

Sygn. akt: KIO 262/22

**WYROK
z 14 lutego 2022 roku**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie 11 lutego 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 31 stycznia 2022 roku przez odwołującego: Techbud Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Ogród Zoologiczny w Opolu z siedzibą w Opolu

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: Techbud Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Ogród Zoologiczny w Opolu z siedzibą w Opolu (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019, dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn.: „Budowa budynku akwariów wraz z zagospodarowaniem terenu w ramach projektu Wodny świat czesko-polskiego pogranicza”, numer referencyjny: DTG.34.14-22/2021.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 24 listopada 2021 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2021/BZP 00282740/01.

31 stycznia 2022 r. wykonawca Techbud Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 224 ust. 6 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego mimo, że udzielił on wyjaśnień w wyznaczonym terminie, a złożone wyjaśnienia odpowiadały wezwaniu i uzasadniały, że podana w ofercie cena nie była ceną rażąco niską,
2. art. 226 ust. 1 pkt. 8 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego mimo, że jego oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone wyjaśnienia same w sobie stanowiły dowód w sprawie,
3. art. 224 ust. 1 w związku z art. 224 ust. 6 Pzp przez wyznaczenie krótkiego - nierealnego terminu złożenia wymaganych przez Zamawiającego dowodów,
4. art. 239 Pzp przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, mimo, że zaoferował on wykonanie zamówienia za cenę która nie była rażąco niską, a oferta spełniała wszystkie wymogi formalne określone przepisami Pzp i postanowieniami SWZ oraz merytorycznie była zgodna z treścią SWZ, a w świetle ustanowionych kryteriów oceny ofert była najkorzystniejszą w postępowaniu,
5. art. 239 Pzp przez wybór, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, oferty złożonej przez Mosty Łódź z siedzibą w Łodzi, mimo, że oferta złożona przez tego wykonawcę nie była ofertą najkorzystniejszą,
6. art. 16 Pzp przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Mosty Łódź z siedzibą w Łodzi,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
4. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w wyniku ponownego badania i oceny ofert,

Odwołujący wniósł ponadto o zasądzenie na jego rzecz od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

27 stycznia 2022 r. Zamawiający na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 8 w związku z art. 224 ust. 6 Pzp odrzucił ofertę Odwołującego z postępowania. Jako podstawę faktyczną Zamawiający wskazał złożenie przez Odwołującego wyjaśnień ceny oferty bez wymaganych dowodów. Odwołujący nie zgodził się z tym twierdzeniem.

Zamawiający podczas badania i oceny oferty Odwołującego pod względem możliwości zaistnienia rażąco niskiej ceny w ogóle nie wziął pod uwagę, przed zastosowaniem art. 224 ust. 1 Pzp, informacji jakie na tym etapie postępowania były mu znane. Zamawiający nie wziął zatem pod uwagę, że między ceną oferty Odwołującego w zakresie opcji I, a podaną przez Zamawiającego wartością szacunkową tej opcji nie było żadnej różnicy. Natomiast w zakresie opcji II ta różnica wynosiła 81 groszy.

Zamawiający 27 grudnia 2021 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny w zakresie cen dla Opcji I – budowa zewnętrznego zbiornika Zakole Odry (Odrarium) oraz Opcji II – budowa ogrodu zimowego (Szklarnia). Wezwanie nie dotyczyło całkowitej ceny wykonania zamówienia, a tylko opcji I i II, których wykonania Zamawiający nie gwarantował.

Kwota jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia z uwzględnieniem dwóch niegwarantowanych do wykonania opcji wynosiła 14 106 863,60 zł. Natomiast całkowita kwota oferty Odwołującego to 24 547 000,00 zł. W związku z tym, przyjmując, że kwota jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia była tożsamą z wartością przedmiotu zamówienia, to kwota ofertowa Odwołującego nie mogła być rażąco

niska w stosunku wartości przedmiotu zamówienia, jeżeli była od niej większa o ponad 10 milionów złotych. Ponadto cena całkowita oferty Odwołującego stanowiła 97,89% średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert w postępowaniu. Powyższe świadczyło, że cena oferty Odwołującego nie mogła budzić jakichkolwiek wątpliwości.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu w punkcie 4.2.9 poinformował, że maksymalna wartości opcji I wynosiła 742 645,00 zł, a opcji II – 593 835,81 zł.

Odwołujący wskazał ponadto, że w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego tj. 30 grudnia 2021 r. złożył wyjaśnienia, które same w sobie stanowiły dowód. Złożenie jakichkolwiek dokumentów nie miałyby żadnego znaczenia dla sprawy, gdyż Zamawiający posiadał niezbędne informacje potwierdzające, że cena ofertowa odwołującego nie była rażąco niską.

Zamawiający, mimo wyjaśnień Odwołującego i posiadanej wiedzy, 31 grudnia 2021 r. ponowił wezwanie na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp, gdyż stwierdził, że: „Pismem wyjaśnienia złożone 30 grudnia 2021 r. nie pozwalają Zamawiającemu rzetelnie ocenić czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w odniesieniu do Opcji I i II. (...) W związku z powyższym Zamawiający ponownie wzywa o wyjaśnienie wraz ze złożeniem dowodów, takich jak: kosztorysy, tabele elementów oraz oferty lub faktury na dostawę materiałów budowlanych

niezbędnych do realizacji zamówienia (np. mieszanka betonowa, przegrody akrylowe, zabudowa aluminiowo-szklana, nasadzenia, dostawa zwierząt, technologia, instalacje, wyposażenie)”. Zamawiający wyznaczył termin na złożenie wyjaśnień i dowodów na 5 stycznia 2022 r., godz. 10:00. Odwołujący otrzymał ww. wezwanie 31 grudnia 2021 r. w piątek (sylwester), a zapoznał się z nim w poniedziałek 3 stycznia 2022 r. Mając na względzie chociażby czas

potrzebny na przygotowanie kosztorysów ofertowych, które nie były wymagane na etapie złożenia oferty, Odwołujący 4 stycznia 2022 r. złożył prośbę o przesunięcie terminu przekazania wyjaśnień i dowodów do 12 stycznia 2022 r. Zamawiający 5 stycznia 2022 r. o godz. 7:58 nie wyraził zgody na przedłużenie terminu złożenia wyjaśnień. W konsekwencji Odwołujący 5 stycznia 2022 r. godz. 9:53 złożył ponowne wyjaśnienia, prosząc jednocześnie o prolongatę terminu na złożenie wymaganych wezwaniem z 31 grudnia 2021 r. dowodów. Zamawiający na tą prośbę nie zareagował. Mimo to Odwołujący 12 stycznia 2022 r. złożył do dowody w postaci kalkulacji dla opcji I i II wraz z ofertami dostawców i podwykonawców.

Odwołujący podkreślił, że wyznaczony przez Zamawiającego termin był niemożliwy do dotrzymania. Odwołujący miał tylko dwa dni na przygotowanie wymaganych wezwaniem dowodów, co w czasie po świąteczno-sylwestrowym i urlopowym było nierealne.

Zamawiający przy wyznaczeniu terminu na złożenie wyjaśnień i dowodów nie wziął pod uwagę powyższych okoliczności (w tym dwóch dni wolnych od pracy) i tym samym naruszył art. 224 ust. 1 w związku z art. 224 ust. 6 Pzp.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w decyzji z 27 stycznia 2022 r. jako jedyny powód odrzucenia oferty wskazał nieterminowe przedstawienie dowodów do wyjaśnień, co potwierdzało, że Zamawiający uznał same wyjaśnienia za potwierdzenie realności ceny całkowitej oferty, jak również ceny opcji I i II. Faktyczną przesłanką do odrzucenia oferty Odwołującego było proceduralne (terminowe), a nie merytoryczne uchybienie w dostarczeniu dowodów które i tak w zaistniałej sytuacji były zbędne. Zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu oferty powinien wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności świadczące o prawidłowości złożonej oferty, a nie tylko narzucone przez siebie rygorystyczne dla Odwołującego terminy.

Odwołujący wskazał również, że Zamawiający w dniu odrzucenia oferty Odwołującego od 15 dni dysponował dowodami, których brak stanowił podstawę tego odrzucenia.

Opisane Zamawiającego spowodowało naruszenie art. 16 Pzp i tym samym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a czynność wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty wykonawcy Mosty Łódź S.A. została dokonana z naruszeniem art. 239 Pzp.

9 lutego 2022 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego oddalenie. Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający wskazał m. in.:

Zarzut naruszenia art. 224 ust. 6 Pzp był chybiony, bowiem wbrew twierdzeniom Odwołującego wyjaśnienia, na pierwsze i ponowne wezwanie złożone zostały w terminie, jednak nie odpowiadały one wezwaniu, były więc wadliwe merytorycznie. Nie zawierały dowodów wyliczenia ceny,

a jedynie zapewnienia o możliwości wykonania istotnych dla Zamawiającego części zamówienia ujętych w opcji I i II za wskazane w ofercie kwoty. Wykonawca nie dochował należytej staranności przygotowując wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny nie składając dowodów uzasadniających jej wysokość.

Zamawiający powziął wątpliwość co do zaoferowanej ceny opcji I i opcji II w ofercie Odwołującego. Porównując ceny opcji zaoferowane przez Odwołującego do średniej arytmetycznej cen

wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu dotyczących opcji Zamawiający uzyskał wskaźnik przekraczający 30% różnicy w ofercie.

Zamawiającego nie zgodził się z twierdzeniem, że wyjaśnienia same w sobie stanowiły dowód w sprawie. Zapewnienia Odwołującego nie były dowodami, o które dwukrotnie zwracał się

zamawiający.

Zamawiający miał obowiązek odrzucić ofertę Odwołującego i tym samym wypełnić dyspozycję art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Zamawiający nie zgodził się również z zarzutami wyznaczenia Odwołującemu zbyt krótkiego terminu na złożenie wyjaśnień. W ocenie Zamawiającego wyznaczone terminy były realne i umożliwiały Odwołującemu wypełnienie obowiązku wynikającego z wezwań.

Zamawiający nie zgodził się w konsekwencji z zarzutami wynikowymi wobec podstawowych. Zdaniem Zamawiającego dokonany wybór najkorzystniejszej oferty w postępowaniu był prawidłowy, a do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie doszło.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ wraz z załącznikami,

2. wezwań do wyjaśnień ceny oferty kierowanych przez Zamawiającego do Odwołującego wraz z odpowiedziami Odwołującego na te wezwania,
3. zawiadomienia z 27 stycznia 2022 r. o odrzuceniu z postępowania oferty Odwołującego,
4. dokumentów złożonych przez Odwołującego w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron.

Izba ustaliła, co następuje:

W punkcie 1 SWZ Zamawiający w następujący sposób opisał przedmiot zamówienia:

A. Podstawowy zakres zamówienia:

Rozbiórka istniejącego budynku i budowa budynku akwariów bez ogrodu zimowego (szklarni) oraz bez zewnętrznego zbiornika Zakole Odry (Odrarium). Do zakresu podstawowego zamówienia należy też wykonanie zagospodarowania terenu i wykonanie wszystkich przyłączy.

Szczegółowy zakres zamówienia został ujęty w dokumentacji projektowej, a także załączniku do SWZ - Lista istotnych rozwiązań technicznych i zakresu zamówienia - zakres podstawowy. Podział zamówienia na zakres podstawowy i opcje ujęty został na rysunku poglądowym - Schematyczny podział zadania oraz w załączniku do SWZ - podział dokumentacji i zakresu zadania.

Opcjonalny zakres zamówienia – prawo opcji:

B. Opcja I – Budowa zewnętrznego zbiornika Zakole Odry (Odrarium).

Szczegółowy zakres zamówienia (opcji) został ujęty w dokumentacji projektowej, a także załączniku do SWZ - Lista istotnych rozwiązań technicznych i zakresu zamówienia - OPCJA I (Odrarium). Podział zamówienia na zakres podstawowy i opcje ujęty został na rysunku poglądowym - Schematyczny podział zadania oraz w załączniku do SWZ – podział dokumentacji i zakresu zadania.

C. Opcja II – Budowa ogrodu zimowego (Szklarni).

Szczegółowy zakres zamówienia (opcji) został ujęty w dokumentacji projektowej, a także załączniku do SWZ - Lista istotnych rozwiązań technicznych i zakresu zamówienia - OPCJA II (szklarnia). Podział zamówienia na zakres podstawowy i opcje ujęty został na rysunku poglądowym - Schematyczny podział zadania oraz w załączniku do SWZ - podział dokumentacji i zakresu zadania.

W punkcie 4.2.9 Ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wskazał:

„Maksymalna wartość opcji I - 742 645,00 zł,

Maksymalna wartość opcji II - 593 835,81 zł”.

Zgodnie z wzorem formularza oferty wykonawcy mieli podać cenę brutto dla:

1. Budynku akwariów, tj. podstawowego zakresu przedmiotu zamówienia,
2. Opcji I – Budowy zewnętrznego zbiornika Zakole Odry (Odrarium),
3. Opcji II – Budowy ogrodu zimowego (Szklarni).

Wykonawcy mieli również podać cenę całkowitą, tj. „wartość oferty brutto (podstawowy zakres zamówienia + zakres zamówienia objęty prawem opcji I i II)”.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z 9 grudnia 2021 r. wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu zaoferowali następujące ceny:

1. Mosty Łódź S.A. - zakres podstawowy - 22 901 070,82 zł, opcja I - 1 450 984,20 zł, opcja II - 935 345,53 zł, cena całkowita - 25 287 400,55 zł
2. Energopol Trade Opole Sp. z o.o. - zakres podstawowy - 22 705 000,00 zł, opcja I - 1 432 000,00 zł, opcja II - 1 260 000,00 zł, cena całkowita - 25 397 000,00 zł
3. Odwołujący - zakres podstawowy - 23 210 520,00 zł, opcja I - 742 645,00 zł, opcja II - 593 835,00 zł, cena całkowita - 24 547 000,00 zł.

W informacji z otwarcia ofert brak jest informacji o kwocie jaką Zamawiający przeznaczył na realizację przedmiotu zamówienia, ale według zgodnych oświadczeń Odwołującego i Zamawiającego była to kwota nieznacznie przekraczająca 14 milionów złotych.

27 grudnia 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia ceny oferty w zakresie opcji I i II – część oferty podlegająca wyjaśnieniom została w jednoznaczny sposób określona w treści wezwania: „Zamawiający powziął wątpliwość co do możliwości wykonania za zaoferowaną cenę przedmiotu zamówienia w zakresie opcji I — budowa zewnętrznego zbiornika Zakole Odry (Odrarium) oraz Opcji II — budowa ogrodu zimowego (Szklarnia), zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. W związku z powyższym na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy, Zamawiający wzywa do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny (...)”.

Równie jasno wskazana została przyczyna wezwania: „Zamawiający informuje, że zgodnie z art. 224 ust. 2 ma obowiązek zwrócić się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, o których mowa powyżej, w szczególności jeżeli cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należyty podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 1, 5 i 10 ustawy”. Zamawiający podkreślił również konieczność złożenia dowodów do wyjaśnień, wskazując przy tym przykładowe dokumenty, jakie mogły stanowić te dowody.

W odpowiedzi z 29 grudnia 2021 r. Odwołujący skoncentrował się przede wszystkim na polemice z zasadnością wezwania do wyjaśnień ceny. Faktyczne wyjaśnienia stanowiły niewielką część odpowiedzi Odwołującego:

„Obniżenie kosztów nastąpiło poprzez stosowanie przez naszą firmę wynagrodzenia pracowników w systemie akordowym, co skutecznie motywuje pracowników i wpływa na podwyższenie norm pracy o ponad 20%, co ma wpływ na obniżenie wartości ceny ofertowej o ok. 10% do ceny wyjściowej. Posiadamy własny i w dyspozycji sprzęt niezbędny do wykonania zamówienia, co skutkuje niższymi kosztami oraz brakiem konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów związanych z wynajmem sprzętu (wysoki stopień zmechanizowania i usprzętowania). Warunek ten wpłynął na obniżenie ceny ofertowej o ok. 2,5% wartości wyjściowej. Posiadamy również atrakcyjne rabaty na zakup materiałów i sprzętu u naszych wieloletnich dostawców. Podane sprzyjające okoliczności wykonaniu przedmiotowego zamówienia pozwoliły na obniżenie ceny ofertowej o ok. 5% przy zachowaniu zysku na poziomie 10%”.

Deklaracja powyższa nie została poparta żadnymi dowodami.

31 grudnia 2021 r. Zamawiający po raz kolejny wezwał Odwołującego do wyjaśnienia ceny oferty dla opcji I i II. W wezwaniu Zamawiający wskazał m. in.:

„Pisemne wyjaśnienia złożone w dniu 30.12.2021 nie pozwalają Zamawiającemu rzetelnie ocenić czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w odniesieniu do Opcji I i Opcji II. Zgodnie z art. 224 ust. 1 Ustawy PZP „Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

W związku z powyższym Zamawiający ponownie wzywa o wyjaśnienie wraz ze złożeniem dowodów, takich jak: kosztorysy, tabele elementów oraz oferty lub faktury na dostawę materiałów budowlanych niezbędnych do realizacji zamówienia (np. mieszanka betonowa, przegrody akrylowe, zabudowa aluminiowo-szklana, nasadzenia, dostawa zwierząt, technologia, instalacje, wyposażenie)(...)”.

Zamawiający wyznaczył przy tym Odwołującemu termin do złożenia wyjaśnień do 5 stycznia 2022 r., do godziny 10.00.

5 stycznia 2022 r., na dwie godziny przed upływem terminu Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o jego wydłużenie do 12 stycznia 2022 r. Zamawiający odmówił zmiany terminu, zatem Odwołujący w odpowiedzi na drugie wezwanie złożył pismo, w którym zadeklarował, że zaoferowana przez niego cena za obie opcje jest prawidłowa, przy czym było to twierdzenie niepoparte żadnymi dowodami. Odwołujący wskazał ponadto:

„Jednocześnie informuję, iż Zamawiający nie żądał na etapie składania ofert kosztorysów ofertowych, tym samym Wykonawca nie dysponuje kosztorysem jakiego oczekuje w chwili obecnej Zamawiający, a na jego przygotowanie Wykonawca potrzebuje więcej czasu, o co wnioskował w piśmie z dnia 04.01.2022. Przypominam, iż pismo złożone przez Zamawiającego zostało skierowane w godzinach popołudniowych w dniu 31.12.2021 z terminem na złożenie do dnia 05.01.2022 do godz. 10.00, tym samym Wykonawca otrzymał realnie otrzymał dwa dni na przygotowanie odpowiedzi i dokumentów, których żąda Zamawiający, co zważywszy na okres świąteczno-noworoczny i zaplanowane urlopy jest trudne do wykonania (...).”

Odwołujący złożył 12 stycznia 2022 r. szereg dokumentów, które miały być dowodami do wyjaśnień z 5 stycznia, ale Zamawiający w toku rozprawy oświadczył, że nie podlegały one ocenie.

27 stycznia 2022 r. Zamawiający poinformował o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego. W uzasadnieniu tej czynności Zamawiający wskazał:

„Zamawiający pismem z dnia 27.12.2021 r. wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w tym złożenia dowodów w zakresie opcji I — budowa zewnętrznego zbiornika Zakole Odry (Odrarium) oraz opcji II — budowa ogrodu zimowego (Szkłarnia). W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca przedstawił Zamawiającemu wyjaśnienia bez dowodów. W związku z tym, Zamawiający w dniu 31.12.2021 r. wezwał ponownie Wykonawcę o wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oraz złożenie dowodów. Wykonawca w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie tj. do dnia 05.01.2022 r. do godziny 10:00 nie przedstawił dowodów. W efekcie zaszyły przesłanki odrzucenia oferty wskazane w art. 226

ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp., w związku z art. 224 ust. 6 Pzp”.

Biorąc pod uwagę ustalony i opisany wyżej stan faktyczny Izba uznała, że odrzucenie oferty Odwołującego z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp.

Oceniając zarzuty odwołania Izba wzięła pod uwagę stanowisko Odwołującego wyłącznie w zakresie dotyczącym okoliczności ujętych w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty z 27 stycznia 2022 r. Izba pominęła, jako spóźnione oddaliła wszystkie twierdzenia i wnioski Odwołującego stanowiące polemikę z zasadnością obu wezwań oraz prawidłowością terminu do złożenia drugich wyjaśnień oraz dowodów. Odwołujący jeśli nie zgadzał się zarówno

z samymi wezwaniami do wyjaśnień, jak i – zbyt krótkim jego zdaniem – terminem do złożenia wymaganych dowodów, powinien skorzystać z możliwości wniesienia stosownych

odwołań. Rozpoznanie argumentacji Odwołującego w tym zakresie stanowiłoby faktyczne przywrócenie terminu do wniesienia odwołania po jego upływie.

W okolicznościach sprawy nie budzi wątpliwości, że Odwołujący nie złożył dowodów do wyjaśnień w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie. Izba nie podzieliła przy tym stanowiska Odwołującego, który w toku rozprawy podkreślał konieczność stworzenia kosztorysu na potrzeby wyjaśnień ceny oraz zaktualizowania ofert podmiotów trzecich na potrzebę tych wyjaśnień. Obowiązkiem Odwołującego było wyjaśnienie sposobu kalkulacji oferty w zakresie opcji I i II. Kalkulacja taka winna nastąpić przed złożeniem oferty w postępowaniu, zatem w ocenie Izby bezpodstawne jest twierdzenie o konieczności potwierdzenia aktualności ofert podmiotów trzecich (w zakresie w jakim miały wpływ na kalkulację). Zamawiający nie wymagał również od Odwołującego wytworzenia jakichkolwiek dokumentów na potrzebę wyjaśnień.

Odwołujący nie miał również podstaw do twierdzenia, że Zamawiający w sposób faktyczny uniemożliwił mu terminowe złożenie dowodów do wyjaśnień. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający – wbrew zasadzie jednokrotnego wzywania do wyjaśnień – dwukrotnie wezwał Odwołującego do wyjaśnienia tych samych okoliczności. W praktyce Odwołujący dysponował wystarczającym czasem do sporządzenia odpowiednich wyjaśnień. Ponadto w obu wyjaśnieniach trudno dopatrzeć się poziomu szczegółowości uzasadniającego potrzebę pracochłonnego i długotrwałego przygotowywania dowodów. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego jedynie za brak dowodów do wyjaśnień, ale trudno pominąć fakt, że oba wyjaśnienia są co najmniej ogólnikowe. Z kolei dowody złożone przez Odwołującego po upływie wyznaczonego przez Zamawiającego terminu słusznie zostały przez Zamawiającego pominięte. Uwzględnienie tych dokumentów stanowiłoby bowiem naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania. Skoro Zamawiający wyznaczył termin na złożenie dowodów do 5 stycznia 2022 r., to Odwołujący nie mógł oczekiwać, że jakikolwiek dokument złożony po jego upływie będzie przez Zamawiającego wzięty pod uwagę.

W konsekwencji Izba uznała, że wszystkie zarzuty odwołania podlegają oddaleniu.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: