

WYROK
z dnia 22 grudnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz
Członkowie: Agnieszka Trojanowska
Marek Koleśnikow
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 grudnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 grudnia 2016 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowo-Inżynieryjnego S.A. z siedzibą w Toruniu, Erbud S.A. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Miejski Zarząd Dróg w Toruniu, przy udziale wykonawcy Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
 - 1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - 1.2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
 - 1.3. wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu oferty, ze wskazaniem na okoliczności mające podlegać wyjaśnieniu,
 - 1.4. ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
2. Kosztami postępowania obciążyć Zamawiającego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13.600,00 zł (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze z,) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Toruniu.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Miejski Zarząd Dróg w Toruniu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Rozbudowa ul. Szosa Chełmińska w Toruniu” (znak sprawy DZP-271.72.2016), zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 września 2016 r. pod poz.311058-2016.

W dniu 2 grudnia 2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze oferty wykonawcy SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „Wykonawca S”) oraz o odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowo-Inżynieryjnego S.A. z siedzibą w Toruniu, Erbud S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący”).

W dniu 7 grudnia 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: „Izba” lub „KIO”) Odwołujący złożył odwołanie od niezgodnych z przepisami Pzp czynności Zamawiającego podjętych w Postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Pzp, tj. od:

1. czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
2. zaniechania czynności zwrócenia się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, z wyznaczeniem realnego i nie naruszającego zasady równego traktowania wykonawców terminu na złożenie ww. wyjaśnień wraz z dowodami,
3. czynności wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę S,
4. zaniechania czynności odrzucenia oferty Wykonawcy S,
5. zaniechania czynności wyłączenia osoby wykonującej czynności w Postępowaniu,
6. zaniechania czynności udostępnienia Odwołującemu wglądu w dokumentację Postępowania.

Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp przez uznanie, że Odwołujący nie złożył wyjaśnień, mimo że Odwołujący złożył wyjaśnienia adekwatne i wystarczające do wyznaczonego przez Zamawiającego czasu na ich udzielenie,
ewentualnie, w razie nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu odnośnie prawidłowości złożonych wyjaśnień w zakresie ich treści merytorycznej
2. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp przez zaniechanie czynności zwrócenia się do Odwołującego o udzielenie ponownych wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, z wyznaczeniem realnego i nie naruszającego zasady równego traktowania wykonawców terminu na złożenie ww. wyjaśnień wraz z dowodami,
3. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Znk” w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U.2015.184 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Uokik”, przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę S, mimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na zawarciu umowy przetargowej pomiędzy nim a Zamawiającym,
4. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 Znk przez utrudnianie Odwołującemu dostępu do rynku (wyboru jego oferty w Postępowaniu), mając świadomość faktycznych powiązań z osobą prowadzącą Postępowanie,
5. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie wyłączenia M.K. wykonującej czynności w Postępowaniu, mimo że pozostaje z Wykonawcą S w takim stosunku faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tej osoby, co miało wpływ na wynik Postępowania,
6. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z § 4 ust. 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U.2016.1128), zwanego dalej „Rozporządzeniem”, przez nieudostępnienie protokołu Postępowania niezwłocznie, co ma na celu uniemożliwienie Odwołującemu odniesienia się w treści odwołania do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez porównanie działań Zamawiającego względem Odwołującego oraz względem innych wykonawców biorących udział w Postępowaniu.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia wyboru oferty Wykonawcy S jako najkorzystniejszej w Postępowaniu,
2. unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego,
3. wyłączenia M.K. jako wykonującej czynności w Postępowaniu,
4. ponownego badania i oceny ofert,
5. wezwania Odwołującego do złożenia w adekwatnym do żądania terminie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp,
6. odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę S jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji,
7. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Odwołujący stwierdził, że niewątpliwie jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. W tym celu Odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), wykazał spełnianie warunków udziału w Postępowaniu i ubiega się o udzielenie mu zamówienia.

Odwołujący dodał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp poniósł szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami, to dokonałby wszystkich wskazanych powyżej zaniechanych czynności, natomiast nie dokonałby czynności odrzucenia oferty Odwołującego. W konsekwencji, zgodnie z określonymi w SIWZ kryteriami oceny ofert, oferta Odwołującego zostałaaby wybrana jako najkorzystniejsza, bowiem przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia. Przez zaniechanie powyższych czynności Zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (*lucrum cessans*). Powyższe, zdaniem Odwołującego, stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez niego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wskazał ponadto, że naruszenie ww. przepisów niewątpliwie miało istotny wpływ na wynik Postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 Pzp, Izba winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanych powyżej czynności i zaniechań Zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, co w istotny sposób wpłynęło na wynik Postępowania.

Odwołujący podał, że przedmiotem zamówienia jest rozbudowa ul. Szosa Chełmińska w Toruniu od Trasy Średnicowej do ul. Polnej. W ramach inwestycji

przewiduje się roboty rozbiórkowe, budowę jezdni bitumicznej, ułożenie chodników z kostki betonowej, budowę bitumicznej drogi rowerowej, budowę ekranów akustycznych, nasadzenie drzew i krzewów, ustawienie lamp ulicznych, usunięcie kolizji telekomunikacyjnych. Ponadto, w ramach zadania zostaną wykonane: kanalizacja deszczowa, wodociągowa, sanitarna, komputerowe urządzenia samoczynnej sygnalizacji przejazdowej, rozbudowany zostanie przejazd kolejowy oraz zlikwidowana zostanie bocznicą kolejowa.

Zarzut nr 1 i 2

Naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. art. 90 ust. 3 Pzp przez uznanie, że Odwołujący nie złożył wyjaśnień, mimo że Odwołujący złożył wyjaśnienia adekwatne i wystarczające do wyznaczonego przez Zamawiającego czasu na ich udzielenie, ewentualnie – naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp przez zaniechanie zwrócenia się do Odwołującego o udzielenie ponownych wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, z wyznaczeniem realnego i nie naruszającego zasady równego traktowania wykonawców terminu na złożenie ww. wyjaśnień wraz z dowodami

Odwołujący stwierdził, że podstawa prawna i faktyczna odrzucenia jego oferty jest całkowicie błędna. W dniu 25 listopada 2016 r. (piątek) Zamawiający po raz pierwszy skierował do Odwołującego wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, ustalając termin na ich udzielenie do dnia 28 listopada 2016 r. (poniedziałek). Nie jest zatem prawdą, jak próbuje przeforsować to Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, że wcześniej kierował on do Odwołującego analogiczne wezwanie wyznaczając 7 dni na złożenie wyjaśnień. Pierwotne pismo otrzymane przez Odwołującego skierowane zostało w trybie art. 87 ust. 1 Pzp i dotyczyć mogło niejasności w treści złożonej oferty. Tymczasem wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp skierowane zostało do Odwołującego jedynie raz, z wyznaczeniem 3 dniowego terminu (1 dzień roboczy). Tym samym Odwołujący, mając tak niewielki czas na udzielenie wyjaśnień, dołożył należytej staranności. Co więcej, w dniu 25 listopada 2016 r. Odwołujący skierował do Zamawiającego wniosek o wydłużenie terminu do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz kontaktował się w sprawie tego wniosku bezpośrednio z osobą pełniącą u Zamawiającego funkcję zastępcy dyrektora, jednak wniosek ten został odrzucony przez Zamawiającego dopiero w dniu 28 listopada 2016 r.

Odwołujący podał przykładowo, że inny wykonawca (Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Kobyłarnia S.A.) otrzymał w Postępowaniu wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp już w dniu 16 listopada 2016 r., a Zamawiający wyznaczył mu aż 7 dni na udzielenie stosownych

wyjaśnień (5 dni roboczych). Już tylko ten fakt wskazuje na naruszenia zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w ramach Postępowania.

Odwołujący podkreślił, że wyznaczenie 3-dniowego terminu (1 dzień roboczy) jest ewenementem w skali postępowań o udzielanie zamówień publicznych prowadzonych przez Zamawiającego, w których udział brał Odwołujący. Odwołujący podał przykłady 15 innych postępowań, w których omawiany termin wynosił od 4 do 7 dni roboczych.

Następnie, odnosząc się do stanowiska Zamawiającego wskazanego w uzasadnieniu odrzucenia oferty, że Odwołujący nie złożył wyjaśnień w formie przewidzianej przez Zamawiającego w odpowiednim terminie Odwołujący wskazał na pkt 7.6. SIWZ określający formę składanych dokumentów, zgodnie z którym:

„7.6. Forma dokumentów:

7.6.1. oświadczenia wymienione w pkt 7.1. i 7.2. niniejszego Rozdziału dotyczące Wykonawcy i innych podmiotów, na których zdolnościach lub sytuacji polega Wykonawca na zasadach określonych w ait. 22a ustawy Pzp oraz dotyczące podwykonawcy, składane są w oryginale - również oświadczenia złożone w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w trybie ait. 26 ust. 4 oraz ait. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a także dla zmiany lub wycofania oferty;

7.6.2. dokumenty inne niż oświadczenia wskazane w pkt 7.6.1. powyżej, składane są w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem”.

Następnie Zamawiający w treści SIWZ ustalił, co w ramach Postępowania oznaczać będzie złożenie chociażby wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp w oryginale. W pkt 7.6.3 SIWZ Zamawiający wskazał, że za oryginał, o którym mowa w pkt 7.6.1. i 7.6.2. powyżej, uważa się oświadczenie lub dokument złożony: (1) w formie pisemnej lub (2) w formie elektronicznej, podpisany odpowiednio własnoręcznym podpisem albo kwalifikowalnym podpisem elektronicznym przez odpowiednio wykonawcę, podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego albo podwykonawcę.

Mając na uwadze tak skonstruowane postanowienia SIWZ, Odwołujący złożył wymagane wyjaśnienia w pierwotnie przewidzianym terminie właśnie w formie elektronicznej podpisane odpowiednio własnoręcznym podpisem, a kolejnego dnia, w godzinach porannych, dodatkowo dostarczył dokument złożony w formie pisemnej osobiście do siedziby Zamawiającego. Odnoszenie się zatem przez Zamawiającego do przepisów Kodeksu cywilnego („K.c.”) jest chybione, bowiem Zamawiający w treści SIWZ sam ustalił zasady i formy składania wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Jednocześnie Odwołujący wskazał, że biorąc pod uwagę wyznaczony termin, który nie może zostać pominięty przy ocenie złożonych wyjaśnień, wyjaśnienia z dnia 28 listopada 2016 r. były wyjaśnieniami, które pozwalały Zamawiającemu na ocenę realności zaoferowanej ceny. Odwołujący w treści wyjaśnień wskazał m.in. na całkowity koszt wykonania zamówienia, zakładany całkowity zysk związany z przedmiotem zamówienia na poziomie 4%, przyjęte ryzyko związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia oraz odniósł się do rentowności zaoferowanej ceny odwołując się pośrednio do cen innych wykonawców, w tym cen poszczególnych pozycji kosztorysów, w których Odwołujący zaoferował wyższe ceny niż Wykonawca S, czy wykonawca Strabag sp. z o.o. Jednocześnie w treści złożonych wyjaśnień Odwołujący wskazał na sposób wyliczenia kosztów robocizny, pracy odpowiedniego sprzętu, czy zakupu cenotwórczych materiałów, a wszystkie te elementy wraz z ich odniesieniem do cen Sekocenbud potwierdzają realność zaoferowanej ceny.

Odwołujący oświadczył następnie, że w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu odnośnie prawidłowości złożonych wyjaśnień w zakresie ich treści merytorycznej z ostrożności podnosi zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp przez zaniechanie zwrócenia się do Odwołującego o udzielenie ponownych wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, z wyznaczeniem realnego i nie naruszającego zasady równego traktowania wykonawców terminu na złożenie ww. wyjaśnień wraz z dowodami.

Mając na uwadze argumentację przedstawioną powyżej, oraz fakt, że w innych postępowaniach prowadzonych przez tego Zamawiającego oraz w przedmiotowej sprawie innym wykonawcom wyznaczono znacznie dłuższy czas na złożenie wyjaśnień, to złożone wyjaśnienia powinny zostać ocenione jako potwierdzające realność zaoferowanej przez Odwołującego ceny. Jeśli jednak, w ocenie Izby, treść wyjaśnień jest niewystarczająca, ale uzasadniona zbyt krótkim terminem, to Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu ponownego wezwania go do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, którą to czynność, biorąc pod uwagę stan faktyczny sprawy, Zamawiający winien podjąć samodzielnie wyznaczając jednocześnie adekwatny, realny czas na ich złożenie, np. taki, jaki przewidział Zamawiający dla wykonawcy Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów Kobylarnia S.A.

Zarzut nr 3

Naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. art. 3 ust. 1 Znk w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 Uokik przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy S, mimo że

jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na zawarciu umowy przetargowej pomiędzy nim a Zamawiającym

Odwołujący przytoczył przepis art. 89 ust.1 pkt 3 Pzp, art. 3 ust. 1 Znk oraz art. 6 ust. 1 pkt 7 Uokik i stwierdził – odwołując się do poglądów wyrażanych w orzecznictwie KIO – że z uwagi na trudności w udowodnieniu umowy przetargowej przy orzekaniu w jej przedmiocie wystarczające jest oparcie się na dowodach pośrednich.

W ocenie Odwołującego szereg nieprawidłowości zaistniałych w Postępowaniu, nierówne traktowanie Odwołującego względem innych wykonawców i dążenie do wyboru oferty Wykonawcy S, w której zatrudniony jest mąż M.K. odpowiedzialnej za prowadzenie Postępowania pośrednio wykazują, że pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą S występuje niedozwolone porozumienie naruszające uczciwą konkurencję.

Zarzut nr 4

Naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 Znk przez utrudnianie Odwołującemu dostępu do rynku (wyboru jego oferty w Postępowaniu), mając świadomość faktycznych powiązań z osobą prowadzącą Postępowanie

Odwołujący stwierdził, że Wykonawca S musiał mieć świadomość występowania faktycznych powiązań między nią a osobą bezpośrednio prowadzącą Postępowanie. To właśnie powiązania, których efektem jest naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, wpłynęły obecnie na wybór oferty, która nie jest najkorzystniejszą, a która to oferta jest droższa od najkorzystniejszej oferty Odwołującego aż o 1.808.995,71 zł brutto.

Zarzut nr 5

Naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. art. 17 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie wyłączenia M.K. wykonującej czynności w Postępowaniu, mimo że pozostaje z Wykonawcą S w takim stosunku faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tej osoby, co miało wpływ na wynik Postępowania

Odwołujący przytoczył przepis art. 17 ust. 1 pkt 4 Pzp i podał, że osobą wskazaną do kontaktów po stronie Zamawiającego jest M.K., co wynika z pkt. 8.4 SIWZ.

Wyjaśnił, że mężem M.K. jest P.K. pełniący funkcję kierownika budowy oraz menadżera projektu u Wykonawcy S. Co jednak najbardziej znamienne P.K. wykonuje swoją funkcję na budowach na terenie Torunia i okolic, a więc właśnie w obszarze działania Zamawiającego. Co więcej P.K. jako kierownik budowy czy menadżer projektu musi brać udział w przygotowywaniu ofert składanych Zamawiającemu.

Na potwierdzenie powyższych informacji Odwołujący wskazał przykładowo na inwestycję „Budowa trasy północnej średnicowej w Toruniu” realizowanej na rzecz Zamawiającego w latach 2013-2015, w ramach której P.K. pełnił funkcję kierownika budowy oraz menadżera projektu. Tym samym w przypadku wystąpienia sytuacji, w której część dochodu M.K. i P.K., którego wysokość może być uzależniona od ilości wygranych przez tego Wykonawcę S, pochodzi od tego wykonawcy, M.K. nie powinna wykonywać jakiegokolwiek czynności w Postępowaniu. Momentem, w którym M.K. powinna się z niego wyłączyć był najpóźniej moment, w którym Wykonawca S ujawnił się jako podmiot zainteresowany złożeniem oferty (w momencie zadawania pytań do SIWZ lub najpóźniej w dniu otwarcia ofert).

Co więcej, szereg nieprawidłowości wskazanych powyżej, takich jak: wyznaczanie znacznie krótszego czasu na złożenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny niż w innych prowadzonych postępowaniach, wyznaczanie Odwołującemu krótszego niż innym wykonawcom czasu na składanie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, nieprzestrzeganie własnych postanowień SIWZ odnośnie formy składanych dokumentów, czy też nieudostępnienie do wglądu i odmowa dostępu dokumentacji Postępowania w terminie pozwalającym na przygotowanie i złożenie odwołania wskazują pośrednio, że działania podejmowane przez M.K. dyskryminują Odwołującego, którego oferta jest ofertą korzystniejszą od oferty złożonej przez Wykonawcę S, tj. firmę, w której pracuje jej mąż.

Zarzut nr 6

Naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z § 4 ust. 5 Rozporządzenia przez nieudostępnienie protokołu postępowania niezwłocznie, co ma na celu uniemożliwienie Odwołującemu odniesienia się w treści odwołania do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez porównanie działań Zamawiającego względem Odwołującego oraz względem innych wykonawców biorących udział w Postępowaniu

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z art. 96 ust. 3 Pzp protokół wraz z załącznikami jest jawny, przy czym załączniki do niego udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ponadto, zgodnie z § 4 ust. 5 Rozporządzenia, Zamawiający udostępnia wnioskodawcy protokół lub załączniki niezwłocznie. W wyjątkowych przypadkach, w szczególności związanych z zapewnieniem

sprawnego toku prac dotyczących badania i oceny ofert, zamawiający udostępnia odpowiednio oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w terminie przez siebie wyznaczonym, nie później jednak niż odpowiednio w dniu przekazania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty lub w dniu przekazania informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków albo w dniu przekazania informacji o unieważnieniu postępowania.

Odwołujący wyjaśnił, że w dniu 2 grudnia 2016 r. skierował do Zamawiającego wniosek o umożliwienie wglądu do protokołu Postępowania wraz z załącznikami, na który to wniosek otrzymał odpowiedź w dniu 6 grudnia 2016 r. Wskazano w niej, że protokół zostanie przekazany po przygotowaniu żądanych załączników. Właśnie z uwagi na kwestie organizacyjne Odwołujący wnioskował o możliwość wglądu w akta i wykonanie fotokopii, na który to wniosek Zamawiający udzielił odpowiedzi odmownej. Również ta okoliczność pośrednio świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców, ponieważ Odwołujący informował, że wgląd niezbędny jest celem prawidłowego przygotowania odwołania, na złożenie którego termin upływa 7 grudnia 2016 r.

Jednocześnie Odwołujący wskazał, że udostępnienie mu protokołu postępowania wraz z załącznikami dopiero w dniu (lub po dniu) złożenia odwołania, nie powinno mieć jakiegokolwiek wpływu na orzeczenie Izby, gdyż niewątpliwie nieudostępnienie protokołu ma wpływ na wynik Postępowania, skoro wykonawca nie ma już wystarczającej ilości czasu na analizę przesłanej dokumentacji oraz odpowiednie sformułowanie dodatkowych zarzutów odwołania czy też treści odwołania zmienić już nie może, jak też nie może cofnąć odwołania bez wpływu na uszczerbek finansowy. Izba powinna ocenić działania i zaniechania Zamawiającego z dnia, w którym rozpoczął bieg termin na wniesienie odwołania, gdyż tylko taki stan faktyczny jest objęty tym środkiem ochrony prawnej, nie zaś późniejsze aberracje faktami instytucji zamawiającej. Nawet jeśli Zamawiający uwzględni ten ostatni zarzut, to jego dotychczasowe zachowanie powinno rzutować na ocenę zasadności postawionych zarzutów i profesjonalnego zachowania wykonawcy, przejawiającego się w dbaniu o zabezpieczenie swojego interesu w uzyskaniu zamówienia.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 15 grudnia 2016 r. wniósł o jego oddalenie argumentując w następujący sposób.

Zarzuty nr 1 i 2

Zamawiający przywołał postanowienia pkt 16.3, 16.7, 16.8, 16.15 SIWZ dotyczące opisu sposobu obliczenia ceny oferty i podkreślił, że Odwołujący oświadczył w ofercie,

że zapoznał się z treścią SIWZ oraz że jest związany określonymi w niej postanowieniami i zasadami postępowania, których to zobowiązań odwołujący jednak nie dochował.

Zamawiający wskazał następnie, że niewątpliwie informacyjna funkcja kosztorysu ofertowego ma istotne znaczenie w kwestii ustalenia, czy słuszne bądź też nie są wątpliwości co do zaoferowanej ceny lub jej istotnych części składowych w kontekście przesłanek zastosowania art. 87, czy art. 90 Pzp.

Odwołujący złożył kosztorys ofertowy, w którym dla każdej wycenionej branży i pozycji, jako jednostkę obmiarową i obmierzoną ilość wskazał 1 komplet. Tej treści kosztorys ofertowy ma ograniczony walor informacyjny. Dlatego też, pismem z dnia 16 listopada 2016 r., Odwołujący został wezwany, w trybie art. 87 ust. 1 Pzp oraz na podstawie pkt 16.15 SIWZ do złożenia m.in.:

1. w odniesieniu do złożonego wraz z ofertą kosztorysu ofertowego, dla każdej pozycji w nim zawartej jednostek obmiarowych zgodnych ze specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót oraz ilości robót ustalonych na podstawie dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót,
2. w odniesieniu do kosztorysu ofertowego przedłożonego z uwzględnieniem wytycznych zawartych w punkcie 1 powyżej w zakresie robót drogowych, sanitarnych, teletechnicznych oraz konstrukcji inżynierskich kalkulacji szczegółowej obejmującej dla każdej pozycji koszty bezpośrednie (materiały, robociznę, sprzęt i koszty transportu), koszty pośrednie oraz zysk.

Wyjaśnienia Odwołujący zobowiązany był złożyć w formie pisemnej do dnia 23 listopada 2016 r., do godz. 15:00.

W kontekście zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp Zamawiający wskazał w tym miejscu, że tego samego wezwał pozostałych czterech wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, wyznaczając im identyczny termin. Bezzasadne jest zatem twierdzenie, że Zamawiający w jakikolwiek sposób od początku prowadzonej procedury związanej z badaniem i oceną złożonych ofert dyskryminował Odwołującego, ponieważ każdy z wykonawców miał ten sam czas na złożenie wyjaśnień.

Zamawiający podkreślił, że w jego gestii leży wybór trybu, czy to art. 87 ust. 1, czy też art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, który zamierza zastosować, bądź stosuje w konkretnym przypadku, do konkretnej oferty i w zaistniałym stanie faktycznym.

Kosztorysy ofertowe wszystkich pozostałych wykonawców zostały sporządzone zgodnie z wytycznymi wynikającymi z pkt 16 SIWZ i w pełni spełniają swoje funkcje

informacyjne. Zamawiający jest w stanie na ich podstawie ustalić przyjętą ceną jednostkową za wykonanie jednostki obmiarowej danego asortymentu robót, czego nie można powiedzieć o kosztorysie ofertowym Odwołującego.

Uzasadnione wątpliwości w kontekście tak złożonego kosztorysu ofertowego oraz zasadniczych różnic cenowych pomiędzy ofertą Odwołującego złożoną na kwotę 13.963.153,39 zł brutto oraz ofertami pozostałych wykonawców, które zostały złożone na kwoty:

1. Wykonawca S – o 1.808.995,71 zł brutto wyższą od ceny Odwołującego,
2. wykonawca Strabag sp. z o.o. – o 1.895.593,83 zł brutto wyższą od ceny Odwołującego,
3. wykonawca PBDiM Kobylarnia S.A. – o 1.926.987,94 zł brutto wyższą od ceny Odwołującego,
4. wykonawca Eurovia Polska S.A. – o 2.259.732.52 zł brutto wyższą od ceny Odwołującego,

spowodowały, że Zamawiający podjął kroki w celu ustalenia prawidłowości oszacowania przez Odwołującego kosztów realizacji przedmiotu zamówienia.

Na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, Odwołujący, w ostatnim dniu terminu na złożenie wyjaśnień, odmówił złożenia kalkulacji szczegółowej argumentując, że jego działanie nie jest objęte żadną sankcją, a Zamawiający ma obowiązek ocenić ofertę na podstawie wiedzy, jaką posiada bez uzyskania wyjaśnień. Tym samym Odwołujący w sposób celowy i umyślny uniemożliwił Zamawiającemu odpowiednie sformułowanie treści wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Zamawiający podał następnie, że Odwołujący zobligowany został do złożenia wyjaśnień w formie pisemnej w terminie do 28 listopada 2016 r. do godz. 15:00. Zaznaczyć należy, że treść wezwania została sformułowana w sposób tożsamy, co treść wezwania z dnia 16 listopada 2016 r., wystosowana na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Zamawiający przesłał Odwołującemu pismo o godz. 9:49 wyznaczając trzydniowy termin.

W odpowiedzi na wniosek Odwołującego z dnia 25 listopada 2016 r. w sprawie przedłużenia terminu na złożenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, Zamawiający zajął stanowisko, iż byłoby to nieuprawnione ze względu na zasadę równego traktowania wszystkich wykonawców, ponieważ Odwołującemu został wyznaczony termin w sumie dwunastu dni na złożenie wyjaśnień w tym samym zakresie.

Zamawiający, wzywając Odwołującego dwukrotnie do złożenia wyjaśnień, nie oczekiwał od niego wiadomości specjalnych wymagających czasochłonnych przygotowań, ponieważ Odwołujący powinien był dysponować kalkulacją ceny oferty jeszcze przed jej złożeniem, abstrahując już od faktu, że Odwołujący zaakceptował m.in. pkt 16.15 SIWZ, a więc mógł się w każdej chwili spodziewać tego rodzaju wezwania.

W ocenie Zamawiającego całkowicie chybione są także twierdzenia Odwołującego, że wyjaśnienia z dnia 28 listopada 2016 r. zostały złożone w terminie i formie wymaganej wezwaniem Zamawiającego.

W żaden sposób skan dokumentu przesłanego mailem dnia 28 listopada 2016 r. o godz. 14:52 nie jest dokumentem złożonym w formie pisemnej. Wymóg złożenia wyjaśnień w sprawie ceny zawarty w pkt 7.6.1 SIWZ dotyczył wszystkich wykonawców składających wyjaśnienia i wszyscy, za wyjątkiem Odwołującego, zastosowali się do tego zapisu. Nieprawdą jest również, że z treści pkt 7.6.3 SIWZ wynika, iż złożenie dokumentów w formie elektronicznej podpisanych własnoręcznym podpisem, czyli w tym wypadku skanu, spełnia wymogi formy pisemnej, bowiem pkt 7.6.3 stanowi: „za oryginał, o którym mowa w pkt 7.6.1. i 7.6.2. powyżej, uważa się oświadczenie lub dokument złożony w formie pisemnej lub w formie elektronicznej podpisany odpowiednio własnoręcznym podpisem albo kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez odpowiednio Wykonawcę, podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega Wykonawca, Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego albo podwykonawcę”.

Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie zauważył, że sformułowanie „odpowiednio” dotyczy złożenia dokumentów w formie pisemnej z własnoręcznym podpisem lub formie elektronicznej, ale z kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Odwołujący nie złożył wyjaśnień podpisanych kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a zatem nie zachował wymaganej formy pisemnej dla złożenia wyjaśnień, co czyni jego czynność bezskuteczną.

Zamawiający podkreślił również, że Odwołujący nie odniósł się merytorycznie do żadnego z wezwań.

Przypomnieć należy, że w wyjaśnieniach z dnia 28 listopada 2016 r. przesłanych w formie skanu oraz złożonych dnia 29 listopada 2016 r. w formie pisemnej, Odwołujący oświadczył, że może kształtować ich treść dowolnie, w oderwaniu od wezwania Zamawiającego, a obowiązkiem Zamawiającego jest jedynie prawidłowa ich ocena. Wobec powyższego Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, z ostrożności procesowej, tejże oceny dokonał.

Zamawiający stwierdził, że wyjaśnienia Odwołującego nie stanowią niczego poza ogólnymi zapewnieniami co do prawidłowości kalkulacji ceny oferty, bez przedstawienia tejże kalkulacji i dowodów na poczynione założenia. Wyjaśnił, że w wezwaniu z dnia 25 listopada 2016 r. poinformował Odwołującego, że jego zachowanie utrudnia należyte przeprowadzenie procedury wyjaśniającej w zakresie zaoferowanej ceny, która mogła i wzbudziła wątpliwości Zamawiającego, zarówno, co do rozbieżności odnośnie szacunków Zamawiającego, jak i w odniesieniu do zweryfikowanych przez rynek cen ofertowych pozostałych wykonawców, których wycena przedmiotu zamówienia jest do siebie bardzo zbliżona i zamyka się w przedziale od 0,2% do 2,23%, gdy cena Odwołującego różni się od pozostałych o ponad 11%.

Zarzuty nr 3-5

Zamawiający stwierdził, że przywołany przez Odwołującego przepis art. 6 ust. 1 pkt 7 Uokik, zgodnie z którym zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, w szczególności uzgadnianie przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny, mógłby ewentualnie stanowić podstawę zarzutów dotyczących określenia warunków udziału w Postępowaniu, czy też opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący jednak takich zarzutów nie podnosił, nie czuł się eliminowany z rynku, złożył ofertę, podobnie jak pięć innych podmiotów.

Odwołujący nie czuł się również w żaden sposób eliminowany z rynku, gdyż tylko w tym roku na realizację robót drogowych zawarł z Zamawiającym 12 umów o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający podkreślił, że żaden inny wykonawca nie może pochwalić się taką skutecznością w wygrywaniu przetargów przeprowadzanych przez Zamawiającego. Udział Odwołującego w koszyku zamówień Zamawiającego wynosi 50%, a tymczasem Odwołujący twierdzi, że jest eliminowany z rynku na skutek zмовы przetargowej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą S.

Zamawiający podkreślił również, że wszystkie decyzje w Postępowaniu ostatecznie podejmowane są każdorazowo przez kierownika Zamawiającego po wysłuchaniu propozycji, komisji przetargowej powołanej w niniejszej sprawie zarządzeniem nr 120.1.112/16 z dnia 20 września 2016 r. Komisja przetargowa została ustanowiona w składzie pięcioosobowym: przewodniczący, sekretarz oraz trzech członków. Członkowie komisji złożyli oświadczenia w trybie art. 17 ust. 2 Pzp. M.K., zgodnie z treścią przywołanego zarządzenia,

została powołana do składu komisji przetargowej, gdzie pełniła funkcję jej sekretarza. Zamawiający podkreślił, że ww. osoba nie nigdy nie podejmowała jakiegokolwiek bezpośrednich, czy też pośrednich decyzji w procesie badania i oceny złożonych ofert.

Zgodnie z zakładowym regulaminem udzielania zamówień publicznych wprowadzonym zarządzeniem z dnia 3 sierpnia 2016 r. nr 120.1.99/16, osoby powołane w skład komisji przetargowej pełnią w nim określone funkcje odpowiednio do swoich kompetencji (§ 15 regulaminu). Pracami komisji kieruje przewodniczący, który odpowiada m.in. za podział prac między członków komisji, wyznaczanie posiedzeń komisji, informowanie kierownika zamawiającego o problemach związanych z pracami komisji. Członkowie komisji z kolei odpowiadają m.in. za przeprowadzenie badania i ocenę złożonych ofert. Sekretarz komisji pełni funkcję administracyjno-techniczną. Bezpodstawne jest zatem twierdzenie Odwołującego, że M.K. mogła podejmować jakiegokolwiek wiążące decyzje dotyczące procesu badania i oceny oferty Odwołującego. Bardziej jednak doniosła jest okoliczność, iż z oświadczenia M.K. dołączonego do protokołu Postępowania wynika, iż osoba ta wyłączyła się z postępowania dnia 14 listopada 2016 r.

Zamawiający podkreślił, że zgodnie z pkt 9.1 SIWZ do kontaktów merytorycznych w zakresie przedmiotu zamówienia wskazany został inny członek komisji przetargowej (M.W.), którego obowiązki zgodnie z wewnętrznymi procedurami Zamawiającego dotyczyły właśnie badania i oceny złożonych ofert. To merytoryczna ocena oferty Odwołującego dokonana przez członków komisji przetargowej odpowiedzialnych za nadzór i realizację robót budowlanych realizowanych przez Zamawiającego legła u podstaw decyzji kierownika Zamawiającego, co do podjęcia procedury wyjaśniającej zarówno w trybie art. 87 ust. 1 i art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp.

Zarzut nr 6

Zamawiający wyjaśnił, że w dniu 5 grudnia 2016 r. wnioski o przekazanie dokumentacji Postępowania złożyły trzy podmioty – Odwołujący, wykonawca Strabag sp. z o.o. oraz Wykonawca S. Odwołujący powołuje się na wniosek z dnia 2 grudnia 2016 r. przekazany drogą mailową, ale ten wpłynął do Zamawiającego po godzinach urzędowania, zatem Zamawiający mógł zapoznać się z jego treścią dopiero 5 grudnia 2016 r. Skompletowanie, zeskanowanie, w tym zabezpieczenie dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wymagało, co oczywiste, odpowiedniego czasu, a i tak Odwołujący otrzymał żadaną dokumentację w pierwszej kolejności. Mógł zatem przed złożeniem odwołania zapoznać się z treścią żądanych dokumentów, co z resztą uczynił powołując się np. na termin wyznaczony przez Zamawiającego na złożenie wyjaśnień

w sprawie ceny do wykonawcy Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów Kobylarnia S.A. Ponadto oferta Wykonawcy S, o którą wnioskował Odwołujący pismem z dnia 5 grudnia 2016 r., mogła zostać udostępniona już po otwarciu ofert, jednakże Odwołujący nie złożył takiego wniosku.

W piśmie procesowym z dnia 19 grudnia 2016 r. Odwołujący przedstawił dodatkową argumentację na poparcie zarzutów odwołania.

Zdaniem Odwołującego, zażądanie przedstawienia wyjaśnień w terminie 1 dnia roboczego wskazuje na celowe działanie Zamawiającego, zmierzające do uniemożliwienia przedłożenia pełniejszych wyjaśnień. Wskazać należy, iż sam Zamawiający wykreował niniejszą sytuację, aby móc następnie twierdzić, że brak jest po stronie Odwołującego szczegółowych wyliczeń, czy dowodów potwierdzających wysokość zaoferowanej ceny.

Odwołujący zauważył, że wyjaśnienia udzielane przez wykonawcę zgodnie z przepisem art. 90 Pzp mają w zdecydowanej większości przypadków charakter znacznie bardziej skomplikowany niż np. wyjaśnienia treści oferty, o których mowa w art. 87 ust. 1 Pzp. Odnoszą się bowiem nie do konkretnego oświadczenia woli, lecz do warunków prowadzenia działalności gospodarczej wykonawcy w aspekcie prawnym, ekonomicznym, społecznym itp. Jeśli więc z uwagi na wyjątkowo krótki termin wykonawca, który ma udowodnić, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, nie zdąży wyjaśnić tego w terminie wskazanym przez zamawiającego, to żądanie wyznaczenia kolejnego terminu na udzielenie odpowiedzi i zarzut nierealności czasu podanego przez zamawiającego są zasadne. Wykonawca musi mieć odpowiednio dużo czasu, aby sporządzić wyczerpujące wyjaśnienia, ale także zebrać dokumenty na poparcie też wyjaśniających.

Odwołujący dodał, że przepis art. 90 ust. 1 Pzp nie nakazuje zamawiającemu zwrócić do wykonawcy z żądaniem złożenia wyjaśnień w formie pisemnej i odwrotnie nie uzależnia skuteczności złożenia tych wyjaśnień od formy pisemnej. Zatem zamawiający nie może działać *contra legem*. Już tylko na tym przykładzie widać tendencyjność działań Zamawiającego, a przy uwzględnieniu okoliczności, że sam Zamawiający przy stosowaniu procedury z art. 90 ust. 1 Pzp skorzystał z drogi komunikacji w formie faksu (wezwanie zostało przesłane Odwołującemu w piątek 25 listopada 2016 r. faksem o godz. 9:49), to zarzuty skierowane pod adresem Odwołującego są tym nieuzasadnione.

Odwołujący, nawiązując do wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady równego traktowania wykonawców, zwrócił również uwagę, że Zamawiający zaakceptował w wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez wykonawcę Eurovia Polska S.A., pomimo iż wyjaśnienia te były uboższe od wyjaśnień złożonych przez Odwołującego.

Odwołujący stwierdził, że jeżeli spojrzeć na wartość przedmiotu zamówienia oszacowaną i wskazaną przez Zamawiającego, tj. kwotę 25.257.215,76 zł brutto, a następnie na wartość złożonych ofert, to dosadnie widać, że wartość szacunkowa zamówienia została przeszacowana. Wyjaśnił, że pomijając tą wartość różnica pomiędzy cenami jest oczywiście nieznaczna (różnica pomiędzy najtańszą a najdroższą ofertą oscyluje na poziomie ok. 16%). Potwierdza to, że wartość szacunkowa zamówienia została zawyżona, wobec czego nie powinna mieć znaczenia dla oceny, czy cena oferty Odwołującego jest rażąco niska.

W ocenie Odwołującego nieprzejrzystość działań Zamawiającego widać także w opisie stanu faktycznego wskazanego w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 2 grudnia 2016 r., gdzie na str. 2 Zamawiający wskazał, że w dniu 16 listopada 2016 r. wezwał wykonawcę PBDiM KOBYLARNIA S.A., w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, do złożenia wyjaśnień i jako datę złożenia wyjaśnień wyznaczył dzień 23 listopada 2016 r. Tymczasem dokładnie w tym samym dniu Zamawiający wzywał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, jednak w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.

Niezależnie od powyższego Odwołujący w sposób szczególny podkreśla, że jako jedyny otrzymał od Zamawiającego tak krótki termin do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W załączniku do odwołania Odwołujący przedstawił zestawienie, z którego wynika, że pozostali wykonawcy, w dniu 16 listopada 2016 r. otrzymali od Zamawiającego wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, z wyznaczeniem 5-dniowego (dni robocze) terminu do złożenia wyjaśnień, podczas gdy Odwołujący, jako jedyny, w tym dniu został wezwany do złożenia wyjaśnień w oparciu o zupełnie inną podstawę prawną, po czym w dniu 25 listopada 2016 r. otrzymał wezwanie już z zastosowaniem trybu art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, jednak z wyznaczeniem jednego dnia roboczego do złożenia wyjaśnień.

Zamawiający swoim działaniem nie może prowadzić do naruszenia fundamentalnej zasady równości wobec prawa, która w przypadku postępowań o zamówienie publiczne ściśle wiąże się z zasadą zapewnienia równego i uczciwego traktowania wykonawców biorących udział w tych postępowaniach.

Twierdzenia Zamawiającego dotyczące roli art. 87 ust. 1 Pzp w procedurze badania wysokości ceny są całkowicie oderwane od roli poszczególnych przepisów, ich celu i okoliczności stosowania. Sam fakt niezłożenia przez wykonawcę wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp nie może skutkować odrzuceniem oferty. Zgoła odmiennie przepisy Pzp regulują natomiast następstwo niezłożenia wyjaśnień, do których zamawiający wezwał wykonawcę na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 Pzp.

Przesądza o tym przepis art. 90 ust. 3 Pzp, który przewiduje ocenę złożonych wyjaśnień wraz z dokumentami, a zatem przewiduje złożenie również dowodów, podczas gdy przepis art. 87 ust. 1 Pzp ogranicza się do składania wyjaśnień. Wezwanie na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp nie daje podstaw do oczekiwania, że wraz z wyjaśnieniami wykonawca dostarczy jakiegokolwiek dowody. Mając na uwadze powyższe Odwołujący podkreśla, że wykonawca nie ma obowiązku składać wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wystosowane w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, nie musi przedkładać jakichkolwiek dowodów na poparcie własnych twierdzeń, lub może odpowiedzieć na wezwanie bardzo lakonicznie.

W zakresie zarzutu dotyczącego zmowy przetargowej Odwołujący wskazał, że możliwość taką dostrzegł Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, który pkt 3 specjalnego formularza zamieszczonego na jego stronie internetowej poświęcił sytuacji, gdy zamawiający uzgodnił z wykonawcą (wykonawcami) warunki składanych ofert, w szczególności co do faworyzowania określonego wykonawcy (wykonawców).

Biorąc pod uwagę powyższe, w świetle art. 6 ust. 1 pkt 7 Uokik, dla zakwalifikowania porozumienia jako niedozwolonego niezbędne jest łączne wystąpienie następujących okoliczności:

- zawarcia niedozwolonego porozumienia przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu (lub przedsiębiorców i organizatora przetargu), którego przedmiot stanowi uzgodnienie w zakresie warunków składanych ofert,
- zakazanego charakteru porozumienia,
- braku podstaw do wyłączenia spod zakazu na podstawie art. 7 i 8 Uokik.

W ocenie Odwołującego sposób procedowania Zamawiającego wykracza poza granice przypadku, co narusza dobre obyczaje i interesy pozostałych wykonawców, więc wyczerpuje definicję czynu nieuczciwej konkurencji zawartą w art. 3 ust. 1 Znk. Ponadto, samo wezwanie Odwołującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z wyznaczeniem tak krótkiego terminu do ich złożenia narusza dobre obyczaje, więc samo w sobie wyczerpuje definicję czynu nieuczciwej konkurencji.

Niedopuszczalne są, jako sprzeczne z zasadą równego traktowania i uczciwej konkurencji, wszelkie porozumienia między uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Działania takie stanowią oczywiste manipulacje jego przebiegiem. O ile fakt takiego porozumienia każdorazowo jest trudny do stwierdzenia, to biorąc pod uwagę okoliczności analizowanej sprawy oraz niekwestionowane powiązanie osobowe, niepodobieństwem, aby powiązania te nie wywołały wpływu na zachowanie Zamawiającego, w konsekwencji wybór oferty najkorzystniejszej.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 Znk czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przepis ten stanowi ogólną definicję czynu nieuczciwej konkurencji i obejmuje wszelkie określone w nim działania przedsiębiorców, które mogą zagrażać lub naruszać interesy innych przedsiębiorców lub klientów. Przepis art. 3 ust. 2 Znk wskazuje na nazwane typy czynów nieuczciwej konkurencji, których przesłanki zostały wskazane w dalszych przepisach, zatem Izba powinna ustalić, czy zarzucane działanie wypełnia znamiona któregośkolwiek z nazwanych typów czynu nieuczciwej konkurencji, tj. winna rozważyć, czy działanie wypełnia przesłanki określonego zachowania przedsiębiorcy i jego sprzeczności z prawem lub dobrymi obyczajami, powstania stanu zagrożenia szkodą i istnienia związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy powstałym stanem zagrożenia, a godnym ochrony interesem innego przedsiębiorcy czy klienta.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zaniechania niezwłocznego udostępnienia protokołu Postępowania Odwołujący wskazał, że każdy zamawiający dokonując rozstrzygnięcia przetargu musi się liczyć z tym, że wykonawcy niezwłocznie wystąpią o wgląd w protokół wraz z załącznikami. Zatem już przy czynności uzewnętrznienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej musi być organizacyjnie przygotowany do udostępnienia dokumentów.

Jeżeli Zamawiający nie mógł niezwłocznie udostępnić dokumentacji przetargowej od dnia 2 grudnia 2016 r., to nie powinien w tym dniu podejmować czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Nikt nie nakazywał Zamawiającemu uzewnętrznianie decyzji o wyborze właśnie tego dnia. Zamawiający powinien dokonać wyboru oferty w następnym dniu roboczym (albo jeszcze później) tak, aby od chwili uzewnętrznienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej móc niezwłocznie (czyli niemal natychmiast) udostępnić protokół Postępowania wraz z załącznikami. Tymczasem Zamawiający, pomimo kilkukrotnych próśb ze strony Odwołującego oraz wizyt przedstawiciela Odwołującego w siedzibie Zamawiającego, dopiero w dniu upływu terminu na wniesienie odwołania przekazał Odwołującemu skany korespondencji z Postępowania. Dokumentacja ta nie była jednak kompletna, bowiem Odwołujący w dalszym ciągu nie otrzymał pisma stanowiącego uzasadnienie objęcia przez Wykonawcę S tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Tym samym, zaniechanie niezwłocznego udostępnienia dokumentacji przetargowej przez Zamawiającego wpływa na wynik Postępowania, bowiem Odwołujący nie był w stanie kompleksowo ocenić swoją sytuację w przetargu i w pełny sposób sformułować zarzutów, żądań i argumentacji.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił Wykonawca S wnosząc o oddalenie odwołania.

Na rozprawie strony i uczestnik postępowania odwoławczego podtrzymali dotychczasowe stanowiska w sprawie.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. analizy wybranych asortymentów branży drogowej,
2. opracowania pn.: „Wstępne rozpoznanie warunków gruntowo-wodnych w ciągu ul. Szosa Chełmińska w Toruniu (na odcinku od ul. Wybickiego do ul. Polnej)”, sporządzonego na zlecenie Odwołującego,
3. oferty kontrahenta Odwołującego,
4. kosztorysu ofertowego w branży oświetleniowej,
5. obmiarów sporządzonych przez Odwołującego,
6. kosztorysu ofertowego obejmującego koszty bezpośrednie, pośrednie i zysk, sporządzonego przez Odwołującego.

na okoliczność braku możliwości przygotowania szczegółowych wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na cenę w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego pismem z dnia 25 listopada 2016 r. oraz na potwierdzenie prawidłowości kalkulacji ceny jego oferty.

Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. pisma Zamawiającego z dnia 23 listopada 2016 r. dotyczącego zmiany technologii wykonania przepustów w ramach realizacji zamówienia na budowę i rozbudowę ul. Łódzkiej na odcinku od ul. Lipnowskiej do ul. Zdrojowej w Toruniu,
2. wniosku Odwołującego z dnia 21 listopada 2016 r. dotyczącego zmiany technologii wykonania przepustów w ramach realizacji zamówienia jw.,
3. zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej w ww. postępowaniu,
4. wyciągu z kosztorysu inwestorskiego do ww. postępowania w zakresie przepustów,
5. wyciągów z ofert złożonych w ww. postępowaniu w części dotyczącej przepustów,
6. oświadczenia inspektora nadzoru inwestorskiego dotyczącego przepustów zaoferowanych przez Odwołującego w ww. postępowaniu,

na okoliczność nieprawidłowości w realizacji przez Odwołującego ww. zamówienia, mającą potwierdzać brak po jego stronie należytej staranności w przygotowywaniu ofert.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę

oświadczenia i stanowiska stron i Wykonawcy S zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i piśmie procesowym Odwołującego, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba postanowiła dopuścić Wykonawcę S (dalej również „Przystępujący”) w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego stwierdzając, że spełnione zostały przesłanki, o których mowa w przepisie art. 185 ust. 2 Pzp.

Skład orzekający uznał ponadto, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

W pierwszej kolejności omówienia wymaga zakres zarzutów, które podlegały rozpoznaniu.

Punktem wyjścia dla dalszych rozważań uczynić należy przepis art. 180 ust. 2 *in fine* Pzp, zgodnie z którym w tzw. postępowaniach poniżej progów odwołanie przysługuje wyłącznie (podkreślenie Izby) wobec czynności wymienionych w pkt 1-6 tej regulacji.

Z powyższego należy wyprowadzić dwa wnioski – po pierwsze, że ustawodawca przesądził, że odwołanie w tzw. postępowaniach poniżej progów ma charakter wyjątkowy (przysługuje bowiem w ściśle określonych przypadkach), a ewentualne kwestionowanie poprawności sposobu procedowania zamawiającego następuje w drodze informacji, o której mowa w przepisie art. 181 ust. 1 Pzp. Po drugie, że każda z przesłanek dopuszczalności odwołania musi być interpretowana ściśle, zgodnie z zakazem rozszerzającej wykładni wyjątków.

W dniu 28 lipca 2016 r. weszła w życie ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), która w art. 1 pkt 159 lit. a tiret drugie, rozszerzyła przesłanki wniesienia odwołania w tzw. postępowaniach poniżej progów m.in. o czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Powyższe nie oznacza jednak, w ocenie składu orzekającego, że w obowiązującym stanie prawnym odwołanie w takim postępowaniu przysługuje wobec wszystkich działań i zaniechań, które finalnie doprowadziły zamawiającego do zaskarżonego odwołaniem wyboru oferty najkorzystniejszej. Przemawiają za tym – poza wskazanymi wcześniej argumentami – następujące racje.

Po pierwsze – analiza użytego w art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp pojęcia „czynności (podkreślenie Izby) wyboru oferty najkorzystniejszej” uzasadnia wniosek, że ustawodawca wykluczył z jego zakresu wszelkie potencjalne zaniechania, które mogą być przez zamawiającego popełnione w procesie wyboru oferty najkorzystniejszej

(np. zaniechanie odrzucenia oferty, która następnie została uznana za najkorzystniejszą, bądź zaniechanie wykluczenia wykonawcy, którego oferta została za taką uznana). Ergo – komentowany przepis odnosi się li tylko do niedokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z określonymi w SIWZ kryteriami oceny ofert. Należy przy tym zauważyć, że wraz z wprowadzeniem omawianej przesłanki ustawodawca nie zdecydował się na wyeliminowanie z katalogu zawartego w przepisie art. 180 ust. 2 Pzp przesłanek z pkt 3 i 4, zgodnie z którymi odwołanie przysługuje wobec czynności odrzucenia wyłącznie oferty odwołującego i czynności wykluczenia go z postępowania. Nie ma podstaw do domniemywania, że „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty” obejmuje również zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania innych wykonawców lub zaniechanie odrzucenia ich ofert. Nie jest to konieczne do interpretacji przesłanki z pkt 6 analizowanego przepisu, która ma określony zakres zastosowania, służy mianowicie zakwestionowaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która nie jest najkorzystniejsza, gdyż nie przedstawia najkorzystniejszego bilansu ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego lub która najlepiej spełnia kryteria inne niż cena lub koszt, gdy cena lub koszt jest stała albo nie jest ofertą z najniższą ceną lub kosztem, gdy jedynym kryterium oceny jest cena lub koszt, czyli nie jest najkorzystniejsza w rozumieniu definicji z art. 2 pkt 5 Pzp.

Przedstawione zapatrywanie wspiera dodatkowo okoliczność, że w tzw. postępowaniach powyżej progów odwołanie służy nie tylko wobec niezgodnej z Pzp czynności zamawiającego, ale również wobec zaniechania czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie Pzp (argument z art. 180 ust. 1 Pzp), podczas gdy w art. 180 ust. 2 Pzp mowa jest, że odwołanie służy wyłącznie od czynności. Nie ma zatem podstaw, aby przyjmować, że akurat w przypadku przesłanki z pkt 6 obejmuje ona nie tylko czynność, lecz również zaniechanie czynności (co istotne, innych niż czynność wprost wymieniona w przesłance). Przewidziany w przepisie art. 180 ust. 2 Pzp katalog przesłanek zawsze miał charakter pozytywny, odnosił się do czynnego zachowania Zamawiającego, nie wspominał o możliwych zaniechaniach. Sytuacja ta nie uległa zmianie w wyniku omawianej nowelizacji Pzp. Ustawodawca nadal koncentruje się na zachowaniach zamawiającego o charakterze czynnym, które doprowadziły do danego wyniku postępowania.

Dodatkowo warto zauważyć, że podobnych wniosków dostarcza porównanie przepisu art. 180 ust. 2 i art. 181 ust. 1 Pzp, w którym to również ujęto zarówno czynności, jak i zaniechania czynności. Oznacza to, że w tzw. postępowaniach poniżej progów wobec czynności zamawiającego można złożyć informację z art. 181 ust. 1 Pzp, bądź,

w przypadkach enumeratywnie wskazanych w art. 180 ust. 2 Pzp – odwołanie, zaś w odniesieniu do zaniechań czynności – wyłącznie informację.

Po drugie – z dotychczasowego przepisu art. 92 ust. 1 Pzp wynikało, że zamawiający miał jednocześnie informować o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o ofertach odrzuconych i wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania. Natomiast z treści obecnie obowiązującego przepisu art. 92 ust. 1 Pzp wynika, iż zamawiający nie ma już obowiązku jednoczesnego informowania o tych czynnościach. Zatem znacznie częściej zamawiający będzie odrzucał oferty czy wykluczał wykonawców zanim wybierze ofertę najkorzystniejszą. Trudno uznać, że pod pojęciem „wybór oferty najkorzystniejszej” mieści się również „zaniechanie czynności odrzucenia” i „zaniechanie czynności wykluczenia” w sytuacji, gdy zamawiający nie dokona jeszcze czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Po trzecie – przypomnieć należy, że w toku uzgodnień międzyresortowych dotyczących nowelizacji Ministerstwo Środowiska zgłosiło uwagę, że rozszerzenie katalogu okoliczności, wobec których można zastosować środki ochrony prawnej w tzw. postępowaniach podprogowych, ograniczy efektywność postępowań. Wskazywano, że jeżeli zaproponowana zmiana jest konieczna, przy tak rozszerzonym katalogu okoliczności umożliwiających skorzystanie ze środków ochrony prawnej, niecelowe jest w ogóle utrzymanie art. 180 ust. 2 Pzp. Autor nowelizacji (Ministerstwo Rozwoju) zaznaczył w toku prac legislacyjnych, że zmiana jest korzystna dla wykonawców, a enumeratywne wyliczenie nie otwiera zakresu środków ochrony prawnej tak szeroko, jak jego brak. *„Przed wszystkim, poza tym zakresem będą „zaniechania” zamawiającego, a to znaczna różnica”*. Poza tym uznano, że do rozważenia jest rezygnacja z pkt 7 – unieważnienia postępowania, w tym przypadku bowiem nikt nie uzyskuje zamówienia. Ostatecznie, zgodnie z takimi założeniami właśnie ukształtowała się treść art. 180 Pzp.

Konkludując, przyjęcie stanowiska, zgodnie z którym „czynność wyboru oferty najkorzystniejszej” należy rozumieć szeroko – jako zwięźczenie wszystkich czynności z zakresu badania i oceny ofert, które doprowadziły do wyboru oferty najkorzystniejszej, przeczy regule racjonalnego ustawodawcy. Przy przyjęciu takiej wykładni poza zakresem zaskarżenia w tzw. postępowaniach poniżej progów pozostawałoby w istocie jedynie unieważnienie postępowania. Zauważyć jednak należy, że w wyniku nowelizacji o wiele większe znaczenia nabrały pozacenowe kryteria oceny ofert (np. kwalifikacje i doświadczenie osób, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia, aspekty społeczne, jakościowe, innowacyjne), których stosowanie będzie w znacznej większości przypadków obowiązkowe. W konsekwencji, znacznie większego znaczenia nabierze zarzut naruszenia art. 91 ust. 2 Pzp przez wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z kryteriami oceny ofert

określonymi w SIWZ. Można zatem twierdzić, że właśnie dlatego w art. 180 ust. 2 Pzp dodano możliwość zaskarżenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponieważ jej znaczenie wzrosło.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy, a nadto biorąc pod uwagę treść zarzutów odwołania, Izba uznała, że zarzuty opisane w uzasadnieniu w pkt 3-6 należy pozostawić bez rozpoznania jako niemieszczące się w pojęciu wyboru oferty najkorzystniejszej, o którym mowa w przepisie art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp. W konsekwencji rozstrzygnięciem wyrokiem objęto zarzut niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego i towarzyszący mu zarzut ewentualny, dotyczący zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny w realnym terminie, jako że pozostawał w ścisłym związku z odrzuceniem jego oferty.

W powyższym zakresie Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ wraz z wyjaśnieniami jej postanowień, oferty Odwołującego, wezwań Odwołującego do złożenia wyjaśnień (pisma z dnia 16 i 25 listopada 2016 r.) wraz z odpowiedziami (pisma z dnia 23 i 28 listopada 2016 r.), wezwań z dnia 16 listopada 2016 r. adresowanych do innych uczestników Postępowania, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty i o odrzuceniu oferty Odwołującego, załącznika do pisma procesowego Odwołującego z dnia 19 grudnia 2016 r., dokumentów złożonych do akt postępowania odwoławczego przez strony na rozprawie.

Na podstawie ww. dokumentów ustalono, że stan faktyczny sprawy nie jest sporny i został w sposób rzetelny przedstawiony w pisemnych stanowiskach stron, wobec czego nie wymaga dodatkowego omówienia. Rozważenia wymagała natomiast kwestia prawidłowości przeprowadzenia z Odwołującym procedury wyjaśniającej, o której mowa w przepisie art. 90 Pzp, jako stanowiącej podstawę odrzucenia złożonej przez niego oferty.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie wobec potwierdzenia się zarzutów podlegających rozpoznaniu.

Na wstępie rozstrzygnięcia wymagało zagadnienie złożenia przez Odwołującego wyjaśnień z zachowaniem wyznaczonego mu terminu. W ocenie Izby u podstaw argumentacji Zamawiającego, który kwestionował wspomnianą okoliczność legło błędne utożsamienie formy dokumentu z formą w jakiej mógł on zostać przesłany (innymi słowy – ze sposobem porozumiewania się Zamawiającego z wykonawcami). Nie było między stronami sporne, że Odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie z dnia 25 listopada 2016 r., złożył wyjaśnienia, które sporządzone zostały w formie pisemnej (zgodnie z pkt 7.6.3 SIWZ) i przesłane w korespondencji poczty elektronicznej w dniu 28 listopada 2016 r. (a więc

z zachowaniem wyznaczonego terminu), a następnie złożone w dniu następnym w formie pisemnej. Jakkolwiek Zamawiający przewidział dla wyjaśnień formę oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem (pkt 7.6.2 SIWZ), a także zdefiniował te pojęcia (pkt 7.6.3 i 7.6.4 SIWZ), tym niemniej dopuścił jednocześnie komunikowanie się m.in. przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (pkt 8.1 SIWZ), wskazując właściwy dla tej formy porozumiewania się adres poczty elektronicznej (pkt 8.4 SIWZ). Interpretacja wskazanych postanowień SIWZ musi, w ocenie składu orzekającego, prowadzić do wniosku, że dopuszczalne było przesłanie oryginału dokumentu (tu – wyjaśnień) za pośrednictwem poczty elektronicznej, ponieważ ten sposób przesyłania dokumentów będących oryginałami (kopiami poświadczonymi za zgodność z oryginałem) nie został przez Zamawiającego w sposób wyraźny wyłączony w postanowieniach SIWZ. W konsekwencji stanowisko Zamawiającego o uchybieniu przez Odwołującego terminowi na złożenie wyjaśnień, ze skutkiem określonym w przepisie art. 90 ust. 3 Pzp, uznane musiało zostać za błędne.

Przechodząc do oceny prawidłowości przeprowadzenia z Odwołującym procedury wyjaśniającej z art. 90 Pzp Izba – tytułem wprowadzenia – wskazuje, że niezależnie od przyjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane formuły wynagrodzenia, zamawiający – w celu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej – jest nie tylko uprawniony, ale i zobowiązany, przeprowadzić badanie i dokonać oceny ofert z uwzględnieniem, w razie konieczności, mechanizmów przewidzianych przepisami Pzp. Zastosowanie znajdzie zatem m.in. instytucja wyjaśnienia treści oferty, o której mowa w art. 87 ust. 1 Pzp, jak i, w zakresie badania realności i rzetelności kalkulacji zaoferowanej ceny, procedura wyjaśniająca z art. 90 Pzp. Wspomniane przepisy nie uzależniają możliwości skorzystania z przewidzianych w nich mechanizmów od formy rozliczenia należnego wykonawcy wynagrodzenia za realizację zamówienia publicznego. Należy zresztą zauważyć, że ustalenie przez zamawiającego wynagrodzenia w postaci ryczału nie stanowi dla niego zabezpieczenia przed wyborem oferty, której treść nie odpowiada wymaganiom określonym w SIWZ, bądź której cena skalkulowana została poniżej rynkowego poziomu. Także w takiej sytuacji może dojść do pominięcia przez wykonawcę przy dokonywaniu wyceny jakiegoś istotnego elementu kosztotwórczego składającego się na wykonanie przedmiotu zamówienia, bądź do nieuzasadnionego zaniżenia określonych kosztów, przy jednoczesnym braku możliwości ich pokrycia z innych składników ceny oferty. Ergo, skład orzekający wyraża zapatrywanie, że nawet w przypadku ryczału zamawiający może poddawać oferty weryfikacji z wykorzystaniem wzmiankowanych wcześniej instrumentów. Istotne jest natomiast, aby wezwany do złożenia wyjaśnień wykonawca miał świadomość

jakiego rodzaju wątpliwości powziął zamawiający w związku z oceną jego oferty oraz aby umożliwić mu udzielenie odpowiedzi w terminie adekwatnym do zakresu oczekiwań zamawiającego, o czym w dalszej części uzasadnienia.

Powyższe nie przeczy ugruntowanej w praktyce zasadzie, że w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego załączane do ofert kosztorysy nie służą ustaleniu rzeczywistych rozmiarów i kosztów robót budowlanych, a mają jedynie walor poglądowy. Zamawiający niejednokrotnie, korzystając z przytoczonych narzędzi badania ofert, zwracają się do wykonawców o złożenie wyjaśnień oczekując przedstawienia szczegółowych kosztorysów ofertowych, czyli dokumentów właściwych kosztorysowemu modelowi rozliczenia wynagrodzenia za realizację zamówienia publicznego. W takiej sytuacji wykonawcy, chcąc zminimalizować, bądź uniknąć ryzyka odrzucenia ich ofert, powinni udzielić zamawiającym wyjaśnień, których treść uwzględniona będzie następnie w procesie oceny ich ofert. Należy jednak przy tym pamiętać, że o ile niezłożenie wyjaśnień w trybie przepisu art. 87 ust. 1 Pzp nie wywołuje *ex lege* skutku w postaci konieczności odrzucenia badanej oferty, a co najwyżej naraża wykonawcę na ryzyko odrzucenia jego oferty z powodu niewłaściwej interpretacji jej treści, o tyle zaniechanie udzielenia przez wykonawcę odpowiedzi w procedurze badania rażąco niskiej ceny obarczone jest taką sankcją, co wynika z przepisu art. 90 ust. 3 Pzp.

Opisana powyżej sytuacja miała miejsce w przedmiotowej sprawie, ponieważ Zamawiający wprost wskazał na informacyjną rolę kosztorysu ofertowego (pkt 16.7 SIWZ) i pomocniczy charakter przedmiaru robót (pkt 16.6 SIWZ) stanowiącego podstawę sporządzenia kosztorysu. Zasady te zostały następnie potwierdzone w odpowiedziach na wnioski o wyjaśnienie postanowień SIWZ (*vide* odpowiedź nr 18, 61 i 100), z których wynikała nie tylko możliwość dokonywania zmian w ilościach i opisie robót ujętych w przedmiarze oraz dopisywania lub usuwania pozycji przedmiarowych, ale również swobodnego modyfikowania kosztorysu ofertowego. W konsekwencji Zamawiający nie powinien czynić Odwołującemu zarzutu, że z załączonego do jego oferty kosztorysu ofertowego nie wynikały jednostki obmiarowe i ilości robót ujęte w dokumentacji projektowej, ponieważ przyczyną tego stanu rzeczy były ustalone przez Zamawiającego liberalne reguły sporządzania tego dokumentu. Reasumując, Odwołujący był uprawniony do złożenia kosztorysu w zakwestionowanej przez Zamawiającego formie, ale też Zamawiającemu przysługiwało prawo wyjaśnienia jego treści i żądania bardziej szczegółowych informacji.

Przechodząc następnie do oceny kwestii podstaw wezwania z dnia 16 listopada 2016 r., jako rzutującej na ostateczną długość wyznaczonego Odwołującemu terminu na złożenie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, Izba uznała, że wezwanie to nie

dotyczyło – wbrew zapatrywaniom Zamawiającego – tego elementu oferty Odwołującego. Do wniosku takiego prowadzi zestawienie treści wszystkich wezwań z dnia 16 listopada 2016 r., z którego wynika, że w korespondencji kierowanej do Wykonawcy S oraz wykonawców: Strabag sp. z o.o., PBDiM Kobylarnia S.A., Eurovia Polska S.A. Zamawiający nie tylko przywołał za podstawę wezwania przepis art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, ale również wskazał na okoliczności mające zostać wyjaśnione, w tym na kalkulację zysku, rynkowość zaoferowanej ceny i uwzględnienie w niej ryzyk związanych z realizacją zamówienia, czy obniżonych kosztów wykonania zamówienia. Natomiast w wezwaniu skierowanym do Odwołującego, abstrahując od wskazania innej podstawy prawnej (art. 87 ust. 1 Pzp), która wszak nie ma decydującego znaczenia dla oceny prawidłowości postępowania Zamawiającego, nie sposób doszukać się takich elementów. Oczekiwanie przez Zamawiającego przedstawienia kosztorysu ofertowego zawierającego określone informacje (patrz pkt 1 i 2 wezwania z 16 listopada 2016 r.) miało *de facto* otworzyć Zamawiającemu możliwość oceny oferty Odwołującego pod kątem rażąco niskiej ceny, nie zaś stanowić procedurę wyjaśniania elementów oferty i w takim kontekście oceniono powołanie się przez Zamawiającego na postanowienie pkt 16.15 SIWZ. W konsekwencji nie sposób twierdzić, że Odwołujący miał aż 12 dni na wyjaśnienie Zamawiającemu poprawności i rzetelności kalkulacji ceny oferty, skoro w wezwaniu z 16 listopada 2016 r. takie oczekiwania nie zostały wyartykułowane.

W odniesieniu do drugiego z wezwań (pismo z dnia 25 listopada 2016 r.) skład orzekający uznał, że poza przytoczeniem innej podstawy prawnej (przepis art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp), przywołaniem wyrażonych w judykaturze poglądów na procedurę badania ceny oferty i pouczeniem o skutkach prawnych niezłożenia wyjaśnień, stanowi ono w istocie powtórzenie żądania przedstawienia dokumentów wskazanych w treści pierwszego wezwania. W konsekwencji także i drugiego z wezwań nie sposób uznać za dowód prawidłowego przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, jako że nie wyraża ono żadnych wątpliwości odnośnie rynkowego charakteru ceny oferty Odwołującego, jak to miało miejsce w przypadku wezwań z 16 listopada 2016 r. adresowanych do innych uczestników Postępowania. Stąd dokonana przez Zamawiającego „z ostrożności procesowej” merytoryczna ocena wyjaśnień Odwołującego (str. 6-10 zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej), abstrahując od braku konsekwencji Zamawiającego w kontekście twierdzenia o nieudzieleniu przez niego odpowiedzi w wyznaczonym do tego terminie, była chybiona o tyle, że Zamawiający powołał się na niewyjaśnienie szeregu kwestii, w tym nieprzedstawienie dowodów, dotyczących okoliczności, do których wyjaśnienia Odwołujący nie był w ogóle wzywany. Ponownie należy w tym miejscu podkreślić, że Zamawiający nie

wskazał w żądaniu na żadne elementy ceny lub kosztu oferty, choćby na przykładowo wyliczone w przepisie art. 90 ust. 1 Pzp, które uzasadniać miały wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami Zamawiającego, czy wynikającymi w odrębnych przepisów. Izba uznała za niewystarczające wskazanie jedynie na wymienione w wezwaniu dokumenty i mające wynikać z nich informacje, gdyż nie stanowią one dostatecznej podstawy do weryfikacji ceny oferty w trybie przepisu art. 90 Pzp.

Na zakończenie, jedynie na marginesie, odnieść należy się do wyznaczonego Odwołującemu terminu na złożenie drugich wyjaśnień. Skład orzekający stoi na stanowisku, że jakkolwiek przepis art. 90 Pzp daje zamawiającemu swobodę w określeniu terminu na złożenie wyjaśnień, tym niemniej jego długość powinna uwzględniać zarówno rodzaj zamówienia, stopień jego skomplikowania oraz złożoność zagadnień mających podlegać weryfikacji. Nie można wprawdzie w tym zakresie stworzyć uniwersalnych zasad ustalania długości terminu na udzielenie wyjaśnień, tak jak *nota bene* nie uczynił tego ustawodawca, niemniej jednak uprawnione jest twierdzenie, że *ad casum* termin o długości jednego dnia roboczego, biorąc dodatkowo pod uwagę oczekiwania Zamawiającego wyartykułowane następnie w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, a dotyczące – jak wspomniano – okoliczności, które nie zostały ujęte w wezwaniu z 25 listopada 2016 r., był zbyt krótki. Tezę tą potwierdzają również dowody przedstawione przez Odwołującego na rozprawie, których treść (stopień skomplikowania i szczegółowości) wskazuje na oderwanie długości wyznaczonego Odwołującemu terminu na złożenie wyjaśnień od wspomnianych oczekiwań Zamawiającego. Izba podkreśla przy tym, że nie dokonywała oceny dowodów w kontekście poprawności kalkulacji ceny oferty Odwołującego, która to ocena powinna mieć miejsce w Postępowaniu, w warunkach należyście przeprowadzonej procedury wyjaśniającej.

W odniesieniu do dowodów przedstawionych na rozprawie przez Zamawiającego Izba uznała, że nie mają one związku z przedmiotową sprawą, w szczególności nie mogą stanowić potwierdzenia prawidłowości zaskarżonych odwołaniem czynności.

Rekapitulując, odrzucenie oferty Odwołującego dokonane zostało z naruszeniem przepisów wskazanych w pkt 4 lit. a i b *petitum* odwołania, wobec czego należało je uwzględnić, o czym orzeczono w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.2010.41.238).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....