

WYROK
z dnia 22 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Członkowie: Piotr Kozłowski
Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 września 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę

Budimex Spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez

Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy **Korporacja Budowlana DORACO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Przedsiębiorstwu Państwowemu „Porty Lotnicze”: unieważnienie czynności wezwania wykonawcy Budimex Spółka akcyjna do wyjaśnień dokonanego na podstawie art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Budimex Spółka akcyjna, unieważnienie aukcji elektronicznej oraz powtórzenie czynności badania ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty wykonawcy Budimex Spółka akcyjna,
2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Budimex Spółkę akcyjną tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Przedsiębiorstwa Państwowego „Porty Lotnicze” na rzecz Budimex Spółki akcyjnej kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „wykonanie w formule projektuj i wybuduj wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie DK i PPS po zachodniej stronie lotniska stanowiących zadanie 1., inwestycji pn. Rozbudowa Portu Lotniczego Radom – Sadków” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 4 czerwca 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 107-260294. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący – BUDIMEX S.A. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez skierowanie do Odwołującego wezwania do złożenia wyjaśnień ceny oferty w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ponieważ wyznaczony trzydniowy termin jest nierealny, czyli niemożliwy do spełnienia przez wykonawcę działającego w zgodzie ze standardem należytej staranności, przez co Zamawiający nie dał Odwołującemu możliwości przygotowania i złożenia kompleksowych wyjaśnień ceny, a także Zamawiający nie wskazał na wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów,
2. art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wyrażenia zgody na wniosek Odwołującego z 4 sierpnia 2020 r. o przedłużeniu terminu na złożenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny wyjaśnień ceny Odwołującego, które należy ocenić jako wystarczające, ponieważ adekwatnie odpowiadają wezwaniu Zamawiającego, w szczególności potwierdzają wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla Odwołującego,
4. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, gdy

cena oferty Odwołującego nie ma charakteru rażąco niskiej; Odwołujący złożył wyjaśnienia, których ocena wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, tymczasem Zamawiający, informując Odwołującego o powodach odrzucenia oferty, do owych wyjaśnień, w tym złożonych dowodów, nie odniósł się; podane uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty jest lakoniczne i ogólne,

5. ewentualnie, naruszenie art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie skierowania do Odwołującego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do wątpliwości Zamawiającego, które mogły powstać względem informacji i dowodów przedstawionych w wyjaśnieniach ceny Odwołującego,

6. art. 91a ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaproszenie i przeprowadzenie aukcji elektronicznej 12 sierpnia 2020 r., tj. przed upływem terminu na wniesienie niniejszego odwołania, w sytuacji, gdy oferta Odwołującego powinna być zostać przywrócona do postępowania, a Odwołujący powinien mieć możliwość wzięcia udziału w powtórzonej aukcji elektronicznej,

7. ewentualnie, naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli powtórzenie aukcji elektronicznej będzie w ocenie Izby niemożliwe, co oznacza, że postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniosł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności aukcji elektronicznej i zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i uznanie wyjaśnień ceny za potwierdzające, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,
4. ewentualnie, dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i skierowania do niego powtórnie wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do wyjaśnienia wątpliwości Zamawiającego, które mogły powstać względem informacji i dowodów przedstawionych w wyjaśnieniach ceny Odwołującego,
5. ewentualnie, w razie nieuwzględnienia powyższych, unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią formularza oferty cena oferty wynika z kalkulacji, w której udział procentowy został określony przez Zamawiającego:

1. prace projektowe (PW i dokumentacja powykonawcza) 3-5%;
2. roboty ziemne 5-10%;
3. wykonanie nawierzchni betonowej 20-40%;
4. wykonanie nawierzchni bitumicznej 20-40%;
5. kanalizacja teletechniczna 2-7%;
6. kanalizacja i sieci elektryczne 2-7%;
7. oświetlenie projektorowe i oznakowanie pionowe 2-7%;
8. kanalizacja deszczowa 10-20%;
9. pozostałe roboty 7-9%.

Zamawiający poinformował, że zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia 218.626.675,94 zł brutto. Po otwarciu ofert poinformował, że oferty złożyli następujący wykonawcy: Max Bögl Polska Sp. z o.o. z ceną 245.368.775,56 zł; Odwołujący z ceną 140.861.721,90 zł; wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Drogomex Sp. z o.o. oraz Roboz P. P. z ceną 162.379.915,47 zł; Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. z ceną 155.017.685,76 zł; Strabag Sp. z o.o. z ceną 186.770.607,06 zł. Zatem cztery oferty były znacznie poniżej budżetu Zamawiającego, w tym oferta Odwołującego z ceną o 35,4% poniżej budżetu, a oferta Korporacji Budowlanej Doraco Sp. z o.o. odstaje o 29,9% od budżetu, Drogomex Sp. z o.o. o 25,7%, Strabag Sp. z o.o. o 14,6%. Poza ofertą wykonawcy Max Bögl Polska Sp. z o.o. wszystkie oferty były zbliżone kwotowo. Oferta Odwołującego odbiega tylko o 20,9% od średniej ceny złożonych ofert.

12 sierpnia 2020 r. Zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną, w związku z czym ceny ofertowe uległy zmianie.

4 sierpnia 2020 r. o godz. 16 Zamawiający skierował do Odwołującego wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w którym wyznaczył Odwołującemu czas na odpowiedź na 6 sierpnia 2020 r. o godz. 14:00. Oznacza to, że Zamawiający dał Odwołującemu 70 godzin na przygotowanie wyjaśnień. Zamawiający nie wskazał na żadne konkretne elementy ceny ofertowej, które wzbudziły jego wątpliwości, a tylko wskazał, że spełnia się formalna przesłanka 30% różnicy między ceną oferty a budżetem.

4 sierpnia 2020 r. Odwołujący skierował do Zamawiającego pismo, w którym złożył wniosek o przedłużenie przedmiotowego terminu do 11 sierpnia 2020 r. godz. 14:00, wskazując: „informuję, iż wyznaczony przez Zamawiającego termin tj. do dnia 06.08.2020 r. do godz. 14:00 jest niewystarczający na udzielenie przez Wykonawcę rzetelnej odpowiedzi.”

Zamawiający nie odpowiedział na wniosek Odwołującego, co Odwołujący poczytał za odpowiedź odmowną.

6 sierpnia 2020 r., z daleko posuniętej ostrożności, Odwołujący złożył wyjaśnienia ceny oferty wraz z dowodami, jednocześnie zastrzegając fragment wyjaśnień oraz załączniki jako tajemnicę przedsiębiorstwa w trybie art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

7 sierpnia 2020 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ „lektura ww. wyjaśnień wraz z załącznikami nie pozwala na stwierdzenie, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska” i 12 sierpnia 2020 r. przeprowadził aukcję elektroniczną bez udziału Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz odmowa przedłużenia wyznaczonego terminu naruszają art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej i ustaleniu ostatecznych cen ofertowych Zamawiający jest zobowiązany do skierowania wezwania do wyjaśnienia ceny do wszystkich wykonawców, względem których obowiązek ten powstał na podstawie art. 90 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym także do Odwołującego, jeśli jego oferta zostanie przywrócona do postępowania.

Odwołujący zaskarżył czynność wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na fakt, że wyznaczono tylko trzy dni na przygotowanie i złożenie wyjaśnień, a wezwanie zostało sformułowane w sposób ogólnikowy i sprowadzało się do przytoczenia art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający pyta, czy „oferowana dostawa zostanie zrealizowana w sposób należyty”, co w postępowaniu dotyczącym robót budowlanych świadczy o niedochowaniu staranności, co tym bardziej potwierdza ogólny charakter wezwania.

Odwołujący wskazał, że trzy dni robocze nie wystarczą na przygotowanie i złożenie rzetelnych, kompleksowych wyjaśnień ceny wraz z dowodami i wniósł o wydłużenie tego terminu. Okoliczność, że Odwołujący złożył wyjaśnienia w wyznaczonym terminie, nie przesądza wcale, że termin ten był wystarczający. Odwołujący złożył bowiem wyjaśnienia z daleko posuniętej ostrożności, wychodząc z założenia wynikającego ze sposobu sformułowania wezwania, że wezwanie Zamawiającego jest czynnością czysto formalną mającą źródło w prostym porównaniu ceny z wartością zamówienia, zaś przedstawienie przez Odwołującego wyjaśnień, w tym dowodów, co do najistotniejszych okoliczności pozwoli Zamawiającego upewnić się, że oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny, w szczególności, że ceny zawarte w ofertach innych wykonawców nie były ostateczne wobec planowanej aukcji.

Zamawiający naruszył w ten sposób art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. prowadzi postępowanie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (Odwołującego), ponieważ wyznaczył mu termin nierealny, czyli niemożliwy do spełnienia przez ocenianego obiektywnie wykonawcę działającego w zgodzie ze standardem należytej staranności.

Jak wskazuje się w orzecznictwie (uchwała KIO/KD 18/17), termin wyznaczony na udzielenie wyjaśnień zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych powinien być realny, który w toku normalnych czynności umożliwiłby przeciętnemu wykonawcy przygotować rzetelne wyjaśnienia wszystkich okoliczności, mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez niego ceny, a następnie przekazać je we właściwej formie, treści i terminie. Niewątpliwie wykonawca przed złożeniem oferty powinien dokonać z należytą starannością kalkulacji ceny, nie oznacza to jednak, że powinien dysponować wszystkimi niezbędnymi informacjami oraz dowodami, które mógłby w sposób techniczny przekazać Zamawiającemu w przypadku skierowania do niego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nawet jeśli wykonawca dysponuje przygotowanym wcześniej kompletem informacji i dokumentów w zakresie wyliczenia ceny ofertowej, może mieć pomimo to trudności, chociażby z przyczyn organizacyjnych, z ich przekazaniem w ciągu jednego dnia wyznaczonego na udzielenie wyjaśnień. Tym samym termin jednodniowy należy bez wątpienia uznać za obiektywnie zbyt krótki. Bez znaczenia przy tym pozostaje, że art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie określa minimalnego terminu, jaki zamawiający powinien wyznaczyć wykonawcy na udzielenie wyjaśnień w powyższym zakresie. Obowiązek wyznaczenia realnego terminu, tj. możliwego do dotrzymania przez wykonawcę działającego z należytą starannością, wynika z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który nakazuje przeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący wskazał, że w obecnych realiach wyznaczenie trzech dni roboczych na przedłożenie jakiegokolwiek pisma w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to zbyt krótki termin, tym bardziej pisma tak skomplikowanego jak wyjaśnienia ceny oferty, obejmującego informacje, które należy pozyskać z różnych obszarów struktury korporacyjnej wykonawcy, a także od kontrahentów. Wobec stanu pandemii COVID-19 Odwołujący boryka się z trudnościami organizacyjnymi, gdyż pracownicy biurowi Odwołującego, odpowiedzialni za przygotowanie oferty, w dużej mierze pracują zdalnie z domu, część pracowników przebywa na zwolnieniu lekarskim lub opiekuje się dzieckiem. Poza tym sierpień to miesiąc urlopowy i nawet przy braku pandemii nie można spodziewać się, że wykonawca, do którego zostaje skierowane wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zdąży je kompleksowo przygotować w trzy dni. Jest przy tym oczywiste, że żaden wykonawca nie jest zobowiązany do posiadania gotowych wyjaśnień ceny wraz z dowodami jeszcze przed otrzymaniem wezwania, ponieważ nie może się spodziewać, jakie wątpliwości zostaną podniesione przez Zamawiającego. Także przygotowanie i złożenie oferty przez wykonawcę, tym bardziej o rozmiarach korporacji Odwołującego, to dzieło zespołowe, wielowątkowe i skomplikowane. Relacje biznesowe, umowy ramowe, doświadczenie, *know-how* dotyczące wyceny oferty nie są skupione w rękach jednej osoby, a dowody potrzebne do

wykazania zasadności kalkulacji nie znajdują się w jednym segregatorze. Grupa Budimex zatrudnia prawie 8 tysięcy osób, współpracuje rocznie z 15 tysiącami kontrahentów i ma w portfelu ponad 300 kontraktów budowlanych.

Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem Izby, termin wyznaczony w wezwaniu ma wpływ na treść i jakość wyjaśnień, odzwierciedla bowiem spodziewany przez Zamawiającego poziom szczegółowości. Z uwagi na szczególnie tryb prowadzonego postępowania (zaprojektuj i wybuduj) i złożony charakter przedmiotu zamówienia oraz będący jego konsekwencją ryczałtowy charakter ceny, Zamawiający wyznaczył Odwołującemu zbyt krótki termin na złożenie wyjaśnień. W zestawieniu z błędną konstrukcją wezwania oraz pozostawieniem wykonawcy bez możliwości odniesienia się do jakichkolwiek dokumentów Zamawiającego, na podstawie których ustalił szacunkową wartość zamówienia, wyjaśnienia złożone przez Odwołującego powinny zostać przez Zamawiającego uznane za wystarczające. Wykonawca powinien polegać na sprecyzowanym zapytaniu od Zamawiającego, który, definiując stopień szczegółowości zapytania, ustala tym samym narzędzie i sposób pomiaru ceny (wyrok KIO/UZP 632/10).

Odwołujący podkreślił, że termin wyznaczony przez Zamawiającego jest znacznie krótszy niż dobra praktyka rynkowa wypracowana w innych, podobnych postępowaniach, np. przez GDDKiA i PKP (od 7 do 15 dni), a przy tym praktyka na rynku jednoznacznie pokazuje, że ich wezwania odnoszą się precyzyjnie do konkretnych wątpliwości względem elementów ceny ofertowej lub określonych rodzajów kosztów, a nie stanowią tylko formalnego wywiązania się z obowiązku skierowania wezwania, jak miało to miejsce w niniejszym postępowaniu.

W zamówieniach publicznych często ocenia się działania wykonawców przez pryzmat standardu należytej staranności. W ten sam sposób ocenia się działania zamawiającego, które w niniejszej sprawie nie zostały dokonane z dochowaniem tego standardu, lecz arbitralnie i tendencyjnie.

W wezwaniu Zamawiający zwrócił się o: „udzielenie wyjaśnień, w tym o złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny elementów Państwa oferty: np. dokumentu/dokumentów, z którego Zamawiający będzie mógł w jednoznaczny i nie budzący wątpliwości sposób wywnioskować, iż oferowana dostawa zostanie zrealizowana w sposób należyty i z dochowaniem wszelkiej staranności, lub innych dokumentów, które wskazywały będą na czynniki, które miały wpływ na cenę w szczególności w zakresie” – dalej przytoczono art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający więc nie wezwał Odwołującego do przedłożenia „kalkulacji”, czego potem nie zauważył w informacji o odrzuceniu oferty.

Na treść wyjaśnień Odwołującego bezpośredni wpływ miało zatem wezwanie skierowane przez Zamawiającego, które określiło granice oceny samych wyjaśnień. Przyjęcie, że Zamawiający ocenił wyjaśnienia przez pryzmat wątpliwości, których nie wskazał

jednoznacznie w wezwaniu, prowadzi do wniosku, że czynności Zamawiającego prowadzone są w sposób arbitralny i tendencyjny. Odwołujący miał bowiem prawo poznać oczekiwania Zamawiającego, które miały spełnić wyjaśnienia, przed ich oceną.

Zgodnie z wyrokiem KIO 2224/14 obowiązkiem wykonawcy jest złożenie wyjaśnień szczegółowych, umotywowanych oraz przekonujących, że za daną cenę można należycie wykonać zamówienie. Ocena udzielonych wyjaśnień powinna jednak następować w granicach zakreślonych treścią wezwania. Z fundamentalnych zasad ustawy wynika reguła, która można sprowadzić do stwierdzenia „jakie wezwanie, takie wyjaśnienia”. Zasada równego traktowania i uczciwej konkurencji stoją na straży gwarancji braku ryzyka faworyzowania jednego z wykonawców kosztem innych i arbitralnego traktowania wykonawców przez zamawiającego. Zasady jawności i pisemności postępowania, składające się na obowiązek przejrzystości działań zamawiającego, domagają się, aby ocena oświadczeń wykonawców oparta była na jasnych i jednoznacznych wymaganiach. Zatem zakres oczekiwań zamawiającego co do wyjaśnień powinien być określony w wezwaniu w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny, tak, aby pozwolić wszystkim wykonawcom wykazującym staranność oczekiwaną od uczestnika rynku zamówień publicznych na zrozumienie zakresu wymagań zamawiającego. Zamawiający, który odrzuca ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych na podstawie oczekiwań, których rozsądnie działający wykonawca nie może wywieść z treści wyjaśnień, narusza prawo.

Z taką, krytykowaną w orzecznictwie sytuacją mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu. Odwołujący złożył wyjaśnienia wystarczające i odnoszące się do wszystkich wskazanych przez Zamawiającego wątpliwości, a zwłaszcza w zakresie wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla Odwołującego, działając przy tym zgodnie ze standardem należytej staranności, i adekwatnie względem wezwania Zamawiającego, w którym wyznaczono nierealnie krótki termin na sporządzenie odpowiedzi. W wezwaniu do złożenia wyjaśnień Zamawiający wskazał na swoje wątpliwości co do poprawności skalkulowania przez Odwołującego ceny ofertowej, odnosząc się wyłącznie do relacji procentowej pomiędzy ceną Odwołującego a wartością szacunkową zamówienia (przesłanka formalna). Zamawiający nie wskazał żadnych konkretnych wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia przez Odwołującego za zaoferowaną kwotę.

Okoliczność, że cena oferty Odwołującego zawiera cenę o ponad 30% niższą niż budżet Zamawiającego wynika z faktu, że Zamawiający nie dochował należytej staranności przy szacowaniu wartości zamówienia, a również inne prowadzone przez Zamawiającego postępowania wskazują, że obliczenia wartości szacunkowej były odmienne od cen złożonych ofert. Zatem różnica procentowa pomiędzy ceną oferty Odwołującego a budżetem

Zamawiającego nie świadczy o rażąco niskiej cenie tej oferty, poza tym całościowa, ostateczna ocena ofert, w tym ich ewentualne odrzucenie, powinno mieć miejsce po przeprowadzonej aukcji.

Odwołujący wskazał w wyjaśnieniach, że różnicę między budżetem oszacowanym przez Zamawiającego a ceną oferty Odwołującego tłumaczy przede wszystkim fakt, że kosztorysy inwestorskie opracowywane są zazwyczaj na podstawie cen podanych w publikacji SEKOCENBUD, a Odwołujący uzyskuje ceny znacznie niższe, o czym świadczą umowy ramowe dotyczące materiałów budowlanych, które przedstawiono jako dowody wraz z wyjaśnieniami.

W wyjaśnieniach Odwołujący przedstawił informacje o wyjątkowo sprzyjających warunkach wykonywania zamówienia dostępnych dla Odwołującego, odnoszące się do realności poziomu ceny ofertowej. Opisano doświadczenie i pozycję rynkową Odwołującego jako lidera branży, co potwierdzono także wyciągiem z danych finansowych, który potwierdza, że Odwołujący osiąga znaczący zysk w ostatnich latach (na poziomie 393-676 mln zł rocznie), a więc nie można przypisać mu realizacji zamówień publicznych poniżej kosztów, że w należyty sposób wywiązuje się z umów, wypracowując przy tym należyty zysk. BUDIMEX S.A. to spółka giełdowa, której przedsięwzięcia podlegają szczególnej kontroli, także audytorskiej.

Zamawiający nie skonkretyzował w wezwaniu swoich wątpliwości, Odwołujący odniósł się więc do tych elementów, które sam Zamawiający określił w punkcie 2. formularza oferty jako kluczowe (najistotniejsze) z punktu widzenia kosztów: wykonanie nawierzchni betonowej (20-40% ceny ofertowej) oraz wykonanie nawierzchni bitumicznej (20-40% ceny ofertowej).

Odwołujący wskazał, że dysponuje własnymi zasobami – oddziałem usług sprzętowych, który zawiaduje parkiem maszynowym, laboratorium polowym, mobilną wytwórnią mas bitumicznych, systemem zakupów opartym o ponad 300 umów ramowych, z których kluczowe załączono do wyjaśnień jako dowody. Dalej Odwołujący wykazał, jak posiadane zasoby, w połączeniu z doświadczeniem i pozycją na rynku, pozwalają na współpracę z podwykonawcami oraz pracownikami własnymi, co przekłada się na możliwość składania ofert o cenach na poziomie niższym niż inni wykonawcy. Odwołujący przedłożył oferty handlowe z 2020 r. dotyczące dostawy betonu, ze wskazaniem konkretnych rodzajów betonu i cen jednostkowych betonu oraz wraz z usługą pompowania i opłatą transportową od trzech podmiotów. Przedłożone oferty pokazują, że Odwołujący ma korzystne warunki współpracy z aż trzema podmiotami w zakresie dostawy betonu (najważniejszego materiału w niniejszym postępowaniu). Zamawiający nie zakwestionował rzetelności i aktualności przedłożonych ofert, nie zakwestionował wskazanych w wyjaśnieniach cen jednostkowych ani nie wskazał, czy ewentualnie pojawiły się w tym zakresie jakiegokolwiek wątpliwości. Jeśli Zamawiający potrzebował dodatkowych informacji, np. kalkulacji ilości zużytego betonu, mógł zwrócić się

o dodatkowe wyjaśnienia. Odwołujący przedstawił też dowody dotyczące kosztów związanych z zakupem cementu, asfaltu, kruszyw drogowych, betonowych, kolejowych, kamienia hydrotechnicznego oraz galanterii kamiennej drogowej i innych materiałów budowlanych, a także współpracy w zakresie prac projektowych, które potwierdzają współpracę z wieloma kluczowymi dostawcami na rynku, warunki tej współpracy, w tym ceny jednostkowe, rabaty itd. Potwierdzają także, że Odwołujący buduje swoją pozycję na rynku od lat i jako lider branży w Polsce dysponuje wyjątkowymi warunkami współpracy.

Odwołujący wskazał, w jaki sposób kalkuluje także m.in. koszty pośrednie (koszty ubezpieczeń, koszty gwarancji bankowych, laboratorium, koszty zarządu), koszty zakupu materiałów budowlanych, stawkę roboczogodziny pracowników.

Odwołujący przedstawił więc pełne i wystarczające wyjaśnienia, a stanowisko Zamawiającego jest nieuzasadnione i niezrozumiałe. Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przedstawione wyjaśnienia oceniane w sposób obiektywny i przedmiotowy potwierdzają rynkowy charakter ceny oferty Odwołującego. Nie zgodził się z Zamawiającym, że na podstawie informacji potwierdzających m.in. ceny jednostkowe za kluczowe materiały budowlane, stawki roboczogodziny oraz poziom procentowy kosztów nie można stwierdzić, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Koszty wyrażone procentowo wymagają tylko przemnożenia przez cenę oferty, by uzyskać wartość wyrażoną w złotych. Zamawiający nie określił, w jaki sposób ta informacja ma zostać przedstawiona, zatem Odwołujący przedstawił ją tak, jak sam ją rozumie i w jaki sposób określa we własnej kalkulacji. Tak wygląda na rynku kalkulacja ceny ofertowej, tj. pewne ogólne wartości przypisywane są do kontraktu na poziomie procentowym, który wynika z doświadczenia wykonawcy. Stawka roboczogodziny może być porównana ze stawkami prezentowanymi w SEKOCENBUD lub w wyjaśnieniach składanych przez wykonawców w tym i innych postępowaniach, a także przeanalizowana pod kątem zgodności z przepisami o minimalnym wynagrodzeniu. Dla osób doświadczonych w dużych przetargach na roboty budowlane są to więc dane bardzo konkretne, które pozwalają na ocenę możliwości wykonania przedmiotu zamówienia po cenie ofertowej.

Pozycje formularza cenowego Odwołującego wykonanie nawierzchni betonowej i bitumicznej sumują się do kwoty 70.114.549,80 zł, tj. 61% ceny ofertowej. Wraz z wyjaśnieniami Odwołujący złożył liczne dowody na poziom cen jednostkowych, także materiałów budowlanych. Zamawiający wskazuje, że te informacje nie odnoszą się do ceny oferty, co jest nieprawdą. Wystarczy, że Zamawiający porówna ceny jednostkowe wykazane przez Odwołującego do cen, na podstawie których szacował wartość zamówienia, np. publikowanych przez SEKOCENBUD. Zamawiający, dysponując kalkulacją własną wraz

z przewidywanym wolumenem zużytych materiałów jest w stanie potwierdzić realność ceny oferty Odwołującego na podstawie przedłożonych informacji.

Zamawiający wskazał w informacji o odrzuceniu oferty jedynie, że wykonawca nie wskazał wpływu tych elementów na cenę oferty. W ocenie Odwołującego wpływ ten jest oczywisty, gdyż potwierdzono, jakie koszty i na jakim poziomie uwzględniła globalna cena ofertowa. Jeśli Zamawiający wymagał wyjaśnienia informacji przedstawionych w wyjaśnieniach, miał pełne prawo skierować do Odwołującego kolejne wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący wykazał więc, że uwzględnił wszystkie koszty realizacji zamówienia w cenie ofertowej oraz pokazał konkretnie ten poziom w wyjaśnieniach, a Zamawiający nie sformułował względem tych cen jednostkowych, stawek czy poziomów procentowych żadnych wątpliwości.

Odwołujący przedłożył także umowę z biurem projektowym, na zasoby którego powołał się w ofercie, gdzie podmiot ten w odniesieniu do niniejszego postępowania, za ryczałtową kwotę, zobowiązał się do współpracy z Odwołującym w zakresie prac projektowych objętych przetargiem. Odwołujący wskazał, że biuro projektowe sporządziło dla niego szczegółowe przedmiary w zakresie wszystkich branż objętych przedmiotem zamówienia, na podstawie których Odwołujący sporządził „przemysłaną i konkurencyjną wycenę”. Zamawiający nie wskazał na żadne wątpliwości także i w tym zakresie.

Wobec treści wezwania Odwołujący uznał, że wystarczające będzie wykazanie, że posiada wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia oraz potwierdzenie, że posiada preferencyjne warunki dostępu do kluczowych materiałów budowlanych, a zawarcie umów ramowych z największymi dostawcami materiałów budowlanych w kraju potwierdza, że Odwołujący ma wyjątkowo sprzyjające warunki nabycia materiałów budowlanych.

Odwołujący nie mógł na podstawie pierwotnego wezwania domyślić się poziomu szczegółowości i rodzaju informacji żądanych przez Zamawiającego.

Potwierdza to, że Zamawiający dokonał oceny wyjaśnień nie z punktu widzenia treści wezwania oraz treści art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz oczekiwań niewyrażonych w wezwaniu. Ta czynność w postępowaniu nie może się ostać, gdyż narusza zasadę równego traktowania wykonawców i prowadzi do arbitralnego, tendencyjnego prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w konsekwencji do nieprawidłowej oceny wyjaśnień ceny złożonych przez Odwołującego. Natomiast obciążenie wykonawcy obowiązkiem wykazania prawidłowości ceny nie zwalnia Zamawiającego z konieczności uzasadnienia, z jakich powodów i na jakich podstawach uznał wyjaśnienia za niewystarczające.

Okoliczności przedstawione w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty nie uprawniają do tezy, że Odwołujący zaoferował rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

a zestawienie argumentacji Zamawiającego z treścią złożonych przez Odwołującego wyjaśnień wskazuje, że podniesione przez Zamawiającego wątpliwości są niezasadne i nie mogą świadczyć o zaniżeniu ceny ofertowej Odwołującego.

Na formę, treść i szczegółowość wyjaśnień oraz dowodów wpłynął termin wyznaczony na ich przygotowanie i to z tego punktu widzenia należy ocenić wyjaśnienia Odwołującego jako wystarczające.

Zamawiający naruszył więc art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ Odwołujący, którego oferta została odrzucona, powinien zostać w należyty sposób poinformowany o powodach odrzucenia oferty. Uzasadnienie Zamawiającego, który nie przedstawił w zasadzie żadnych wątpliwości co do rzetelności złożonych wyjaśnień i nie zadał sobie trudu porównania np. cen jednostkowych materiałów budowlanych względem własnego kosztorysu, nie pozwala Odwołującemu na poznanie powodów odrzucenia jego oferty, a więc czynność ta była nieprawidłowa.

Prowadzenie postępowania wymaga m.in. stosowania się do zasady przejrzystości z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oznacza to, że na Zamawiającym ciąży m.in. obowiązek uzasadniania dokonywanych przez niego czynności podejmowanych w postępowaniu, skoro wykonawcom, w określonych w ustawie przypadkach, przysługują środki ochrony prawnej. Żeby Odwołujący mógł w należyty sposób skorzystać z prawa do odwołania, powinien uzyskać należyte uzasadnienie odrzucenia oferty, szczegółowo referujące do złożonych przez Odwołującego wyjaśnień ceny.

Jako ewentualny Odwołujący postawił zarzut zaniechania skierowania do niego kolejnego, bardziej szczegółowego wezwania w zakresie wątpliwości Zamawiającego co do prawidłowości całości ceny ofertowej, przez pryzmat pierwszych wyjaśnień. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie zawiera ograniczenia co do jednokrotnego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Zamawiający może żądać, jeżeli zaistnieje taka potrzeba, doprecyzowania lub szerszych informacji w zakresie przekazanych przez wykonawcę wyjaśnień. Na możliwość kilkukrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie dokonanej przez wykonawcę wyceny oferty, wskazuje również dotychczasowe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych: „nie ma też przeszkód, by zamawiający prowadził wyjaśnienia wieloetapowo, aż do uzyskania odpowiedzi na wszystkie pytania i wątpliwości (oczywiście poza przypadkiem opisanym w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdy wykonawca nie współpracuje i nie udziela wyjaśnień)” (wyrok KIO 1490/15, KIO 1577/15, KIO 1584/15). Stanowisko to potwierdził też Sąd Okręgowy w Olsztynie, który w wyroku z 9 grudnia 2010 r. (sygn. akt V Ga 122/10) jednoznacznie wskazał, iż brak jest przeszkód do

ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia zamawiającego nie rozwiały wątpliwości zamawiającego związanych z „rażąco niską ceną”. Z uwagi na szeroki, ogólnikowy charakter wezwania, również wyjaśnienia Odwołującego mogą podlegać dalszemu doprecyzowaniu. Jak wskazuje się w orzecznictwie: zamawiający może sformułować wezwanie do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny w sposób szczegółowy i zadać wykonawcy pytania dotyczące konkretnych kosztów czy okoliczności wpływających na cenę oferty, co z pewnością ułatwia wykonawcy przygotowanie wyjaśnień, a następnie zamawiającemu – ich ocenę. Jednocześnie jednak zamawiający nie ma obowiązku zawierać w wezwaniu do wykonawcy takich szczegółowych pytań odnoszących się do ceny jego oferty, gdyż z żadnego przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek taki nie wynika. Zamawiający może zatem ograniczyć się w wezwaniu do przytoczenia treści art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jednakże powinien wówczas liczyć się z tym, że wykonawca może nie uznawać za istotne tych samych kosztów, czy okoliczności, które uznaje za istotne zamawiający i w konsekwencji jego wyjaśnienia w zakresie określonych informacji mogą nie być dla zamawiającego wystarczające. Jest to sytuacja, która w konkretnych okolicznościach faktycznych, może uzasadniać ponowne wezwanie wykonawcy do wyjaśnień ze wskazaniem tym razem, co konkretnie budzi wątpliwości zamawiającego (wyrok KIO 1056/20).

Odwołujący wskazał, że dokonywanie przez Zamawiającego kolejnych czynności w postępowaniu w sytuacji, gdy czynności zaskarżone odwołaniem były podstawą do dokonania kolejnych takich czynności, a zatem w dalszym ciągu wywierają skutki prawne, nie ma znaczenia dla możliwości rozpoznania odwołania. Aukcja bez udziału wykonawcy, którego oferta została niesłusznie odrzucona, jest przeprowadzona niezgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i narusza zasadę równego traktowania wykonawców.

Zgodnie z wyrokiem TSUE z 7 kwietnia 2016 r. w sprawie C-324/14, jeżeli oferent przedstawia dopuszczalną ofertę i spełnia w związku z tym kryteria wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu, instytucja zamawiająca, zgodnie z art. 54 ust. 4 dyrektywy 2004/18, ma zapewnić, że ten oferent może, stosownie do okoliczności, skorzystać z przysługującego mu prawa do udziału w aukcji elektronicznej. W rezultacie, jeżeli taki oferent nie został zaproszony do udziału w rzeczowej aukcji, to, zasady równego traktowania i niedyskryminacji wyrażone w art. 2 dyrektywy 2004/18 nakazują instytucji zamawiającej unieważnienie i powtórzenie takiej aukcji. Nie można więc *a priori* wykluczyć, że wykonawca niedopuszczony do udziału w aukcji elektronicznej przedstawiłby najkorzystniejszą ofertę, tak, że błąd popełniony przez instytucję zamawiającą pociąga za sobą konieczność unieważnienia i powtórzenia aukcji.

W niniejszej sprawie aukcja powinna zostać powtórzona również z uwagi na nieprawidłowy krąg zaproszonych wykonawców, tj. niezaproszenie Odwołującego, którego oferta powinna zostać przywrócona do postępowania.

Jednakże z uwagi na niejednolite orzecznictwo i poglądy doktryny, które w niektórych sytuacjach uznają aukcję elektroniczną za czynność niepowtarzalną, w przypadku nieuwzględnienia żądania dotyczącego powtórzenia aukcji elektronicznej, Odwołujący wskazał, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego i wniósł o jego unieważnienie. Zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną naruszając dobrą praktykę wśród zamawiających, tj. nie czekając na upływ terminu na wniesienie odwołania na czynność odrzucenia oferty Odwołującego.

Art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych odnosi się do wad uniemożliwiających zawarcie umowy, m.in. art. 146 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, który wskazuje przesłanki unieważnienia umowy przez sąd na wniosek Prezesa UZP, tj. dokonanie przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. W tym przypadku naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych ma istotny wpływ na wynik postępowania. Wada postępowania polega na przeprowadzeniu aukcji elektronicznej bez udziału Odwołującego, którego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, nie powinna podlegać odrzuceniu, a zatem Odwołujący powinien uzyskać szansę na uzyskanie zamówienia. W ten sposób Zamawiający złamałby art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Wada w postaci niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego i niezaproszenia go do udziału w aukcji przekłada się automatycznie na wadę w wyborze oferty najkorzystniejszej, ponieważ wybór oferty został dokonany niezgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Jeśli Izba uzna, że nie istnieje możliwość powtórzenia aukcji elektronicznej, wówczas tylko unieważnienie postępowania zapewni, że umowa zawarta w wyniku niniejszego postępowania nie będzie podlegała unieważnieniu.

II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie w całości oraz o przyznanie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego uzasadnionych kosztów postępowania w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Zamawiający wskazał, że zestawienie cen ofertowych przedstawiało się następująco: Max Bögl Polska Sp. z o.o. 245 368 775,56 zł; Odwołujący 140 861 721,90 zł; wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielnie zamówienia Drogomex Sp. z o.o. oraz Roboz P. P. 162 379 915,47 zł; Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. 155 017 685,76 zł; Strabag Sp. z o.o. 186 770 607,06 zł. Zatem oferta Odwołującego zawierała najniższą cenę i była o ponad 30% niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. Odwołujący został więc wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty w oparciu o art. 90 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych. W wezwaniu tym Zamawiający zwrócił się z prośbą o udzielenie wyjaśnień, w tym o złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny elementów oferty, np. dokumentu/dokumentów, z którego Zamawiający będzie mógł w jednoznaczny i niebudzący wątpliwości sposób wywnioskować, iż oferowane świadczenie (w treści wezwania omyłkowo użyto słowa „dostawa”, co nie mogło i nie powinno było wywołać po stronie Odwołującego jakichkolwiek wątpliwości co do przedmiotu wezwania) zostanie zrealizowane w sposób należyty i z dochowaniem wszelkiej staranności, lub innych dokumentów, które wskazywały będą na czynniki, które miały wpływ na cenę, w szczególności w zakresie wskazanych w wezwaniu czynników. Zamawiający wyznaczył Odwołującemu 3-dniowy termin (70 godzin) na przedstawienie wyjaśnień. Złożony w międzyczasie wniosek Odwołującego o przedłużenie przedmiotowego terminu nie został przez Zamawiającego uwzględniony.

Odwołujący, pismem z 6 sierpnia 2020 r., złożył wyjaśnienia wraz z załącznikami. Zamawiający przeprowadził ich analizę i w rezultacie przyjął, że w zaistniałych okolicznościach był zobligowany do odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, co skutkowało podjęciem przezeń czynności odrzucenia oferty Odwołującego 7 sierpnia 2020 r.

Odwołanie wniesione przez Odwołującego wobec m.in. tej czynności nie zasługuje na uwzględnienie i winno być oddalone, nie doszło bowiem do naruszenia przepisów wskazanych w odwołaniu, a Zamawiający miał bezspornie obowiązek odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Żaden zarzut odwołania nie znajduje odzwierciedlenia w stanie faktycznym i prawnym sprawy.

Co do wyznaczenia rzekomo zbyt krótkiego terminu na złożenie wyjaśnień i niewskazania wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia, a także odmowy przedłużenia tego terminu – Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego, jakoby termin wyznaczony na złożenie wyjaśnień był zbyt krótki i niemożliwy do spełnienia dla wykonawcy

działającego z należytą starannością. Termin ten był realny i umożliwiał Odwołującemu przygotowanie rzetelnych wyjaśnień oraz przedłożenie wymaganych prawem dowodów. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania i ustala terminy składania wyjaśnień w oparciu o art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepisy nie określają minimalnego czasu, jaki winien być wyznaczony wykonawcy – przyjmuje się, że winien on być realny, tj. taki, który w toku normalnych czynności umożliwiłby przeciętnemu wykonawcy rzetelne wyjaśnienie wszystkich okoliczności mających wpływ na cenę, jak i przekazanie ich we właściwej formie, treści i terminie.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący już w dacie składania ofert, tj. 31 lipca 2020 r., musiał dysponować sposobem kalkulacji ceny oferty. Cena zaoferowana nie mogła być bowiem dowolna, a winna była stanowić rezultat jej wyliczenia. Niewątpliwie obliczenie ceny – skoro dokonywał go profesjonalista – musiało nastąpić w oparciu o określone dane (np. ceny materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia), podparte określoną dokumentacją. W konsekwencji nieuprawnione jest tworzenie przez Odwołującego wrażenia, jakoby złożenie wyjaśnień na wezwanie w trybie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych w tych okolicznościach wymagało podejmowania czynności, zbierania danych i dokumentów niejako od początku. Odwołujący na 3 dni przed otrzymaniem wezwania złożył ofertę, zatem musiał dysponować wszelkimi niezbędnymi w tym zakresie dowodami. Świadczą o tym dokumenty złożone wraz z wyjaśnieniami. Z tego powodu okoliczności podnoszone przez Odwołującego w postaci dużych rozmiarów korporacji Odwołującego, skomplikowanego, wielowątkowego dzieła, jakim jest kalkulacja oferty, tego, że dowody potrzebne do wykazania zasadności kalkulacji nie znajdują się jednym segregatorze, a także tego, że dane nie były skupione w rękach jednej osoby, nie uzasadniają komentowanego zarzutu. Kalkulacja ceny oferty musiała zostać bowiem dokonana w niedalekim czasie przed otrzymaniem wezwania od Zamawiającego. Dodatkowo, obecne realia obrotu gospodarczego pokazują, że wiele czynności, w tym sporządzanie ofert cenowych, nie jest dokonywanych w formie pisemnej, lecz elektronicznej.

Zatem w ocenie Zamawiającego wyznaczony termin był terminem wystarczającym do zebrania wszystkich dowodów i opisanie sposobu kalkulacji oferty Odwołującego i nieuprawnione jest twierdzenie Odwołującego, że w czasie otwartym na złożenie wyjaśnień ma miejsce proces pozyskiwania danych od kontrahentów, gdyż informacje te winny być dostępne Odwołującemu na etapie przed złożeniem oferty – kalkulowania ceny. W przeciwnym razie należałoby przyjąć, że oferta jest konstruowana w oparciu o pewne założenia, które są następczo weryfikowane w oparciu o dane od kontrahentów, co byłoby niedopuszczalne.

Przeważająca część argumentacji zawartej w wyjaśnieniach nie była dostosowana do prowadzonego postępowania, a miała uniwersalny, ogólny charakter, jedynie na stronach

7-8 oraz 13-14 złożonych wyjaśnień Odwołujący nawiązał wprost do postępowania. Pozostała część wyjaśnień odnosi się do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa (s. 1-6), ogólnych informacji o Odwołującym, jego pozycji rynkowej, osiągniętych wynikach finansowych itd. Oznacza to, że Odwołujący nie wykorzystał w ogóle czasu, jaki mu został wyznaczony, na przygotowanie wyjaśnień (skoro przeważająca część wyjaśnień stanowi z dużą dozą prawdopodobieństwa fragmenty ogólnych wyjaśnień składanych w innych postępowaniach). W ocenie Zamawiającego przygotowanie wyjaśnień w zaprezentowanym przez Odwołującego kształcie nie mogło zająć 3 dni roboczych.

Nie zasługują przy tym na uwzględnienie okoliczności podnoszone przez Odwołującego, które jakoby uniemożliwiły mu rzetelne uczynienie zadość wykonaniu wezwania. Odwołujący jest profesjonalistą i jego obowiązkiem było takie zorganizowanie pracy, aby można było uczynić zadość żądaniu w wyznaczonym terminie. Z tego powodu chociażby sezon urlopowy nie może być uznany za nadzwyczajną okoliczność, której nie można było zapobiec ani której nie można było przewidzieć. W tożsamy sposób ocenić należy skomplikowany charakter wyjaśnień, konieczność pozyskiwania informacji z różnych obszarów struktury korporacyjnej, pandemię i jej skutki w postaci pracy zdalnej pracowników czy zwolnień lekarskich. Sama oferta była również składana w okresie wakacyjnym (3 dni przed otrzymaniem wezwania do złożenia wyjaśnień), a zatem ww. okoliczności nie ograniczyły Odwołującego w uczestniczeniu w postępowaniu.

Przywołana uchwała KIO KIO/KD 18/17 dotyczyła jednodniowego terminu, podczas gdy w niniejszej sprawie termin był trzy razy dłuższy. Także przywołane przez Odwołującego przykłady terminów w innych postępowaniach nie mogą uzasadniać tezy, że tylko takie terminy mogą być uznane za wystarczające i realne, bowiem wahają się od 7 dni do 19 dni oraz były związane zazwyczaj z konkretnymi wątpliwościami zamawiającego, których Zamawiający w niniejszych okolicznościach nie miał obowiązku wskazywać wobec brzmienia art. 90 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający nie był zobligowany do uwzględnienia wniosku Odwołującego o przedłużenie terminu na złożenie wyjaśnień, a pierwotnie wyznaczony termin był wystarczający do uczynienia zadość wezwaniu. Zatem nieuzasadniony jest zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Także od momentu otwarcia ofert i opublikowania informacji w tym przedmiocie na stronie internetowej Zamawiającego Odwołujący powinien być mieć świadomość i spodziewać się możliwości otrzymania w każdej chwili wezwania w trybie art. 90 ust. 1a w zw. z ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący mógł bowiem porównać ceny ofert złożonych w postępowaniu z kwotą, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia i ustalić, że zachodzi ponad 30% różnicy między tą kwotą a ceną jego oferty. Tym samym

wyznaczony przez Zamawiającego termin nie może być używany przez Odwołującego jako argument uzasadniający ogólną treść złożonych wyjaśnień.

Zamawiający nie zgodził się też, że był zobligowany do wskazania konkretnych wątpliwości w sytuacji, gdy obowiązek zastosowania procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny miał źródło w art. 90 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, a Zamawiający zobowiązany był wezwać Odwołującego nawet bez powstania po jego stronie konkretnych wątpliwości. W przypadku wystąpienia przesłanki z art. 90 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych wątpliwości te powstają niejako *ex lege*. Wobec powyższego zasada „jakie wezwanie, takie wyjaśnienie” nie powinna być w tych okolicznościach w ogóle rozważana.

Celem wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych jest uzyskanie informacji o cenotwórczych składnikach oferty. Rolą wykonawcy jest zatem przedstawienie tych składników i wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że wykonawca mógł zaoferować taką, a nie inną cenę. Wykonawca w wyjaśnieniach powinien zatem wyjaśnić składniki ceny i czynniki oraz okoliczności faktyczne pozwalające na zaoferowanie jej na proponowanym poziomie.

Odwołujący twierdzi, że treść wyjaśnień wyznaczyła mu treść wezwania i że przy takim brzmieniu wezwania nie wiedział, co w istocie winno być wyjaśniane. W odwołaniu podkreślił również, że Zamawiający nie zażądał „przedłożenia kalkulacji”. W ocenie Zamawiającego żądanie przedstawienia „kalkulacji” (użycie dokładnie tego sformułowania) nie musiało być zawarte w wezwaniu, bowiem oczywista i znana wykonawcom jest funkcja wezwania z art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych – oczywiste jest, że celem wezwania wystosowywanego w tym trybie jest uzyskanie informacji o sposobie kalkulacji ceny, tj. uzyskanie kalkulacji. W rezultacie nawet gdy wezwanie odwołuje się jedynie do treści art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych (i nie używa wprost słowa „kalkulacja”), na wykonawcy ciąży obowiązek przedstawienia kalkulacji (co wynika także z ciężącego na wykonawcach obowiązku dowodowego – obalenia domniemania rażąco niskiej ceny oferty). Jak można by inaczej rozumieć charakter wezwania z art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli nie w sposób implikujący obowiązek przedstawienia kalkulacji. Niezależnie od tego wykładnia językowa wezwania Zamawiającego nie pozostawia wątpliwości, że Zamawiający oczekiwał od Odwołującego przedstawienia kalkulacji – skoro w wezwaniu została wyartykułowana prośba o „udzielenie wyjaśnień, w tym o złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny elementów Państwa oferty”. Odwołujący był zobowiązany odnieść się do sposobu kalkulacji oferty ponad to, co wskazał w formularzu ofertowym. Skoro Zamawiający uzyskał od Odwołującego rozbicie ogólnej ceny na poszczególne elementy wskazane w formularzu ofertowym, to oczywiste jest, że Odwołujący winien przedstawić sposób ich kalkulacji. Fakt wystosowania wezwania o charakterze ogólnego, otwartego pytania, nie zwalnia wykonawcy z obowiązku szczegółowego przedstawienia składowych ceny i opisanie

czynników, które o wysokości tej ceny zadecydowały. Już sam fakt wezwania Odwołującego oznacza, że powinien on przedstawić wszelkie informacje dotyczące okoliczności, które uzasadniały obniżenie ceny, jak też przedstawić dowody dotyczące wyliczenia ceny lub kosztu. Wskazanie przez Zamawiającego podstawy prawnej wezwania również stanowiło dla Odwołującego wskazówkę co do zakresu i sposobu przedstawienia wyjaśnień. Zawarte w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych sformułowania „zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów” wskazuje, iż dowody traktowane są jako element wyjaśnień wykonawcy. Tym samym do obowiązków wykonawcy należy przedstawienie pisemnych wyjaśnień, zarówno w postaci uzasadnienia zastosowanej ceny, jak i przedstawienia odpowiednich dowodów, wykazujących prawidłowość tych wyjaśnień.

Nie może się ostać także zarzut dotyczący niewskazania przez Zamawiającego konkretnych wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia. Zamawiający nie miał możliwości zadania bardziej skonkretyzowanego zapytania, nie znał bowiem składników cenowych oferty. Jednocześnie nie sposób uznać, że Zamawiający mógł samodzielnie uznać, że rozbieżność pomiędzy ceną oferty Odwołującego a wartością zamówienia wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia, która to okoliczność jako jedyna wyłączałaby obowiązek wystosowania wezwania. Zamawiający nie był zatem uprawniony do odstąpienia od wezwania Odwołującego w oparciu o art. 90 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co do zarzutu nieprawidłowej oceny wyjaśnień Odwołującego i odrzucenia jego oferty oraz lakonicznego i ogólnikowego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Zamawiający wskazał, że powstanie stanu objętego hipotezą art. 90 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych spowodowało powstanie domniemania rażąco niskiej ceny oferty Odwołującego – i to Odwołujący miał obowiązek obalenia tego domniemania. W ocenie Zamawiającego Odwołujący nie sprostął ciężarowi dowodu w zakresie wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Twierdzenia Odwołującego dotyczące nieprawidłowego ustalenia wartości zamówienia są nieuzasadnione i nie udowodnione oraz obojętne dla istnienia po stronie Odwołującego obowiązku wykazania prawidłowości skonstruowania ceny oferty. Zamawiający w sposób prawidłowy określił wartość zamówienia.

Ogólnego charakteru treści wyjaśnień nie mogła determinować treść wezwania, bowiem wskazywało ono na konieczność wyliczenia ceny oferty, a Zamawiający nie musiał konkretnych okoliczności wskazywać. Odwołujący miał obowiązek udowodnienia, że cena nie jest rażąco niska. Tymczasem wyjaśnienia zostały sformułowane w sposób bardzo ogólny (twierdzenia dotyczące doświadczenia i pozycji rynkowej Odwołującego, informacje o osiąganym zysku, informacje o dysponowaniu własnymi zasobami). Odwołujący powołał się

na czynniki, które nie przekładają się w sposób konkretny na cenę zaoferowaną w postępowaniu i nie wyjaśnił, jak miałyby się one przekładać. Brak było podstaw do uznania ich za wystarczające (mimo zawarcia wyjaśnień na 15 stronach, w istocie jedynie dwie strony odnosiły się do prowadzonego postępowania). Zamawiający nie zgodził się z tym, że Odwołujący przedstawił dostępne dla siebie wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia, a żadne z okoliczności nie zostały odniesione do realiów konkretnego zamówienia i wysokości ceny zaoferowanej w postępowaniu. Odwołujący nie przedstawił ani wyjaśnień, ani kalkulacji, które uzasadniałyby zaoferowaną cenę, nie wyjaśnił, jakie konkretne okoliczności związane z realizacją umowy rzutują na jej wysokość. Zamiast tego zawarł ogólne twierdzenia dotyczące jego doświadczenia i zasobów. W części pisma objętej tajemnicą przedsiębiorstwa nie odniósł się w żaden sposób do wpływu określonych elementów na cenę oferty.

Odwołujący jedynie na stronach 13-14 odniósł się do ceny zaoferowanej w postępowaniu. Część wyjaśnień zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa nie wskazuje odpowiedzi na pytanie, jak kształtowały się pozostałe wartości, a podane przez Odwołującego wartości nie wyczerpują całej kwoty oferty. Nie zostały przedstawione jakiegokolwiek dodatkowe informacje w tym zakresie, chociażby, ilu pracowników będzie pracować, w jakim zakresie etc. Nie można uznać dowodów załączonych do wyjaśnień jako wystarczających, gdyż nie dostarczyły one Zamawiającemu konkretnych informacji.

Nie można uznać, że załączone „dowody” stanowiły dowody kosztów związanych z zakupem cementu, asfaltu, kruszyw drogowych, betonowych, kolejowych, kamienia hydrotechnicznego oraz galanterii kamiennej drogowej i innych materiałów budowlanych, a także współpracy w zakresie prac projektowych. Dowody te łącznie oceniane nie miały wyjaśniającego i udowadniającego waloru. Ocena dokonana przez Zamawiającego była prawidłowa, a wyjaśnień nie można było uznać za wystarczające i poparte odpowiednimi dowodami. Wbrew twierdzeniom Odwołującego wyjaśnienia nie zawierały szczegółowych informacji, w tym nie zawierały udowodnionych informacji w zakresie m.in. cen jednostkowych za kluczowe materiały budowlane. Wskazanie przez Odwołującego samej stawki roboczogodziny bez przyjęcia i wykazania pozostałych założeń nie może być uznane za wystarczające. Wskazanie poziomu procentowego kosztów także nie może świadczyć o udzieleniu rzetelnej odpowiedzi w zakresie tego, czy cena jest prawidłowo skonstruowana. Uzyskanie przez Zamawiającego wiedzy o ogólnej kwocie, bez szczegółowych twierdzeń dotyczących elementów, na jakie ta kwota się składa, nie może być uznane za rzetelne wyjaśnienie ceny.

Uzasadnienie faktyczne czynności odrzucenia oferty zawiera powody odrzucenia oferty w sposób wymagany art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Celem przepisu jest zapewnienie wykonawcom informacji o przyczynach odrzucenia oferty,

a Zamawiający uczynił zadość temu obowiązkowi i przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty w sposób uwzględniający wymagania z art. 92 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazując wyraźnie, że pismo wraz z załącznikami nie zawiera wyjaśnień ani kalkulacji, które uzasadniałyby zaoferowaną cenę za realizację przedmiotu zamówienia (co jest zgodne ze stanem faktycznym), jak i że nie zostało wyjaśnione, jakie konkretne okoliczności faktyczne i prawne związane z realizacją umowy rzutują na wysokość zaoferowanej ceny, a także, że Odwołujący zawarł w piśmie jedynie ogólne stwierdzenie, jak np. że przedstawiona przez niego oferta uwzględnia wszystkie wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz że jest w pełni przygotowany do realizacji zadania, w sposób ogólny powoływał się m.in. na bogate doświadczenie w realizacji tego rodzaju zamówień i dobre warunki współpracy z kooperantami. Zamawiający poinformował zatem Odwołującego w sposób należyty i jednoznaczny o powodach odrzucenia jego oferty oraz przedstawił zastrzeżenia co do rzetelności złożonych wyjaśnień po uprzedniej ich analizie.

Zdaniem Zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie także zarzut dotyczący zaniechania skierowania do Odwołującego kolejnego wezwania do złożenia wyjaśnień. Możliwość ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień pojawia się bowiem dopiero w sytuacji, w której pierwotnie złożone wezwania są konkretne, dostarczają niezbędnych informacji, niemniej wymagają doprecyzowania w odniesieniu do pewnych zagadnień (na ich tle powstają wątpliwości). Tymczasem w niniejszym przypadku wyjaśnienia nie dostarczyły informacji wymagających doprecyzowania, bowiem w ogóle ich nie dostarczyły.

Co do zarzutów dotyczących zaproszenia i przeprowadzenia aukcji elektronicznej oraz zaniechania unieważnienia postępowania Zamawiający stwierdził, że w zaistniałych okolicznościach, brak jest podstaw do przyjęcia, że naruszył jakikolwiek przepis ustawy Prawo zamówień publicznych zapraszając pozostałych wykonawców do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej i przeprowadzając aukcję. Odwołujący nie mógł zostać zaproszony do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej, bowiem jego oferta podlegała odrzuceniu. Poza tym konieczność ewentualnego powtórzenia aukcji elektronicznej nie mogłaby być podstawą do unieważnienia postępowania w sprawie zamówienia publicznego.

III Stanowisko Przystępującego

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o.

Przystępujący stwierdził, iż Odwołujący niesłusznie dopatruje się wady wezwania w postaci braku stwierdzenia o kalkulacji, a potem wady uzasadnienia odrzucenia poprzez wskazanie tej kalkulacji. Są bowiem różne metody wykazania poprawności ceny i Zamawiający nie powinien wzywać tylko do jednej z nich, jednak wskazanie na brak kalkulacji też jest prawidłową metodą oceny wyjaśnień. Odwołujący wskazał, że przedstawił koszty 61% ceny, co oznacza, że nie przedstawił prawie 40% tych kosztów. Także Zamawiający wskazuje brak liczb, czyli jedyne go sposobu, w jaki można wykazać obliczenie ceny. Gdyby Odwołujący przedstawił oferty podwykonawców, których suma zamyka się w kwocie oferty, również byłoby to prawidłowe wykazanie poprawności ceny.

Przystępujący podkreślił, że to Odwołujący musiał wykazać brak znamion rażąco niskiej ceny. Jeśli Zamawiający ma wątpliwości co do całości oferty, wzywa do wyjaśnienia całości i nie musi wskazywać na konkretne elementy, jak wtedy, gdy odnosi się do istotnej części, wiadomo bowiem, o którą część się dopytuje. Zamawiający zachował się poprawnie domagając się od Odwołującego wyjaśnień.

Co do zarzutu, że Zamawiający powinien był dopytać Odwołującego, Przystępujący zauważył, że orzecznictwo koncentruje się na tym, że zamawiający ma prawo dopytać, ale nie uznaje tego za obowiązek zamawiającego, gdyż nie jest to obowiązkowa druga tura wezwania, lecz mechanizm stosowany, gdy wykonawca rzetelnie odpowiedział w złożonych wyjaśnieniach.

Odwołujący wskazał w odwołaniu art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, ale nie w kontekście różnych terminów składania wyjaśnień. Inaczej sformułowane długości terminów nie stanowią dowodu na nierówne traktowanie, ponieważ jest to różna sytuacja. Zasady prowadzenia aukcji elektronicznej mogą spowodować u wykonawcy kłopoty z przygotowaniem wyjaśnienia, takie jest ryzyko udziału w aukcji. Mogą wchodzić w grę także inne elementy, wcześniej nie brane pod uwagę jak np. w stosunku do Przystępującego, który miał możliwość połączenia kosztów z dwóch kontraktów, o czym się dowiedział dopiero przed samą aukcją. Dlatego wyjaśnienia mogły wymagać większego nakładu pracy.

IV Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania w zakresie postawionych zarzutów, w szczególności treść złożonej przez Odwołującego oferty, treść wezwania do wyjaśnień i treść udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień, nie jest sporny między Stronami.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępującego, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przetargowego przedstawionej przez Zamawiającego oraz stanowisk Stron i Przystępującego przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez skierowanie do Odwołującego wezwania do złożenia wyjaśnień ceny oferty w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ponieważ wyznaczony trzydniowy termin jest nierealny, czyli niemożliwy do spełnienia przez wykonawcę działającego w zgodzie ze standardem należytej staranności, przez co Zamawiający nie dał Odwołującemu możliwości przygotowania i złożenia kompleksowych wyjaśnień ceny, a także Zamawiający nie wskazał na wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów,
2. art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wyrażenia zgody na wniosek Odwołującego z 4 sierpnia 2020 r. o przedłużenie terminu na złożenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny wyjaśnień ceny Odwołującego, które należy ocenić jako wystarczające, ponieważ adekwatnie odpowiadają wezwaniu Zamawiającego, w szczególności potwierdzają wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla Odwołującego,
4. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, gdy cena oferty Odwołującego nie ma charakteru rażąco niskiej; Odwołujący złożył wyjaśnienia, których ocena wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, tymczasem Zamawiający, informując Odwołującego o powodach odrzucenia oferty, do owych wyjaśnień, w tym złożonych dowodów, nie odniósł się; podane uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty jest lakoniczne i ogólne,
5. art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie skierowania do Odwołującego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do wątpliwości Zamawiającego, które mogły powstać względem informacji i dowodów przedstawionych w wyjaśnieniach ceny Odwołującego,

6. art. 91a ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaproszenie i przeprowadzenie aukcji elektronicznej 12 sierpnia 2020 r., tj. przed upływem terminu na wniesienie niniejszego odwołania, w sytuacji, gdy oferta Odwołującego powinna być zostać przywrócona do postępowania, a Odwołujący powinien mieć możliwość wzięcia udziału w powtórzonej aukcji elektronicznej,

7. art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli powtórzenie aukcji elektronicznej będzie w ocenie Izby niemożliwe, co oznacza, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Przywołane przepisy stanowią, co następuje.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

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

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r. poz. 2177);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zgodnie z art. 90 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Jak stanowi art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Art. 91a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przewiduje, że, jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadza aukcję elektroniczną, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania lub w ogłoszeniu o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców, oraz jeżeli można w sposób precyzyjny określić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz złożono co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu. Przepisów art. 91 ust. 4-6 nie stosuje się.

Zgodnie z wymogiem art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych nakazuje zamawiającemu unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z informacją – „Notatka służbowa” z 8 listopada 2019 r., wartość szacunkowa zamówienia została określona na kwotę 180.450.000,00 złotych netto. Kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia to 218.626.675,94 zł.

W postępowaniu zostało złożonych 5 ofert z kwotami w złotych brutto: 245.368.775,56; 186.770.607,06; 162.379.915,47; 155.017.685,76; 140.861.721,90 (oferta Odwołującego).

W wyniku aukcji elektronicznej z 12 sierpnia 2020 r. ceny te ukształtowały się następująco: 135.900.100,00; 138.634.412,00; 128.394.232,03; 128.400.000 zł brutto.

Po otwarciu ofert dokonany 31 lipca 2020 r. Zamawiający wystosował do Odwołującego wezwanie, z powołaniem się na art. 90 ust. 1 w związku z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, datowane na 3 sierpnia 2020 r., w którym stwierdził, że cena oferty Odwołującego złożonej w postępowaniu jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. W związku z powyższym zwraca się „z prośbą o udzielenie wyjaśnień, w tym o złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny elementów Państwa oferty: np. dokumentu/dokumentów, z którego Zamawiający będzie mógł w jednoznaczny i nie budzący wątpliwości sposób wywnioskować, iż oferowana dostawa zostanie zrealizowana w sposób należyty i z dochowaniem wszelkiej staranności, lub innych dokumentów, które wskazywały będą na czynniki, które miały wpływ na cenę w szczególności w zakresie: 1. oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177); 2. pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; 3. wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 4. wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; 5. powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy. Informuję, że zgodnie art. 90 ust 2 ustawy obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy, a w przypadku, gdy Wykonawca nie złoży stosownych wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę, Zamawiający odrzuca ofertę takiego Wykonawcy. Wyjaśnienia należy złożyć w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego podpisanego przez wystawcę bądź w elektronicznej kopii dokumentu (...) w terminie do 06.08.2020 r. do godziny 14:00”.

Pismem z 4 sierpnia 2020 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o przedłużenie wyznaczonego terminu do 11 sierpnia 2020 r., godz. 14:00, „który to termin umożliwi Wykonawcy należyte złożenie wyjaśnień” jednocześnie informując Zamawiającego, że wyznaczony termin 6 sierpnia 2020 r. godz. 14:00 „jest niewystarczający na udzielenie przez Wykonawcę rzetelnej odpowiedzi”.

Zamawiający nie odpowiedział na powyższe pismo, a Odwołujący 6 sierpnia 2020 r. udzielił wyjaśnień, które jednak nie były dla Zamawiającego satysfakcjonujące. W związku z powyższym Zamawiający, pismem z 7 sierpnia 2020 r., poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, „zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia” z uzasadnieniem, iż „pismem z 3 sierpnia 2020 r. Zamawiający zwrócił się z prośbą o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny. Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. W wyznaczonym na dzień 06.08.2020 roku terminie złożono pisemną odpowiedź na wezwanie Zamawiającego nie wykazując jednak, że oferta Wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny. Ww. pismo (wraz z załącznikami) nie zawiera wyjaśnień ani kalkulacji, które uzasadniałyby zaoferowaną cenę za realizację przedmiotu zamówienia. Wykonawca nie wyjaśnił, jakie konkretne okoliczności faktyczne i prawne związane z realizacją umowy rzutują na wysokość zaoferowanej ceny. Wykonawca zawarł w piśmie jedynie ogólne stwierdzenie, jak np. iż <<przedstawiona przez niego oferta uwzględnia wszystkie wymagania określone w SIWZ>>, oraz że <<jest w pełni przygotowany do realizacji zadania, będącego przedmiotem złożonej oferty zarówno w zakresie sprzętowym, ludzkim, jak i materiałowym>>. W sposób ogólny Wykonawca powoływał się m.in. na bogate doświadczenie w realizacji tego rodzaju zamówień i dobre warunki współpracy z kooperantami. W części pisma objętej tajemnicą przedsiębiorstwa Wykonawca podał jedynie poziom procentowy kosztów zakupów oraz kosztów pośrednich, jak również stawkę roboczogodziny, nie odnosząc się w żaden sposób do wpływu tych elementów na cenę oferty. Również załączone do pisma skany umów z dostawcami mają charakter umów ramowych, nie dotyczących tego konkretnego zamówienia. Skany nie zawierają cen, nie mają więc waloru wyjaśniającego i uzasadniającego skalkulowaną w ofercie cenę. Wskazana lista osób współpracujących przy dokonywaniu kalkulacji nie zawiera żadnego wyjaśnienia odnośnie kosztów związanych np. z zatrudnieniem tych osób, stanowi li tylko wyspecyfikowanie kilkunastu nazwisk bez żadnego dodatkowego komentarza. Podsumowując lektura ww. wyjaśnień wraz z załącznikami nie pozwala na stwierdzenie, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Ponieważ zgodnie z art. 90. ust. 2 ustawy obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco

niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, a obowiązki temu Wykonawca nie podolał, oferta została odrzucona.”

Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia przedmiotowych wyjaśnień powołując się na art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Pierwszy z przywołanych przepisów stanowi, że jeżeli zaoferowana przez wykonawcę w złożonej ofercie cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie wskazanym, w tym przepisie.

Przepis art. 90 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych został wprowadzony jako uzupełnienie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, dla celów ustawowego wskazania, czy też „podpowiedzi” zamawiającemu (i wykonawcom), kiedy zamawiający powinien obligatoryjnie uznać, że zaoferowane ceny „wydają mu się rażąco niskie” i powinny „budzić jego wątpliwości”. Konstrukcja przepisu art. 90 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje na możliwość zwrócenia się przez zamawiającego o wyjaśnienia w przypadku zaistnienia okoliczności opisanych w punkcie 2. tego przepisu oraz na obowiązek zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień w przypadku opisanym w punkcie 1., choć od obowiązku tego może odstąpić, gdy rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych.

Zamawiający obliczył, że cena oferty brutto Odwołującego jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia, przy czym powód tej rozbieżności nie wynika „z okoliczności oczywistych”.

Sam fakt dokonania przez Zamawiającego wezwania nie był przez Odwołującego kwestionowany, przedmiotem zarzutu stała się natomiast wyznaczona data złożenia wyjaśnień oraz rozbieżność pomiędzy treścią wezwania a jego oceną, będącą podstawą odrzucenia oferty Odwołującego.

Jak obliczył Odwołujący – a czego nie kwestionował Zamawiający – na złożenie wyjaśnień Odwołujący dostał bowiem jedynie 70 godzin, co uznał za termin niewystarczający dla sporządzenia rzetelnych wyjaśnień.

Izba podzieliła powyższe stanowisko Odwołującego, co stało się podstawą uwzględnienia odwołania.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie w formule „projektuj i buduj” robót budowlanych w ramach zadania rozbudowy Portu Lotniczego Radom – Sadków. W ofercie wykonawcy mieli

wskazać kalkulację ceny oferty składającą się z dziewięciu elementów, dla których Zamawiający określił *a priori* procentowy udział w wartości kontraktu: prace projektowe (projekt wykonawczy i dokumentacja podwykonawcza), roboty ziemne, wykonanie nawierzchni betonowej, wykonanie nawierzchni bitumicznej, kanalizacja teletechniczna, kanalizacja i sieci elektryczne, oświetlenie projektorowe i oznakowanie pionowe, kanalizacja deszczowa, pozostałe roboty. Dla każdej z tych pozycji wykonawcy mieli podać ogólną wartość netto. Nie byli zobowiązani do załączenia kosztorysu ofertowego lub bardziej szczegółowej kalkulacji.

Jak podkreślał Zamawiający, w dyspozycji art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych nie zawarto konkretnego minimalnego terminu oczekiwania na wyjaśnienia. Odwołujący podkreślał natomiast, że wyznaczenie realnego terminu na złożenie wyjaśnień wynika z wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zasady uczciwej konkurencji. Jak przyznały Strony w swoich stanowiskach, zgadzają się one jednak co do tego, że termin wyznaczony na udzielenie wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, powinien być realny i umożliwić wykonawcy przygotowanie rzetelnych wyjaśnień co do okoliczności mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez niego ceny, a następnie przekazanie ich zamawiającemu we właściwej formie i treści.

Zdaniem Izby, w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych rzeczywiście nie wskazano minimalnego okresu, który zamawiający powinien zagwarantować wykonawcy na udzielenie wyjaśnień, jak to ma miejsce np. w art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie oznacza to jednak zupełnej dowolności w określaniu przez zamawiającego tego terminu.

Bowiem z innych zasad prawa – również z zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – wynika, że każdy termin określany w stosunkach pomiędzy podmiotami powinien być „odpowiedni”, „stosowny” lub „adekwatny” do danej czynności, w tym stopnia jej skomplikowania. W tym przypadku, jak wskazały Strony za orzecnictwem – realny dla przygotowania i doręczenia rzetelnych wyjaśnień.

Jak stwierdził Zamawiający, celem wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych jest uzyskanie informacji o cenotwórczych składnikach oferty, a rolą wykonawcy jest przedstawienie tych składników i wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że wykonawca mógł zaoferować taką a nie inną cenę. Wykonawca w wyjaśnieniach powinien zatem wyjaśnić składniki ceny i czynniki oraz okoliczności faktyczne pozwalające na zaoferowanie jej na proponowanym poziomie. Wymaga to jednak stosownego czasu.

Stosowność wyznaczenia takiego terminu ocenia się indywidualnie w danym przypadku. Może bowiem okazać się, że dla wyjaśnienia np. pewnych prostych dostaw, usług czy robót

budowlanych, z jedną – dwiema – kilkoma pozycjami, taki trzydniowy termin może być odpowiedni. Jednak w niniejszej sprawie przedmiotem zamówienia są roboty budowlane o dość dużej wartości, do tego wykonywane w systemie „projektuj i buduj”, co implikuje stwierdzenie, że trudno je określić jako nieskomplikowane i niewymagające zbyt szczegółowych wyjaśnień czy kalkulacji, dla których 70 godzin jest wystarczającym terminem. W konsekwencji, w ocenie Izby, wyznaczenie terminu wyjaśnień krótszego niż 3 dni, jest zbyt krótkie i nieuzasadnione. I o ile, jak podkreślał Zamawiający, ogólnego charakteru treści udzielonych wyjaśnień mogła nie determinować sama treść wezwania (rzeczywiście, Zamawiający wskazał na konieczność przedstawienia „dokumentu/dokumentów, z którego Zamawiający będzie mógł w jednoznaczny i nie budzący wątpliwości sposób wywnioskować, iż oferowana dostawa zostanie zrealizowana w sposób należyty i z dochowaniem wszelkiej staranności), to – z dużą dozą pewności – mogło to już być skutkiem przede wszystkim wyznaczonego terminu na udzielenie wyjaśnień. Można bowiem za zasadę uznać bezpośredni wpływ długości terminu wyznaczonego na udzielenie wyjaśnień na treść i jakość tych wyjaśnień, w tym poziom ich dokładności i szczegółowości.

Zamawiający, oprócz wyrażenia własnego przekonania w tym zakresie, również nie wykazał, że wyznaczony termin jest odpowiedni. Owszem, można się zgodzić z Zamawiającym, że wykonawcy w momencie złożenia oferty, powinni mieć informacje, na jakiej podstawie została ona skalkulowana w danej wysokości. Niemniej nie można też odmówić słuszności stanowisku Odwołującego, że czym innym jest kalkulacja dla własnych potrzeb wykonawcy, a czym innym jej przedstawienie zamawiającemu w sposób dla niego zrozumiały i pozwalający mu na jej pozytywną ocenę. Przy tym zrozumiała jest też obawa wykonawcy, że przedstawienie tej kalkulacji w sposób co prawda prawidłowy kwotowo, lecz odbiegający od założeń specyfikacji istotnych warunków zamówienia, np. co do sposobu podziału prac, może – ze względów formalnych – powodować dla niego negatywne konsekwencje łącznie z odrzuceniem oferty. Co z kolei powoduje ze strony tego wykonawcy uzasadniony zamiar refleksji nad sposobem udzielenia wyjaśnień oraz ich wewnętrznej weryfikacji.

Tym samym Zamawiający, nawet jeśli początkowo uznał termin niecałych trzech dni za wystarczający, po otrzymaniu wniosku wykonawcy o przedłużenie tego terminu do 7 dni, powinien wniosek ten zweryfikować i w konsekwencji do tego wniosku się przychylić, gdyż prośba Odwołującego nie wydaje się niezasadna, a sam proponowany termin przesadzony. Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, nie korzysta z żadnego z trybów przyspieszonych, i jakkolwiek jego chęć sprawnego przeprowadzenia postępowania zasługuje na aprobatę, nie było obiektywnego powodu do aż tak restrykcyjnego ograniczania terminów.

Należy też zauważyć, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, Odwołujący nie miał długiego okresu pomiędzy otwarciem ofert a wezwaniem do wyjaśnień na stwierdzenie, że z pewnością czy prawdopodobnie do tych wyjaśnień zostanie wezwany i ich przygotowania zawczasu. Otwarcie ofert nastąpiło bowiem 31 lipca – w piątek, natomiast wezwanie już 3 sierpnia – w poniedziałek.

I jakkolwiek Izba nie stwierdziła, że pozostałe czynności Zamawiającego zostały wykonane nieprawidłowo, a same wyjaśnienia tylko ze względu na termin wyznaczony na ich przygotowanie należy ocenić jako wystarczające, to ze względu na wadliwy przebieg pierwszej czynności, tj. wezwania do wyjaśnień, konieczne jest „cofnięcie” postępowania do tej czynności w celu jej „naprawienia”, a tym samym korekty przebiegu całego postępowania. Czynność ta bowiem miała wpływ na dalszy przebieg postępowania – począwszy od niewątpliwego wpływu na treść wyjaśnień, poprzez czynność odrzucenia oferty Odwołującego, która z dużą dozą prawdopodobieństwa by nie nastąpiła, gdyby wykonawca ten miał dłuższy termin na złożenie wyjaśnień (Zamawiający finalnie zaakceptował wyjaśnienia wykonawców, którzy w ramach aukcji zaoferowali ceny niższe niż Odwołujący), a w konsekwencji przebieg i wynik aukcji elektronicznej mógłby być inny. Zamawiający także, na późniejszym etapie postępowania – już po przeprowadzeniu aukcji, wyznaczył pozostałym wykonawcom dłuższy termin na złożenie wyjaśnień, a także, w odpowiedzi na złożony wniosek, zaakceptował przedłużenie tego terminu. I choć termin ten i zgodę tę można zakwalifikować nie jako wyraz zamiaru nierównego traktowania wykonawców, lecz jako autokorektę działań Zamawiającego, w konsekwencji spowodowało to, że termin wyznaczony Odwołującemu na dokonanie takiej samej czynności był znacznie krótszy niż w stosunku do pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Izba zauważa też, że, choć przepisy nie odnoszą się do tej kwestii, wysoce niewskazane jest, by zamawiający – prosząc wykonawców o wyjaśnienia – ograniczył się jedynie do zacytowania zakresu wymienionego w przepisie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co wykonawców może wprowadzać w błąd co do koniecznego i oczekiwanego zakresu wyjaśnień, tj. w szczególności konieczności odniesienia się analitycznego do zaoferowanej ceny, czyli przedstawienia jej kalkulacji, w tym ponoszonych kosztów wykonania zamówienia. Zwłaszcza, kiedy zamawiający przedstawienie takiej kalkulacji uważa za konieczny element wyjaśnień, jak też, gdy uważa, że niezbędne jest odniesienie się do danych, konkretnych pozycji wyceny. A tu Izba zgadza się w Zamawiającym i Przystępującym, iż – choć zakres wskazany w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień

publicznych jest obowiązkowy – nie jest on wyczerpujący i bez kalkulacji ceny i kosztów trudno sobie prawidłowe wyjaśnienia wyobrazić.

Co do żądania Odwołującego dotyczącego unieważnienia aukcji elektronicznej lub postępowania o udzielenie zamówienia, Izba uznała, że poprawne jest nakazanie unieważnienia samej aukcji, a nie całego postępowania. Owszem, kwestia, czy unieważnienie aukcji jest zgodne z zasadami wyrażonymi w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, budziła wątpliwości w orzecznictwie, jednak przesądzający jest tu wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 7 kwietnia 2016 r. w sprawie C-324/14 (Partner D. A.), w którym Trybunał unieważnienie samej aukcji uznał nie tylko za możliwe, ale też zgodne z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wskazując jednoznacznie, że: „Wyrażone w art. 2 dyrektywy 2004/18 zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców należy interpretować w ten sposób, że wymagają one unieważnienia i powtórzenia aukcji elektronicznej, do udziału w której nie został zaproszony wykonawca, który złożył dopuszczalną ofertę, także w przypadku gdy nie można stwierdzić, czy udział pominiętego wykonawcy zmieniłby wynik tej aukcji.”

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając odwołanie i nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności wezwania Odwołującego do wyjaśnień dokonanego na podstawie art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienie aukcji elektronicznej oraz powtórzenie czynności badania ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), uwzględniając uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 20.000 złotych oraz 3.600 złotych tytułem wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....