

WYROK
z dnia 28 lutego 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lutego 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lutego 2017 r. przez wykonawcę **RenCraft Sp. z o.o., ul. Jagiellońska 94c, 85-027 Bydgoszcz** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Paradyż, ul. Konecka 4, 26-333 Paradyż**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Ekoinstal Sp. z o.o., (2) "Eco-Therm" Sp. z o.o., (3) Enviroenergy Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Sierakowice Prawe 141D, 96-100 Skierniewice** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **RenCraft Sp. z o.o., ul. Jagiellońska 94c, 85-027 Bydgoszcz** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **RenCraft Sp. z o.o., ul. Jagiellońska 94c, 85-027 Bydgoszcz** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **RenCraft Sp. z o.o., ul. Jagiellońska 94c, 85-027 Bydgoszcz** na rzecz **Gminy Paradyż, ul. Konecka 4, 26-333 Paradyż** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Wójt Gminy Paradyż ul. Konecka 4, 26-333 Paradyż, dalej zwany „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *"Przebudowa systemów grzewczych w budynku szkoły w Paradyżu z zastosowaniem odnawialnych źródeł energii - pompy ciepła i ogniwa fotowoltaiczne"* oraz *„Przebudowa systemów grzewczych w budynku szkoły w Wójcinie z zastosowaniem odnawialnych źródeł energii - pompy ciepła i ogniwa fotowoltaiczne”*.

Postępowanie jest prowadzone z zastosowaniem zasad kiedy wartość zamówienia jest mniejsza od kwot ustalonych w oparciu o przepis art. 11 ust.8 Pzp, dotyczących robót budowlanych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w w Biuletynie Informacji Publicznej: Ogłoszenie nr 355601 - 2016 z dnia 2016-11-30 r. i modyfikowane Ogłoszeniem nr 357276-2016 z dnia 2016-12-02 r.

W dniu 8 lutego 2017 roku Zamawiający poinformował wykonawcę RenCraft Sp. z o.o. ul. Jagiellońska 94 c 85-027 Bydgoszcz, dalej zwany „Odwołującym” o odrzuceniu jego oferty. Od tej czynności Zamawiającego wykonawca wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu

1. naruszenie przepisu art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, a w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego, podczas gdy w świetle przywołanego przepisu brak było jakichkolwiek przesłanek do dokonania przez Zamawiającego takiej czynności tj. przyjęcie, iż wyjaśnienia przesłane przez Wykonawcę drogą elektroniczną w dniu 23.01.2017 r. (do oznaczonej godz. 11:00] i pisemnie w ciągu 3 dni roboczych (Zamawiający potwierdził otrzymanie w dniu 25.01.2017 r.) są „lakoniczne, wręcz pozorne" gdyż Wykonawca zawarł w wyjaśnieniach same ogólne, które w żaden sposób nie wyjaśniają sposobu kalkulacji ceny oraz nie uzasadniają realności zaoferowanej ceny.
2. Naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Podnosząc powyższe wniósł o nakazanie Zamawiającemu

1. Unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego,
2. Ponownego dokonania czynności oceny ofert, w tym w szczególności oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Odwołującego

3. Uwzględnienie w ocenie oferty Odwołującego wobec braku wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów podał, że Odwołujący złożył ofertę na dwie części zamówienia, która przy uwzględnieniu kryteriów oceny ofert określonych w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia jest ofertą najkorzystniejszą, zarówno dla części I "Przebudowa systemów grzewczych w budynku szkoły w Paradyżu z zastosowaniem odnawialnych źródeł energii - pompy ciepła i ogniwa fotowoltaiczne" jak i dla części II "Przebudowa systemów grzewczych w budynku szkoły w Wójcinie z zastosowaniem odnawialnych źródeł energii - pompy ciepła i ogniwa fotowoltaiczne".

Zamawiający pismem z dnia 17.01.2017 r. (znak: ZP.271.7.2016.16) w celu ustalenia czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwrócił się z się z prośbą o udzielenie wyjaśnień, dotyczących zaoferowanych przez Odwołującego cen w złożonej ofercie z dnia 11.01.2017 r. w zakresie oibu części zamówienia.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiający nie odniósł się do konkretnych cen i ich składowych zawartych w ofercie Odwołującego, które wydałyby się mu rażąco niskie lub budziłyby wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający w podnosił w szczególności kwestie, iż wyjaśnienia wpłynęły do Zamawiającego drogą elektroniczną jedną minutę po terminie wyznaczonym na składanie wyjaśnień. Jednakże w ostateczności Zamawiający odstąpił od kwestionowania braku zachowania terminu złożonych wyjaśnień.

Odwołujący w swoich wyjaśnieniach wykazywał, że:

1. żadna ze złożonych ofert na część I zamówienia nie ma ceny niższej o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert na tą część zamówienia;
2. w wycenie części I zamówienia nie występuje znacząca dysproporcja cen złożonych ofert;
3. wartość szacunkowa zamówienia dotycząca części I zamówienia została przez Zamawiającego przeszacowana;
4. że „kalkulacja wartości zamówienia opierała się w przypadku Zamawiającego na dokumentacji budowlanej, która opracowana została w 2014 r.". Zdaniem Wykonawcy „należy założyć, że tylko w przypadku części zamówienia dotyczącej instalacji fotowoltaicznej i konstrukcji wsporczej oraz przebudowy instalacji centralnego ogrzewania i ciepłej wody użytkowej (styczeń 2016) dokonano aktualizacji wyceny.”

Wskazał, że Odwołujący w wyjaśnieniach złożonych w dniu 23.01.2017 r. stwierdził, że oferta w części I w kwocie 3.199.900,02 zł jest niższa o 32,089% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 na kwotę 4.711.895,75 zł. (wartość

zamówienia wskazana przez Odwołującego to kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a wartość zamówienia jak się okazało to wartość jeszcze wyższa o 75.590,08 zł i wynosząca 4.787.485,83 zł brutto dla I części. W przypadku II części kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć to 2.555.645,40 zł brutto, natomiast wartość zamówienia to 2.634.006,07 zł brutto. W tej części wyjaśnień Odwołujący stwierdził, że wartość szacunkowa zamówienia nie może odpowiadać najniższej spodziewanej cenie, a powinna stanowić raczej wyraz uśrednionych oczekiwań, co do odpowiedzi wykonawców.

Nadto zwrócił uwagę na kwestie, że bezspornie jego zdaniem wartość zamówienia określona przez Zamawiającego nie jest wartością rynkową. W I części zamówienia najwyższa wartość oferty to 3 708 606,71 zł, czyli aż o 1.078.879,72 zł niższa od wartości zamówienia natomiast w II części najwyższa wartość oferty to 2.290.629,00 zł (następna w kolejności oferta jest tańsza, aż o 314.019,00 zł], czyli o 343 377,07 zł jest niższa od wartości zamówienia. Odnosząc się merytorycznie do enumeratywnie opisanego przez Zamawiającego zakresu wyjaśnień wskazał, że co do zasady przyjęte w kalkulacji kosztorysu oferty rozwiązania, są zgodne z załączoną do SIWZ dokumentacją projektową oraz udzielonymi przez Zamawiającego wyjaśnieniami. Wykonawca wskazał, że przyjął w swojej wycenie oferty dla części I produkty o parametrach nie gorszych niż zawartych w dokumentacji projektowej i wyjaśnieniach Zamawiającego do SIWZ z dnia 29.12.2016 r. zawartych w zmienionych tabelach równoważności, stanowiących zał. nr 10 i nr 11 do SIWZ. Wykonawca wykorzystał do wyceny np. paneli fotowoltaicznych i pomp ciepła posiadane korzystne umowy z producentami. Natomiast za dolne źródło ciepła (odwierty, materiał, robocizna): 396 251,00 netto Odwołujący zaoferował za ten element 902 173,00 zł netto. Zatem na pozostałe elementy systemu pozostaje wciąż 334 222,00 zł netto, co zapewnia wystarczający budżet na zapewnienie najwyższej jakości wykonania tej części zadania. Podał także iż RenCraft Sp. z o.o. współpracuje bezpośrednio z producentami kluczowych komponentów do budowy instalacji fotowoltaicznych wysokiej jakości. Jednym z nich jest jeden z największych na świecie producentów modułów fotowoltaicznych - Worldwide Energy and Manufacturing USA Co. LTD, działający pod marką AM ERIS O LAR. Odwołujący w wyjaśnieniach podkreślił, że cena jego oferty zarówno dla części I jak dla części II zamówienia zdecydowanie nie jest ceną rażąco niską, nie jest nawet ceną niską. W sposób oczywisty nie można mówić o cenie nierealistycznej, która znacząco odbiegałaby od cen rynkowych stosowanych w branży, a więc byłaby taka, która prowadzi do zachwiania ekwiwalentności wzajemnych świadczeń stron stosunku zobowiązaniowego. Stwierdził, że można przyjąć, iż to ceny zawarte w ofertach złożonych w konkretnym postępowaniu odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia. Są kalkulowane w tym samym czasie, a więc w konkretnych warunkach gospodarczych, a na kalkulacje mają wpływ zarówno te same uwarunkowania gospodarcze dla danego rynku ale

również kondycja poszczególnych wykonawców, wobec tego to one są doskonałym punktem odniesienia do kwalifikacji ceny jako ewentualnie rażąco niskiej.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie i podał, że RenCraft Sp. z o.o. złożyła ofertę na wykonanie 1 części zadania „Przebudowa systemów grzewczych w budynku szkoły w Paradyżu z zastosowaniem odnawialnych źródeł energii - pompy ciepła i ogniwa fotowoltaiczne” za cenę brutto w wysokości 3.199.900,02 zł, co stanowi 66,84% szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT i 90,98% w stosunku do średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert. Natomiast na część II na wykonanie zadania „Przebudowa systemów grzewczych w budynku szkoły w Wójcinie z zastosowaniem odnawialnych źródeł energii-pompy ciepła i ogniwa fotowoltaiczne” za cenę brutto 1.739.899.99 zł. co stanowi 66,06% szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT i 88,58% w stosunku do średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert.

W związku z podejrzeniem zaistnienia rażąco niskiej ceny Zamawiający, na podstawie art. 90 ust. 1 w związku z ust. 1a pkt 1 i 2 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do złożenia szczegółowych wyjaśnień, dotyczących zaoferowanych cen w zakresie części I i części II zamówienia, celem ustalenia czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Po wnikliwym przeanalizowaniu wyjaśnień Wykonawcy Zamawiający uznał, że są one lakoniczne, wręcz pozorne. Zawierają same ogólniki, które w żaden sposób nie wyjaśniają sposobu kalkulacji ceny oraz nie uzasadniają realności zaoferowanej ceny.

W zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie podał, że Odwołujący skupił się na wykazaniu, że wartość zamówienia wraz z podatkiem VAT określona przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania zarówno dla I jak i dla II części zamówienia została przeszacowana, tj. ustalona na znacząco wyższym poziomie niż wynikałoby to z realiów rynkowych, co zrodziło ten skutek, że wartość oferty Wykonawcy została nieprawidłowo oceniona jako oferta zawierająca rażąco niską cenę. Jednakże (dopiero) w odwołaniu Odwołujący wskazał podstawy kalkulacji ceny dla I i II części zamówienia, co nie mogło być brane przez Zamawiającego pod uwagę.

