

WYROK
z dnia 1 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozP. na rozprawie w dniu 27 lutego 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lutego br. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: O.R.spółka akcyjna w r., G.I spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w R., R. M.spółka akcyjna w T., O.P.G.K. W O. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w O., O. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w E., W.P.G. spółka akcyjna w W., O.P.G.K. w L.spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w L., O.P.G.K. w K. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w K., Z.U.G.K.P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W.

w postępowaniu prowadzonym przez W.M. w K.

przy udziale wykonawców, którzy zgłosili przystąpienia do postępowania odwoławczego:

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: G. spółka akcyjna w S., G. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w S., E. spółka akcyjna w C., P.P.H.U.G. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w P., I. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w S., O.P.G.K.G. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Z., W.P.G.K.G. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w P., O.P.G.K. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w K. po stronie odwołującego

- wykonawca E. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w K. po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu powtórzenie badania i oceny ofert i odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę E. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w K. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, w związku z uwzględnieniem zarzutu art. 90 ust 1 i art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Pozostałe zarzuty odwołania oddala.

2. Kosztami postępowania obciąża W.M. w K. 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: O.R.spółka akcyjna w r., G.I spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w R., R. M.spółka akcyjna w T., O.P.G.K. W O. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w O., O. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w E., W.P.G. spółka akcyjna w W., O.P.G.K. w L.spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w L., O.P.G.K. w K. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w K., Z.U.G.K.P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od W.M. w K. na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: O.R.spółka akcyjna w r., G.I spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w R., R. M.spółka akcyjna w T., O.P.G.K. W O. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w O., O. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w E., W.P.G. spółka akcyjna w W., O.P.G.K. w L.spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w L., O.P.G.K. w K. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w K., Z.U.G.K.P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i 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. (...)) z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. W.M. w K. (zwane dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Opracowanie cyfrowych arkuszy mapy topograficznej w skali 1:10 000 na podstawie zaktualizowanej bazy BDOT10k oraz klas Karto zawierających obiekty rzeźby terenu”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 18 października 2016 r., poz. (...). Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. (...) z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 3 lutego 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia O.R.spółka akcyjna w r., G.I spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w R., R. M.spółka akcyjna w T., O.P.G.K. W O. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w O., O. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w E., W.P.G. spółka akcyjna w W., O.P.G.K. w L.spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w L., O.P.G.K. w K. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w K., Z.U.G.K.P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. (dalej: Odwołujący) zostało wniesione odwołanie, w którym zarzucono Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust 1 i 3 Prawa zamówień publicznych - poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy E. sp. z o.o., który nie spełnia warunku doświadczenia, o którym mowa w rozdziale VI pkt 3 lit d) tiret pierwsze SIWZ, czym Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący uzasadniał powyższy zarzut twierdząc, że Wykonawca E. sp. z o.o. nie spełnia warunku wiedzy i doświadczenia, tj. wymogu realizacji usługi polegającej na opracowaniu BDOT10k w ramach postępowania na: Opracowanie mapy topograficznej w skali 1:10 000 na podstawie Bazy Danych Obiektów Topograficznych (BDOT10k) dla wybranego obszaru województwa podkarpackiego część IV – druga pozycja wykazu wykonanych usług), miała wartość zdecydowanie mniejszą, niż 200.000 złotych i nie stanowiła, jak twierdzi E. sp. z o.o., 67% zakresu prac. Odwołujący zwracał uwagę na zasadniczy błąd w przekazanych przez firmę E. informacjach na temat doświadczenia na spełnianie warunku „opracowania BDOT10k”. Sama nazwa podanej przez E. Sp. z o. o. w wykazie usługi („Opracowanie mapy

topograficznej w skali 1:10 000 na podstawie Bazy Danych Obiektów Topograficznych (BDOT10k) dla wybranego obszaru województwa podkarpackiego (czyść IV}) bezpośrednio wskazuje na to, że głównym celem tego opracowania są mapy topograficzne w skali 1:10 000 wykonywane na podstawie istniejącej już i wymagającej zaledwie weryfikacji i dostosowania bazy danych topograficznych BDOT10k. Oczywistością jest, że czym innym zakresowo jest weryfikacja i dostosowanie bazy danych obiektów topograficznych BDOT10k na potrzeby opracowania map topograficznych w skali 1:10 000, a czym innym opracowanie tej bazy (BDOT10k), jak wymaga Zamawiający.

Odwołujący kwestionował zakres oraz wartość usługi polegającej na opracowaniu bazy BDOT10k podaną w wykazie usług.

Podając własne wyliczenia, na podstawie wglądu w zakładane przez firmę E. Sp. z o. o. parametry kosztowe wykazywanej pracy, Odwołujący wywodził, że podana w wykazie usługa nie spełnia wymagań określonych w STWZ niniejszego postępowania, ponieważ jej wartość dotycząca wymaganego przez Zamawiającego zakresu opracowania bazy BDOT10k nie spełnia kryterium kwotowego (nie mniej niż 200 000zł brutto), a wynosi jedynie 141 214,57 zł brutto.

Odwołujący kwestionował także usługę wskazaną w pozycji 1 wykazu usług, tj. usługę wykonaną na rzecz G. J.P.. Abstrahując od wiarygodności referencji wystawionych przez J.P. na rzecz spółki E. sp. z o.o., w której jest ona Prezesem Zarządu, usługi wymienione w referencji nie odpowiadają warunkowi określonemu w SIWZ.

Jak wynika z treści referencji z dnia 17.11.2016 r. wystawionych przez J.P. G. dla E. sp. z o.o. usługa docelowo wykonywana była m. in. dla W.P. {powiat B.,S.,S.,W.,O.). Wykonawca E. sp. o.o. posłużył się doświadczeniem nabytym w trakcie realizacji tej usługi przy składaniu oferty w postępowaniu na opracowanie 35 cyfrowych arkuszy mapy topograficznej w skali 1:10 000 na podstawie Bazy Danych Obiektów Topograficznych (BDOT10k) dla wybranego obszaru województwa dolnośląskiego wraz z aktualizują zbiorów danych BDOT10k prowadzonym przez zamawiającego -W.D., gdzie wymogiem było także doświadczenie w zakresie wykonania bazy BDOT10k. Odwołujący podawał, że warunek doświadczenia w przywołanym wyżej postępowaniu był tożsamy, jak w niniejszym postępowaniu, a Zamawiający - W.D. wykluczył Wykonawcę E. sp. z o.o. na podstawie art 24 ust 2 pkt 2) ustawy Pzp, ponieważ nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu.

2) art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Prawa zamówień publicznych - poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy E. sp. z o.o., który w wyniku zamierzonego działania lub

niedbalstwa lub co najmniej lekkomyślności wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunku udziału w postępowaniu, które to informacje miały istotny wpływ na wybór ofert Wykonawcy E. sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

Odnosnie zarzutu zaniechania wykluczenia, Odwołujący podnosił, że ma on bezpośredni związek z zarzutem naruszenia przez Zamawiającego art 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i udowodnienie zaistnienia wprowadzenia w błąd przy przedstawianiu informacji odnośnie spełniania warunku udziału w postępowaniu zostało wykazane w ramach zarzutu nr1.

Zdaniem Odwołującego, Wykonawca E. sp. z o.o. w sposób celowy i zamierzony wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając informacje odnośnie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VI pkt 2 lit d tiret pierwsze.

Wykonawca umyślnie przekazał Zamawiającemu informacje mając świadomość szkodliwości skutku swojego zachowania i celowo do niego zmierzając.

3) art. 90 ust 1 i art. 90 ust 3 Prawa zamówień publicznych — poprzez wielokrotne wzywianie przez Zamawiającego Wykonawcy E. sp. z o.o. do wyjaśnień odnośnie złożonych wyjaśnień ceny rażąco niskiej i poprzez zaniechanie odrzucenia oferty E. sp. z o. o., jako zawierającej rażąco niską cenę wobec uznania przez Zamawiającego, że w wyjaśnieniach E. sp. z o.o. nie zawarł wszystkich elementów kosztotwórczych.

Odwołujący podawał, iż pismem z dnia 25 listopada 2016 r. Zamawiający wezwał E. sp. z o. o. do udzielenia wyjaśnień oraz złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w celu ustalenia, czy złożona oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wezwanie Zamawiającego było podyktowane faktem, iż cena zaoferowana przez E. sp. z o.o. jest niższa o 37,05% od wartości szacunkowej zamówienia podstawowego powiększonej o należny podatek VAT, oraz o 48,83% od średniej ze złożonych ofert.

Odwołujący wywodził, iż zgodnie z art. 90 ust 1 Pzp obowiązkiem wykonawcy wezwanego, tak jak powyżej, jest złożenie przekonujących wyjaśnień, że zaproponowana cena nie zawiera rażąco niskiej ceny. W przypadku natomiast, gdy przedłożone wyjaśnienia pozostawiają wątpliwości, co do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę zaoferowaną w ofercie będzie możliwe, a tym samym potwierdzają istnienie ceny rażąco niskiej w danej ofercie, Zamawiający obligatoryjnie, na podstawie art. 90 ust 3 Prawa zamówień publicznych, odrzuca tę ofertę. Tymczasem według Odwołującego, pismo z dnia

29 listopada 2016r., ujawnione na obecnym etapie Odwołującemu, złożone przez E. jako wyjaśnienie ceny rażąco niskiej nie zawiera żadnych elementów wyjaśnień.

W ocenie Odwołującego przedstawienie wyjaśnień, które pozostawiają wątpliwości, co do sposobu wyliczenia ceny, nie może być uznane za złożenie merytorycznych wyjaśnień — takie działanie wykonawcy powinno zostać zakwalifikowane jako złożenie wyjaśnień, które jedynie pozornie stanowią jakiegokolwiek wyjaśnienie oferowanych cen, czy też ceny oferty, co winno skutkować odrzuceniem oferty na ww. podstawie prawnej. Niemniej jednak z prowadzonej korespondencji pomiędzy Zamawiającym, a E. sp. z o.o. wynika, że złożonymi, na w/w wezwaniu z dnia 25 listopada 2016r. wyjaśnieniami, E. sp. z o.o. nie wykazał, iż cena jego oferty nie jest ceną rażąco niską. W szczególności tezę tę potwierdza pismo zawierające prośbę o kolejne wyjaśnienia z dnia 6 grudnia 2016 r., które Odwołujący cytował w odwołaniu „W związku z wyjaśnieniami otrzymanymi w dniu 31.11.2016r. Zamawiający informuje, że Wykonawca nie potwierdził wyczerpująco, iż cena zaproponowanej przez niego oferty nie jest rażąco niska. Wykonawca nie określił należycie szczegółowo elementów oferty mających wpływ na wysokość jej ceny, o tym mówi art. 90 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.”. W konsekwencji Odwołujący argumentował, że o ile przyjąć za słuszny pogląd wyrażany w orzecznictwie KIO o dopuszczalności wielokrotnego wzywania do złożenia wyjaśnień ceny rażąco niskiej w sytuacji wątpliwości Zamawiającego co do treści przedkładanych kolejno wyjaśnień, o tyle nie można uznać za prawidłową czynność, jaką będzie kolejne wezwanie, w którym Zamawiający nie dąży do wyjaśnienia treści złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, a prowadzi pertraktacje i polemikę ze złożonymi wyjaśnieniami, wskazując bezpośrednio na niewycenienie przez wykonawcę wszystkich elementów oferty (tak m.in. KIO 1099/15: Wobec treści wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, w ocenie Izby, brak podstaw do wezwania do złożenia dodatkowych wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Zdaniem Izby stoi temu na przeszkodzie przepis art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust 3 Prawa zamówień publicznych, który w określonych okolicznościach kreuje dla Zamawiającego obowiązek wezwania do złożenia wyjaśnień, czemu Zamawiający sprostał, jednakże wobec otrzymanych wyjaśnień na podstawie art. 90 ust 3 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający zobowiązany jest zająć stanowisko i dokonać ich oceny. Rolą Zamawiającego nie jest dokonywanie wielokrotnej oceny wyjaśnień składanych wobec kolejnych wezwań Zamawiającego.

Konkludując, pismo z dnia 29 listopada będące odpowiedzią E. na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień ceny rażąco niskiej w sposób oczywisty wobec jego treści powinno być w ocenie Odwołującego zakwalifikowane jako nieudzielenie wyjaśnień ceny rażąco niskiej co winno skutkować odrzuceniem oferty E. na podstawie art. 90 ust 3 ustawy

Pzp. Kolejne natomiast pisma kierowane w tej kwestii są bez znaczenia dla oceny, czy wykonawca E. zaoferował cenę rażąco niską w kontekście ziszczenia się podstaw do odrzucenia oferty w oparciu o pismo z dnia 29 listopada na podstawie art. 90 ust 3 ustawy Pzp.

4) art 24 ust 1 pkt 12 w zw. z par. 2 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia ewentualnie art. 26 ust 3 Prawa zamówień publicznych; ewentualnie art. 26 ust 4 Prawa zamówień publicznych w związku z tym, że treść zaświadczenia z banku złożona przez E. sp. z o.o. nie potwierdza posiadania przez ten podmiot wymaganej SIWZ wysokości zdolności finansowej.

Zdaniem Odwołującego, w treści zaświadczenia z banku Wykonawcy E. sp. z o.o., nie wskazano, że posiada on zdolność kredytową, ale że będzie ją posiadał w przyszłości, i brak wskazania w którym momencie taką zdolność uzyska, w szczególności czy będzie to przed datą zawarcia umowy o zamówienie publiczne, dyskwalifikuje tego wykonawcę (względnie należy go wezwać do uzupełnienia dokumentu bądź jego wyjaśnienia). Badanie zdolności finansowej (kredytowej), jak podnosił Odwołujący, służy weryfikacji zdolności do wykonania zamówienia. Nie jest więc wystarczające wykazanie przyszłej zdolności bez jednoznacznego przesądzenia, iż zdolność ta będzie pokrywać cały okres wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego począwszy od dnia jej zawarcia. Taka treść zaświadczenia nie może być uznana za potwierdzającą spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i:

1. unieważnienie czynności oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 26 stycznia 2017 r.;
2. dokonanie powtórnej oceny ofert;
3. wykluczenie Wykonawcy E. sp. z o.o. jako wykonawcy, który na skutek zamierzonego działania, niedbalstwa lub lekkomyślności wprowadził Zamawiającego w błąd poprzez przedstawienie nieprawdziwych informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu;
4. wykluczenie Wykonawcy E. sp. z o. o. jako wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu;
- ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp wykazu usług wraz dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie tych usług oraz dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku finansowego;
5. odrzucenie oferty E. sp. z o.o. jako oferty zawierającej rażąco niską ceną;
6. wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. Wnosił o odrzucenie zarzutów nr 1 i w stosunku do usługi nr 2 z wykazu usług E. oraz zarzutów nr 3 i 4, ponieważ zostały wniesione po raz kolejny – pierwszy raz w odwołaniu w postępowaniu sygn. akt KIO 85/17, w którym Odwołujący wycofał odwołanie. Z ostrożności odnosił się do podniesionych zarzutów merytorycznie i uznawał je za bezzasadne.

Do postępowania odwoławczego przystąpili:

- Wykonawca E. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w K. (dalej: E.), po stronie Zamawiającego,
- Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: G. spółka akcyjna w S., G. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w S., E. spółka akcyjna w C., P.P.H.U.G. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w P., I. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w S., O.P.G.K.G. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Z., W.P.G.K.G. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w P., O.P.G.K. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w K. (dalej: Konsorcjum G.) po stronie Odwołującego.

