

WYROK
z dnia 11 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TPF Sp. z o.o. - Lider, ul. Szyszkowa 34, 02-285 Warszawa, Getinsa Payma SL - Partner, c/Ramon de Aguinaga 8, 28028 Madryt, Hiszpania w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa

przy udziale

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Firmy Menadżersko-Konsultingowej Kolmen sp. z o.o., J.S. Hamilton Poland S.A. zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2446/16 po stronie Zamawiającego,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Drogowa Trasa Średnicowa S.A., MP Mosty sp. z o.o. zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2446/16 po stronie Zamawiającego,

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Koltech Inwestor sp. z o.o., PHU Apin A. P., Koltech Infra sp. z o.o. zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2446/16 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. 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,

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego 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: TPF Sp. z o.o. - Lider, ul. Szyszkowa 34, 02-285 Warszawa, Getinsa Payma SL - Partner, c/Ramon de Aguinaga 8, 28028 Madryt, Hiszpania tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TPF Sp. z o.o. - Lider, ul. Szyszkowa 34, 02-285 Warszawa, Getinsa Payma SL - Partner, c/Ramon de Aguinaga 8, 28028 Madryt, Hiszpania kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych osiemnaście groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 wraz ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

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”.

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 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, motywując, że po pierwsze wykonawca nie wyjaśnił powodu zastosowania przez Wykonawcę innych stawek kosztów w okresie wydłużonym w stosunku do stawek wskazanych w okresie podstawowym oraz nie przedłożył dowodów w tym zakresie.

Po drugie, w uzasadnieniu wskazał, że wykonawca 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. Zauważył, że Zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień wskazał, że wyjaśnienie powinno zawierać konkretne dane liczbowe i wskazywać poczynione założenia, tj. kalkulację wraz z jej uzasadnieniem wraz z dowodami na jej poparcie.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący wniósł odwołanie od

1. czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, pomimo iż oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz Odwołujący złożył odpowiednie wyjaśnienia na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp,
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 Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez 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 Pzp, poprzez nienależytą ocenę złożonych wyjaśnień,

3. z ostrożności procesowej - naruszenie przepisu art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień.

W związku z powyższym Odwołujący 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.

W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 2 ustawy Pzp) Odwołujący zażądał od Zamawiającego dokonania czynności zgodnie ze wskazanym powyżej żądaniem odwołania.

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 Pzp 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 zależy 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.

Zdaniem Odwołującego za każdym razem złożył on wyjaśnienia, które zawierały odpowiedzi na wszystkie pytania Zamawiającego.

Stwierdził, że wyjaśnienia z dnia 1 grudnia 2016 roku wskazywały wszystkie elementy wskazane zarówno w przepisie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, 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 Pzp, 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 Pzp zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, zaś uzasadnienie ze swej istoty odnosi się do tych wyjaśnień.

Odnosnie 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.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, oferty Odwołującego, wezwania Zamawiającego dotyczącego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 24 listopada 2016r. i z dnia 5 grudnia 2016r., odpowiedzi Odwołującego na powyższe wezwania z dnia 1 grudnia 2016r. i z dnia 12 grudnia 2016r. wraz z załączonymi dokumentami, zawiadomienia o odrzuceniu oferty z dnia 16 grudnia 2016r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 10 stycznia 2016r., pisma procesowego Przystępującego: Konsorcjum: Koltech Inwestor sp. z o.o., PHU Apin A. P., Koltech Infra sp. z o.o., jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności Izba określiła granice rozpoznania przedmiotowego odwołania, uznając, że są one ograniczone zgłoszonymi zarzutami odwołania, a także zaskarżoną czynnością Zamawiającego.

Zgodnie z art.192 ust.7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

W sprawie tej Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów prawa w ramach wskazanej przez niego podstawy faktycznej zaskarżonej czynności odrzucenia oferty.

Wobec tego Izba nie mogła odnieść się do tych nowych zarzutów podniesionych przeciwko ofercie Odwołującego przez Zamawiającego i Przystępującego, które dotyczyły niewskazanych w uzasadnieniu zaskarżonej czynności innych elementów kosztów, których Zamawiający nie podważał przy czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Według Izby inne podejście oznaczałoby rozszerzenie granic odwołania i pozostawałoby w kolizji z powołanym wyżej przepisem prawa.

Jednocześnie należy wskazać, że jeżeli – w ocenie Przystępującego – podstawa faktyczna czynności Zamawiającego była zbyt wąska miał prawo skorzystać z odrębnego środka ochrony prawnej, czego nie uczynił.

Odnosząc się do meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Odwołującego z przedmiotowego przetargu z powodu rażąco niskiej ceny.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że w pkt 13.1 Tomu I – INSTRUKCJA DLA WYKONAWCÓW (IDW) - OPIS SPOSOBU OBLICZANIA CENY Zamawiający postanowił, że podana w ofercie cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie Wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu zamówienia oraz podatek od towarów i usług (nie dotyczy Wykonawców zagranicznych, którzy nie są płatnikami podatku VAT w Polsce), a także, w 13.2 wskazał, że cena oferty oraz sposób jej przedstawienia w ofercie określony jest w Formularzu Ofertowym oraz w Załączniku 1A do Formularza Ofertowego.

Izba stwierdziła, że w Tomie III OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA (OPZ) określił szczegółowe wymagania wobec personelu, w tym w pkt. 3.1.6 zd.1, że osoby wymienione w Zespole stałym będą dostępne do dyspozycji Zamawiającego w wymiarze, co najmniej pełnego etatu czasu pracy na warunkach opisanych w § 9 ust. 9 WU.

Izba ustaliła również, że zaoferowana przez Odwołującego cena była najniższą ceną wynoszącą kwotę 6 541 605,00 PLN (netto) i kwotę 8 046 174,15 PLN (brutto) i miała charakter ryczałtowy.

Przechodząc do rozpoznania zarzutu złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę Izba stanęła na stanowisku, że wyjaśnienia Odwołującego odnoszące się do rażąco niskiej ceny nie dawały Zamawiającemu podstawy do potwierdzenia jej istnienia.

Izba uznała działanie Zamawiającego odnoszące się do badania rażąco niskiej ceny w stosunku do oferty Odwołującego za mieszczące się w dyspozycji przepisu art.90 ustawy Pzp.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 90 ust.1 cyt. wyżej ustawy Pzp jeżeli zaoferowana 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 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);

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.

Wobec powyższego stanu rzeczy Zamawiający mógł skorzystać z cyt. wyżej przepisu prawa.

Jednocześnie w takim przypadku stosownie do przepisu art.90 ust.2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Wymaga również wskazania, że w myśl przepisu art.90 ust. 3 ustawy Pzp 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.

W rozpoznawanej sprawie sytuacja braku udzielenia wyjaśnień w ogóle nie zaistniała.

Natomiast, według uznania Izby dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi przez Odwołującego dowodami nie potwierdziła, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Według zapatrywania Izby Zamawiający w ogóle takiej oceny nie dokonał 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 Pzp.

Powyższy 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 jest 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.

W takiej sytuacji wykonawca, który przedkłada szereg dokumentów i kalkulację składającą się z wielu pozycji kosztowych nie ma wiedzy, które elementy kosztowe, w jakich relacjach wartościowych świadczą o istnieniu rażąco niskiej ceny.

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 wskazuje 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 Pzp, 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.

Jedynie przedłożenie przez wykonawcę ogólnych, lakonicznych wyjaśnień i niewiarygodnych dowodów może prowadzić do odrzucenia oferty Odwołującego, bez prowadzenia dodatkowych wyjaśnień.

Poza tym wymaga zauważenia, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający przy swojej czynności odrzucenia oferty Odwołującego nie podjął się nawet próby przeciwdowodu dla wykazania rażącego 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 Pzp 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 powyższych względów należało przyjąć, że Zamawiający nie miał podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy na zasadzie art. 89 ust.1 pkt. 4 ustawy Pzp, a jej uruchomienie mogłoby nastąpić jedynie, gdyby dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdzała, 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 związku z ze wskazaniem powyższych wad procedury zastrzeżonej do kompetencji Zamawiającego Izba nie znalazła uzasadnienia do przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego na okoliczności wskazane przez Przystępującego w zakresie możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny, a także z kopii dokumentów wskazanych przez Przystępującego.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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).

Przewodniczący:.....