Podkreślił, że Zamawiający dokonał wezwania Odwołującego o złożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny ponieważ z art. 90 ust. 1 Pzp wynika jednoznacznie, że w sytuacji gdy Zamawiający ma wątpliwości co do realności ceny zaproponowanej w ofercie ma on ustawowe uprawnienie do żądania złożenia konkretnych wyjaśnień. Ta zasada doznaje wyjątku przewidzianego w ust. 1a art. 90 ustawy. Wprowadza on obowiązek obligatoryjnego żądania wyjaśnień w dwóch przypadkach. Pierwszy przypadek dotyczy sytuacji, gdy cena całkowita oferty jest niższa co najmniej 30% od: wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT, a drugi dotyczy średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Z wskazanych ww. cen oferty Odwołującego jednoznacznie wynikało, że Odwołujący złożył ofertę zarówno dla I jak i II części zamówienia niższą co najmniej o 30% od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT, dlatego też Zamawiający był zobowiązany skierować wezwanie do wyjaśnień zaofferowanej ceny. Z nadesłanych wyjaśnień wynikało, że „Wykonawca potwierdza, że przyjął w swojej wycenie oferty dla części I produkty o parametrach nie gorszych niż zawartych w dokumentacji projektowej i wyjaśnieniach Zamawiającego do SIWZ z dnia 29.12.2016 r. zawartych w zmienionych tabelach równoważności, stanowiących zał. nr 10 i nr 11 do SIWZ. Wykonawca wykorzystał do wyceny np. paneli fotowoltaicznych i pomp ciepła posiadane korzystne umowy z producentami”, jednakże nie podał w jakim stopniu cena oferty została obniżona z tego powodu. Nie wskazał również jakie konkretnie zaproponował urządzenia oraz kto konkretnie jest ich producentem. Nie przedstawił również kopii zawartych umów, ani też otrzymanych ofert, które uprawdopodobniłyby rzetelność przedstawionej kalkulacji cenowej.

Nadto powołał się na znakomitą współpracę z bankami oraz atrakcyjne warunki płatności dla dostawców, ale nie podał w jakim stopniu cena oferty została obniżona z tego powodu. W tym zakresie Zamawiający zauważył, że z uwagi na rozliczanie fakturami częściowymi nie wymagał, aby Wykonawca kredytował jego inwestycje. Podał także iż „analiza kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za prace albo minimalnej stawki godzinowej bezspornie pozwala potwierdzić, iż do realizacji inwestycji zostanie zaangażowanych min. 5 osób personelu wykonawcy, zatrudnionych w pełnym wymiarze czasu pracy, wraz z niezbędnymi narzędziami pracy, w tym samochodami służbowymi oraz pensją wyższą od najniższej krajowej.”

Jednakże według Zamawiającego z informacji o pensji wyższej od najniższej krajowej nie można wywnioskować zmniejszenia kosztów wykonania robót budowlanych. Tak więc ten argument, zdaniem Zamawiającego, nie mógł mieć również wpływu na obniżenie ceny oferty. Ponadto posiadanie przez Odwołującego samochodów służbowych czy niezbędnych narzędzi (przy czym zwracamy uwagę, że nie określono jakich) nie przełożyło się w ocenie Zamawiającego na udowodnienie prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej. Wyjaśnił także, że rynkowy poziom wyceny jego oferty potwierdza fakt, iż pozostali profesjonalni Wykonawcy (Konsorcjum: Ekoinstal Skierniewice + Eco-Therm Łowicz + Enviroenergy Łowicz i "OTECH" Sp. z o.o. Gorlice) złożyli bardzo zbliżone oferty cenowe; różnica rzędu 10% pochodzić może np. z przyjętego do kalkulacji kursu EUR, gdy w przypadku Odwołującego który realizuje zakupy walut w dużej ilości, a co za tym idzie tzw. *spready* walutowe są dla niego na niskim poziomie. Zamawiający odnosząc się do powyższego stwierdził, że Odwołujący powołuje się na kalkulację kursu EUR oraz na *spready* walutowe, ale nie podaje w jakim stopniu cena oferty została obniżona z tego powodu.

Natomiast w zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 Pzp. poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Odwołujący się nie wskazał na którym etapie postępowania i w jaki konkretnie sposób Zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołanie jest niezasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący wnosząc przedmiotowe odwołanie wykazał spełnianie przesłanek posiadania interesu o których mowa w art. 179 ust.1 Pzp.

Osią sporu w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym był zarzut czy oferta złożona przez Odwołującego była z ceną rażąco niską. Podkreślenia wymaga, co potwierdzał Zamawiający, iż wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień nie dlatego, że uważał iż oferta wykonawcy ze względu na wskazaną cenę jest rażąco niską, lecz dlatego, że cena ta odbiegała znacznie poniżej 30 % od wartości oszacowania przedmiotu zamówienia.

Przed oceną zasadności podniesionego w odwołaniu zarzutu wskazać należy iż wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty wykonawca, ma w zasadzie tylko jedną możliwość - złożyć pełne i wyczerpujące oraz udokumentowane wyjaśnienia. Możliwość kwestionowania samego wezwania w oparciu przepis art. 90 ust.1a pkt 1 wydaje się raczej teoretyczna. Ze znowelizowanego ww. przepisu wynika, że Zamawiający pomimo wypełnienia przesłanek do wezwania wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny nie musi tego czynić, gdy rozbieżności pomiędzy ceną oferty, a wartością oszacowania wynika z okoliczności oczywistych.

Dlatego też wezwany wykonawca jest zobowiązany złożyć szczegółowe wyjaśnienia składające się z prostego matematycznego sumowania wartości (opartego na dowodach np. w postaci ofert cenowych) wskazującego, że dodane wszelkie koszty rodzajowe, niezbędne do poniesienia aby wykonać zamówienie, nie osiągną wyższego pułapu niż wskazana w ofercie cena.

Wskazywanie w wyjaśnieniach na relacje poszczególnych cen ofertowych, czy to do wartości oszacowania przedmiotu zamówienia, czy też średniej ceny arytmetycznej

wszystkich złożonych ofert jest informacją zupełnie nieprzydatną dla wyjaśnienia czy cena oferty nie jest rażąco niską, gdyż Zamawiający kierując wezwaniem do wykonawcy te wszystkie informacje już posiada. Oceniając informacje składane przez wykonawców w ramach wyjaśnienia poprawności skalkulowania ceny ofertowej Izba wielokrotnie w orzeczeniach wskazywała na należy na pewną regułę zachowań wykonawców, polegającą na tym, iż wezwani wykonawcy nie przywiązują większej wagi do tego czy udzielane Zamawiającemu wyjaśnienia są pełne i zamykają w pewien logiczny ciąg sposób i realność skalkulowanej ceny. Niestety częstym zjawiskiem jest przesyłanie zamawiającemu wyjaśnienia po to, aby wypełnić obowiązek wynikający z wezwania. Natomiast dopiero kiedy Zamawiający nie uzna przesłanych wyjaśnień za wystarczające dla obalenia wystąpienia przesłanki rażąco niskiej ceny i ofertę odrzuci, to wtedy wykonawcy kompletują różnego rodzaju dowody, które przesyłają wraz z odwołaniem do KIO mające wskazywać na rynkowość ceny ofertowej. Jest to działanie błędne, gdyż przesłane po upływie terminu wskazanego w wezwaniu wyjaśnienia, nie mogą mieć ono żadnego znaczenia dowodowego. Otóż podstawą oceny zasadności zarzutu odrzucenia oferty z powodu niewykazania, że cena oferty jest prawidłowa są tylko i wyłącznie wyjaśnienia wykonawców przesłane Zamawiającemu na termin wskazany w wezwaniu do złożenia wyjaśnień. Zamawiający w oparciu o te wyjaśnienia dokonuje oceny ceny ofertowej, a Izba bada prawidłowość tej czynności Zamawiającego w świetle uzyskanych wyjaśnień. Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. akt IV Ca 1299/09 stwierdzić należy, że składanie przez skarżącego dopiero na rozprawie, dodatkowych wyjaśnień i przedstawianie przed KIO nowych argumentów w celu wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny, nie może być wzięte pod uwagę ani przez KIO ani tym bardziej przez Sąd Okręgowy. Informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane Zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego (celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego przyjęcia oferty lub jej odrzucenia), a nie w toku postępowania odwoławczego przed KIO. Za wyrokami KIO o sygn. KIO 2604/10 i KIO 1515/11; *należy stwierdzić, że* rozprawa nie może stanowić kontynuacji procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp skoro postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą stanowi ocenę zakończonej już procedury wyjaśniającej na okoliczność zaoferowania rażąco niskiej ceny. Postępowanie wyjaśniające mające na celu wykazanie, iż zaoferowana cena ma charakter rynkowy i nie jest rażąco niska, zgodnie z art. 90 ust.2 Pzp spoczywa na wezwanym wykonawcy. Ponadto podkreślić należy, iż fakt wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, czy złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny obliuguje Zamawiającego do przeprowadzenia całości procedury wyjaśniającej, niezależnie od tego czy Zamawiający miał wątpliwości co do prawidłowości skalkulowania ceny, czy też wezwanie w tym zakresie było dla Zamawiającego obligatoryjne.

W świetle powyższych ustaleń odnosząc się do wyjaśnień wykonawcy i stanowiska Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego Izba stwierdza, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał iż zaoferowana cena jest ceną za które możliwe jest wykonanie przedmiotu zamówienia.

Z analizy złożonych wyjaśnień należy wywieść, iż zdecydowana większość treści złożonych wyjaśnień dotyczy polemiki Odwołującego z Zamawiającym odnoszącej do zasadności wezwania, natomiast część wyjaśnień odnosząca się pośrednio do podstaw skalkulowania ceny oferty ogranicza się w zasadzie do ogólnikowego powołania się na kilka okoliczności mających tą cenę uzasadniać. Jednakże i w tej sytuacji brak jest jakiegokolwiek wyliczenia w jaki konkretnie sposób i w jakiej konkretnej wysokości okoliczności te przekładają się na obniżenie kosztów realizacji zamówienia. Żadna z zasygnalizowanych w wyjaśnieniach okoliczności nie została poparta przez Odwołującego jakichkolwiek dowodami. Jako przykład- Odwołujący powołał się na „*posiadane korzystne umowy z producentami*” (str. 3 wyjaśnień, pkt 3) oraz na „*oferowanie dostawcom towarów i usług atrakcyjnych warunków płatności, co z kolei przekłada się na odczuwalnie lepsze ceny zakupów (np. skonto)*” (str. 3 wyjaśnień, pkt 4), ale nie załączył ani tych umów, ani żadnych innych dokumentów potwierdzających „*odczuwalnie lepsze ceny zakupów*”. Częściowe dowody w tym zakresie zostały dołączone dopiero do odwołania, co jest działaniem spóźnionym i nie podlegającym weryfikacji Izby, dlatego też Zamawiający słusznie uznał iż *twierdzenia dotyczące Odwołującego zawarte w wyjaśnieniach są gołosłowne i nie przedstawiono choćby jednego dowodu na ich poparcie.*

Nadto podkreślenia wymaga kwestia, iż Zamawiający w wezwaniu w sposób jednoznaczny określił zakres wyjaśnień których ma udzielić Odwołujący podając, że „*wyjaśnienia wraz z dowodami dotyczącymi wyliczenia ceny, muszą zostać dostarczone odrębnie na każde zadanie(...) wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i winny zawierać aspekty mające wpływ na cenę, tak, aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia, a jednocześnie nie mogą opierać się na samych oświadczeniach wykonawcy (...) składając wyjaśnienia wykonawca winien wskazać co spowodowało możliwość zaoferowania danego poziomu ceny, jej obniżenia oraz stopień w jakim cena została obniżona dzięki wskazanym czynnikom*”. Natomiast powyżej opisane wyjaśnienia Odwołującego nie tylko że były ogólnikowe, ale dotyczyły tylko zadania I. Odwołujący w wyjaśnieniach podał, że „*wszystkie zawarte wyjaśnienia dotyczące I części zamówienia pozostają aktualne również do II części zamówienia*”. Taki sposób wyjaśniania ceny zdaniem Izby jest niewystarczający, bo pomimo podobnego zakresu robót w obu częściach zamówienia to jednak koszty ich wykonania nie mogą być tożsame, chociażby ze względu na wykonywanie ich na innym budynku oraz w innej miejscowości. Dlatego też

zasadna jest sugestia Zamawiającego, że Odwołujący w ogóle złożył wyjaśnienia tylko dla zadania pierwszego.

W kolejnym zarzucie prezentowanym szeroko na rozprawie, Odwołujący wskazywał iż - w nawiązaniu do pisma skierowanego do Zamawiającego w dniu 30 stycznia 2017 roku w którym między innymi dopytywał się czy złożone wyjaśnienia potwierdzają w sposób nie budzący wątpliwości że zaoferowana cena nie jest rażąco niska- oczekiwał, że jeśli Zamawiający miał wątpliwości co do poprawności udzielonych wyjaśnień to winien był skierować do Odwołującego dalsze wezwania. Powyższe oczekiwanie Izba uznaje za niezasadne.

W tym zakresie stwierdzić należy iż zasadą jest, że wykonawca w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o wszczęciu postępowania składa Zamawiającemu prawidłową nie podlegającą uzupełnieniom ofertę. Każde wezwanie do uzupełnienia oferty bądź wyjaśnienia niezgodności czy wątpliwości jest odstępstwem od zasady równego traktowania wykonawców wynikającej z art. 7 ust.1 Pzp co można streścić zwrotem „*jeśli jeden wykonawca składa ofertę poprawną w wyznaczonym terminie to dlaczego inny wykonawca tego nie czyni i uzyskuje kolejną szansę na poprawę złożonej oferty*”. Jednakże ustawodawca celem zapobieżenia odrzucania ofert obarczonych nieistotnymi wadami czy wątpliwościami dopuścił w szeregu przepisów ustawy Pzp możliwość wzywania wykonawców do złożenia wyjaśnień czy uzupełnienia treści oferty, bądź jej poprawy. Jednakże ta możliwość wezwania została przez liczne orzecznictwo i doktrynę w tym zakresie uznana za możliwość jednokrotną. Powszechnie uznaje się również, że jeżeli złożone wyjaśnienia budzą wątpliwości Zamawiającego, a w szczególności wynikają z niedoprecyzowanego wezwania to Zamawiający może jeszcze dopytać (nie wezwać o ponowne złożenie wyjaśnień) wykonawcę w tym zakresie. Z powyższego należy wywieść wniosek, że aby Zamawiający mógł „dopytać” wykonawcę to musi otrzymać wyjaśnienia – nie jakiegokolwiek, ale konkretne będące odpowiedzią na wezwanie, a dopytanie ma na celu tylko doprecyzowanie jakiejś niejasności. O takim obowiązku nie może być mowy w sytuacji kiedy złożone wyjaśnienia są na tyle ogólnikowe, że nie ma w nich treści wymagającej doprecyzowania, ale *de facto* należało by ponownie skierować do wykonawcy treść uprzedniego wezwania. Taka sytuacja zdaniem Izby miała miejsce w tym postępowaniu, gdyż złożone ogólnikowe wyjaśnienia nie mogły nawet po części rozwiązać wątpliwości Zamawiającego w tym zakresie.

W zakresie zarzutu odwołania co do naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust.1 Pzp Izba stwierdza iż zasadność tego zarzutu nie została wykazana, gdyż Odwołujący oprócz przywołania go w odwołaniu nie przedstawił jakichkolwiek dowodów, czy chociażby okoliczności w których miałby on w tym postępowaniu zaistnieć.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności czynność odrzucenia oferty Odwołującego Izba ocenia za zasadną. Oferta Odwołującego została odrzucona ze względu na przedstawienie ogólnikowych wyjaśnień i nieprzedłożenia dowodów mających potwierdzać prawidłowość wyliczenia ceny ofertowej.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsca w przedmiotowym postępowaniu.

Izba orzekła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp,.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 1b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący