przez zamawiającego, bezwzględnie wiążącego charakteru dla powtarzanych czynności w postępowaniu. Gdyby taki był zamysł ustawodawcy – wprost zostałby wskazany w ustawie w formie zakazu podejmowania dalszych czynności sprzecznych z żądaniem uwzględnionego odwołania. Również praktyka i orzecznictwo wskazuje, iż takiego zakazu nie ma, czemu również nie sprzeciwiał się Odwołujący odnosząc się w zarzutach do czynności powtórzonych w postępowaniu.

Co do zasady, ocena powtórzonych czynności w postępowaniu dokonywana musi być w świetle nowych okoliczności, a te w niniejszej sprawie wymagały uwzględnienia również tego, iż Odwołujący nie kwestionował samej treści wyjaśnień (choćby w zakresie jawnym). Odwołujący nie wystąpił nawet o ich udostępnienie. Tym samym jedynym argumentem dla odrzucenia oferty Marcol miał być fakt ewentualnego naruszenia proceduralnego w postaci kolejnego wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny ofertowej.

Prezentowane w stanowiskach stron orzecznictwo z jednej strony miało uzasadniać twierdzenie o braku możliwości ponownego wezwania przy wyjaśnieniach lakonicznych, ogólnikowych, a z drugiej strony wskazuje również na skutek, jaki dla możliwości skierowania kolejnych wyjaśnień ma ogólnikowe wezwanie od zamawiającego. Kładąc różny akcent na czynność składającą się w efekcie na badanie, jak i wynik oceny oferty, należy przyjąć zarówno możliwość uznania, iż czynność zamawiającego mogła lub nie, prowadzić do naruszenia zasad postępowania.

W ocenie składu orzekającego, nie ma rozstrzygającego dla tej sprawy przepisu, który pozwalałby wskazać, iż działanie Zamawiającego doprowadzić miało do naruszenia przepisów Ustawy, co kierując się perspektywą Odwołującego miałyby sprowadzać badanie czynności wyłącznie do stanu wyjaśnień złożonych na podstawie ogólnikowego wezwania (wezwanie I).

Zasadniczo, w ocenie składu orzekającego nie może być rozstrzygającym orzecznictwo prezentowane na tle różnych stanów faktycznych, a przy braku wyraźnego zakazu kierowania dodatkowych wezwań, nie można automatycznie oceniać czynności jako naruszającej przepisy Ustawy. Istotnym w sprawie jest również to, że wyjaśnienia (w części jawnej) również zostały sporządzone w sposób ogólny i to załączniki do nich odpowiadały na precyzyjne wezwanie Zamawiającego (wezwanie II). Powyższe pokazuje, iż to od precyzji wezwania kierowanego przez Zamawiającego zależy merytoryczna zawartość wyjaśnień. W ocenie składu orzekającego przy istnieniu takich powiązań, nie można obarczać konsekwencjami zawsze wykonawcy, co prowadziłyby do bardzo formalistycznej oceny oferty. Jak wskazuje się w orzecznictwie ETS jeżeli przepis nie nakłada jednoznacznych wyraźnych obowiązków, ocena czynności nie może mieć charakteru zerojedynkowego. Przykłady wielu orzeczeń Trybunału prowadzą do wniosku, iż wykonawca nie mając jednoznacznych wskazań, czy to w ustawie, czy też w dokumentacji postępowania, nie może być zaskakiwany negatywnymi konsekwencjami, mającymi mieć uzasadnienie wyłącznie w wykładni, bez umożliwienia właściwej i

oczekiwanej reakcji na wezwanie zamawiającego. Trybunał w wyroku z 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17 *Saferoad Grawil et Saferoad Kabex*, uwzględniając rozbieżne orzecznictwo krajowe wskazał, że *zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, iż stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z przetargu publicznego wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązującej krajowej ustawy, lecz z wykładni tej ustawy i tej dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy administracji lub sądownictwa administracyjnego występujących w tej dokumentacji luk (motyw 25).*

Uwzględniając powyższe skład orzekający przyjął, iż przy braku precyzyjnego wezwania ze strony Zamawiającej co do elementów kalkulacji, które miałyby pozwolić na rozwianie wątpliwości w zakresie wyceny kosztów i innych elementów zamówienia, nie można traktować kolejnego wezwania w kategorii naruszenia przepisów, które wprost nie ograniczają zamawiającego w zakresie badania oferty. Zasada jednokrotnego wzywania do wyjaśnień w zakresie elementów ceny została faktycznie wypracowana w orzecznictwie, a zatem wymaga każdorazowo odniesienia do stanu faktycznego, w tym uwzględnienia realnego znaczenia zakresu wezwania dla treści złożonych wyjaśnień. W badanej sprawie nie miała miejsca sytuacja, w której Marcol pozostawiłby bez odpowiedzi I wezwanie Zamawiającego, chociaż właśnie w ten sposób Odwołujący przedstawił sytuację faktyczną. Kolejne wyjaśnienia pozwoliły Wykonawcy odnieść się do wskazanych w wezwaniu elementów wyceny, a Zamawiającemu na ocenę oferty. W niniejszej sprawie nie występował stan, w którym Wykonawca pozostawałby bierny, a pierwsza odpowiedź nie była rozstrzygająca dla oceny, czy zaoferowana cena była rażąco niska. Wykonawca nie miał wiedzy składając te wyjaśnienia, które elementy zamówienia wymagają doprecyzowania, a tych informacji nie było również w ofercie, co stanowiłoby pewną wskazówkę przy składaniu wyjaśnień, jak i formułowaniu pytań w wezwaniu.

Powyższe prowadziło do oddalenia odwołania w całości.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 i § 8 ust. 2 pkt 1 poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis oraz koszty Zamawiającego w wysokości ustalonej na podstawie rachunków obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika oraz koszty dojazdu na rozprawę i obciążzyła nimi Odwołującego.

Przewodniczący: