

Sygn. akt: KIO 180/17

POSTANOWIENIE
z dnia 7 lutego 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Członkowie: Renata Tubisz
Paweł Trojan
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania w Warszawie w dniu 7 lutego 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2017r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum TPF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Szyszkowa 34 i Getinsa Payma SL z siedzibą w Hiszpanii w Madrycie, c/Ramon de Aguinaga 8** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH INWESTOR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 69, Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe APIN A. P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wyszku, ul. St. Moniuszki 8, KOLTECH Infra spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Wolnego 12** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 180/17 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. odrzuca odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum TPF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Szyszkowa 34 i Getinsa Payma SL z siedzibą w Hiszpanii w Madrycie, c/Ramon de Aguinaga 8 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum TPF spółka z

ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Szyszkowa 34 i Getinsa Payma SL z siedzibą w Hiszpanii w Madrycie, c/Ramon de Aguinaga 8 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 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zarządzanie i pełnienie nadzoru nad przebudową linii kolejowej nr 14 na odcinku Łódź Kaliska - Zduńska Wola od km 0,502 do km 43,020 w ramach projektu „Prace na liniach kolejowych nr 14, 811 na odcinku Łódź Kaliska - Zduńska Wola - Ostrów Wlkp., Etap 1 Łódź Kaliska - Zduńska Wola” ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 października 2016r. za numerem 2016/S 191-343759.

Odwołujący: Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: TPFSp. z o.o. - Lider, ul. Szyszkowa 34, 02-285 Warszawa, Getinsa Payma SL - Partner, c/Ramon de Aguinaga 8, 28028 Madryt, Hiszpania w dniu 16 grudnia 2016 r. - otrzymał pismo „Zawiadomienie o odrzuceniu oferty”.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579), zwanej dalej ustawą, motywując, że po pierwsze odwołujący nie wyjaśnił powodu zastosowania przez niego innych stawek kosztów w okresie wydłużonym w stosunku do stawek wskazanych w okresie podstawowym oraz nie przedłożył dowodów w tym zakresie. Nadto wskazał, że odwołujący nie przedłożył dowodów na wysokość kosztu polisy, dowodów(oferty) na wynajem biura, które pokrywałyby się z kosztem wskazanym w wyjaśnieniach, dowodów potwierdzających wysokość kosztów wynagrodzenia personelu.

Odwołujący wniósł odwołanie od

1. czynności odrzucenia oferty odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy, pomimo iż oferta odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz Odwołujący złożył odpowiednie wyjaśnienia na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy,
2. czynności oceny wyjaśnień złożonych przez odwołującego w dniach 1 grudnia 2016 r. i 12 grudnia 2016 r.,
3. z ostrożności procesowej - zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania wezwania Konsorcjum Koltech do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust 1 ustawy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy, przez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo iż oferta odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny, a odwołujący złożył odpowiednie wyjaśnienia,

2. naruszenie przepisu art. 90 ust. 1-3 ustawy przez nienależytą ocenę złożonych wyjaśnień,

3. z ostrożności procesowej - naruszenie przepisu art. 90 ust. 1-3 ustawy przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień.

Wnosił o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności oceny ofert,
2. Dokonania ponownej oceny ofert,
3. Unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
4. Z ostrożności procesowej - wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień,
5. Wybór oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, iż zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską i jest ona wynikiem rzetelnej wyceny oraz świadomego działania. Według odwołującego cena ta zawiera wszystkie określone przez zamawiającego w SIWZ koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, a także godziwy zysk oraz rezerwę na ryzyka związane z realizacją zamówienia. Oświadczył, że cena została ukształtowana zarówno na podstawie wymagań zamawiającego skonkretyzowanych w SIWZ, jak i doświadczenia odwołującego w realizacji podobnych zamówień przy uwzględnienie cen rynkowych obowiązujących na rynku w momencie składania oferty.

Odwołujący zwrócił uwagę, że podstawą odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy jest brak złożenia wyjaśnień lub też złożenie takich wyjaśnień, które po dokonaniu oceny przez zamawiającego potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Przy czym zakres wyjaśnień zawsze zależny jest od zakresu wezwania, z jakim do wykonawcy zwraca się zamawiający. Według odwołującego wykonawca nie ma obowiązku domyślać się, jakie ewentualne wątpliwości wzbudziła jego oferta, czy też cena oferty. Stwierdził, że wyjaśnienia z dnia 1 grudnia 2016 roku wskazywały wszystkie elementy wskazane zarówno w przepisie art. 90 ust. 1 ustawy, jak i w wezwaniu zamawiającego z dnia 24 listopada 2016 roku.

Zauważył, że zamawiający wzywał do wskazania konkretnych danych liczbowych, szczegółowych kalkulacji dla cenników cenotwórczych dla każdego Etapu, wyszczególnienia ilości zatrudnionego personelu w okresie podstawowym i wydłużonym, przewidywaną ilość roboczogodzin członków personelu - i wszystkie te konkretnie wskazane przez zamawiającego elementy zostały ujęte w wyjaśnieniach. Podniósł również, że wezwanie z dnia 5 grudnia 2016 roku zawierało 4 konkretne pytania zamawiającego, na które to pytania odwołujący bardzo szczegółowo odpowiedział, przedstawiając dowody.

W ocenie odwołującego - jeżeli zamawiający miał jakieś dalsze wątpliwości po zapoznaniu się z wyjaśnieniami z dnia 12 grudnia 2016 roku, to powinien wezwać odwołującego do ich wyjaśnienia, a zaniechanie takiego wezwania stanowi naruszenie ustawy, a to wobec faktu, że odwołujący zarówno odpowiedział na wszystkie pytania zamawiającego z pisma z dnia 5 grudnia 2016 roku, jak i przedstawił dowody na poparcie złożonych wyjaśnień.

Pozostałą część uzasadnienia Odwołujący zawarł w Załączniku Nr 1 do odwołania - ze względu na fakt, że wyjaśnienia Odwołującego złożone na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, zaś uzasadnienie ze swej istoty odnosi się do tych wyjaśnień.

Odnośnie zastrzeżenia zamawiającego braku wyjaśnienia powodu zastosowania innych stawek w okresie podstawowym i wydłużonym oraz nie przedłożenia w tym zakresie dowodów, odwołujący przekonywał, że wyjaśnił swoje założenia do kalkulacji uwzględniającej te różnice, a w wyjaśnieniach z dnia 12 grudnia 2016r. przedstawił stosowną tabelę pokazującą sposób szacowania kosztów na danych stanowiskach, do których zostały załączone umowy z personelem oraz oferty z podwykonawcami.

W zakresie argumentacji zamawiającego z zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego dotyczącej braku przedstawienia dowodów na wysokość kosztów polisy oświadczył, że załączył do wyjaśnień certyfikat potwierdzający posiadanie polisy OC, a w wyjaśnieniach z dnia 1 grudnia 2016r. we wskazanych tam odpowiednich pozycjach zamieścił kwotę tytułem polisy zarówno OC, jak i gwarancji należytego wykonania umowy. Przekonywał, że kwota ta ma charakter rynkowy i rzeczywisty.

W zakresie uznania przez zamawiającego braku przedstawienia przez odwołującego dowodów na wysokość kosztów wynajmu biura stwierdził, że koszty najmu oszacował z nadwyżką, gdyż spodziewa się wzrostu kosztów najmu i mediów. W odniesieniu do zarzutów zamawiającego, że odwołujący nie przedstawił dowodów na wysokość wynagrodzenia personelu podniósł, że umowy z personelem i podwykonawcami załączył już przy pierwszych wyjaśnieniach, a zamawiający w ogóle nie wskazał, które z nich budzą jego wątpliwości.

Stwierdził również, że nie ma obowiązku związania umowami z tymi podmiotami przed zawarciem umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

W dniu 30 grudnia 2016r. zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca: Konsorcjum: Firma Menadżersko-Konsultingowa Kolmen sp. z o.o., J.S. Hamilton Poland S.A., Konsorcjum: Drogowa Trasa Średnicowa S.A., MP Mosty sp. z o.o., Konsorcjum: Koltech Inwestor sp. z o.o., PHU Apin A. P., Koltech Infra sp. z o.o.

W wyroku z dnia 11 stycznia 2017r. w sprawie sygn. akt KIO 2446/16 Izba orzekła, że uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia

oferty odwołującego oraz nakazuje zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert, w tym ponownego przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego rażąco niską ceną w stosunku do oferty odwołującego,

W uzasadnieniu orzeczenia Izba stanęła na stanowisku, że wyjaśnienia odwołującego odnoszące się do rażąco niskiej ceny nie dawały zamawiającemu podstawy do potwierdzenia jej istnienia.

Według zapatrywania Izby zamawiający w ogóle nie dokonał oceny wyjaśnień lub dokonał ją bez należytej staranności, co skutkuje brakiem możliwości przyjęcia, że taka ocena w ogóle została dokonana w rozumieniu art.90 ust.3 ustawy. Ten wniosek Izba wyprowadziła z następujących faktów. W protokole z posiedzenia Komisji Przetargowej z dnia 14 grudnia 2016r. na stronie 4 istnieje wzmianka, że „Komisja Przetargowa wraz z powołanym do jej składu biegłym, przeanalizowała złożone wyjaśnienia(...)”, jednak w aktach sprawy brak jest pisemnej opinii tego biegłego, co zostało przyznane przez zamawiającego na rozprawie. W ocenie Izby nie była możliwa ocena przez zamawiającego wyjaśnień rażąco niskiej ceny, załączonej przez odwołującego szczegółowej kalkulacji czy przedłożonych dowodów bez szczegółowej analizy wyrażonej przez zamawiającego w formie pisemnej.

Zdaniem Izby odwołujący przedłożył wyjaśnienia wraz z dowodami, w tym kalkulację cenową, z której wynikało, że przewidział on wszystkie koszty na kontrakcie, a także złożył na ich potwierdzenie takie dowody, jak oferty podwykonawcze, umowy z personelem na świadczenie usług, umowy o pracę, faktury za utrzymanie i wyposażenie biura, ofertę najmu biura, odpis polisy OC.

Izba wskazała również, że zamawiający w swoim uzasadnieniu do czynności odrzucenia oferty odwołującego podał jedynie dwa powody, dla których potraktował on badaną ofertę, jaką zawierającą rażąco niską cenę. W ocenie Izby odwołujący w swoich wyjaśnieniach podał powody zastosowania przez niego innych stawek kosztów zatrudnienia personelu w okresie wydłużonym w stosunku do okresu podstawowego, co zostało wskazane na stronie 3 w pkt. 1 pisma z dnia 12 grudnia 2016r., do których zamawiający w ogóle się nie odniósł.

Nadto, zamawiający w uzasadnieniu do swojej czynności nie omówił złożonych przez odwołującego wyjaśnień (w zakresie pkt. 4 – str.3) i złożonej polisy przedłożonych przy piśmie z dnia 12 grudnia 2016r., a także oferty z rynku dotyczącej najmu biura. Tak samo zamawiający w ogóle nie wykazał, że poszczególne koszty jednostkowe zatrudnienia personelu są rażąco niskie.

Według zapatrywania Izby celem postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art.90 ustawy, jest ustalenie faktów świadczących o tym, że zaferowana przez wykonawców cena jest nierealna, niewiarygodna i nie zapewni prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Izba przyjęła, że powyższa procedura wyjaśniająca musi zmierzać do pełnego

wyjaśnienia zaoferowanej ceny, a także wątpliwych jej kosztów. Jedynie przedłożenie przez wykonawcę ogólnych, lakonicznych wyjaśnień i niewiarygodnych dowodów może prowadzić do odrzucenia oferty odwołującego, bez prowadzenia dodatkowych wyjaśnień.

Izba zauważyła, że w przedmiotowej sprawie zamawiający przy swojej czynności odrzucenia oferty odwołującego nie podjął się nawet próby przeciwdowodu dla wykazania rażąco zaniżenia poszczególnych kosztów, a w konsekwencji podania przez odwołującego rażąco niskiej ceny. Jeżeli zatem odwołujący wyjaśnił powody, dla których dokonywał szacowania w oparciu o daną metodykę stawek kosztów w okresie podstawowym i przejściowym, które to koszty różniły się, to zamawiający powinien podać motywację, z jakiej przyczyny szacowany w ten sposób koszt jest rażąco zaniżony.

Podobnie, w odniesieniu do złożonych wyjaśnień i dowodów dotyczących kosztu polisy, wynajmu biura, a także kosztów wynagrodzenia personelu powinien wskazać, z jakich przyczyn podane przez odwołującego konkretne pozycje kosztowe nie dają gwarancji wykonania zamówienia, również opierając się na dowodach. Wprawdzie zgodnie z art.190 ust. 1a pkt. 1 ustawy ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego, jednak złożone w postępowaniu odwoławczym wyjaśnienia i dowody wymagają przeprowadzenia przeciwdowodu, jeżeli zamawiający ma wiedzę, że podana przez odwołującego cena jest rażąco niska i zawiera rażąco niskie koszty, które nie zapewniają należytego wykonania zadania.

W przeciwnym razie należałoby przyjąć, że rozstrzygnięcie postępowania przetargowego o odrzuceniu oferty wykonawcy z powodu istnienia rażąco niskiej ceny jest aktem jednostronnym zbliżonym do uznaniowej decyzji administracyjnej, a nie aktem konsensualnym równorzędnych podmiotów obrotu zamówień publicznych.

Z tych względów Izba w sprawie sygn. akt KIO 2446/16 przyjęła, że zamawiający nie miał podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy na zasadzie art. 89 ust.1 pkt. 4 ustawy, a jej uruchomienie mogłoby nastąpić jedynie, gdyby dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdziła, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby przeprowadzone przez zamawiającego postępowanie wyjaśniające rażąco niską cenę nie zostało przeprowadzone przez niego w sposób wszechstronny i wyczerpujący, w tym także w zakresie precyzji zgłaszanych wobec odwołującego wątpliwości do poszczególnych elementów kosztowych. Izba zatem nie mogła uznać takiego działania za mieszczące się w dyspozycji przepisu art.90 ust.3 ustawy Pzp.

W konsekwencji omówionego orzeczenia Izby w dniu 18 stycznia 2017r.zamawiający wezwał odwołującego do złożenia szczegółowych i wyczerpujących wyjaśnień w zakresie każdego elementu jednostkowego składającego się na cenę oferty wraz z przedstawieniem dowodów

potwierdzających wyjaśnienia. Zamawiający wskazał również, że w odpowiedzi na wezwanie wykonawca może przedstawić według swojego uznania stosowne informacje, bowiem ciężar dowodu w tej sytuacji spoczywa na wykonawcy. Ponadto zamawiający zwrócił uwagę na osiem okoliczności, w tym wskazał jakie dowody uznałby za przekonujące.

W dniu 27 stycznia 2017r. odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 20 grudnia 2016r. udzielonego przez lidera konsorcjum i podpisanego przez dwóch członków zarządu firmy TPF sp.z o.o., zgodnie z zasadami reprezentacji tej spółki ujawnionymi w KRS załączonym do odwołania. Lider działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 18 listopada 2016r. udzielonego przez obu członków konsorcjum i podpisanego za TPF jak wyżej, a za Getinsa przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa notarialnego z dnia 11 marca 2013r. udzielonego przez pełnomocnika działającego na podstawie uchwały zarządu z dnia 11 marca 2013r. poświadczonej przez Prezesa zarządu spółki, zgodnie z wpisem do Rejestru Handlowego Prowincji Madryt załączonego do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 27 stycznia 2017r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy przez bezwzględne żądanie przedstawienia dowodów i wskazanie, jakie dowody mają być przedłożone.

Wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wezwania z dnia 18 stycznia 2017 roku,
2. wystosowania wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy zgodnie z ustawą.

W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 2 ustawy) odwołujący żądał od zamawiającego: dokonania czynności zgodnie ze wskazanym powyżej żądaniem odwołania.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust 1 ustawy oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy. Odwołujący jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11) ustawy i ubiega się o udzielenie zamówienia. W wyniku bezprawnych czynności zamawiającego wskazanych powyżej odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu. Ponadto - w wyniku w/w naruszeń przepisów ustawy może dojść do następczego unieważnienia postępowania - co także naraziłoby odwołującego na poniesienie szkody.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że nie otrzymał jeszcze uzasadnienia wyroku Izby w sprawie sygn. akt KIO 2446/16. Wynioskował, że także zamawiający na dzień

wystosowania wezwania nie otrzymał takiego uzasadnienia. Nie jest zatem, zdaniem odwołującego, możliwe stwierdzenie, jakie było szczegółowe uzasadnienie stanowiska Izby, iż odwołującego należy wezwać ponownie do złożenia wyjaśnień oraz jaki to ewentualnie ma być zakres wyjaśnień - o ile Izba zakres taki w ogóle w wyroku wskazała.

Pozostała część uzasadnienia została zawarta w Załączniku Nr 1 do odwołania - ze względu na fakt, że wyjaśnienia odwołującego złożone na podstawie art. 90 ust. 1 zostały skutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, zaś uzasadnienie ze swej istoty odnosi się do tych wyjaśnień.

W załączniku nr 1 objętym tajemnicą odwołujący odniósł się do poszczególnych elementów wezwania zamawiającego w szczególności wskazując na brak podstawy prawnej do żądania konkretnych rodzajów dowodów – okoliczność wskazana przez samego odwołującego na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

W dniu 30 stycznia 2017r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię.

W dniu 1 lutego 2017r. zamawiający złożył pismo, w którym oświadczył, że odwołujący w dniu 25 stycznia 2017r. złożył wyjaśnienia na wezwanie zamawiającego z dnia 18 stycznia 2017r.

W dniu 2 lutego 2017r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH INWESTOR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 69, Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe APIN A. P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wyszkwie, ul. St. Moniuszki 8, KOLTECH Infra spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Wolnego 12 zgłosili swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 180/17 po stronie zamawiającego wskazując, że mają interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż w dniu 16 grudnia 2016r. zostali wezwani w trybie art. 26 ust. 1 ustawy do złożenia dokumentów i oświadczeń, gdyż ich oferta została najwyżej oceniona, a uwzględnienie odwołania może pozbawić ich możliwości uzyskania zamówienia. Wnieśli o oddalenie odwołania. Zgłoszenie zostało podpisane przez prezesa zarządu lidera konsorcjum, upoważnionego do samodzielnej reprezentacji lidera, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Lider działał na podstawie pełnomocnictw partnerów z dnia 17 listopada 2016r., udzielonych zgodnie z zasadami reprezentacji partnerów, ujawnionych w KRSach partnerów, których odpisy załączono. Kopia zgłoszenia została przekazana w dniu 2 lutego 2017r.

Odwołujący zgłosił opozycję wobec przystąpienia wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia po stronie zamawiającego podnosząc, że czynność wezwania do wyjaśnień ceny rażąco niskiej nie ma wpływu na interes przystępującego.

Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt. 5 ustawy uznając, że czynność wezwania do wyjaśnień z dnia 18 stycznia 2017r. jest wykonana zgodnie z treścią wyroku Izby sygn. akt KIO 2446/16.

Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania na tej samej podstawie.

Odwołujący wniósł o oddalenie wniosku o odrzucenie odwołania uznając, że wyrok Izby sygn. akt KIO 2446/16 pozostawił zamawiającemu swobodę przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego, z ograniczeniami wynikającymi z art. 90 ustawy i zamawiający te granice przekroczył, czego nie można uznać za zgodne z wyrokiem Izby w sprawie sygn. akt KIO 2446/16.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania o udzielenia zamówienia jak również z akt postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2446/16. Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła:

W pierwotnym odwołaniu odwołujący zarzucił z ostrożności procesowej - naruszenie przepisu art. 90 ust. 1-3 ustawy przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień i odpowiednio do tego zarzutu wnosił o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie zamawiającemu z ostrożności procesowej - wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień.

W wyroku z dnia 11 stycznia 2017r. w sprawie sygn. akt KIO 2446/16 Izba orzekła, że uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazuje zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert, w tym ponownego przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego rażąco niską ceną w stosunku do oferty odwołującego.

W uzasadnieniu orzeczenia Izba wskazała, że według zapatrywania Izby celem postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art.90 ustawy, jest ustalenie faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawców cena jest nierealna, niewiarygodna i nie zapewni prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Izba przyjęła, że powyższa procedura wyjaśniająca musi zmierzać do pełnego wyjaśnienia zaoferowanej ceny, a także wątpliwych jej kosztów.

W ocenie Izby przeprowadzone przez zamawiającego postępowanie wyjaśniające rażąco niską cenę nie zostało przeprowadzone przez niego w sposób wszechstronny i wyczerpujący, w tym także w zakresie precyzji zgłaszanych wobec odwołującego wątpliwości do poszczególnych elementów kosztowych.