Zamawiający zgłaszał opozycję wobec zgłoszenia przystąpienia po stronie Odwołującego ze względu na brak interesu w przystąpieniu, jednak Izba opozycję oddaliła, stwierdzając, że interes w zgłoszeniu przystąpienia jest interesem szerszym, niż interes we wniesieniu odwołania, który ustawodawca wyraźnie zawęził do ochrony dość skonkretyzowanej możliwości uzyskania zamówienia. Skoro tak, to wystarczający dla uznania skuteczności przystąpienia jest interes zgłaszającego przystąpienie polegający na oczekiwaniu, że w związku z rozstrzygnięciem odwołania na korzyść Odwołującego, przystępujący zajmie wyżej sklasyfikowane miejsce w rankingu ofert.

II. Zamawiający wnosił o odrzucenie odwołania, ponieważ nie przekazano mu kopii odwołania – Izba jednak ustaliła, że Zamawiającemu została przekazana kopia odwołania, wraz z załącznikami zgodnie z listą zamieszczoną pod uzasadnieniem odwołania, tożsama z odwołaniem, oraz z załącznikami, złożonymi Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej. Okoliczność, że do odwołania nie załączono dowodów, wymienionych w treści uzasadnienia odwołania (z których większość stanowiła część dokumentacji postępowania, będącej w dyspozycji Zamawiającego), nie może przesądzać o odrzuceniu odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 Prawa zamówień publicznych, ponieważ dowody można przedkładać aż do zamknięcia rozprawy (art. 190 ust. 1 zdanie drugie Prawa zamówień publicznych).

Reasumując, nie stwierdzono zaistnienia przestanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych w odniesieniu do całego odwołania.

Niemniej jednak Izba bada możliwość merytorycznego rozpoznania odwołania także w odniesieniu do poszczególnych zarzutów.

W tym celu Izba z urzędu dopuściła dowód w postaci dokumentacji postępowania sygn. akt KIO 85/17 i ustaliła, co następuje:

1. Odwołujący w postępowaniu sygn. akt KIO 85/17 złożył odwołanie, w którym zarzucał Zamawiającemu następujące naruszenia:

1) art. 8 ust 1 i 3 oraz art. 96 ust. 3 Prawa zamówień publicznych - poprzez zaniechanie odtajnienia korespondencji Wykonawcy E. sp. z o.o. z zamawiającym, referencji dla usługi wskazanej w punkcie 1 Wykazu usług wykonanej na rzecz G.J.P., wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz ewentualnie, jeśli istnieje, to również uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa;

2) art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych - poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez utrudnianie wykonawcy zajmującemu drugą pozycję wglądu do oferty konkurenta i skorzystania ze środków ochrony prawnej, w tym bezprawne nieudostępnienie wykonawcom uzasadnienia przyczyn, na podstawie których Wykonawca E. sp. z o.o. zastrzegł części oferty jako tajemnica przedsiębiorstwa.

3) art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez uznanie, że dokumenty zastrzeżone przez wybranego wykonawcę objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy nie zostały spełnione przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa,

4) art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 oraz art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych - poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy E. sp. z o.o., który w wyniku rażącego niedbalstwa przedstawił informacje dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu wprowadzające w błąd zamawiającego, które to informacje miały istotny wpływ na wynik prowadzonego postępowania oraz zaniechanie odrzucenia jego oferty; w uzasadnieniu tak sformułowanego zarzutu Odwołujący wskazywał okoliczności faktyczne, związane z usługą z poz. 2 wykazu usług E.,

5) art. 90 ust 1 i art. 90 ust 3 ustawy P.z.p. - poprzez prowadzenie przez zamawiającego polemiki z E. sp. z o.o. odnośnie złożonych wyjaśnień ceny rażąco niskiej i poprzez zaniechanie odrzucenia oferty E. sp. z o.o. jako zawierającej rażąco niską cenę wobec uznania przez Zamawiającego, że w wyjaśnieniach E. sp. z o.o. nie zawarł wszystkich elementów kosztotwórczych (Odwołujący podnosił ten zarzut w oparciu o przypuszczenia, ponieważ w dniu złożenia odwołania nie znał jeszcze treści złożonych wyjaśnień – ich utajnienie było przedmiotem osobnego zarzutu;

6) art. 24 ust 1 pkt 12 w zw. z § 2 ust 2 pkt 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia ewentualnie art. 26 ust 3; ewentualnie art. 26 ust 4 Prawa zamówień publicznych w związku z tym, że treść zaświadczenia z banku złożona przez E. sp. z o.o. nie potwierdza posiadania przez ten podmiot wymaganej SIWZ wysokości zdolności finansowej.

2. W odpowiedzi na odwołanie sygn. akt KIO 85/17 Zamawiający oświadczył, że uwzględnia zarzuty w części dotyczącej naruszenia wskazanego w pkt. 1, 2 i 3 odwołania oraz nie uwzględnia zarzutów w części dotyczącej naruszeń wskazanych w pkt. 4, 5 i 6 odwołania. Równocześnie Zamawiający oświadczył, że unieważnił zakwestionowaną odwołaniem czynność badania i oceny ofert i ujawnił dokumenty uprzednio zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa.

3. Przystępujący do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 85/17 po stronie Zamawiającego na posiedzeniu w dniu 27 stycznia 2017 roku oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia w przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w pkt. 1, 2 i 3 odwołania.

4. Odwołujący na posiedzeniu w dniu 27 stycznia 2017 roku cofnął zarzuty wskazane w pkt. 4, 5 i 6 odwołania.

5. W odwołaniu niniejszym, sygn. akt KIO 238/17 Odwołujący wniósł odwołanie z zarzutami wymienionymi w pierwszej części uzasadnienia.

6. W odpowiedzi na odwołanie w postępowaniu sygn. akt KIO 238/17 Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutów nr 1 i 2 w stosunku do usługi nr 1 wykazu usług oraz odrzucenie zarzutów 1 i 2 w stosunku do usługi nr 2 z wykazu oraz zarzutów 3 i 4, ponieważ wniesione one zostały po raz kolejny – w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym Odwołujący wycofał zarzuty, a jak zauważał Zamawiający „Odwołujący wycofując zarzuty, uznał brak ich zasadności, a co za tym idzie, nie może wnosić ich po raz kolejny”.

Izba, analizując przedstawiony wyżej stan faktyczny, stwierdziła, co następuje: gdyby Odwołujący nie wycofał odwołania sygn. akt KIO 85/17 w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego, możliwe byłoby, że wówczas Izba rozpatrując odwołanie merytorycznie, nawet w razie uznania zasadności niektórych zarzutów, oddaliłaby odwołanie, ponieważ jego uwzględnienie nie miałyby wpływu na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych), skoro wówczas Zamawiający, przed wydaniem orzeczenia przez Izbę, unieważnił czynność, której odwołanie dotyczyło. W takiej sytuacji trudno obecnie uznawać ponownie podniesione zarzuty za podlegające odrzuceniu, mimo że rzeczywiście Zamawiający ma rację, że są to tożsame zarzuty. Choć więc do stanowiska Zamawiającego

odnośnie kwestii formalnych można mieć wątpliwości, to Izba w pełni podziela merytoryczne stanowisko Zamawiającego odnośnie zarzutów dotyczących doświadczenia i zaświadczenia z banku.

I tak, odnosząc się do wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia, Izba ustaliła, że w rozdziale VI pkt 3 litera d) tiret pierwsze SIWZ, Zamawiający wymagał należytego wykonania w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwóch usług odpowiadających swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia. Za usługę odpowiadającą swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia uważa się usługę polegającą na opracowaniu BDOT10k o wartości nie mniejszej niż 200.000 złotych. E. umieścił w wykazie usług dwie takie usługi, które Odwołujący kwestionował. Argumentacja Odwołującego jednak nie przekonała składu orzekającego – Zamawiający przy opisie sposobu oceny warunku udziału w postępowaniu nie posługiwał się pojęciem ustawowym, dlatego użyte pojęcia powinno się interpretować zgodnie z ich powszechnym rozumieniem, w świetle zakresu przedmiotu zamówienia. Zawężająca interpretacja warunku prowadziłaby do stwierdzenia, że tylko Odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Izby nie przekonała również argumentacja odwołania w odniesieniu do kwestionowanej wartości usługi – w ocenie Odwołującego, jedna z usług wykonanych przez E. nie przekroczyła minimalnej wartości oczekiwanej przez Zamawiającego, tj. 200 000 zł. Była to usługa stanowiąca część usługi o większym zakresie, niż konieczny do wykazania się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący przedstawiał różne własne wyliczenia, mające prowadzić do wyodrębnienia wartości spornej usługi, za każdym razem różniące się o pewną kwotę. W toku tego i poprzedniego postępowania odwoławczego w trakcie wyliczeń podawał też wartości zbliżone do 200 000zł. W konsekwencji w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że E. nie wylegitymował się wykonaniem usługi o wartości oczekiwanej przez Zamawiającego.

Konsekwencją nieuwzględnienia zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust 1 i 3 Prawa zamówień publicznych - poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy E. sp. z o.o., który nie spełnia warunku doświadczenia, było również nieuwzględnienie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Prawa zamówień publicznych: Izba nie stwierdziła, aby E. w wyniku zamierzonego działania lub niedbalstwa lub co najmniej lekkomyślności wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucał też naruszenie art. 24 ust 1 pkt 12 w zw. z par. 2 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (ewentualnie art. 26 ust 3 Prawa zamówień publicznych; ewentualnie art. 26 ust 4 Prawa zamówień publicznych) w związku z tym, że treść zaświadczenia z banku złożona przez E. sp. z o.o. nie potwierdza posiadania przez ten podmiot wymaganej SIWZ wysokości zdolności finansowej. Zdaniem Odwołującego, w treści zaświadczenia z banku Wykonawcy E. sp. z o.o., nie wskazano, że posiada on zdolność kredytową, ale że będzie ją posiadał w przyszłości, i brak wskazania w którym momencie taką zdolność uzyska, w szczególności czy będzie to przed datą zawarcia umowy o zamówienie publiczne, dyskwalifikuje tego wykonawcę.

W ocenie składu orzekającego Odwołujący nie ma racji, ponieważ z treści zaświadczenia nie można wnosić, że wykonawca, którego ono dotyczy, obecnie nie ma zdolności kredytowej, a będzie ją posiadał dopiero w przyszłości. Zaświadczenie banku z 16 listopada 2016 r. ma określony kontekst – już chociażby z jego treści wynika, że konstatacja zawarta w zaświadczeniu opiera się na „analizie zdolności kredytowej dokonanej w oparciu o dostarczoną prognozę finansową na lata 2016-2031 oraz roczne zeznanie podatkowe CIT 8 za rok 2015”. W konsekwencji, zdaniem Izby, w pełni uprawnione jest przyjęcie, że bank przeanalizował zdolność kredytową wykonawcy i na podstawie tejże analizy, a nie na podstawie nieskonkretyzowanych przypuszczeń związanych z przyszłością, ocenił ją na kwotę do 500 000 zł. Konkludując, Izba uznała zarzut za nieuzasadniony.

Odwołujący zarzucał także naruszenie art. 90 ust 1 i art. 90 ust 3 Prawa zamówień publicznych — poprzez wielokrotne wzywianie przez Zamawiającego Wykonawcy E. sp. z o.o. do wyjaśnień odnośnie złożonych wyjaśnień ceny rażąco niskiej i poprzez zaniechanie odrzucenia oferty E. sp. z o. o., jako zawierającej rażąco niską cenę wobec uznania przez Zamawiającego, że w wyjaśnieniach E. sp. z o.o. nie zawarł wszystkich elementów kosztotwórczych. Odnośnie tego zarzutu nie było żadnych wątpliwości, że został wniesiony w terminie, ponieważ dopiero po wniesieniu pierwszego odwołania Zamawiający ujawnił Odwołującemu wyjaśnienia złożone przez E. odnośnie rażąco niskiej ceny, i dopiero w kontekście obu wyjaśnień, udzielonych w odpowiedzi na dwa kolejno po sobie następujące wezwania Zamawiającego do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, Odwołujący mógł postawić prawidłowo skonstruowany zarzut, w oparciu o kompletną podstawę faktyczną.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 25 listopada 2016 r. Zamawiający po raz pierwszy wezwał E. sp. z o. o. do udzielenia wyjaśnień oraz złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w celu ustalenia, czy złożona oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wezwanie Zamawiającego było podyktowane faktem, iż cena zaoferowana przez E. sp. z o.o. jest niższa o 37,05% od wartości szacunkowej zamówienia podstawowego powiększonej o należny podatek VAT, oraz o 48,83% od średniej ze złożonych ofert.

Odwołujący trafnie w ocenie Izby wywodził, iż zgodnie z art. 90 ust 1 Prawa zamówień publicznych obowiązkiem wykonawcy wezwanego, tak jak powyżej, jest złożenie przekonujących wyjaśnień, że zaproponowana cena nie zawiera rażąco niskiej ceny. W przypadku natomiast, gdy przedłożone wyjaśnienia nie są przekonujące co do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę zaoferowaną w ofercie będzie możliwe, tym samym potwierdzają istnienie ceny rażąco niskiej w danej ofercie, i Zamawiający obligatoryjnie, na podstawie art. 90 ust 3 Prawa zamówień publicznych, powinien odrzucić tę ofertę. Tymczasem, według Odwołującego, pismo z dnia 29 listopada 2016r., ujawnione na obecnym etapie Odwołującemu, złożone przez E. jako wyjaśnienie ceny rażąco niskiej nie zawiera żadnych elementów wyjaśnień. Rzeczywiście, podano w nim tylko rozbieżność ceny na poszczególne składniki.

Z przepisu art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych wprost wynika, że przedstawienie wyjaśnień, które są niewystarczające, skutkuje odrzuceniem oferty. Z pisma Zamawiającego - wezwania z dnia 6 grudnia 2016 r. do kolejnych wyjaśnień, wynika jednoznacznie, że Zamawiający uznał wyjaśnienia E. za niewystarczające: „W związku z wyjaśnieniami otrzymanymi w dniu 31.11.2016r. Zamawiający informuje, że Wykonawca nie potwierdził wyczerpująco, iż cena zaproponowanej przez niego oferty nie jest rażąco niska. Wykonawca nie określił należycie szczegółowo elementów oferty mających wpływ na wysokość jej ceny, o tym mówi art. 90 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.”. Rację zatem miał Odwołujący twierdząc, że w tych okolicznościach kolejne wezwanie nie może być uznane za prawidłowe. W przepisach Prawa zamówień publicznych nie została sformułowana zasada „jednokrotnego wzywania”, ale w ocenie Izby wzywanie „do skutku” jednego z wykonawców po stwierdzeniu, że jego wyjaśnienia nie sprostały wymogowi wykazania poziomu zaoferowanej ceny prowadzi do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, wynikających z art. 7 Prawa zamówień publicznych. Jest to pogląd jednolicie prezentowany w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej. Nie można uznać za prawidłową czynności, jaką będzie kolejne wezwanie, w której Zamawiający nie dąży do wyjaśnienia treści złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, a prowadzi pertraktacje

i polemikę ze złożonymi wyjaśnieniami, wskazując bezpośrednio na niewycenienie przez wykonawcę wszystkich elementów oferty: wobec treści wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, w ocenie Izby, brak podstaw do wezwania do złożenia dodatkowych wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Zdaniem Izby stoi temu na przeszkodzie przepis art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust 3 Prawa zamówień publicznych, który w określonych okolicznościach kreuje dla Zamawiającego obowiązek wezwania do złożenia wyjaśnień, czemu Zamawiający sprostał, jednakże wobec otrzymanych wyjaśnień na podstawie art. 90 ust 3 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający zobowiązany był zająć stanowisko i dokonać ich oceny. Rolą Zamawiającego nie jest dokonywanie wielokrotnej oceny wyjaśnień składanych wobec kolejnych wezwań Zamawiającego (sygn. akt KIO 1099/15).

Wobec powyższych okoliczności, pismo z dnia 29 listopada 2016 r. będące odpowiedzią E. na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień ceny rażąco niskiej i konstatacja Zamawiającego w kolejnym wezwaniu, iż złożone do tej pory wyjaśnienia są niewystarczające – prowadzi do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwoławczym oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....