

**WYROK**  
**z dnia 12 listopada 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodnicząca:** Renata Tubisz

**Protokolant:** Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 8 listopada 2019r. w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2019 r. **przez odwołującego:** ROKOM Sp. z o.o. ul. Karnicka 20, 03-162 Warszawa w postępowaniu powadzonym **przez zamawiającego:** Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. Plac Starynkiewicza 5; 02-015 Warszawa

**przy udziale** wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Biuro Projektowania i Realizacji Inwestycji Inżynieryjnych DROKAN Sp. z o. o. ul. Celofanowa 2, 04-711 Warszawa (lider konsorcjum) i W. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Projektowania i Realizacji Inwestycji Inżynieryjnych DROKAN, ul. Celofanowa 2, 04-711 Warszawa (członek konsorcjum), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie zamawiającego**

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę oferty odwołującego z uwzględnieniem złożonych wyjaśnień przez odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych w dniach: 20 sierpnia 2019r. (pismo z dnia 20 sierpnia 2019r.) i 15 października 2019r. (pismo z dnia 11 października 2019r.)
- 1.1. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: Biuro Projektowania i Realizacji Inwestycji Inżynieryjnych DROKAN Sp. z o. o. ul. Celofanowa 2, 04-711 Warszawa (lider konsorcjum) i W. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Projektowania i Realizacji Inwestycji Inżynieryjnych DROKAN, ul. Celofanowa 2, 04-711 Warszawa (członek konsorcjum) i zalicza w poczet kosztów postępowania

odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ROKOM Sp. z o.o. ul. Karnicka 20, 03-162 Warszawa tytułem wpisu od odwołania

- 1.2. zasądza od Konsorcjum: Biuro Projektowania i Realizacji Inwestycji Inżynierskich DROKAN Sp. z o. o. ul. Celofanowa 2, 04-711 Warszawa (lider konsorcjum) i W. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Projektowania i Realizacji Inwestycji Inżynierskich DROKAN, ul. Celofanowa 2, 04-711 Warszawa (członek konsorcjum) kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) na rzecz ROKOM Sp. z o.o. ul. Karnicka 20, 03-162 Warszawa stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

### Odwołanie

Odwołujący złożył odwołanie w związku z prowadzonym przez zamawiającego postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej oraz sieci wodociągowej w rejonie ulicy Północnej w Warszawie na terenie Dzielnicy Wawer z podziałem na zadania” (nr postępowania 00747/WS/PW/PZP-DRZ-WRI/B/2019).

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24.06.2019 r. 2019/S 119-292511.

Podstawę wniesienia odwołania stanowi art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych („Pzp”), wobec następujących czynności podjętych przez zamawiającego:

- (1) odrzucenia oferty odwołującego z uwagi na nie udzielenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;
- (2) zaniechania uwzględnienia i przeanalizowania wyjaśnień, które odwołujący przedstawił w zakresie rażąco niskiej ceny pismem z dnia 20 sierpnia 2019 r., a także wyjaśnień z dnia 11 października 2019 roku.

I. Zamawiającemu zarzuca się naruszenie:

- (1) art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez:

- niezasadne uznanie, że odwołujący nie udzielił zamawiającemu dodatkowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, gdy tymczasem pismo zawierające oczekiwane informacje zostało zamawiającemu przekazane, czego nie niweczy fakt jednodniowego (doręczenie nastąpiło 15 zamiast 14 października 2019 r.), niezawinionego przez odwołującego, opóźnienia w jego doręczeniu;
- niezasadne uznanie, że pominięcie dodatkowych wyjaśnień uzasadniało uznanie, że odwołujący „nie udzielił wyjaśnień”, gdy tymczasem już pierwotne wyjaśnienia, które zostały zamawiającemu przedstawione pismem z dnia 20 sierpnia 2019 r. zawierały kompleksowe informacje na temat ceny ujętej w ofercie odwołującego;
- zaniechanie dokonania oceny oferty odwołującego oraz pierwotnych i dodatkowych wyjaśnień (a przynajmniej tych pierwotnych, tj. złożonych pismem z dnia 20 sierpnia 2019 r.) pod kątem ceny wynikającej z ceny oferty odwołującego;

- (2) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez jego zastosowanie, gdy tymczasem zamawiający zaniechał przebadania oferty odwołującego oraz wyjaśnień odwołującego (przynajmniej tych

pierwotnych, tj. złożonych pismem z dnia 20 sierpnia 2019 r.) pod kątem tego, czy oferta ta zawiera rażąco niską cenę lub koszt;

(3) art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez brak podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołującego, w szczególności zaniechanie przedstawienia jakichkolwiek powodów, które skłoniły zamawiającego do uznania, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

a w konsekwencji powyższego,

(4) art. 7 ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

II. Na podstawie art. 190 ust. 1 Pzp odwołujący wnosi o:

(1) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym;

(2) zobowiązanie zamawiającego do przedstawienia na rozprawie, jak pozostali wykonawcy ubiegający się o zamówienie wycenili pozycję 3 tabel załączonych do wniosku o złożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny (odwodnienie).

III. Na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp odwołujący wnosi o:

(2) rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego;

(3) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

IV. Interes we wniesieniu odwołania

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów prawa.

Zamawiający niesłusznie uznał, że oferta odwołującego zasługuje na odrzucenie. Biorąc pod uwagę cenę oferty odwołującego, zamówienie powinno zostać udzielone odwołującemu. Na skutek nieprawidłowych działań zamawiającego odwołujący został zatem pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia.

V. Termin na wniesienie odwołania

Zamawiający poinformował odwołującego o swojej decyzji pismem z dnia 18 października 2019 roku. Biorąc pod uwagę wartość zamówienia stanowiącego przedmiot postępowania

(powyżej kwot określanych w oparciu o art. 11 ust. 8 Pzp), termin na wniesienie odwołania upływa 28 października 2019 roku.

VI. Pozostałe wymogi formalne

Do odwołania dołączono dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości oraz dowód przesłania kopii odwołania zamawiającemu.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje**

**Izba ustaliła**

Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest budowa sieci kanalizacji sanitarnej oraz sieci wodociągowej w rejonie ulicy Północnej w Warszawie na terenie Dzielnicy Wawer z podziałem na zadania.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 24 czerwca 2019 r. pod numerem 2019/S 119-292511.

W postępowaniu złożonych zostało dziesięć ofert.

Jedynym kryterium oceny ofert była cena.

Oferta wykonawcy z najniższą ceną została odrzucona, druga w kolejności była oferta odwołującego. Przy czym na podstawie protokołu z otwarcia ofert Izba ustaliła jak poniżej. Zamawiający na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę 10.614.900,00 z podatkiem vat. Najniższe ceny zaoferował wykonawca WOD-KAN-BRUK Sp. z o.o. z s. w Żelechowie to jest 4.973.091,64 złotych. Drugą ofertę cenowo złożył odwołujący to jest ROKOM sp. z o.o. z s. w Warszawie za kwotę 5.793.300,00 złotych. Trzecią ofertę cenowo złożył przystępujący po stronie zamawiającego to jest Konsorcjum B.P. i R.I.I. DROKAN sp. z o.o. z s. w Warszawie i W. K. B.P. i R.I. I. DROKAN z s. w Warszawie na kwotę 5.977.800,00 złotych. Czwartą ofertę złożyła INSTAL- NIKA sp. z o.o. sp.k. na kwotę 6.629.700,00 złotych.

Pismem z dnia 14 sierpnia 2019 r. („Wezwanie 1”) zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z uwagi na zmaterializowanie się przesłanki, o której mowa w art. 90 ust. 1a Pzp (cena oferty odwołującego jest o ponad 30% niższa od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT). Zamawiający wskazał natomiast, że gdyby odwołujący, udzielając wyjaśnień, chciał posłużyć się kalkulacjami, to powinny one zawierać szczegółowo przytoczone przez zamawiającego elementy (w podziale na poszczególne pięć zadań).

W wyznaczonym terminie odwołujący udzielił odpowiedzi pismem z dnia 20 sierpnia 2019 r. („Wyjaśnienia 1”).

Pismem z dnia 9 października 2019 r. („Wezwanie 2”) zamawiający wezwał odwołującego do przedstawienia dodatkowych wyjaśnień w zakresie założeń dotyczących odwodnienia (ilość

igłofiltrów i ich koszt, koszt ich eksploatacji, ilość godzin i wyznaczył termin udzielenia wyjaśnień na dzień 14 października 2019 roku.

Odwołujący przygotował stosowne wyjaśnienia („Wyjaśnienia 2”), jednak z uwagi na problemy techniczne polegające na braku możliwości załączenia pliku z pismem nie zostały one przekazane zamawiającemu w terminie. Problem udało się rozwiązać dopiero następnego dnia (15 października 2019 r.), kiedy to Wyjaśnienia 2 trafiły do zamawiającego. Tego samego dnia odwołujący złożył do zamawiającego wniosek o uwzględnienie spóźnionych Wyjaśnień 2, wskazując na przyczynę niezłożenia ich w terminie.

Izba ustaliła powyższe okoliczności na podstawie dokumentacji zamawiającego przekazanej na płycie DVD. Okoliczności co do przekroczenia terminu udzielenia dodatkowych wyjaśnień są bezsporne, ponieważ potwierdził je zarówno zamawiający jak i odwołujący również na rozprawie, jak i przystępujący na rozprawie.

Ponadto 15.10.2019 roku odwołujący zwrócił się do zamawiającego powołując się na niespodziewane problemy techniczne polegające na braku możliwości załączenia pliku z odpowiedzią i dlatego proszą o uwzględnienie powyższej sytuacji, ponieważ złożenie tych dodatkowych wyjaśnień nie wynikało z przyczyn zawinionych po stronie odwołującego (pismo odwołującego z 15.10.2019 r. na płycie DVD – dokumentacja zamawiającego).

Izba ustaliła, że nie był to pierwszy problem z przesyłkami na i z platformy zamawiającego. Odwołujący złożył pismo do akt (mail z dn.09.10.2019r.) gdzie odwołujący zawiadamia zamawiającego, że otrzymał informację, iż zamawiający wezwał jego do dodatkowych wyjaśnień ale na platformie nie ma tego załącznika (wezwania). Powyższa okoliczność była przedmiotem wyjaśnień na rozprawie, które to oświadczenia i wyjaśnienia odwołującego i zamawiającego prezentowane są poniżej.

Dnia 18 października 2019 r. zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, podając jako uzasadnienie faktyczne brak złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, natomiast jako uzasadnienie prawne art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. W piśmie tym jednak zaznaczył, że chodziło o dodatkowe wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny. Zamawiający również w tym samym dniu odrzucił ofertę WOD-KAN-BRUK sp. z o.o. w Żelechowie. Przy czym oprócz przywołania faktu, że chodziło o dodatkowe wyjaśnienia, zaznaczył, że wykonawca ten stwierdził w wyjaśnieniach, iż koszt odwodnienia przyjęty w złożonej ofercie jest niewystarczający do zrealizowania zamówienia. Także dn.18.10.2019r. zamawiający odrzucił ofertę Instal –Nika sp. z o.o. sp.k. z s. w Warszawie. W tym wypadku wykonawca nie udzielił w ogóle wyjaśnień już na pierwsze wezwanie, które poczynił zamawiający jak i do pozostałych wykonawców w dniu 14.08.2019 r. Powyższe okoliczności opisane co do wyżej wymienionych oferentów Izba ustaliła na podstawie dokumentacji zamawiającego znajdującej się na przekazanej do akt sprawy płyty DVD.

Zamawiający pismem z dnia 7 listopada 2019 roku przesłał drogą mailową do Izby pismo w

sprawie uwzględnienia odwołania w całości (w aktach sprawy).

Na posiedzeniu i rozprawie strony i uczestnik złożyły następujące oświadczenia i wyjaśnienia.

Na posiedzeniu Izba poinformowała, iż do Izby w dniu 07.11.2019r. drogą elektroniczną wpłynęła odpowiedź na odwołanie, zawierająca oświadczenie Zamawiającego o uwzględnieniu zarzutów odwołania w całości.

Odwołujący wobec uwzględnienia odwołania w całości oświadczył, że podtrzymuje wszystkie zarzuty odwołania i żądania i uważa, że Zamawiający odrzucając jego ofertę postąpił formalnie, a nie dokonał merytorycznej oceny oferty, tak jak to argumentuje w odwołaniu. W szczególności zauważa, iż spóźnione o 1 dzień wyjaśnienia dodatkowe powinny być rozpatrzone również, tak jak pierwsze wyjaśnienia, przez Zamawiającego. Tym samym oczekuje merytorycznej oceny jego oferty pod kątem rażąco niskiej ceny, czego w jego ocenie Zamawiający na tym etapie nie dokonał. Powyższe oświadczenie odwołujący złożył w sytuacji skutecznego przystąpienia po stronie zamawiającego wykonawcy Konsorcjum B.P. i R.I.I. DROKAN sp. z o.o. z s. w Warszawie i W. K. B.P. i R.I. I. DROKAN z s. w Warszawie.

Po złożeniu tego oświadczenia Zamawiający podtrzymuje stanowisko zawarte w piśmie z dnia 07.11.2019 przesłanym drogą mailową oraz złożył do akt sprawy oryginał stanowiska w tym przedmiocie.

Przystępujący oświadczył, że zna treść tego pisma, również otrzymał je drogą mailową. Dalej Zamawiający przyznał rację stanowisku zawartemu w odwołaniu, że ocena oferty pod kątem rażąco niskiej ceny miała charakter formalny i po wniesionym odwołaniu Zamawiający zdecydował się dokonać oceny merytorycznej oferty Odwołującego pod kątem rażąco niskiej ceny. Również wobec argumentacji zawartej w odwołaniu przy ocenie tej oferty weźmie pod uwagę wyjaśnienia spóźnione o jeden dzień wg terminu przez niego wyznaczonego, a mianowicie wyjaśnienie powinno wpłynąć 15.10.2019r., a wpłynęło 16.10.2019roku. Ocenie merytorycznej będzie podlegało zarówno wyjaśnienie z 20.08.2019r. jak i z 15.10.2019r., bowiem takiej oceny do tej pory Zamawiający nie dokonał.

Przystępujący wobec zaistniałej sytuacji uwzględnienia odwołania w całości zgłosili do protokołu sprzeciw wobec decyzji Zamawiającego o uwzględnieniu zarzutów odwołania w całości.

Odwołujący popierając w całości zarzuty odwołania wobec wniesienia sprzeciwu złożył wniosek dowodowy na okoliczność, że występowały usterki techniczne przy przekazywaniu na platformę zamówień publicznych dokumentów, a konkretnie załączników. Do

Zamawiającego przechodziła informacja bez załączników i na tę okoliczność złożył trzy dowody:

-1- zrzut z ekranu, na dole pokazana godz. 14:26, 28.10.2019, ze złożonego zrzutu z ekranu wynika próba wysłania przez platformę odwołania do zamawiającego i było brak możliwości przesłania załącznika, tj. odwołania. My byliśmy przekonani, że klikając załącznik przechodzi on;

-2- zrzut z ekranu, na dole pokazana godz. 14:31, 28.10.2019, po 4 minutach widać różnicę, widać możliwość przesłania załącznika;

-3- zrzut z ekranu, na dole pokazana godz. 14:33, 28.10.2019. Oprócz polecenia wybierz plik, wyślij plik pojawia się dowód, że ten plik jest wysłany.

Uzasadniając złożone dowody odwołujący oświadczył. Po zmianie przeglądarki internetowej na drugim obrazie pojawiła się informacja wybierz plik i wyślij plik. Czynności te 28.10.2019r. były wykonane na tle doświadczeń, które mieliśmy przy piśmie z 15.10.2019, tj. drugie wyjaśnienia. Dopiero z tych negatywnych doświadczeń nauczyło nas tego, że trzeba zastosować inną procedurę. Przystępujący również oświadczył, że przy wysyłce oferty wraz z załącznikami tych problemów nie było, oferta została złożona prawidłowo. Oświadczył również, że nie otrzymaliśmy wezwania do drugich wyjaśnień. Zamawiający umieszczając na platformie wezwanie wysłał drogą mailową do nas zawiadomienie, że takie wezwanie się pojawia i my po otrzymaniu drogą mailową informacji, że na platformie powinno być pismo do nas skierowane, nie znaleźliśmy tego pisma i skontaktowaliśmy się z Zamawiającym, że pismo nie jest widoczne. Po naszym kontakcie i interwencji u Zamawiającego, otrzymaliśmy wezwanie, ukazało się na platformie. Mieliśmy też problemy z zalogowaniem się na platformę. Były tam jakieś problemy techniczne. Na dowód powyższego oświadczenia złożono jako dowód mail z 09.10.2019 r. opisany powyżej.

Zamawiający wobec złożonego oświadczenia o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania, popierając stanowisko odwołującego, wobec wniesionego sprzeciwu przez przystępującego na rozprawie oświadczył, że po zapoznaniu się z odwołaniem podziela stanowisko odwołania, że przy ocenie oferty dokonał oceny formalnej bez oceny merytorycznej i uważa, że powinien wrócić do rozpoznania oferty odwołującego.

Natomiast przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości, prezentując następujące stanowisko w sprawie.

„ Stwierdza, że złożono wiele ofert, nastąpiło odrzucenie kilku z nich, w tym z powodu rażąco niskiej ceny. Przechodząc do kwestii złożonych wyjaśnień, w szczególności co do złożenia ich w terminie, należy mieć na uwadze kwestię równego traktowania wykonawców, mając na uwadze tych, których oferty zostały odrzucone, a też składali wyjaśnienia co do rażąco niskiej



ceny (r.n.c.). W sytuacji uwzględnienia odwołania występuje tutaj inne potraktowanie Odwołującego i zachodzi podejrzenie o uprzywilejowanie Zamawiającego w traktowaniu Odwołującego. Zamawiający wzywał, zgodnie z wymogiem ustawy, Odwołujący złożył wyjaśnienia, a Zamawiający nadal miał wątpliwości co do braku r.n.c. i dlatego przed podjęciem ostatecznej decyzji konieczne były dodatkowe wyjaśnienia. Bezsportnym w sprawie jest, że dodatkowe wyjaśnienia zostały złożone po terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. W tej sytuacji Zamawiający mając na uwadze równe traktowanie wykonawców, tak jak przy składaniu oferty, powinien utrzymać swoją pierwotną decyzję co do oferty Odwołującego. Przykładowo powiem, ktoś spóźni się 5 minut ze złożeniem oferty, nawet z przyczyn po jego stronie obiektywnych, ale przecież Zamawiający nie może powiedzieć, że usprawiedliwia np. opóźnienia środków komunikacji i oferta, która miała być złożona do 12:00, przyjęta jest, mimo że była złożona np. 12:05. Co do dowodów złożonych już na posiedzeniu w dniu dzisiejszym, Odwołujący przyznał, że po przekroczeniu przeszkód technologicznych wysłano prawidłowo dokumenty, które miały być wysłane. Jak podał Odwołujący była to kwestia przeglądarki. Tak więc reasumując spóźnienie wobec wyznaczonego przez Zamawiającego terminu, w tym wypadku dodatkowych wyjaśnień, ustawa przewiduje konsekwencje jednoznacznie. Wobec tego odrzucenie tej oferty w pierwszej decyzji Zamawiającego było prawidłowe. Można rozumieć trudności jakie miały miejsce po stronie wykonawcy, niemniej zresztą przyznał, że nie dotrzymał terminu, niemniej skutki obciążają Odwołującego, a nie Zamawiającego. Tak więc niezależnie czy zawinił człowiek czy jego sprzęt, to ustalono, że te okoliczności miały miejsce po stronie Odwołującego, a nie Zamawiającego. Odpowiadając na pytanie, czy można w tej sytuacji uwzględnić spóźnienie, uważam, że ustawa działa tutaj wręcz na zasadzie „gilotyny”, czyli Zamawiający nie powinien uwzględnić spóźnienia. Odnosząc się do twierdzeń, iż już z pierwszych wyjaśnień Zamawiający mógł stwierdzić brak rażąco niskiej ceny, to jest twierdzeniem Odwołującego, natomiast mamy taką sytuację, że Zamawiający do zbadania r.n.c. miał potrzebę, konieczność wezwania do uzupełnienia pierwszych wyjaśnień. W efekcie opóźnienia uważam, że Zamawiający nie miał żadnych podstaw do stwierdzenia, że zostały złożone wyjaśnienia, skoro był w przekonaniu, że potrzebne są mu dodatkowe wyjaśnienia, żeby zbadać ofertę co do rażąco niskiej ceny. Tak więc również ta okoliczność nie zmienia postaci rzeczy, że należy uznać, że wyjaśnienia nie zostały Zamawiającemu udzielone. Podsumowując rodzaj przyczyn, czy to ludzi, czy to sprzętu, które powodują opóźnienie w dotrzymaniu terminu, nie mogą znaleźć usprawiedliwienia wobec konkretnie ustalonego terminu przez Zamawiającego. Uważam, że uwzględnienie odwołania skutkować będzie nierównym traktowaniem innych wykonawców, którzy takie wyjaśnienia złożyli. Ja chciałbym jeszcze podkreślić, że jeżeli Zamawiający w dwóch wezwaniach oczekiwał wyjaśnienia sytuacji co do r.n.c., to nie można teraz wywodzić, że można było dokonać oceny na podstawie tylko pierwszych wyjaśnień,

skoro jednak Zamawiający badając zrobił to w dwóch krokach. Byłoby to obrazą procedury, gdyby nie badano drugich wyjaśnień, do których wezwano, a które zostały złożone po terminie. Odpowiedź Odwołującego przecież nie brzmiała, że wyjaśniliśmy Zamawiającemu wszystko, tylko złożono konkretne wyjaśnienia, przy czym po terminie.

Strony i uczestnik prezentując swoje stanowiska w sprawie przedstawiły argumentacje na rozprawie jak poniżej.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie dokonywał oceny wyjaśnień, ani pierwszych ani drugich a mógł ocenić ofertę już na podstawie pierwszych wyjaśnień. Co do stwierdzenia Przystępującego o odpowiadaniu za opóźnienie w złożeniu wyjaśnień, to oświadczam, że przeglądarkę do współpracy określił Zamawiający, aby korzystać z platformy Zamawiającego, to trzeba użyć określonej przeglądarki, domyślnej, myśmy takiej przeglądarki użyli przy rozpoczęciu korzystania z platformy i nie było przeszkód, żeby widzieć co się znajduje na bieżąco na platformie. Niemniej w trakcie użytkowania przeglądarki do łączenia się z platformą wystąpiły przeszkody w odczytywaniu dokumentów, które umieścił Zamawiający na platformie. Dlatego zmuszeni byliśmy do zmiany przeglądarki i po tej zmianie ustąpiły przeszkody w odczytywaniu dokumentów na platformie. Również oświadczam, że Zamawiający nie udostępnił na aktualnym etapie postępowania naszych wyjaśnień i Przystępujący nie zna tych wyjaśnień. Ja przyznaję, że podzielam poglądy Przystępującego co do skutków złożenia oferty po terminie, ale w mojej ocenie nie jest to tożsame z opóźnieniem, tak jak w naszym przypadku złożenia wyjaśnień po terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. Uważam, że to jest nadmierny formalizm w interpretacji Przystępującego co do skutków i przywołuje przykładowe orzeczenia: KIO 1529/16, KIO 3218/18, KIO 1549/17 i reasumuje, że nadmierny formalizm nie jest uzasadniony. Odnosząc się do art. 90 ust. 3, to odnoszę się do części tego przepisu, który mówi o braku udzielenia wyjaśnień, to w kontekście jego brzmienia uważam, że my udzieliliśmy wyjaśnień. Poza tym nadmieniam, że przecież wysłaliśmy pismo do Zamawiającego o trudnościach w wyjaśnieniach spowodowane problemami technologicznymi już przy wysyłaniu wyjaśnień. Zwróciliśmy się również do Zamawiającego, że nie widzimy wezwania – mail załączony do odwołania. Reasumując w zaistniałej sytuacji technicznej uważamy, że nie można obarczać nas, tylko i wyłącznie nas, odpowiedzialnością za brak odczytania wezwania. Dlatego nie można do nas odnieść zarzutu, iż nie dochowaliśmy należytej staranności. Rygoryzm, na który powołuje się Przystępujący nie znajduje usprawiedliwienia w obowiązującej ustawie.

Stanowisko odwołującego popierał Zamawiający przyznając, że 18.10.2019r. odrzucając ofertę Odwołującego lakonicznie poinformował, że nie złożył dodatkowych wyjaśnień w terminie wyznaczonym, niemniej wiadomym jest, że złożone zostały one kilka godzin później,

ale następnego dnia, przy czym przed czynnością odrzucenia oferty dysponowaliśmy już wyjaśnieniami. Również nie zgadza się z porównywaniem zaistniałej sytuacji, tj. spóźnionego złożenia wyjaśnień do czynności złożenia samej oferty, która ma inny charakter, wykonawcy chociażby jej nie znają do momentu otwarcia ofert. Ponadto nie ma zakazu wzywania do kolejnych wyjaśnień i podkreślam, że nie spieramy się co do tego, czy oferta ma rażąco niską cenę, tylko co do kwestii przyjęcia dodatkowych wyjaśnień.

Przystępujący przeciwnie do odwołującego i zamawiającego interpretując zaistniały stan faktyczny wnosił na rozprawie o oddalenie odwołania przywołując treść art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Znajduje się tam norma „który nie udzielił wyjaśnień”. Owszem można uznać, że w części wyjaśnienia zostały złożone, niemniej wyjaśnienia, do których był wzywany Odwołujący, nie zostały udzielone w zakresie dodatkowych wyjaśnień. Według doktryny dopuszcza się dodatkowe wyjaśnienia, ale w celu ich uszczegółowienia. W tej sytuacji niezależnie czy to były okoliczności subiektywne czy obiektywne należy stwierdzić, że wyjaśnienia nie zostały udzielone. W tej sytuacji wykonawcy, którzy byli odrzuceni przez Zamawiającego z powodu opóźnienia, powinni teraz przyjść i udzielać wyjaśnień. Mogli nie złożyć w terminie, a teraz chętnie by złożyli wyjaśnienia. My wiemy, że w tym postępowaniu niektórzy wykonawcy, którzy byli wzywani do złożenia wyjaśnień, ich nie złożyli ani w terminie ani po terminie. W sytuacji treści art. 90 ust. 3 ocena co do spełnienia bądź niespełnienia przesłanki tam wymienionej, czyli „nie udzielił wyjaśnień” powinna być 0/1, bez żadnych usprawiedliwień.

Wobec złożonych na rozprawie dowodów oraz oświadczeń i wyjaśnień stron i uczestnika Izba zważyła jak poniżej.

### **Izba zważyła**

Powyżej w ustaleniach Izby nie tylko przedstawiono ustalenia co do stanu faktycznego sprawy ale również przedstawiono argumentacje stron i uczestnika z uwagi na to, że rozstrzygnięcie prawne dotyczy nie tylko stanu faktycznego ale w szczególności argumentacji stawających co do oceny stanu prawnego sprawy. Tym bardziej, że przystępujący nie miał możliwości a przede wszystkim powodu, do zaprezentowania swojej argumentacji wobec oświadczenia zamawiającego przed samą rozprawą to jest 07.11.2019 roku (rozprawa 08.11.2019r) co do uwzględnienia zarzutów odwołania w całości.

Stan faktyczny sprawy ustalono bezspornie. Niemniej jego ocena przez stawających różni się w zależności od ich żądań co do rozstrzygnięcia sprawy. Zarówno odwołujący jak i zamawiający uważają, że nie można dyskwalifikować oferty odwołującego przez jej odrzucenie z powodu udzielenia wyjaśnień przy czym dodatkowych wyjaśnień na wezwanie

zamawiającego z jednodniowym opóźnieniem w stosunku do wyznaczonego terminu przez zamawiającego (14.10.2019 r. i 15.10.2019r.). Dla przypomnienia wyjaśnienia składane były w trybie art.90 ust.1a ustawy Pzp. a ich ocena podlega rygoryzmowi z art.90 ust.3 ustawy Pzp. i dotyczą zarzutu rażąco niskiej ceny.

Pierwszą kwestią do rozstrzygnięcia jest okoliczność czy można usprawiedliwić opóźnienie w złożeniu wyjaśnień w związku z przeszkodami technicznymi (platforma elektroniczna zamawiającego jako sposób porozumiewania się). Stanowisko prezentowane przez przystępującego jest formalistyczne, które nie pozwala na uwzględnienie przez zamawiającego przeszkód czy to po stronie osób, czy to po stronie sprzętu. Przystępujący uważa, że sytuacje należy traktować zero/jedynkowo. To znaczy, że są złożone wyjaśnienia w terminie wyznaczonym albo po terminie i ocena takiego stanu rzeczy może być jednoznaczna to jest tak albo nie. W takiej sytuacji przystępujący uważa, że przepis ustawy to jest art.90 ust.3 Pzp nie dopuszcza wyjątków w zakresie opóźnienia i zamawiający nie ma prawa usprawiedliwiać opóźnienia w złożeniu wyjaśnień. Sytuację taką należy oceniać tylko np. tak jak w kontekście terminu do składania ofert, gdzie jak określa się przystępujący ustawa Pzp działa na zasadzie gilotyny. Z kolei sam zamawiający jak i odwołujący twierdzą, że w zaistniałej sytuacji odwołujący może skutecznie domagać się uwzględnienia spóźnienia jednodniowego w złożeniu wyjaśnień. Tą sytuacją są przeszkody techniczne w wysłaniu dokumentu wyjaśnień r.n.c. na platformę zamawiającego. Izba podzieliła stanowisko zamawiającego i odwołującego wobec wykazanych zaistniałych sytuacji, które potwierdził odwołujący i zamawiający, a którym istnieniu nie zaprzeczył przystępujący. Tymi okolicznościami są zdarzenia, które miały miejsce w dniu 09.10.2019r. i 14.10.2019roku. Pierwsze zdarzenie dotyczyło okoliczności nie ukazania się na platformie zamawiającego wezwania z dnia 09.10.19r., do dodatkowych wyjaśnień r.n.c. mimo skutecznego powiadomienia drogą mailową odwołującego o wezwaniu. Istnienie tego stanu rzeczy nie zostało zaprzeczone przez stawających a wykazane zostało mailem z 09.10.2019 r. skierowanego do zamawiającego, że mimo powiadomienia o skierowaniu wezwania na platformie nie widnieje to wezwanie. Oceniając te sytuację Izba stwierdza, że istnieją przeszkody techniczne o charakterze obiektywnym (brak funkcjonalności sprzętu), które należy uwzględnić. W związku z tym czy stosując równo prawo wobec zamawiającego i odwołującego można tylko usprawiedliwić zamawiającego, czy też można w podobnej sytuacji usprawiedliwić wykonawcę. Tym bardziej, że odwołujący oświadczył, że zastosował przeglądarkę dedykowaną przez platformę i dowodem na to jest, że ofertę złożył w terminie jak i dalszą korespondencję za pośrednictwem platformy prowadził skutecznie np.: wyjaśnienie z dnia 20.08.2019 r. na wezwanie z dnia 14.08.2019r. Tak więc Izba stwierdza, że w sytuacji tego rozstrzygnięcia brak było podstaw do stwierdzenia braku należytej staranności po stronie

odwołującego, w jednodniowym opóźnieniu (zamawiający określił je jako kilkugodzinne) przekazania na platformę wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Drugą kwestią do oceny przez Izbę jest czy zamawiający ma prawo uwzględnić opóźnienie i dokonać oceny tych wyjaśnień, co zresztą zadeklarował uwzględniając odwołanie. W ocenie Izby zamawiający ma takie prawo w szczególności biorąc pod uwagę, że to on wyznacza termin i nie ma tutaj jakichkolwiek prerogatyw terminowych w ustawie Pzp, które by określały termin sztywno (np. 7 dni), czy też od - do (np. nie krócej niż... czy nie dłużej niż...) dla wezwań przez zamawiającego. W praktyce zdarzają się sytuacje, że wykonawcy na wyznaczony termin przez zamawiającego reagują wnosząc o jego zmianę i z pewnością nikt nie kwestionuje prawa zamawiającego do zmiany terminu, którego jest on dysponentem. Tutaj mamy sytuację specyficzną bo odwołujący następnego dnia po upływie terminu wyznaczonego wnosi do zamawiającego o uwzględnienie spóźnionych wyjaśnień. Oceniając cały stan rzeczy w szczególności akceptację zamawiającego co do uwzględnienia dodatkowych wyjaśnień, Izba nie widzi podstaw do odebrania takiego prawa po stronie zamawiającego.

Pozostaje zagadnienie równego traktowania stron w związku z odrzuceniem pozostałych ofert, na co powołuje się przystępujący. Izba odrębność w sumie trzech sytuacji przedstawiła w ustaleniach Izby powyżej. I tak jeden z wykonawców na dodatkowe wezwanie zrezygnował z dodatkowych wyjaśnień, ponieważ przyznał, że zaniżył wycenę przy odwodnieniu kanałów do sieci wodociągowej i sanitarnej (WOD-KAN-BRUK). Reasumując sam zrezygnował z ochrony swojej oferty wobec zarzutu rażąco niskie ceny. Drugi z oferentów w ogóle nie złożył wyjaśnień to znaczy nie odezwał się na pierwsze wezwanie od zamawiającego z dnia 14.08.2019 roku (Instal-Nika). Z kolei przedmiotowa sytuacja odwołującego jest inna niż dwóch powyżej wymienionych wykonawców. W tym stanie rzeczy Izba nie stwierdza braku równego traktowania wykonawców, którą to zasadę ustanawia art.7 ust.1 ustawy Pzp, wobec różnych stanów faktycznych wynikających z zachowania się wykonawców na wezwanie zamawiającego.

Przechodząc do dalszych kwestii podniesionych naruszeń w odwołaniu Izba stwierdza, co przyznał zamawiający, że po jego stronie leżał obowiązek oceny merytorycznej pierwszych wyjaśnień z dnia 20.08.2019 roku a której to oceny nie dokonał. Izba nie podziela stanowiska przystępującego co do oceny treści art.90 ust.3 ustawy Pzp, który podnosi, że zamawiający ma prawo stwierdzić „nieudzielenie wyjaśnień” w sytuacji braku wyjaśnień dodatkowych i jednocześnie zwalniając zamawiającego od merytorycznej oceny pierwszych wyjaśnień, które odwołujący złożył w terminie. W ocenie Izby brak dodatkowych wyjaśnień może wywołać w praktyce rozstrzygnięcia zamawiającego co najmniej dwójakie. Ma prawo uznać, że wyjaśnienie zostało skutecznie złożone pomimo nie udzielenia wyjaśnień na dodatkowe wezwanie i stwierdzić, że cena nie jest rażąco niska mimo braku dodatkowych wyjaśnień. Jak również może stwierdzić, po uprzedniej merytorycznej ocenie pierwszych wyjaśnień, że brak

dodatkowych wyjaśnień potwierdza jego wątpliwości i stwierdzić rażąco niską cenę. Niemniej zamawiający nie może odstąpić od merytorycznej oceny wyjaśnień w przypadku braku dodatkowych wyjaśnień a co miało miejsce 18 października 2019 roku, z której to czynności wycofał się zamawiający uwzględniając zarzuty odwołania i deklarując ocenę wyjaśnień zarówno pierwszych jak i dodatkowych.

Tak więc wobec powyższych rozważań, na tle ustalonego stanu faktycznego, Izba uwzględniła zarzuty naruszenia art. 90 ust.3 w zw. z art.89 ust.1 pkt 4 jak i art.7 ust.1 ustawy Pzp., które mają bezpośredni wpływ na wynik postępowania w związku z nieuprawnionym odrzuceniem oferty odwołującego. Zamawiający powinien ocenić merytorycznie, do czego sam się zobowiązał uwzględniając odwołanie, wyjaśnienia odwołującego co do r.n.c. zarówno złożonych 20 sierpnia 2019 roku jak i 15 października 2019 roku.

Izba rozważyła także kwestię naruszenia art.92 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp w kontekście pisma o odrzuceniu oferty z dnia 18.10.2019 roku gdzie zamawiający stwierdził brak dodatkowych wyjaśnień stwierdzając spełnienie dyspozycji art.90 ust.3 ustawy Pzp. Odwołujący powołuje się na brak podania powodów. Niemniej zdaniem Izby, biorąc pod uwagę ocenę stanu faktycznego i prawnego na dzień 18.10.2019 roku przez zamawiającego, to jest braku dodatkowych wyjaśnień jako powodu odrzucenia oferty, to został podany powód przez zamawiającego to jest „brak dodatkowych wyjaśnień”. Tym powodem w ówczesnej ocenie zamawiającego był brak w ogóle wyjaśnień w zakresie r.n.c. wobec nie udzielenia w terminie dodatkowych wyjaśnień. Podano podstawę prawną art.90 ust.3 ustawy Pzp, wobec mylnej na ten dzień oceny stanu rzeczy co do braku wyjaśnień w związku z brakiem dodatkowych wyjaśnień i zwolnieniem się zamawiającego z oceny pierwszych wyjaśnień w kontekście zarzutu rażąco niskiej ceny. Zarzut ten w ocenie Izby nie potwierdził się.

Reasumując powyższe odwołanie zasługuje na uwzględnienie w myśl art.192 ust.2 ustawy Pzp. wobec naruszenia przywołanych przepisów w odwołaniu które mają wpływ na wynik postępowania wobec odrzucenia oferty odwołującego, bez rozpoznania czy cena jego oferty ma cechy rażąco niskiej.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy obciążając kosztami przystępującego, który wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania w całości przez zamawiającego a co jest zgodne z treścią art.192 ust.10 w zw. z art.186 ust.6 pkt 3) lit.b ustawy Pzp. oraz § 5 ust.2 pkt 2 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 (j.t. Dz. U. 2018r. poz.972) zwane dalej „rozporządzeniem w sprawie kosztów”, zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 20.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądając od przystępującego na rzecz

odwołującego kwotę 20.000,00 złotych jako koszty obejmujące uiszczony wpis przez odwołującego

Izba nie uwzględniła kosztów zastępstwa procesowego po stronie odwołującego, ponieważ nie przedłożył rachunku, jako dowodu poniesienia kosztu w myśl § 3 pkt 2) lit.b) wyżej przywołanego rozporządzenia w sprawie kosztów, które wymaga rachunków przedłożonych do akt sprawy. Złożona faktura vat proforma nie jest fakturą w rozumieniu prawa, ponieważ proforma oznacza „dla formy” „dla pozoru”, „prowizoryczny” , „tymczasowy”, w rozumieniu profesora Władysława Kopalińskiego Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych z almanachem Wydawnictwo Rzeczpospolita 2007 rok. Tom V str. 95 i Tom IV str. 195. Reasumując faktura vat jest dokumentem księgowym a faktura proforma jest dokumentem informacyjnym, jest to dokument nie brany pod uwagę w rozliczeniu z urzędem skarbowym bo stanowi tylko zapowiedź, propozycję zapłaty a nie fakt poniesienia kosztu.

**Przewodniczący:.....**