

Sygn. akt: KIO 703/20

WYROK
z dnia 3 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 kwietnia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **INFRA – Centrum Doradztwa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Instytut Kolejnictwa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ARCADIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie,**

przy udziale wykonawcy **TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

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) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Opracowanie dokumentacji przedprojektowej dla projektu pn.: „Prace na linii kolejowej nr 204 na odcinku Malbork-Braniewo” w ramach projektu pn.: „Prace przygotowawcze dla wybranych projektów”*. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 27 stycznia 2020 r. pod numerem 2020/S 018-040432.

W dniu 2 kwietnia 2020 r. INFRA – Centrum Doradztwa Sp. z o.o. jako lider Konsorcjum w składzie INFRA – Centrum Doradztwa Sp. z o.o., Instytut Kolejnictwa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ARCADIS Sp. z o.o., wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 23 marca 2020 r. zawiadomił go o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Pismem z dnia 13 marca 2020 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zwrócił się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, ponieważ zaofertowana przez Odwołującego cena ofertowa, wydała się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i wzbudziła wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Zamawiający, działając zgodnie z pkt. 14.15 IDW, zamieścił przedmiotowe wezwanie na dedykowanej do prowadzenia postępowania oraz służącej do komunikacji pomiędzy Zamawiającym, w wykonawcami Platformie Zakupowej Zamawiającego w zakładce Informacje od Zamawiającego.

Odwołujący podał, że w odpowiedzi na wezwanie, pismem z 16 marca 2020 r. zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o wydłużenie czasu dostarczania ww. dokumentów do 25 marca 2020 r. Odwołujący swoją prośbę motywował m.in. obszernością przygotowywanych wyjaśnień, wysokim stopniem ich złożoności oraz koniecznością opracowania dokumentów w sposób wyczerpujący i rzetelny, co wymagało ze strony Odwołującego dużego nakładu pracy. Odwołujący zgodnie z wymogami SIWZ zamieścił przedmiotowe pismo na Platformie

Zakupowej Zamawiającego w zakładce Informacje skierowane do Zamawiającego. Jak twierdzi Zamawiający w dniu 17 marca 2020 r. udzielił za pośrednictwem Platformy Zakupowej odpowiedzi, że nie wyraża zgody na wydłużenie terminu na złożenie wyjaśnień. Zamawiający swoją decyzję, argumentował tym, że w jego ocenie wyznaczony na złożenie wyjaśnień termin od 13 do 19 marca do godziny 14:00 był wystarczający, aby Odwołujący sposób należyty mógł przygotować i złożyć wyjaśnienia dla Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że do 18 marca 2020 r. nie był w stanie zalogować się do Platformy Zakupowej. Problemy techniczne potwierdził również podczas rozmowy telefonicznej z Odwołującym przedstawiciel Zamawiającego w dniu 17 marca 2020 r., podczas której udzielił on Odwołującemu informacji, że termin na złożenie wyjaśnień zostanie przez Zamawiającego wydłużony. Mając na uwadze powyższe, Odwołujący będąc przekonany, że jego prośba została uwzględniona, nie złożył wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w wyznaczonym przez niego pierwotnym terminie. W dniu 23 marca 2020 r. Odwołujący za pośrednictwem Platformy Zakupowej Zamawiającego, otrzymał informację o odrzuceniu jego oferty. Nie zgadzając się z powyższą decyzją Zamawiającego, Odwołujący w dniu 24 marca 2020 r. wezwał Zamawiającego do usunięcia naruszeń ustawy Pzp poprzez usunięcie nieprawidłowości polegającej na odrzuceniu jego oferty i wyznaczenie nowego terminu na złożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Odwołujący w przedmiotowym piśmie wskazał, że w dniu 17 marca 2020 r. wysłał do Zamawiającego za pośrednictwem poczty email prośbę o ustosunkowanie się do złożonego przez Odwołującego wniosku, wskazując jednocześnie, że w tym dniu Platforma Zakupowa Zamawiającego była niedostępna. Odwołujący wskazał również, że niemal jednocześnie z uwagi na brak możliwości zalogowania się do Platformy, z Odwołującym skontaktował się telefonicznie upoważniony przedstawiciel Zamawiającego. W trakcie rozmowy, Odwołujący wystąpił z prośbą o przedłużenie terminu na złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Upoważniony przedstawiciel Zamawiającego pozytywnie ustosunkował się do prośby Odwołującego informując, że terminy zostaną wydłużone zgodnie z prośbą Odwołującego.

Odwołujący podniósł, że złożone przez Odwołującego się wyjaśnienia w przedłużonym oraz ustalonym w trakcie rozmowy telefonicznej terminie uznane zostałyby zapewne przez Zamawiającego za wystarczające, z uwagi na fakt, że zaoferowana przez Odwołującego się cena nie jest ceną rażąco niską, co skutkowałoby wyborem oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 26 marca 2020 r. Zamawiający podtrzymał swoją decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego. Pismem z dnia 27 marca 2020 r. Odwołujący ponownie skierował do Zamawiającego pismo za pośrednictwem Platformy Zakupowej wskazując na: brak możliwości udzielenia, brak poinformowania wykonawcy

o odmowie wydłużenia terminu do złożenia wyjaśnień oraz udzielenie informacji o przedłużeniu terminu na udzielenie wyjaśnień w drodze rozmowy telefonicznej z upoważnionym przedstawicielem Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający przede wszystkim zdaje się nie dostrzegać, że w dniu 13 marca 2020 r. zostało wydane rozporządzenie Ministra Zdrowia w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego, a w dniu 20 marca 2020 r. zostało wydane Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (Dz. U. poz. 491 z późn. zm.), które to akty prawne wprowadziły szereg obostrzeń i zakazów skutkujących znacznymi utrudnieniami w funkcjonowaniu przedsiębiorstw, w tym przedsiębiorstwa wykonawcy. Należy wskazać, że z uwagi na wskazane powyżej akty prawne, ale także liczne wytyczne i zalecenia Ministra Zdrowia oraz Głównego Inspektora Sanitarnego wykonawca zobligowany był (praktycznie z dnia na dzień) do całkowitej reorganizacji pracy, zapewnienia wszystkim swoim pracownikom i współpracownikom warunków do pracy zdalnej, a także do uzupełnienia zespołu, który z powodów zdrowotnych nie mógł świadczyć pracy. Odwołujący próbował uświadomić Zamawiającemu, że ten zdaje się nie zauważać, że termin na uzupełnienie tj. od dnia 13 marca 2020 r. do 19 marca 2020 r. to był pierwszy tydzień „narodowej kwarantanny”, gdzie wszyscy pracodawcy w Polsce wprowadzali zalecenia Ministra Zdrowia, Głównego Inspektora Sanitarnego, ale i też nakazy płynące z wejścia rozporządzeń w życie, a osoby odpowiedzialne za zarządzanie w danych podmiotach zobligowane były wprost do zapewnienia bezpieczeństwa swoim pracownikom i klientom, poprzez podejmowanie ponadstandardowych działań i środków, które w oczywisty sposób wpływały na możliwości logistyczne i techniczne wykonawcy.

Odwołujący podkreślił, że przywołane okoliczności, stanowiące w oczywisty sposób siłę wyższą, dostrzegł również sam ustawodawca, który w okresie wymiany stanowisk pomiędzy Zamawiającym, a Odwołującym procedował ustawę, która ostatecznie weszła w życie w dniu 1 kwietnia 2020 r., zgodnie z którą zawieszeniu ulegną terminy zarówno procesowe jak i terminy prawa materialnego, a warunkowane to będzie terminem (zawieszenie będzie działać wstecz), w którym opublikowano pierwsze z rozporządzeń. Powyższe jeszcze bardziej potwierdza, że stanowisko Zamawiającego w przedmiocie braku zgody na wydłużenie terminu do udzielenia wyjaśnień jest nieprawidłowe, niezasadne i całkowicie nieakceptowalne z punktu widzenia zasad udzielania zamówień publicznych, w szczególności art. 7 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że całkowicie nieprawdziwe jest twierdzenie Zamawiającego, że wykonawca przygotowując ofertę miał świadomość tego, że zostanie przez Zamawiającego wezwany do udzielenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust 1 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego wykonawca nie może mieć wiedzy, kiedy oraz w jakim zakresie zostanie wezwany przez Zamawiającego, a tym bardziej nie może i nie jest w stanie przygotować się na to, że wykonanie bliżej nieokreślonego co do zakresu wezwania, nastąpi w czasie, gdy na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej będzie panował stan zagrożenia epidemią lub stan epidemii.

Dalej Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie poinformował go o braku zgody na przedłużenie terminu. W zakładce platformy kontaktowej używanej w ramach Postępowania w folderze wiadomości do Wykonawcy nie ma odpowiedzi Zamawiającego na pismo w przedmiocie wydłużenia terminu. Tym samym należy przyjąć, że jedyną odpowiedzią udzieloną przez Zamawiającego jest informacja udzielona telefonicznie przez upoważnionego przedstawiciela Zamawiającego o przedłużeniu terminów do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący stwierdził, że informację o przedłużeniu terminu na udzielenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny uzyskał od upoważnionego przedstawiciela Zamawiającego od Pani S. B.-S. (nr 22 473 27 20). O godzinie 13:12, 17 marca br. Odwołujący nie mogąc się zalogować na Platformę Zakupową Zamawiającego wysłał wiadomość email do Pana P. B. z prośbą o ustosunkowanie się do pisma Wykonawcy za zakresie wyrażenia zgody na przedłużenie terminu złożenia wyjaśnień. Następnie, o godzinie 13:18, 17 marca br. do Odwołującego zadzwoniła przedstawicielka Zamawiającego, Pani S. B.-S. z informacją, że z uwagi na wyjątkowe okoliczności oraz panujący w Polsce stan zagrożenia epidemią (a później stan epidemii) wszystkie terminy zostaną wydłużone i Odwołujący będzie mógł przestać wyjaśnienia we wnioskowanym terminie.

Odwołujący podkreślił, że wiedząc kim jest przedstawicielka Zamawiającego i jaki projekt z ramienia Zamawiającego prowadzi, uznał, że dostał odpowiedź ustną na przesłaną uprzednio wiadomość email.

W dniu 18 marca 2020 r., Odwołujący po chwilowym ustaniu problemów technicznych po stronie Zamawiającego, zalogował się na Platformę Zakupową Zamawiającego, i pobrał z zakładki Korespondencja/Informacje otrzymane od Zamawiającego pismo prolongujące złożenie wyjaśnień RNC w postępowaniu o nr: 9090/1RZR3/01424/00327/20/P. Równocześnie Wykonawca powziął informację o braku w przedmiotowej zakładce Platformy Zakupowej Zamawiającego (zgodnie z opisem w pkt II niniejszego pisma) pisma od Zamawiającego dotyczącego postępowania będącego przedmiotem niniejszego odwołania. W świetle zaistniałego stanu faktycznego Odwołujący uznał, że Zamawiający najwyraźniej nadal ma problemy techniczne z zamieszczaniem pism na Platformie Zakupowej i za

wiązącą uznał wiadomość telefoniczną, przygotowując jednocześnie odpowiedź w terminie wskazanym we wniosku kierowanym do Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że mając na uwadze powyższe, w szczególności brak podstaw do kwestionowania zaferowanej przez Odwołującego ceny, ponownie wezwał upoważnionego przedstawiciela Zamawiającego do anulowania czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyznaczenie nowego terminu na złożenie przez niego wyjaśnień oraz niezwłocznego doprowadzenia do stanu zgodnego z ustawą Pzp w terminie 3 dni od dnia otrzymania niniejszego pisma. Do dnia, w którym upływał termin na wniesienie odwołania, Zamawiający nie ustosunkował się do prośby Odwołującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, przywrócenia terminu na złożenie przez Odwołującego wyjaśnień dotyczących ceny oferty oraz dokonania badania i oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca TPF Sp. z o.o., wnosząc o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Wartość przedmiotowego zamówienia powiększona o podatek VAT wynosi 8.370.814,20 zł. Wartość zamówienia została przez Zamawiającego podana w punkcie II.1.5 ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący złożył ofertę z ceną 4.489.500,00 zł.

W dniu 13 marca 2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących zaferowanej ceny, która jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia, powiększonej o należny podatek od towarów i usług. Zamawiający wskazał w wezwaniu, że: *wykonawca zobowiązany jest korzystać z form komunikacji dostępnych na Platformie Zakupowej w zakładce dedykowanej przedmiotowemu Postępowaniu. Prosimy o złożenie dokumentów zgodnie z ppkt. 14.15.2 IDW (...) w terminie do dnia 19.03.2020 r., do godziny 14:00.*

Pismem z 16 marca 2020 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o wydłużenie terminu na złożenie wyjaśnień do 25 marca 2020 r. Odwołujący uzasadnił swój wniosek obszernością przygotowywanych wyjaśnień i wskazał, że ze względu na wysoki stopień złożoności, opracowanie dokumentów w sposób wyczerpujący i rzetelny, wymaga dużego nakładu pracy.

Pismem z 17 marca 2020 r. zamieszczonym na platformie zakupowej Zamawiający poinformował, że nie wyraża zgody na wydłużenie terminu na złożenie wyjaśnień do 25 marca 2020 r.

Pismem z 23 marca 2020 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty. W uzasadnieniu czynności odrzucenia Zamawiający podał: *W dniu 13.03.2020 r. PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Północny zgodnie z art. 90 ust. 1a Ustawy zwrócił się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w terminie do 19 marca 2020 r. do godziny. 14:00. Powodem wystąpienia była obawa Zamawiającego co do faktycznych możliwości prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, w oparciu o wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wymagania wynikające z powszechnie obowiązujących przepisów, regulacji i norm. Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy. Wykonawca nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, tj. do 19 marca 2020 r. do godziny 14:00.*

Pismem z 24 marca 2020 r. Odwołujący skierował do Zamawiającego wezwanie do usunięcia naruszeń, w którym wskazał: *(...) w dniu 16.03.2020 skierowaliśmy do Zamawiającego wniosek o przedłużenie terminu, na złożenie przedmiotowych wyjaśnień. W dniu 17.03.2020 wysłaliśmy mail z prośbą o ustosunkowanie się Zamawiającego do naszego wniosku. Równoległe platforma przetargowa była niedostępna. Jednocześnie z uwagi na aktualną sytuację w kraju oraz brak możliwości zalogowania się do platformy, na której Zamawiający prowadził postępowanie oraz którą wykorzystuje do komunikacji z wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu, skontaktował się telefonicznie z nami upoważniony przedstawiciel Zamawiającego. W treści rozmowy wystąpiliśmy z prośbą o przedłużenie terminu złożenia wyjaśnień na ustosunkowanie się do pisma otrzymanego od Zamawiającego w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Upoważniony przedstawiciel Zamawiającego, pozytywnie ustosunkował się do prośby INFRA wyrażając zgodę na złożenie wyjaśnień informując, że terminy zostaną wydłużone zgodnie z pismami. Tymczasem, zgodnie z pismem Zamawiającego z dnia 23 marca 2020 r, otrzymanym przez INFRA w dniu 23 marca 2020 r. za pośrednictwem platformy przetargowej, oferta INFRA została odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy PZP – ponieważ w ocenie Zamawiającego wykonawca nie złożył wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w terminie*

wyznaczonym przez Zamawiającego w przedmiotowym wezwaniu. *Podkreślenia wymaga, że złożone przez INFRA wyjaśnienia, w przedłużonym oraz ustalonym w trakcie rozmowy telefonicznej z upoważnionym przedstawicielem Zamawiającego, terminie uznane zostałyby zapewne przez Zamawiającego za wystarczające, z uwagi na fakt, iż zaoferowana przez INFRA cena nie jest ceną rażąco niską, co skutkowałoby wyborem oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu przez INFRA – ponieważ oferta INFRA była ofertą najkorzystniejszą w prowadzonym postępowaniu (...).*

Pismem z 26 marca 2020 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na powyższe wezwanie, podając, że w dniu 17 marca 2020 r. za pośrednictwem Platformy Zakupowej udzielił wykonawcy odpowiedzi, że nie wyraża zgody na wydłużenie terminu na złożenie wyjaśnień dotyczących ceny oferty. W ocenie Zamawiającego wyznaczony na złożenie wyjaśnień termin od 13.03.2020 r. do 19 marca 2020 r. do godz. 14:00 był wystarczający, aby w sposób należyty Wykonawca mógł te wyjaśnienia przygotować i złożyć. Zamawiający podkreślił, że wykonawca mógł zapoznać się w ogłoszeniu o zamówieniu z kwotą szacunkową zamówienia i przygotowując ofertę miał świadomość tego, że zostanie przez Zamawiającego wezwany do udzielenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1a Ustawy. Wykonawca nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie. Zamawiający stwierdził, że *w wniosku z 17 marca 2020 r. wykonawca nie zgłosił problemu z zalogowaniem się i funkcjonowaniem Platformy Zakupowej oraz „aktualną sytuacją w kraju”. Zamawiający nie odnotował próby powiadomienia ze strony wykonawcy o problemach technicznych związanych z Platformą Zakupową w okresie od 13 do 19 marca 2020 r., dlatego zwraca się do wykonawcy o przedstawienie dowodów na zgłoszenie powyższych problemów, tj. imię i nazwisko osoby/osób zgłaszającej/ych; numer/y telefonu lub adres/y e-mail, z którego/ych wykonane zostało zgłoszenie; data i godzina, kiedy dokonano zgłoszenia; zrzut ekranu z komputera z widocznym problemem lub/i nagranie wideo z zarejestrowanym problemem, przy czym dowody w postaci zrzutu ekranu lub/i nagrania wideo powinny być możliwe do zweryfikowania w czasie. Zamawiający podkreślił, że: zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej. Forma oferty, innych dokumentów i oświadczeń w postępowaniu została również szczegółowo opisana w ppkt. 13.5 IDW, natomiast forma komunikacji została opisana w pkt 14.15 IDW. W świetle ustawy i powyższych postanowień IDW nie jest możliwe wystąpienie o przedłużenie terminu złożenia wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego ustnie, w treści rozmowy telefonicznej. Nie jest również możliwe udzielenie w takiej formie zgody na powyższe przez Zamawiającego.*

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 90 ustawy Pzp:

1. Jeżeli zaofferowana 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.

1a. 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.

2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

3. 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. (...)

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący nie złożył w wyznaczonym terminie wyjaśnień dotyczących ceny oferty i nie wykazał, aby ich złożenie nie było obiektywnie możliwe. Odwołujący nie udowodnił swoich twierdzeń o niemożliwości zalogowania się do platformy zakupowej w celu odczytania odpowiedzi Zamawiającego na wniosek o przedłużenie terminu na złożenie wyjaśnień, a poleganie na informacjach, które – jak twierdzi – uzyskał w rozmowie telefonicznej od pracownika Zamawiającego, należy uznać za niezgodne ze standardami należytej staranności wymaganej od profesjonalistów.

Po pierwsze, twierdzenia Odwołującego, że niemożliwe było zalogowanie się do platformy zakupowej i odczytanie informacji, że Zamawiający nie przedłużył terminu na złożenie wyjaśnień, pozostały gołosłowne. Odwołujący nie przedstawił zrzutów ekranów lub jakichkolwiek innych dowodów na tę okoliczność. Odwołujący miał wiedzę, że na platformie zakupowej została zamieszczona odpowiedź Zamawiającego na jego wniosek, dostał bowiem automatyczne powiadomienie mailowe o zamieszczeniu tej korespondencji (okoliczność przyznana przez Odwołującego). Skoro wiedział, że taka korespondencja została do niego skierowana, to przyjmując nawet (choć to nie zostało udowodnione), że miał problem z zalogowaniem się, w żaden sposób tego Zamawiającemu nie zgłosił. Złożony przez Odwołującego na rozprawie wydruk maila do Zamawiającego zawiera wyłącznie wniosek o jak najszybszą odpowiedź na jego prośbę, nie ma w nim mowy o jakichkolwiek problemach technicznych i związanej z tym niemożliwością odczytania korespondencji. Co więcej, Zamawiający w piśmie z 26 marca 2020 r. zwrócił się do Odwołującego o przedstawienie konkretnych informacji i dowodów dotyczących problemów technicznych, a Odwołujący takich informacji i dowodów nie przedstawił.

Skoro wykonawca wiedział, że została do niego skierowana odpowiedź na wniosek o przedłużenie terminu na złożenie wyjaśnień, to należyta staranność wymagana od profesjonalisty nakazywałaby, aby w sytuacji problemów z jej odczytaniem, zgłosił te problemy Zamawiającemu, a w przypadku ich nieusunięcia, złożył wyjaśnienia w pierwotnie wskazanym terminie. Nieotrzymanie wyraźnej zgody na przedłużenie terminu powinno bowiem prowadzić do uznania, że termin przedłużony nie został. Odwołujący takiej staranności nie dołożył, a następnie powoływał się na nieudowodniony przebieg rozmowy z pracownikiem Zamawiającego.

O zasadności odwołania w żadnej mierze nie świadczy wskazana przez Odwołującego na rozprawie okoliczność, że Odwołujący nie mógł odczytać pisma

Zamawiającego, gdyż została ona zamieszczona w zakładce dotyczącej korespondencji do Zamawiającego. Po pierwsze, stoi to w sprzeczności z prezentowanym w odwołaniu stanowiskiem, że nie przeczytał pisma, gdyż nie mógł zalogować się na platformę zakupową. Po drugie – okoliczność ta nie była podstawą faktyczną zarzutów przedstawionych w odwołaniu, a została podniesiona dopiero na rozprawie. Niezależnie od powyższego, przyjmując nawet, że było to źródłem jakichkolwiek problemów z odczytaniem odpowiedzi Zamawiającego, to wykonawca, mając wiedzę o skierowaniu do niego korespondencji, nie sygnalizował, że nie może jej na platformie odnaleźć.

Odnosząc się do powoływanej przez Odwołującego rozmowy z pracownikiem Zamawiającego zauważyć należy, że treść tej rozmowy nie została udowodniona. Złożony na rozprawie zrzut ekranu może co najwyżej uprawdopodobnić, że wykonywane były połączenia telefoniczne między Zamawiającym a Odwołującym, w żadnej mierze natomiast nie dowodzi, jakie informacje wykonawca uzyskał. Niezależnie od powyższego, przyjmując nawet, że rzeczywiście wykonawca uzyskał informację, że termin będzie przedłużony, nie mogło stanowić do podstawy do przyjęcia, że są to informacje w jakikolwiek sposób wiążące. Podkreślić należy, że zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej, a sposób komunikacji między Zamawiającym a wykonawcami określają postanowienia SIWZ. Wykonawca jako profesjonalista nie może polegać na jakichkolwiek ustnych obietnicach pracowników Zamawiającego i od nich uzależniać wywiązywanie się z ciążących na nim obowiązków.

Podsumowując, twierdzenia Odwołującego co do okoliczności faktycznych, na które się powołuje, nie zostały udowodnione. Niezależnie od tego, zakładając, że rzeczywiście zaistniały problemy z zalogowaniem się na platformę oraz że pracownik Zamawiającego przekazał ustną informację o przedłużeniu terminu na złożenie wyjaśnień, to sposób, w jaki zachował się Odwołujący, należy uznać za nieusprawiedliwiony. Dokładając należytej staranności wykonawca powinien po pierwsze zgłaszać w przewidzianej formie niemożność odczytania korespondencji, o której wiedział, że została do niego skierowana, po drugie powinien stosować się do wezwań wyrażonych we właściwej formie, a nie polegać na ustnych informacjach.

Odnosząc się do odmowy przedłużenia terminu na złożenie wyjaśnień dotyczących ceny, Izba nie dopatrzyła się w tym naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa. Po pierwsze nie można uznać za przekonującą argumentacji Odwołującego, że złożenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie nie było możliwe z uwagi na stan epidemii. Zauważenia wymaga, że w skierowanym do Zamawiającego wniosku o przedłużenie terminu okoliczności te nie zostały w żaden sposób podniesione, a znalazły się one dopiero w odwołaniu. Należy

więc uznać to jedynie za argumentację przyjętą na potrzeby postępowania odwoławczego. W tej sytuacji na marginesie jedynie zauważyć należy, że nie zostało wykazane, iż wprowadzenie stanu epidemii i związanych z tym stanem restrykcji, uniemożliwiało czy istotnie utrudniało złożenie wyjaśnień. W ocenie Izby powszechnie stosowane narzędzia elektroniczne pozwalały na przygotowanie wyjaśnień i nie wpływały na to obostrzenia związane chociażby z przemieszczaniem się czy organizowaniem spotkań. Ponadto zauważenia wymaga, że wykonawca, który rzetelnie skalkulował cenę oferty, powinien dysponować szczegółami kalkulacji oraz przyjętymi do niej założeniami, co pozwala na sprawne przygotowanie wyjaśnień. Wyjaśnienia dotyczące ceny nie mają bowiem (a z pewnością nie powinny mieć) charakteru nowo tworzonej koncepcji, ale mają przedstawiać to, co już wykonawca opracował, przeanalizował i skalkulował przed złożeniem oferty. Dodatkowo, jak słusznie zauważył Zamawiający, skoro wykonawca znał wartość szacunkową zamówienia (została ona podana w ogłoszeniu o zamówieniu), to oferując cenę o ponad 30% niższą od tej wartości powinien wiedzieć, że będzie na nim spoczywać obowiązek złożenia wyjaśnień. Trudno zatem uznać, że złożenie wyjaśnień w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego było obiektywnie niemożliwe.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 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), stosownie do wyniku postępowania obciążając tymi kosztami Odwołującego.

Przewodniczący: