

WYROK

z dnia 8 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Ewa Sikorska**

Protokolant: **Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 września 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 sierpnia 2016 r. przez wykonawcę **Bazy i Systemy Bankowe Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Bydgoszczy** w postępowaniu prowadzonym przez **Bank Gospodarstwa Krajowego w Warszawie**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Bankowi Gospodarstwa Krajowego w Warszawie** – unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego **Bazy i Systemy Bankowe Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Bydgoszczy**, wezwanie odwołującego **Bazy i Systemy Bankowe Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Bydgoszczy** do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i dokonanie ponownej oceny ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża **Bank Gospodarstwa Krajowego w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Bazy i Systemy Bankowe Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Bydgoszczy** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. zasądza od **Banku Gospodarstwa Krajowego w Warszawie** na rzecz **Baz i Systemów Bankowych Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w**

Bydgoszczy kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych), 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 (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Bank Gospodarstwa Krajowego w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup gotowego rozwiązania do obsługi sprawozdawczości oraz wdrożenie automatycznego zasilenia sprawozdania Finrep skonsolidowany.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 24 sierpnia 2016 roku wykonawca Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. w Bydgoszczy (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec:

- 1) odrzucenia oferty odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny, pomimo iż oferta ta nie zawierała rażąco niskiej ceny,
- 2) zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego, pomimo iż w przypadku dokonania prawidłowej oceny ofert, oferta ta powinna była zostać wybrana jako najkorzystniejsza, względnie
- 3) zaniechania ponownego wezwania do wyjaśnień odwołującego w trybie art. 90 ust.1 ustawy P.z.p., pomimo istniejących po stronie zamawiającego wątpliwości, które winno się umożliwić wyjaśnić odwołującemu,
- 4) unieważnienia postępowania, pomimo iż oferta odwołującego jako najkorzystniejsza nie przewyższała kwoty, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez przyjęcie, że oferta złożona przez odwołującego zawierała rażąco niską cenę, podczas gdy odwołujący w złożonych w dniu 30 czerwca 2016 r. wyjaśnieniach dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny udowodnił, iż przedstawiona przez niego cena nie jest rażąco niska oraz uwzględni wszelkie koszty realizacji przedmiotu zamówienia i daje gwarancję należytej realizacji zamówienia,

- 2) art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie, pomimo iż oferta odwołującego jako najkorzystniejsza winna była zostać wybrana,
- 3) względnie, w przypadku uznania, iż na podstawie złożonych przez odwołującego wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na jej wartość, pozostają wątpliwości, które należy wyjaśnić, poprzez zaniechanie zastosowania art. 90 ust.1 ustawy P.z.p. i niewezwanie odwołującego do wyjaśnień,
- 4) art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. poprzez jego bezpodstawne zastosowanie, podczas gdy oferta najkorzystniejsza zawierała jednocześnie cenę, która nie przewyższała kwoty, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia,
- 5) art. 7 ustawy P.z.p. poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowanie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, co polegało na niepoddaniu ocenie punktowej oferty odwołującego i niedokonaniu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,
- 6) innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia odwołania.

Wskazując na powyższe, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 3) dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- 4) dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Odwołujący podniósł, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów, interes odwołującego doznał uszczerbku, bowiem prowadzenie postępowania z ich wadliwym zastosowaniem miało wpływ na wynik postępowania. Odwołujący może doznać szkody w postaci utraty korzyści, jakie niesie za sobą uzyskanie i zrealizowanie przedmiotowego zamówienia. W przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania, oferta odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą i odwołujący odniósłby korzyść w wyniku realizacji zamówienia.

Odwołujący wskazał, że przed otwarciem ofert zamawiający ogłosił kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia w wysokości 522 750 zł brutto. W dniu 28 czerwca 2016 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego z wezwaniem do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wartość zamówienia. Odwołujący w dniu 30 czerwca

2016 r. złożył przedmiotowe wyjaśnienia, w których dokładnie, precyzyjnie wyjaśnił wszystkie elementy złożonej oferty, które składały się na zaoferowaną cenę.

W dniu 19 sierpnia 2016 r. zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty, a także o unieważnieniu postępowania.

W ocenie odwołującego, argumenty przytoczone przez zamawiającego, są wewnątrznie niespójne, a co ważniejsze nie wykazują, iż wyjaśnienia odwołującego potwierdziły istnienie stanu rażąco niskiej ceny. Cała argumentacja zamawiającego wyczerpuje się bowiem w pięciu punktach. Siła zaś tych argumentów nie pozostawia żadnych wątpliwości, iż zamawiający nie przeprowadził wystarczającej analizy przedłożonego materiału, a przynajmniej w uzasadnieniu decyzji nie przeprowadził kontrargumentacji, która to winna przekonywać o słuszności podjętej decyzji. Zamawiający nie odniósł się do przytoczonych przez odwołującego wyjaśnień, w których to poruszone były okoliczności, które obiektywnie pozwalały mu na zaoferowanie realizacji zamówienia za oferowaną cenę. Działania zamawiającego, zmierzające do wyjaśnienia „rażąco niskiej ceny”, nie mogą się ograniczać do jednorazowej czynności, tj. jednokrotnego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w przypadku, gdy okoliczności przedstawione w już złożonych wyjaśnieniach, wymagają w ocenie zamawiającego dalszego usuwania powstałych wątpliwości.

Odwołujący wskazał, że możliwość kilkukrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 P.z.p., została potwierdzona przez Sąd Okręgowy w Olsztynie, który w wyroku z dnia 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 rozwiązały wątpliwości Zamawiającego związanych z „rażąco niską ceną”.

Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 sierpnia 2011 roku, sygn. akt KIO 1761/11, z którego wynika, że informacja o odrzuceniu oferty sporządzonej zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt. 2 P.z.p. powinna zawierać nie tylko uzasadnienie prawne, ale i faktyczną ocenę dokonaną przez zamawiającego w tej kwestii. Zamawiający jest zobowiązany w toku czynności badania ofert ustalić, że powołana przesłanka odrzucenia oferty na gruncie konkretnej sprawy zaktualizowała się, a następnie poinformować o poczynionych ustaleniach wyjaśniając, dlaczego uważa, iż za zaoferowaną cenę nie jest możliwe wykonanie zamówienia, w przeciwnym razie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wynikające z art. 7 ust. 1 P.z.p., nie zostaną zachowane.

Odwołujący powołał się także na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 grudnia 2011 r. sygn. akt KIO 2640/11 oraz z dnia 19 września 2011 r. sygn. akt KIO 1934/11.

Odwołujący podniósł, iż - niezależnie od powyższego - zaoferowana przez niego cena nie stanowi rażąco niskiej wartości. Jest ona natomiast jedynie efektem rzetelnej wyceny, która znalazła odzwierciedlenie w złożonej ofercie. Cena ta zapewnia należyłą realizację zamówienia, tym samym nie zaistniała podstawa do przypisania odwołującemu naruszenie w tym zakresie przepisów.

W ocenie odwołującego, konsekwencją powyższych naruszeń przez zamawiającego było błędne zastosowanie art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy P.z.p. W przedmiotowym postępowaniu bowiem oferta najkorzystniejsza (oferta odwołującego) nie przekraczała wartości, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Tym samym brak było przesłanki aktualizującej prawo zamawiającego do unieważnienia postępowania. Wskazane naruszenia świadczą nadto o naruszeniu przez zamawiającego art. 7 ust. 1 P.z.p. poprzez niezastosowanie w sposób prawidłowy powołanych przepisów. Zamawiający dopuścił się bowiem naruszenia fundamentalnych dla prawa zamówień publicznych zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zamawiający na rozprawie w dniu 5 września 2016 roku wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że wycena dokonana przez odwołującego jest niedoszacowana. Pracochłonność wymaga pracy 4-5 osób na projekcie, czego nie wziął pod uwagę odwołujący. W ocenie zamawiającego wdrożenie projektu w ciągu 150 dni jest niemożliwe, przy zachowaniu liczby osób przewidzianych przez odwołującego. Pracownicy podczas wdrażania projektu, oprócz prac przy samym projekcie, obowiązani są brać udział w różnego rodzaju komitetach, spotkaniach, parametryzacji. Wskazał, że oszacował ilość godzin na 3500. Ilość zaoferowana przez odwołującego nie wystarcza do wdrożenia projektu. Podkreślił, że odwołujący nigdy nie współpracował z zamawiającym. Pozostali wykonawcy mieli taką możliwość. Wskazał, że jeden z etapów projektu, tj. wdrożenie zasilania za cenę zaoferowaną przez odwołującego jest nie do wykonania.

Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 3 czerwca 2016 r. zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie.

Zamawiający w rozdz. XVI ust. 2 s.i.w.z. określił następujące kryteria oceny ofert:

Kryterium I - cena oferty "C" - waga 95%

Kryterium II - termin realizacji zamówienia w zakresie zakupu i wdrożenia Oprogramowania i Rozwiązania "T" - waga 5%

W ust. 4 zamawiający wskazał, co następuje:

"Maksymalna liczba punktów możliwa do uzyskania w kryterium II "termin realizacji zamówienia w zakresie zakupu i wdrożenia Oprogramowania i Rozwiązania" wynosi 5 pkt wg poniższej punktacji:

5 pkt - czas realizacji zamówienia w terminie od 150 do 160 dni kalendarzowych

3 pkt - czas realizacji zamówienia w terminie od 161 do 170 dni kalendarzowych

1 pkt - czas realizacji zamówienia w terminie od 171 do 180 dni kalendarzowych.

Wykonawca zobowiązany jest zaoferować termin wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie zakupu i wdrożenia Oprogramowania i Rozwiązania, wskazując dokładną liczbę dni. Wskazanie więcej niż jednej liczby dni bądź oznaczenie oferowanego terminu realizacji poprzez zapis *od... do...*, skutkować będzie tym, że zamawiający przyjmie do porównania w ramach II kryterium oceny ofert i uzna za wiążącą Wykonawcę, większą liczbą dni kalendarzowych.

Zamawiający wymaga, żeby minimalny termin realizacji zamówienia w zakresie zakupu i wdrożenia Oprogramowania i Rozwiązania wynosił 150 dni kalendarzowych, natomiast maksymalny termin tej realizacji - 180 dni kalendarzowych. Jeśli Wykonawca zaoferuje termin realizacji krótszy niż minimalny, tj. mniej niż 150 dni lub dłuższy niż maksymalny, tj. więcej niż 180 dni kalendarzowych, jego oferta będzie podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp."

Zamawiający w s.i.w.z. nie określił pracochłonności prac związanych z przygotowaniem i wdrożeniem rozwiązania ani też ilości osób wymaganych do realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający powyższe potwierdził również na rozprawie w dniu 5 września 2016 roku.

Przed otwarciem ofert, w dniu 22 czerwca 2016 roku, zamawiający ogłosił kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia w wysokości 522 750 zł brutto.

W postępowaniu złożono 4 oferty:

1) oferta Sygnity SA z ceną 943.883,55 zł

2) oferta Asseco Poland SA w Rzeszowie z ceną 1.217.700,00 zł

3) oferta GPM Systemy Sp. z o.o. z ceną 703.683,00 zł

4) oferta odwołującego z ceną: 393.516,36 zł

W dniu 28 czerwca 2016 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego z wezwaniem do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wartość zamówienia, wyznaczając termin na złożenie wyjaśnień do 30 czerwca 2016 r., do godz. 15:30. Zamawiający poprosił o przedstawienie w szczególności obiektywnych czynników wpływających na obniżenie ceny, takich jak:

- a) oszczędność metody wykonania zamówienia,
- b) sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy,
- c) zastosowane rozwiązanie techniczne,
- d) inne czynniki warunkujące obniżenie ceny.

Odwołujący w wyznaczonym terminie złożył przedmiotowe wyjaśnienia. Wyjaśnienia odwołującego zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W dniu 19 sierpnia 2016 r. zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p., a także o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p.

Zamawiający stwierdził, iż przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 522.750,00 PLN brutto. Cena oferty odwołującego jest o 48% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. Mając powyższe na uwadze, zamawiający pismem z dnia 28.06.2016 r. wezwał odwołującego do wyjaśnienia elementów oferty wpływających na wysokość zaoferowanej ceny. Odwołujący złożył żądane wyjaśnienia w terminie. W ocenie zamawiającego, odwołujący nie przedstawił przekonujących wyjaśnień i dowodów, potwierdzających możliwość należytego wykonania przedmiotu zamówienia w ramach zaoferowanej ceny.

Z dalszej części uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, dotyczącej informacji zastrzeżonych przez odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa wynika, że zamawiający zakwestionował łączną pracochłonność prac związanych z przygotowaniem i wdrożeniem rozwiązania, która została przez zamawiającego oszacowana na poziomie nie niższym niż 3500 rbg oraz argumenty wykonawcy dotyczące wyceny usług serwisowych. Zamawiający nie wskazał przy tym żadnych dowodów i argumentów na potwierdzenie prezentowanego stanowiska, ograniczając się do stwierdzenia, że zakres pracochłonności oraz wycena usług serwisowych w ofercie odwołującego są zdecydowanie zaniżone.

Jednocześnie zamawiający stwierdził, że przed dokonaniem oszacowania wartości przedmiotowego zamówienia, zamawiający przeprowadził rzetelną analizę rynkową i dokonał oszacowania w oparciu o 3 informacje cenowe nadesłane w odpowiedzi na RFI.

W tym samym piśmie zamawiający poinformował o wykluczeniu z postępowania wykonawcy Asseco Poland SA w Rzeszowie oraz unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p.

Izba ustaliła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, 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 ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy P.z.p., obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Analiza treści wskazanego przepisu pozwala na wniosek, iż zamawiający jest obowiązany żądać od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień każdorazowo, gdy tylko poweźmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny pod względem jej rażącego zaniżenia. Zamawiający obowiązany jest zbadać zaoferowaną cenę w odniesieniu do danych, którymi dysponuje. Izba stoi na stanowisku, iż punktem odniesienia dla zamawiającego powinna być zarówno ustalona przez niego wartość zamówienia, jak również ceny zaoferowane przez innych wykonawców, biorących udział w postępowaniu

W rozpoznawanej sprawie zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Izba stwierdziła, iż złożone przez odwołującego w postępowaniu przetargowym wyjaśnienia cechują się - co do zasady - wysokim poziomem szczegółowości. Zostały też poparte dowodami. Wyjaśnienia te zostały zakwestionowane przez zamawiającego jedynie w ograniczonym zakresie, tj. pracochłonności prac związanych z przygotowaniem i wdrożeniem rozwiązania oraz wyceny usług serwisowych. Wycena usług serwisowych w wyjaśnieniach złożonych przez odwołującego została wyjaśniona poprzez jej rozbięcie na elementy wchodzące w jej skład, z podaniem konkretnych wartości. Zważywszy natomiast na fakt, iż zamawiający nie określił minimalnego wymiaru roboczogodzin, jak również w wezwaniu do złożenia wyjaśnień nie zażądał dokładnego wyjaśnienia tej wartości, ta wartość nie została przez odwołującego szczegółowo wyjaśniona.

Podkreślenia wszakże wymaga, iż pracochłonność przeliczona na roboczogodziny nie została przez zamawiającego wskazana w treści s.i.w.z. Wielkość ta, ustalona przez zamawiającego na poziomie 3500 rbg, wskazana została przez zamawiającego dopiero w piśmie informującym o odrzuceniu oferty odwołującego. Ani w tym piśmie, ani też w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą, zamawiający nie wskazał żadnych wyliczeń, na podstawie których ustalił wymiar tej pracochłonności, jak również nie podał żadnych innych podstaw umożliwiających jego ustalenie. Na rozprawie zamawiający stwierdził jedynie, iż wielkość ta wynika z zakresu prac objętych tą częścią zamówienia.

Zamawiający nie odniósł się natomiast w ogóle do wyceny usług serwisowych, ograniczając się jedynie do stwierdzenia, że wycena ta wydaje się zdecydowanie zaniżona. Wobec braku jakichkolwiek argumentów i dowodów, ocena zasadności stanowiska zamawiającego jest po prostu niemożliwa.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy P.z.p., strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

W myśl ust. 1a, ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na:

1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego;

2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.

Z treści art. 190 ust. 1a ustawy P.z.p. wynika, że w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą wykonawca, który złożył ofertę, wobec której podniesiono zarzut zaoferowania rażąco niskiej ceny, winien wykazać, za pomocą środków dowodowych, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym ciężar ten spoczywał na odwołującym. Podkreślenia wymaga, że wykonawca broniący swojej oferty, winien w szczególności wykazać zasadność i rzetelność wyjaśnień złożonych w wyniku wezwania wystosowanego przez zamawiającego na mocy art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. Izba w postępowaniu odwoławczym ocenia bowiem zgodność z prawem czynności zamawiającego, czyli - w rozpoznawanym przypadku - trafność oceny przez zamawiającego złożonych wyjaśnień.

Odwołujący w postępowaniu odwoławczym wskazał na wyjaśnienia złożone w trakcie postępowania przetargowego oraz na dołączone do nich dowody. Zamawiający natomiast nie wykazał się żadną inicjatywą dowodową, mającą na celu obalenie dowodów wskazanych przez odwołującego.

Niemniej jednak, w ocenie Izby istnieje potrzeba wyjaśnienia tych elementów oferty odwołującego, które wzbudziły wątpliwości zamawiającego. Zauważyć należy, iż zamawiający sformułował wezwanie do złożenia wyjaśnień w sposób bardzo ogólny, stanowiący jedynie powtórzenie treści art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. Ocena, które elementy są więc istotne dla ceny oferty, pozostawiona została w istocie odwołującemu. Jeżeli zamawiający uznał, iż część z podanych przez odwołującego informacji wymaga dodatkowych wyjaśnień, powinien był kontynuować postępowanie wyjaśniające. W ocenie Izby odwołujący nie mógł bowiem przewidzieć, które ze wskazanych przez niego informacji wzbudzą wątpliwości zamawiającego, tym bardziej, że wyjaśnienia odwołującego są obszernie i miejscami szczegółowe, zawierające dużo danych. Jeżeli zamawiający stwierdził, iż niektóre z podanych przez odwołującego wartości są niewiarygodne, winien był okoliczności te wykazać w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego oraz w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą. W związku z tym, iż zamawiający nie udowodnił zasadności prezentowanego stanowiska, uznać należy, iż dowodami takimi nie dysponował, co obliguje go do zbadania wątpliwych kwestii.

Możliwość ponownego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny oferty była przedmiotem badania przez Izbę w postępowaniu o sygn. akt KIO 664/14. W wyroku z dnia 14 kwietnia 2014 roku Izba stwierdziła: *Nasuwa się więc pytanie czy Zamawiający ma możliwość zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień elementów oferty mających wpływ*

na wysokość ceny więcej niż jeden raz. Biorąc pod uwagę ugruntowany pogląd wyrażony w wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 23 lutego 2007 roku sygn. akt: X Ga 23/07/za, iż „Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy (...)” przy uwzględnieniu, iż ustawodawca nie ograniczył takiego działania odpowiedz będzie twierdząca, jednakże nie prowadzi to do obowiązku wzywania wykonawcy do składania wyjaśnień, aż do czasu gdy będą one potwierdzać że cena nie jest rażąco niska lecz pozwolą Zamawiającemu na obiektywną ocenę tychże wyjaśnień. Możliwość kilkukrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy została również potwierdzona przez Sąd Okręgowy w Olsztynie (wyrok z dnia 9 grudnia 2010 roku sygn. akt V Ga 122/10), który wskazał, że brak jest przeszkód do ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia nie rozwiąły wątpliwości Zamawiającego związanych z „rażąco niską ceną”.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....