W konsekwencji omówionego orzeczenia Izby w dniu 18 stycznia 2017r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia szczegółowych i wyczerpujących wyjaśnień w zakresie każdego

elementu jednostkowego składającego się na cenę oferty wraz z przedstawieniem dowodów potwierdzających wyjaśnienia. Zamawiający wskazał również, że w odpowiedzi na wezwanie wykonawca może przedstawić według swojego uznania stosowne informacje, bowiem ciężar dowodu w tej sytuacji spoczywa na wykonawcy. Ponadto zamawiający zwrócił uwagę na osiem okoliczności, w tym wskazał jakie dowody uznałby za przekonujące.

Izba na podstawie powyższych elementów ustaliła, że poprzedni wyrok w sprawie sygn. akt KIO 2446/16 czynił zadość ewentualnemu żądaniu odwołania tj. nakazaniu wezwania do złożenia dodatkowych wyjaśnień. W ocenie Izby to, że postępowanie wyjaśniające cenę rażąco niską oferty odwołującego miało obejmować ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień, wynika z uzasadnienia tegoż orzeczenia, gdyż Izba wskazywała na konieczność wyjaśnienia wątpliwych kosztów, jak i nakazywała zamawiającemu precyzję przy zgłaszaniu odwołującemu wątpliwości do poszczególnych elementów kosztowych. Tym samym w ocenie Izby z powyższego materiału dowodowego należało wyprowadzić dalsze ustalenie, że Izba w wyroku orzekając o nakazie ponownego przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego rażąco niską ceną w stosunku do oferty odwołującego, orzekła o konieczności wezwania w zakresie wszystkich wątpliwych kosztów i to nakazała zamawiającemu, aby wyjaśnił odwołującemu precyzyjnie jakie ma wątpliwości. Tym samym wezwanie zamawiającego z dnia 18 stycznia 2017r. odnosiło się do 8 wątpliwych w ocenie zamawiającego okoliczności i wskazywało precyzyjnie, co budzi wątpliwości zamawiającego.

Izba zważyła, co następuje:

Izba postanowiła oddalić opozycję odwołującego wobec przystąpienia wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH INWESTOR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 69, Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe APIN A. P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wyszkanie, ul. St. Moniuszki 8, KOLTECH Infra spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Wolnego 12 przychyłając się do argumentacji zamawiającego i zgłaszającego przystąpienie, że wezwanie do wyjaśnień ceny rażąco niskiej konkurenta zgłaszającego ma pośredni wpływ na sytuację zgłaszającego w danym postępowaniu, gdyż podważa wiarygodność ceny ofertowej odwołującego i może mieć wpływ na ranking ofert, a zatem może oddziaływać na sytuację zgłaszającego umożliwiając mu utrzymanie pozycji wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. W konsekwencji ma on interes w tym, aby wezwanie do wyjaśnień skierowane do odwołującego pozostało skutecznym w tym postępowaniu.

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Na podstawie wyżej ustalonego stanu faktycznego Izba oceniła, że odwołanie zasługuje na odrzucenie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt. 5 ustawy, który stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby. Jak ustalono wyżej Izba w wyroku sygn. akt KIO 2446/16 nakazała zamawiającemu powtórzyć postępowanie wyjaśniające cenę rażąco niską, a z uzasadnienia wyroku wynikało, że zamawiający ma powtórzyć też wezwanie do wyjaśnień, aby wyjaśnić wszystkie wątpliwe koszty i przedstawić odwołującemu swoje wątpliwości w sposób precyzyjny. Izba ustaliła, że wezwanie zamawiającego z dnia 18 stycznia 2017r. realizuje tak sentencję jak i wskazówki Izby zawarte w wyroku. Czynność zamawiającego należy zatem uznać za ocenioną zgodnie z treścią wyroku Izby. W konsekwencji Izba musiała zastosować się do normy art. 189 ust. 2 pkt. 5 ustawy i odrzucić odwołanie.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 189 ust. 2 pkt. 5 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. a i b i § 5 ust. 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238, ze zm. z 2017 poz. 47) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczzonego przez odwołującego wpisu od odwołania.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....