

-
WYROK
z dnia 14 sierpnia 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 sierpnia 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lipca 2018 roku przez wykonawcę **Aspello Sp. z o.o., ul. Technologiczna 2, 45-839 Opole** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Elk, ul. Marszałka J. Piłsudskiego, 19-300 Opole**

przy udziale wykonawców:

- A. **A. O., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Informatyczna A. O., Brąswałd 1c, 11-001 Dywity,**
 - B. **Opegieka Sp. z o.o., Al. Tysiąclecia 11, 82-300 Elbląg,**
- zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Aspello Sp. z o.o., ul. Technologiczna 2, 45-839 Opole** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Aspello Sp. z o.o., ul. Technologiczna 2, 45-839 Opole** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Aspello Sp. z o.o., ul. Technologiczna 2, 45-839 Opole** na rzecz **Gminy Miasta Elk, ul. Marszałka J. Piłsudskiego, 19-300 Opole** 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 2017, poz. 1579 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 Suwałkach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Miasto Elk z siedzibą w Elku (dalej „zamawiający”) prowadzi postępowanie na wykonanie e-usług realizowanych w ramach projektu: „Zastosowanie nowoczesnych technologii informacyjno-komunikacyjnych w usługach publicznych świadczonych przez Urząd Miasta Elku” – Część 1 - Wykonanie elektronicznych usług sieciowych, Część 2 – Wykonanie e-usługi GIS (BZP z 2018 r. 560840-N-2018).

Wykonawca Aspello Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec:

1. czynności odrzucenia oferty złożonej przez 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 2017, poz. 1579 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”] w związku z art. 18 pkt 1 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020) w części 1, 2),
2. czynności wyboru ofert z pominięciem oferty odwołującego w części 1, a tym samym dokonania wyboru oferty A. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Informatyczna „Liberosoft” A. O. (dalej „wykonawca AO”) jako najkorzystniejszej w części 1,
3. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy AO w części 1 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp,
4. czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp w związku z art. 18 pkt 1 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020) w części 2,
5. czynności wyboru ofert z pominięciem oferty odwołującego się w części 2, a tym samym dokonania wyboru oferty OPEGIEKA sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu jako najkorzystniejszej w części 2.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 781 kodeksu cywilnego, art. 60 kodeksu cywilnego i art. 61 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp i art. 9 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie przez zamawiającego, że odwołujący się nie udzielił wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w części 1 oraz w części 2, podczas gdy odwołujący się przesłał zamawiającemu 25.06.2018 r. wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny oraz 02.07.2018 r. oświadczenie w przedmiocie wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w części 1 i 2 w formie elektronicznej, która jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym

w formie pisemnej, a zamawiający mógł i zapoznał się z ich treścią, co w konsekwencji doprowadziło do bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego się przez zamawiającego w zakresie części 1 i 2,

2. art. 18 pkt 1 Ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, poprzez błędne przyjęcie, że jeżeli zamawiający nie wymienił środków komunikacji elektronicznej w SIWZ jako dopuszczonego sposobu porozumienia się między zamawiającym a wykonawcą, a następnie sam skorzystał z tego sposobu komunikacji z odwołującym się, to złożenie przez odwołującego się odpowiedzi na wezwanie w zakresie rażąco niskiej ceny oraz oświadczenia w przedmiocie wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w części 1 i 2 drogą e-mail było nieprawidłowe i należy traktować jakby tych wyjaśnień, zgody na przedłużenie terminu związania ofertą wcale nie złożono, podczas, gdy prawidłowa wykładnia tego przepisu prowadzi do wniosku, że zamawiający może dokonać w sposób dorozumiany (poprzez faktyczne zachowanie się) rozszerzenia sposobu komunikacji o sposoby nie wymienione w SIWZ,
3. art. 36 ust. 1 pkt 7) p.z.p., § 14 pkt 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez naruszenie obowiązku wskazania w SIWZ informacji o sposobie przekazywania oświadczeń lub dokumentów oraz nieuwzględnieniu formy elektronicznej przesłanych dokumentów i oświadczeń przez odwołującego się pomimo dopuszczalności tej formy na podstawie rozporządzenia wykonawczego do ustawy i braku uregulowania tej kwestii w SIWZ,
4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 18 pkt 1 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowane uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez uprzywilejowanie wykonawców mających siedzibę w bliższej odległości od zamawiającego od tych, którzy takiej lokalizacji nie posiadają w związku z wyborem przez zamawiającego sposobu porozumienia się z wykonawcami za pomocą poczty,
5. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 61 Kodeksu cywilnego, poprzez uznanie, że odwołujący nie złożył wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny pomimo tego, iż wyjaśnienia wpłynęły do zamawiającego przed upływem terminu na ich złożenie, a zamawiający zapoznał się z tymi wyjaśnieniami,
6. art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp w związku z art. 61 Kodeksu cywilnego, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego się w części 1 i 2 pomimo, iż odwołujący się w sposób skuteczny wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania

ofertą w części 1 i w części 2, a jego oświadczenie wpłynęło do zamawiającego przed upływem pierwotnego terminu związania ofertą, a zamawiający zapoznał się z tym oświadczeniem,

7. art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień złożonych przez wykonawcę AO i uznanie ich za wyczerpujące, podczas treści złożonych wyjaśnień jest lakoniczna i w żaden sposób nie wskazuje czynników uzasadniających, że cena oferty tego wykonawcy jest realna, obejmuje cały przedmiot zamówienia, a przy tym jest rynkowa oraz przewiduje zysk,
8. art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę AO pomimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zażądał uwzględnienia odwołania w całości oraz nakazania zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części 1 i 2 i unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego w części 1 i w części 2,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert w części 1 i 2 połączonego z odrzuceniem oferty złożonej przez wykonawcę AO na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w części 1,
3. powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1 i 2.

Odwołujący wniósł także o zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego stanowiącego koszty strony poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu, opłaty skarbowej od pełnomocnictwa oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Wniósł nadto o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wymienionych w odwołaniu na okoliczności w nim powołane.

Odwołujący podniósł, że przepisy ustawy prawo zamówień publicznych nie regulują kwestii formy czynności prawnych ani kwestii dotyczących oświadczeń woli. Stwierdził, że oceny tych aspektów należy dokonać za pomocą przepisów Kodeksu cywilnego, poprzez odesłanie do art. 14 ustawy Pzp. Wskazał, że zgodnie z brzmieniem art. 781 kodeksu cywilnego: „§ 1. Do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. § 2. Oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej,” zaś zgodnie z art. 60 kodeksu cywilnego: „Z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej

czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli)". Wskazał nadto na art. 61 kodeksu cywilnego, zgodnie z którym: „§ 1. Oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Odwołanie takiego oświadczenia jest skuteczne, jeżeli doszło jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej, § 2. Oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią.

Stwierdził, że w doktrynie przyjmuje się, że nie jest konieczne potwierdzenie złożonego oświadczenia w razie złożenia oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu (tak m.in. E. Norek Prawo Zamówień Publicznych Komentarz wyd. III Lexis Nexis 2009).

Wskazał, że w świetle art. 9 ust. 1 ustawy Pzp „Postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej.”

Podniósł, że skoro zgodnie z art. 781 § 2 kodeksu cywilnego oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej, to złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym nie stanowi odstępstwa od formy pisemnej i zasady zachowania formy pisemnej określonej w art. 9 ust. 1 ustawy Pzp (tak m.in. Babiarczyk Stefan i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. III, Lexis Nexis 2013).

Podkreślił, że kwalifikowany podpis elektroniczny ma skutek równoważny podpisowi własnoręcznemu (art. 25 ust. 2 rozporządzenia eIDAS) – zastępuje on podpis własnoręczny.

Wskazał, że przepis art. 781 § 2 k.c. stanowi o równoważności oświadczenia woli złożonego w formie elektronicznej z oświadczeniem woli złożonym w zwykłej formie pisemnej. Podał, że w piśmiennictwie mowa jest w tym aspekcie o wzajemnej, dwukierunkowej zamienności obu tych form (Fras Mariusz (red.), Habdas Magdalena (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna (art. 1-125) Opublikowano: WKP 2018).

Na powyższej podstawie odwołujący stwierdził, że zamawiający nie mógł przyjąć, że złożenie przez odwołującego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz złożenie oświadczenia woli w przedmiocie zgody na przedłużenie terminu związania oferty w zakresie części 1 i w zakresie części 2 w postaci elektronicznej (przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego) należy traktować tak jakby tych wyjaśnień oraz zgody na przedłużenie terminu związania oferty w zakresie części 1 i 2 wcale nie złożono.

Zdaniem odwołującego uzasadnienie zamawiającego odrzucenia oferty odwołującego

się w zakresie części 1 i 2 prowadzi do absurdalnych wniosków – zamawiający przyjmuje „fikcję niedoręczenia”, a więc ustala nieuznanie wystąpienia pewnego faktu prawnego, który w rzeczywistości miał miejsce. Podkreślił, że uzasadnienie zamawiającego nie znajduje oparcia ani o przepisy ustawy Prawo Zamówień Publicznych, ani o przepisy Kodeksu Cywilnego. Dodał, że skoro postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej, a równoważną jej jest forma elektroniczna i obie te formy mogą być stosowane zamiennie, ustawa Prawo Zamówień Publicznych w zakresie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oraz oświadczenia woli w przedmiocie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą nie wprowadza wyłączenia formy elektronicznej, to należy stwierdzić, że zamawiający nie był uprawniony do nieuznania złożonych przez odwołującego dokumentów opatrzonych kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a tym bardziej przyjmować fikcji, że wykonawca nie udzielił wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w części 1 i w części 2. Stwierdził, że zamawiający otrzymał złożone przez odwołującego się wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny i oświadczenie woli w przedmiocie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w części 1 i w części 2 – zamawiający nie kwestionuje tego faktu w ogłoszeniu o wyborze najkorzystniejszej oferty w części 1, 2 z dnia 17 lipca 2018 r, a jedynie przyjmuje fikcję w sposób całkowicie nieuprawniony i niezgodny z rzeczywistością, że dokumenty te nigdy nie zostały przez wykonawcę złożone.

Uzupełnił, że zamawiający udostępnił dla wykonawców w SIWZ adres e-mail: um@um.elk.pl, na który odwołujący przesłał dokumenty. Podkreślił, że zamawiający 27 czerwca 2018 r. o godz. 11:33 z adresu e-mail: m.szorc@um.elk.pl wysłał do odwołującego e-mail o treści: „Witam, Przedmiotowe pismo otrzymałem 25.06.2018 r. M. S.”. Odwołujący stanął na stanowisku, że powyższe potwierdza, że zamawiający komunikował się z wykonawcą za pomocą środków komunikacji elektronicznej, co więcej, potwierdził, że otrzymał pismo wykonawcy wysłane za pomocą środków komunikacji elektronicznej, wobec czego odwołujący nie może ponosić negatywnych konsekwencji w postaci odrzucenia jego oferty w zakresie części 1 i 2, skoro zamawiający dopuścił sposób porozumiewania się z wykonawcami za pomocą środków komunikacji elektronicznej, gdy sam taki sposób zastosował i potwierdził otrzymanie pisma w formie elektronicznej złożonego przez odwołującego.

Stwierdził, że zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia jego oferty w zakresie części 1 oraz w zakresie części 2, gdyż – wbrew temu co podnosi w uzasadnieniu odrzucenia – porozumiewał się z wykonawcami za pomocą środków komunikacji elektronicznej.

Oświadczył, że odwołujący e-mailem z dnia 2 lipca 2018 r. o godz. 12:47 przesłał na adres e-mail zamawiającego podany w SIWZ oświadczenie o przedłużeniu terminu

związania oferty w zakresie części 1 oraz w zakresie części 2 i nie mógł przypuszczać, że zamawiający zakwestionuje przesłane w tej formie oświadczenie, w sytuacji, gdy sam uprzednio, tj. 27 czerwca 2018 r. zastosował sposób porozumiewania się z wykonawcą za pomocą poczty e-mail.

Stanął na stanowisku, że jeżeli zamawiający wysłał korespondencję drogą elektroniczną, a wykonawca tą samą drogą na nią odpowie, to zamawiający nie będzie już mógł podnieść zarzutu, iż wykonawca odpowiedział niezgodnie z zasadami określonymi w SIWZ. Wskazał, że zasada ta była podkreślana przez Krajową Izbę Odwoławczą. Uzupełnił, że to samo dotyczy sytuacji, w której zamawiający potwierdza otrzymanie oświadczenia czy wyjaśnień w sposób zastosowany przez wykonawcę, a nie wynikający ze sposobów porozumiewania się określonych w SIWZ. Podsumował, że oznacza to, że zamawiający dopuścił także tę drogę porozumiewania się (tak m.in. Babiarczyk Stefan i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. III, Lexis Nexis 2013).

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 18 pkt 1 Ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020): „W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem 18 października 2018 r., a w przypadku postępowań prowadzonych przez centralnego zamawiającego, przed dniem 18 kwietnia 2017 r.: 1) komunikacja między zamawiającym a wykonawcami odbywa się zgodnie z wyborem zamawiającego za pośrednictwem operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo pocztowe (Dz. U. poz. 1529 oraz z 2015 r. poz. 1830), osobiście, za pośrednictwem posłańca, faksu lub przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w rozumieniu ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. z 2013 r. poz. 1422, z 2015 r. poz. 1844 oraz z 2016 r. poz. 147 i 615)” W pkt VIII SIWZ czytamy: „Komunikacja między zamawiającym a wykonawcami odbywa się za pośrednictwem operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (Dz. U. poz. 1529 oraz z 2015 r. poz. 1830), osobiście, za pośrednictwem posłańca lub faksu”, zgodnie natomiast z § 14 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczącego formy składanych oświadczeń lub dokumentów: „1. Oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu dotyczące wykonawcy i innych podmiotów, na których zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca na zasadach określonych w art. 22a ustawy oraz dotyczące podwykonawców, składane są w oryginale. 2. Dokumenty, o których mowa w rozporządzeniu, inne niż oświadczenia, o których mowa w ust. 1, składane są w oryginale lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem, 3. Poświadczenia za zgodność z oryginałem dokonuje odpowiednio

wykonawca, podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego albo podwykonawca, w zakresie dokumentów, które każdego z nich dotyczą. 4. Poświadczenie za zgodność z oryginałem następuje w formie pisemnej lub w formie elektronicznej.”

W ocenie odwołującego w świetle przywołanych przepisów, należy rozgraniczyć sposób komunikacji pomiędzy zamawiającym a Wykonawcą od formy składania oświadczeń lub dokumentów przez wykonawcę, ponieważ zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp „Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej: 7) informacje o sposobie porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń lub dokumentów, jeżeli zamawiający, w sytuacjach określonych w art. 10c-10e, przewiduje inny sposób porozumiewania się niż przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, a także wskazanie osób uprawnionych do porozumiewania się z wykonawcami;”

Oświadczył, iż ma świadomość, że art. 10c-10e ustawy Pzp nie ma zastosowania do niniejszego postępowania, to jednak w poprzednim brzmieniu ww. przepisu: „7) informacje o sposobie porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń lub dokumentów, a także wskazanie osób uprawnionych do porozumiewania się z wykonawcami” obowiązek informacyjny zamawiającego również został rozgraniczony na obowiązek podania w SIWZ informacji o sposobie porozumienia się oraz formie przekazywania oświadczeń lub dokumentów.

Podniósł, że mając na uwadze wykładnię celowości tego przepisu należy stwierdzić, że zamawiający nie powinien być uprawniony do ograniczania formy składanych oświadczeń lub dokumentów przez wykonawców, jeżeli przepis szczególny tak nie stanowi.

Podkreślił, że z wykładni § 14 pkt 4 w/w Rozporządzenia wynika, iż wykonawca jest uprawniony do złożenia dokumentów i oświadczeń innych niż określone w § 14 pkt 1 Rozporządzenia zarówno w formie pisemnej jak i formie elektronicznej (zrównanej w kodeksie cywilnym z formą pisemną).

Wskazał, że w pismach z 15.06.2018 r. oraz z 22.06.2018 r. skierowanych do odwołującego zamawiający nie wskazał formy w jakich wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny oraz oświadczenia w przedmiocie wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w części 1 i 2 ma zostać przez wykonawcę złożone, w SIWZ natomiast mowa jest jedynie o sposobie komunikacji zamawiającego z Wykonawcą.

Stwierdził, że zamawiający wbrew obowiązkowi nałożonemu na niego w art. 36 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp zaniechał poinformowania wykonawców o formie przekazywania oświadczeń lub dokumentów przez wykonawcę Zamawiającemu.

Zdaniem odwołującego zamawiający myli pojęcia stwierdzając, że skoro nie dopuścił sposobu komunikacji za pomocą środków komunikacji elektronicznej to wykonawca nie mógł przesłać w formie elektronicznej (przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego)

dokumentów lub oświadczeń.

Przypomniał, że zgodnie z art. 73 kodeksu cywilnego: „§ 1. Jeżeli ustawa zastrzega dla czynności prawnej formę pisemną, dokumentową albo elektroniczną, czynność dokonana bez zachowania zastrzeżonej formy jest nieważna tylko wtedy, gdy ustawa przewiduje rygor nieważności. § 2. Jeżeli ustawa zastrzega dla czynności prawnej inną formę szczególną, czynność dokonana bez zachowania tej formy jest nieważna. Nie dotyczy to jednak wypadków, gdy zachowanie formy szczególnej jest zastrzeżone jedynie dla wywołania określonych skutków czynności prawnej.”

Podkreślił, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie zastrzega żadnej szczególnej formy składania przez wykonawcę wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny ani oświadczenia w zakresie wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, a tym bardziej nie przewiduje rygoru nieważności niezachowania formy, nawet jeśli ta forma byłaby zastrzeżona jedynie przez zamawiającego.

Powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Kaliszu z 12.03.2015 r., sygn. akt II Ca 675/14, w którym co prawda Sąd powołał się na § 7 ust. 1 nieobowiązującego już Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, to jednak treść § 14 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest podobnego brzmienia, wobec czego wyrok zachowuje swoją aktualność: *„Nie jest również trafny pogląd, że zamawiający jest uprawniony do wskazywania w wezwaniu do złożenia dokumentów, w sposób kształtujący prawa i obowiązki wykonawcy, formę pisemną dokumentów (oryginałów) jeżeli dopuszczalna jest równorzędna forma elektroniczna(...). Odnosząc przedmiot powyższych regulacji do stanowiska KIO o zgodności wezwania zamawiającego z treścią SIWZ, to należy podkreślić, że zamawiający w p-ktcie VI p-punkt 1 SIWZ wskazał wyłącznie formę porozumiewania się w toku postępowania, co odpowiada przedmiotem regulacji hipotezę art. 27 ust.1 p.z.p. Niejasny zatem jest sam tytuł punktu VI-go SIWZ, bowiem dotyczy zarówno wyboru formy porozumiewania się jak i dokumentów, przy czym nie wiadomo jakich, skoro nie może obejmować dokumentów, o których mowa w art. 82 oraz art 25 i art. 26 pzp. (...). Podkreślenia wymaga również, że zamawiającemu nie przysługiwało zatem ograniczanie w wezwaniu sposobu wykazywania warunków udziału w przetargu do jakiegokolwiek formy dokumentów przez wybór w jakiej powinny zostać złożone. (...) Zatem działanie zamawiającego pozbawiające skutków czynności złożenia przez wykonawcę dokumentów w formie elektronicznej z bezpiecznym podpisem elektronicznej było wadliwe, ograniczało bowiem wykonawcę w wyborze dopuszczalnej prawem formy, w jakiej dokument mógł być złożony, bowiem przewidzianej w §7 rozp. wykon, w związku z art, 25 ust 2 p.z.p.”.*

Uznał, że skoro zapisy SIWZ milczą na temat formy składanych przez wykonawców dokumentów lub oświadczeń, to tym bardziej zamawiający nie jest uprawniony na etapie oceny i badania ofert do stawiania wykonawcom zarzutu, że nie dopuszcza danej formy przekazywania oświadczeń lub dokumentów pomimo braku uregulowania tej kwestii w SIWZ i na tej podstawie odrzuca ich oferty.

Powołał się na wyrok KIO z dnia 18 listopada 2013 r. o sygn. akt KIO 2580/13: *„Przyjęcie, że oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą wykonawcy winni składać w formie pisemnej pod rygorem nieważności oznaczałoby niepotrzebne wydłużenie postępowania, mogłoby naruszyć zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji (gorsza sytuacja wykonawców, których siedziby znajdują się w znacznej odległości od siedziby zamawiającego), a nadto narażać wykonawców na dodatkowe koszty (dłuższe postępowanie to konieczność ponoszenia kosztów związanych z przedłużeniem ważności wadium). Oznaczałoby nadmierny formalizm tego postępowania, który przepis art. 27 ust. 1 p.z.p. ma ograniczać”.*

Podkreślił, że wybór przez zamawiającego sposobu komunikacji nie może naruszać zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Dodał, że art. 18 pkt 1 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw również nie może być interpretowany w oderwaniu od art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Podniósł, że wybór przez zamawiającego sposobu komunikacji między zamawiającym a wykonawcami nie może odbywać się z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ograniczenie sposobu komunikacji przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, tj. wyłączenie komunikacji za pomocą środków komunikacji elektronicznej naruszyło tą zasadę.

Wskazał, że pismo zamawiającego z dnia 15.06.2018 r. dotyczące wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny dotarło do odwołującego dopiero w dniu 21.06.2018 r., tj. po 6 dniach od jego nadania przez zamawiającego, a zamawiający wyznaczył jedynie 4-dniowy termin na złożenie wyjaśnień, który upływał 19.06.2018 r., tj. w poniedziałek. Odwołujący zwrócił uwagę, że miał jedynie 1 dzień roboczy, tj. piątek na przygotowanie skomplikowanych i czasochłonnych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wobec czego niemożliwym było wysłanie ich przez pocztę (czas wysyłki ok. 5-6 dni) czy też posłańca. Podał, że aby doszły w terminie wykonawca musiały nadać kurierowi wyjaśnienia jeszcze w piątek 26.06.2018r., natomiast dostarczenie ich osobiście naraziłoby wykonawcę na wysokie koszty dojazdu, utracenie zarobku oraz na utratę dodatkowego dnia przygotowywania wyjaśnień, gdyż dojazd z siedziby odwołującego do siedziby zamawiającego trwa ok. 7-8h. Oświadczył, że nie dysponuje też działającym faksem (może jedynie odbierać korespondencję a nie ją nadawać), a wszelkie dokumenty, które przesyła

zamawiającemu podpisuje kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub, jeśli dostarcza je w formie pisemnej, podpisuje własnoręcznym podpisem. Uzupełnił, że faks umożliwia jedynie przesłanie skanu dokumentu.

Wskazał, że niejednokrotnie zamawiający kwestionują przesyłanie skanów dokumentów lub żądają dodatkowo przesłania oryginałów pocztą, wobec czego z ostrożności, odwołujący zawsze podpisuje przesyłane przez siebie dokumenty w jednej z równoważnych form – pisemnej lub elektronicznej. Dodał, że uprzywilejowaną pozycję w niniejszym postępowaniu mieli wykonawcy, których siedziba mieściła się w bliższej odległości do siedziby zamawiającego niż siedziba odwołującego się – przede wszystkim tacy wykonawcy mieli możliwość zapoznania się z wezwaniami zamawiającego z większym wyprzedzeniem niż odwołujący się, z uwagi na to, że zamawiający wysyłał je pocztą, zaś jak powszechnie wiadomo im przesyłka jest bliżej wysyłana tym czas oczekiwania na nią jest krótszy. W ocenie odwołującego mogło zdarzyć się tak, że inny wykonawca otrzymał wezwanie dotyczące np. wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z 15.06.2018 r. już 18.06.2018 lub 19.06.2018 r. zyskując o wiele więcej dni roboczych na ich przygotowanie w stosunku do odwołującego się.

Uznał, że już sam fakt wyboru przez zamawiającego sposobu komunikowania się z wykonawcami za pomocą poczty świadczy o tym, że narusza on zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji wykonawców, gdyż zamawiający ma pełną świadomość tego, że każdy z wykonawców zapozna się w innym czasie z wysłanym przez niego dokumentem i ma różną ilość dni roboczych na przygotowanie odpowiedzi. Uzupełnił, że ma to również znaczenie w zakresie wniosku o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą – jeżeli bowiem zamawiający nadaje taki wniosek pocztą na krótko przed terminem upływu ważności oferty to wykonawca może nie mieć realnej możliwości, aby zmieścić się w wyznaczonym terminie wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, który może przecież upłynąć w trakcie znajdowania się przesyłki u operatora pocztowego.

Wskazał, że w poprzednim stanie prawnym zakaz ograniczania konkurencji w zakresie sposobu przekazywania oświadczeń wniosków, zawiadomień oraz informacji był uregulowany w art. 27 ust. 3 ustawy Pzp. Podniósł, że pomimo, iż przepis ten został uchylony na rzecz Rozdziału 2a (obowiązującego dopiero od 18.10.2018 r.) to nadal należy mieć na uwadze bezwzględnie obowiązującą zasadę określoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Powołał się na wyrok KIO dotyczący nieobowiązującego już art. 27 ust. 3 ustawy Pzp: *„Krajowa Izba Odwoławcza przyznaje rację Zamawiającemu, iż wybór formy porozumiewania się spoczywa na zamawiającym (art. 27 ust. 1 ustawy Pzp). Nie oznacza to jednak nieograniczonej dowolności zamawiającego w przedmiotowym zakresie. Przepis art. 27 ust. 3 ustawy Pzp stanowi bowiem, iż wybrany sposób przekazywania oświadczeń,*

wniosków, zawiadomień oraz informacji nie może ograniczać konkurencji. Natomiast zawsze dopuszczalna jest forma pisemna, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie. W opinii Krajowej Izby Odwoławczej, ograniczanie kanałów komunikacji nie jest uzasadnione, a w konsekwencji prowadzi do braku możliwości realizowania posiadanych przez wykonawców uprawnień w określonym, ustawowym terminie i w efekcie stawia wykonawców mających siedzibę w bliskiej odległości od Zamawiającego w sytuacji lepszej od tych, którzy takiej lokalizacji nie posiadają.” (Sygn. akt: KIO/UZP 576/09, Postanowienie KIO z dnia 19 maja 2009 r.)

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 61 Kodeksu cywilnego, poprzez uznanie, że odwołujący nie złożył wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny pomimo tego, iż wyjaśnienia wpłynęły do zamawiającego przed upływem terminu na ich złożenie, a zamawiający zapoznał się z tymi wyjaśnieniami, a także w odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp w związku z art. 61 Kodeksu cywilnego, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego w części 1 i 2 pomimo, iż odwołujący w sposób skuteczny wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą w części 1 i w części 2, a jego oświadczenie wpłynęło do zamawiającego przed upływem pierwotnego terminu związania ofertą, a zamawiający zapoznał się z tym oświadczeniem odwołujący podał, że zamawiający wezwał go do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty w Części 1, celem zbadania podejrzenia rażąco niskiej ceny. Podał, że wezwanie wpłynęło do odwołującego 21.06.2018 r., zamawiający wyznaczył termin na złożenie wyjaśnień 4 dni od dnia otrzymania wezwania, co oznacza, że termin na złożenie upływał 25.06.2018 r. (poniedziałek).

Stwierdził, że w praktyce miał niepełne dwa dni na napisanie wyjaśnień i zebranie dowodów (piątek i poniedziałek, przy czym w poniedziałek wyjaśnienia powinny się znaleźć w siedzibie zamawiającego). Podniósł, że biorąc pod uwagę dużą odległość między odwołującym a zamawiającym (Opole - Ełk) nie był w stanie dostarczyć osobiście wyjaśnień w wyznaczonym terminie. Uzpełnił, że zważywszy na fakt, iż wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na złożenie wyjaśnień nie mogło być zaskarżone do KIO odwołaniem (zgodnie z art. 180 ust. 2 Pzp), przesłał wyjaśnienia drogą elektroniczną.

Zauważył, że dokumenty zostały opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a więc posiadały formę równoważną formie pisemnej. W ocenie odwołującego dołożył najwyższych starań, aby uwiarygodnić przesłane wyjaśnienia.

Wskazał, że zamawiający uznał jednak, że złożenie dokumentów uchybiające sposobowi komunikacji wyznaczonym w SIWZ jest równoważne z niezłożeniem dokumentów.

Odwołujący ze stanowiskiem zamawiającego się nie zgodził z następujących powodów.

Po pierwsze, w przypadku, gdy zamawiający nie określił sankcji za niedochowanie formy lub sposobowi komunikacji, czynność przesłania wyjaśnień jest ważna.

Po wtóre, zastosowanie mają przepisy Kodeksu cywilnego (na podstawie art. 14 Pzp). Wprawdzie art. 18 pkt 1 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020), przewiduje możliwość wyboru przez zamawiającego środków komunikacji, wywodził odwołujący, to nie przewiduje sankcji za uchybienie w tym zakresie (także zamawiający w SIWZ nie wskazał sankcji za zastosowanie innego środka komunikacji). Wskazał, że nieważność czynności prawnej ze względu na formę musi być zastrzeżona ustawą (zgodnie z orzecznictwem). Uznał, że zachowanie zamawiającego, polegające na ignorowaniu złożonych wyjaśnień nie ma umocowania w przepisach i orzecznictwie.

Podniósł, że wbrew temu co twierdzi zamawiający, zgodnie z art. 61 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią.

Na powyższej podstawie stwierdził, że obie przesłanki są wypełnione w związku z czym zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty odwołującego.

Podkreślił, że zamawiający potwierdził otrzymanie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, a nawet zweryfikował ważność certyfikatu podpisu elektronicznego (dowód w aktach postępowania o udzielenie tego zamówienia), z czego wynika niekonsekwencja zamawiającego i podejrzenie o stronniczość przy ocenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny (wyjaśnienia złożone przez A. O. są bardzo lakoniczne), gdyż skonfrontowanie wyjaśnień pokazuje, że odrzucona powinna być oferta złożona przez A. O., a nie Aspello sp.z o.o.

Dodał, że jego wyjaśnienia złożone zostały w formie równoważnej oryginałowi (formie pisemnej) dlatego nie sposób jest uzasadnić zachowania zamawiającego.

Wskazał, że powyższa argumentacja odnosi się również do zarzutu nieuznania przez zamawiającego oświadczenia odwołującego w przedmiocie wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w części 1 i 2 i odrzucenia jego oferty.

Podał, że w toku postępowania zamawiający wezwał wykonawcę AO do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w związku ze spełnieniem przesłanek wskazujących na możliwość zawarcia w ofercie ceny rażąco niskiej. Podał także, że w odpowiedzi na wezwanie wykonawca ten przedstawił pismo zawierające wyjaśnienia.

Zdaniem odwołującego, w świetle treści tych wyjaśnień nie można uznać, że oferta

złożona przez wykonawcę AO nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Powołał się na wyrok Izby z dnia 27 lutego 2015 roku, zgodnie z którym: *„Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny powinien mieć na uwadze doniosły charakter owych wyjaśnień. Ogólne wyjaśnienia, nie uzasadniające wysokości zaoferowanej ceny, nie rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do rzetelności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji, pociągają za sobą skutek w postaci odrzucenia oferty”* (KIO 267/15). Stwierdził, że pogląd ten jest wielokrotnie powtarzany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i wynika z niego, iż wykonawca, jako podmiot profesjonalnie zajmujący się wykonywaniem umów zawartych w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych, powinien dołożyć wszelkiej staranności, aby wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny były konkretne, rzetelne, zwięzłe i zawierające odpowiednie kalkulacje, a nie ogólne, uniwersalne, rozległe, lecz bez przywołania niezbędnych dowodów.

Przywołał kolejny wyrok Izby z dnia 24 czerwca 2013 r., zgodnie z którym *„wykonawca, składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny oferty, powinien wskazać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny oraz stopień, w jakim cena została obniżona dzięki wskazanym czynnikom. Odpowiedź wykonawcy nie może być lakoniczna i powierzchowna, aby można ją było potraktować jako wyczerpującą i rozwiewającą wątpliwości, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 4, w związku z art. 90 ust. 2 ustawy. Aby odpowiedź złożona na wezwanie wystosowane na podstawie art. 90 Prawa zamówień publicznych posiadała walor wyjaśnień elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny musi być bardziej szczegółowa w zakresie elementów składających się na zaoferowaną cenę aniżeli sama oferta. Stopień ogólności podanych informacji powoduje, iż nie mogą one stanowić wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 2 i 3 ustawy. Wszczęcie procedury wyjaśniania ceny oferty stanowi domniemanie, iż cena jest rażąco niska natomiast na wykonawcy ciąży obowiązek obalenia tego domniemania”* (KIO 1363/13).

Stanął na stanowisku, że wykonawca AO nie złożył wyjaśnień, które obaliłyby domniemanie rażąco niskiej ceny, a zamawiający dokonał oceny złożonych wyjaśnień z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Wskazał, że z korespondencji między zamawiającym a wykonawcą wynika, że ocena oferty i wyjaśnień dotyczących oferty, zwłaszcza w kontekście rażąco niskiej ceny, dokonana przez zamawiającego jest wadliwa i narusza przepisy ustawy Pzp.

Zdaniem odwołującego wyjaśnienia wykonawcy są lakoniczne i nie zawierają żadnych realnych kalkulacji ceny oferty ani też jakichkolwiek dowodów wskazujących, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, argumenty wykonawcy wskazują, że kalkulacji dokonano nienależycie. Uzupełnił, że wykonawca nie wskazał w wyjaśnieniach żadnych konkretnych kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia, np. wynagrodzenia personelu kluczowego, kosztów sprzętu, treść wyjaśnień sugerować może nieuwzględnienie w cenie

wszystkich elementów przedmiotu zamówienia.

Odwołujący uznał, że wykonawca w swoich wyjaśnieniach nie wykazał w najmniejszym stopniu, że zaoferowana przez niego cena jest ceną rynkową i ceną realną, nie wskazał także w jakim stopniu wymienione przez niego czynniki i uwarunkowania wpływają na wysokość ceny oferty.

Podniósł, że biorąc pod uwagę, że odwołujący również bazuje na rozwiązaniach „open source”, zrealizował wiele podobnych zamówień często o dużo większej „złożoności”, to przy założeniu marży w wysokości ok. 20% nie jest możliwe wykonanie całości zamówienia za cenę zaoferowaną przez wykonawcę.

Podsumował, że cena tego wykonawcy nosi znamiona ceny rażąco niskiej, w związku z czym podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Stwierdził, że zamawiający dał wiarę wyjaśnieniom jedynie na podstawie twierdzeń wykonawcy tj. subiektywnej opinii wykonawcy, nie popartej żadnymi dowodami. Podniósł, że zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający dysponuje uprawnieniem do swobodnej oceny wyjaśnień wzywanego wykonawcy i brak jest konkretnego katalogu dowodów, które oferent powinien przedstawić w celu wykazania braku rażąco niskiej ceny, jednak ocena ta nie może być dokonana w sposób dowolny, a w szczególności musi uwzględniać treść art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że obowiązek wykazania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy – oznacza to, iż wyjaśniający musi przedstawić wszelkie dowody, które potwierdza z prawdopodobieństwem granicznym z pewnością, że możliwe będzie wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę podaną w ofercie. (E. Rudkowska-Ząbczyk, Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, wyd. 14, Warszawa 2015).

Do odwołania załączono e-mail z dnia 25 czerwca 2018 r. godz. 14:41, 7. e-mail z dnia 27 czerwca 2018 godz. 11:33, 8. e-mail z dnia 2 lipca 2018 r. o godz. 12:47, 9. pismo z dnia 25 czerwca 2018 r., 10. pismo z dnia 30 czerwca 2018 r.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 30 lipca 2018 r., w tym dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, a także stanowisk stron i przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił w dalszej kolejności, że odwołujący posiada interes

w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Potwierdzenie się nieprawidłowego dokonania przez zamawiającego czynności badania i oceny ofert odwołującego, tj. jej bezpodstawne odrzucenie w części 1 i 2 oraz zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy konkurencyjnego w części 1, oznaczałoby, że odwołujący ma szansę na uzyskanie zamówienia zarówno w części 1, jak i w części 2.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W odniesieniu do pierwszych sześciu zarzutów odwołania skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W Rozdziale I pkt I zamawiający podał: nazwę, adres, adres e-mail oraz godziny urzędowania.

Zgodnie z Rozdziałem I pkt VIII Informacja o sposobie porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami *„Komunikacja między zamawiającym a wykonawcami odbywa się za pośrednictwem operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe (Dz.U. poz. 1529 oraz z 2015 . poz. 1830, osobiście, za pośrednictwem posłańca lub faksu. Jeżeli zamawiający lub wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje za pośrednictwem faksu każda ze stron na żądanie drugiej strony niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania; Adres: zamawiającego: (...) Numer faksu zamawiającego (...). Osoby uprawnione ze strony zamawiającego do porozumiewania się z wykonawcami: 1. W sprawach technicznych: (...) 2. W sprawach proceduralnych (...).*

W części 1 oferty złożyło dwóch wykonawców: odwołujący z ceną 437 880 zł oraz wykonawca AO z ceną brutto 350 000 zł.

W części 2 oferty złożyło 4 wykonawców: Gison Sp. z o.o. z ceną brutto 114 390 zł, Opegieka Sp. z o.o. z Elbląga z ceną brutto 167 280 zł, Geo-System Sp. z o.o. z ceną brutto 25 830 zł, odwołujący z ceną brutto 166 780 zł.

Pismem z dnia 22 czerwca 2018 r. zamawiający zwrócił się do wykonawców, z powołaniem się na przepis art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 30 dni od pierwotnego terminu związania ofertą. W piśmie każdorazowo zastrzegł, że *„Wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą należy przekazać do Zamawiającego niezwłocznie, nie później niż do upływu pierwotnego terminu związania ofertą.”*

Na podstawie zwrotnego potwierdzenia otrzymania korespondencji (tzw. zwrotki) skład orzekający Izby ustalił, że ww. wezwanie doręczono odwołującemu w dniu 27 czerwca 2018 r., wykonawcy Gisom Sp. z o.o. z Krakowa 5 lipca 2018 r., wykonawcy AO

w dniu 29 czerwca 2018 r., wykonawcy Opegięka Sp. z o.o. z Elbląga 25 czerwca 2018 r.

W przypadku wykonawcy PHU Geo-System Sp. z o.o. z Warszawy brak wskazania daty doręczenia na tzw. zwrotce.

Oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą w części 1 i 2 z dnia 30 czerwca 2018 r. odwołujący przesłał zamawiającemu, jako załącznik do wiadomości e-mail (adres: um@um.elk.pl, ziur@um.elk.pl, 2 lipca 2018 r., wskazując w treści wiadomości, że *„Dokument został podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym.”* Podpis ten został zweryfikowany przez zamawiającego (jako poprawny), co wynika z Raportu: Weryfikacja podpisu z 5 lipca 2018 r.

Odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 25 czerwca 2018 r. (część 1) odwołujący przesłał zamawiającemu, jako załącznik do wiadomości e-mail (adres: um@um.elk.pl, 25 czerwca 2018 r., wskazując w treści wiadomości, że *„Dokument został podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym.”* Podpis ten został zweryfikowany przez zamawiającego (jako poprawny), co wynika z Raportu: Weryfikacja podpisu z 3 lipca 2018 r.

Pismem z dnia 17 lipca 2018 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w części 1 i 2 zamówienia. W części 1 za najkorzystniejszą zamawiający uznał ofertę wykonawcy AO, zaś w części 2 wykonawcy Opegięka Sp. z o.o. z Elbląga.

Zamawiający poinformował nadto o odrzuceniu oferty odwołującego, podając: *„Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu wezwał wykonawcę na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia, w terminie 4 dni od dnia otrzymania wezwania, wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty w części I , celem zbadania podejrzenia rażąco niskiej ceny (cena oferty w części I /437 880,00 zł brutto/ jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług /wartość szacunkowa brutto/, która wynosi dla części 1 — 631 236,00 zł brutto). Wykonawca przedmiotowe wezwanie otrzymał w dniu 21.06.2018 r. i miał 4 dni od dnia otrzymania na złożenie wyjaśnień. Wykonawca w dniu 25.06.2018 roku przesłał do Zamawiającego e-mail z załączonym plikiem będącym odpowiedzią na wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w części 1 przedmiotu zamówienia. Zamawiający zwrócił się także do wykonawcy, na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w części I i 2. Wykonawca w dniu 02.07.2018 roku przesłał do Zamawiającego e-mail z załączonym plikiem z wyrażeniem zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w części 1 i 2 przedmiotu zamówienia. Zamawiający, zwraca uwagę na fakt, iż w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w pkt. VIII, zgodnie z art. 18 pkt 1 Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych*

ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020), dokonał wyboru sposobu komunikacji między zamawiającym a wykonawcami. Zamawiający określił, że „komunikacja między zamawiającym a wykonawcami odbywa się za pośrednictwem operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe (Dz. U. poz. 1529 oraz z 2015 r. poz. 1830), osobiście, za pośrednictwem postańca lub faksu”. Zamawiający nie wymienił środków komunikacji elektronicznej (do których zalicza się także komunikacji za pośrednictwem e-maila) jako dopuszczonej formy. Powyższe powoduje, że w przedmiotowym postępowaniu Wykonawca, składając odpowiedź na wezwanie w zakresie rażąco niskiej ceny, oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, drogą e-mailową, uczynił to w sposób nieprawidłowy, w nie dopuszczonej formie, co należy traktować tak, jakby tych wyjaśnień, zgody na przedłużenie terminu związania ofertą wcale nie złożono. Uzasadnienie Zamawiającego potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 czerwca 2015 r. (Sygn. akt: KIO 1036/15), z którego wynika, że Zamawiający może dokonać wyboru formy, za pomocą której ma następować składanie oświadczeń we wzajemnej komunikacji z wykonawcami, wprowadzając postanowienie, w myśl którego oświadczenia i dokumenty składane mają być w formie pisemnej, ewentualnie – w formie faksu. Jeżeli forma komunikacji pocztą elektroniczną nie została w postępowaniu przewidziana, to została w przedmiotowym postępowaniu przez Zamawiającego świadomie wyeliminowana. Istotne jest jednak, że takie a nie inne reguły komunikacji zostały w SIWZ wprowadzone i wiązały wykonawców.”

Zarzuty:

- błędne przyjęcia przez zamawiającego, że odwołujący nie udzielił wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w części 1 oraz w części 2, podczas gdy odwołujący się przesłał zamawiającemu 25.06.2018 r. wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny oraz 02.07.2018 r. oświadczenie w przedmiocie wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w części 1 i 2 w formie elektronicznej, która jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej, a zamawiający mógł i zapoznał się z ich treścią, co w konsekwencji doprowadziło do bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego w zakresie części 1 i 2, czym zamawiający naruszył art. 781 kodeksu cywilnego, art. 60 kodeksu cywilnego i art. 61 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 9 ust. 1 ustawy Pzp,
- uznania, że odwołujący nie złożył wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny pomimo tego, iż wyjaśnienia wpłynęły do zamawiającego przed upływem terminu na ich złożenie, a zamawiający zapoznał się z tymi wyjaśnieniami, czym zamawiający naruszył przepis naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w związku

z art. 61 Kodeksu cywilnego,

- bezpodstawnego odrzucenie oferty odwołującego w części 1 i 2 pomimo, iż odwołujący w sposób skuteczny wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą w części 1 i w części 2, a jego oświadczenie wpłynęło do zamawiającego przed upływem pierwotnego terminu związania ofertą, a zamawiający zapoznał się z tym oświadczeniem, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp w związku z art. 61 Kodeksu cywilnego,
- błędneho przyjęcia, że jeżeli zamawiający nie wymienił środków komunikacji elektronicznej w SIWZ jako dopuszczonego sposobu porozumienia się między zamawiającym a wykonawcą, a następnie sam skorzystał z tego sposobu komunikacji z odwołującym, to złożenie przez odwołującego odpowiedzi na wezwanie w zakresie rażąco niskiej ceny oraz oświadczenia w przedmiocie wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w części 1 i 2 drogą e-mail było nieprawidłowe i należy traktować jakby tych wyjaśnień, zgody na przedłużenie terminu związania ofertą wcale nie złożono, podczas, gdy prawidłowa wykładnia tego przepisu prowadzi do wniosku, że zamawiający może dokonać w sposób dorozumiany (poprzez faktyczne zachowanie się) rozszerzenia sposobu komunikacji o sposoby nie wymienione w SIWZ, czym zamawiający naruszył przepis art. 18 pkt 1 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw

nie potwierdziły się.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego przywołał postanowienie SIWZ o dopuszczonych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego sposobach komunikowania się zamawiającego z wykonawcami (za pośrednictwem operatora pocztowego, osobiście, za pośrednictwem postańca lub faksu) oraz wskazał, że powyższe powoduje, że odwołujący, składając wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny oraz oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą drogą e-mail uczynił to w sposób nieprawidłowy, co należy traktować tak, jakby tych wyjaśnień, zgody na przedłużenie terminu związania ofertą nie złożono.

Skład orzekający Izby podnosi, co zauważył także sam odwołujący w odwołaniu, że należy rozgraniczyć sposób komunikacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą od formy składania oświadczeń lub dokumentów przez wykonawcę.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego ze względu na nieprawidłowy sposób komunikacji, tj. przesłanie wyjaśnień i oświadczenia drogą elektroniczną, tj. w sposób, który nie został dopuszczony w SIWZ toteż wywody odwołującego co do tego, że wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny i oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu

związania ofertą zostało złożone w formie elektronicznej, która jest równoważna z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej należało uznać za bezprzedmiotowe. To nie formę wyjaśnień i oświadczenia zakwestionował zamawiający, ale sposób ich przesłania.

W ocenie składu orzekającego skorzystanie przez odwołującego ze sposobu komunikacji, który nie został dopuszczony w postępowaniu czyni zasadnym przyjęcie, iż nie zostały złożone. Skład orzekający Izby zauważa, że podobnie w orzecznictwie Izby traktuje się wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, które – choć dotarły do zamawiającego – traktuje się jakby nie zostały złożone ze względu na brak merytorycznej treści owych wyjaśnień (tzn. formalne złożenie odpowiedzi, która w rzeczywistości niczego nie wyjaśnia, ogólnikowej), a co w konsekwencji prowadzi do odrzucenia oferty wykonawcy z zastosowaniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 3 ustawy Pzp.

Odstępstwo od reguł ustanowionych przez zamawiającego w SIWZ jedynie w odniesieniu do odwołującego, tj. przyjęcie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą w sposób inny niż dopuszczony w tejże SIWZ stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. Inni bowiem wykonawcy zastosowali się do narzuconych sposobów komunikowania się z zamawiającym i mieli prawo, w świetle SIWZ, oczekiwać od zamawiającego, że taki sam katalog sposobów komunikowania się będzie dotyczył pozostałych wykonawców.

Dostrzec należy, że odwołujący nie skorzystał z możliwości poinformowania zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego lub zaniechaniu czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy, na które nie przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp (art. 180 ust. 5 ustawy Pzp), co skłania do wniosku, że dokonany przez zamawiającego wybór sposobu porozumiewania się nie stanowił dla odwołującego ograniczenia w uczestnictwie w postępowaniu.

Co więcej, odwołujący nie zapewnił sobie dostępu do prawidłowo działającego faksu (jak oświadczył odwołujący w odwołaniu – *„Odwołujący nie dysponuje też działającym faksem (może jedynie odbierać korespondencję, a nie ją nadawać)”*), sam sobie zawężając możliwość skorzystania z szybkiego sposobu przekazania zamawiającemu wyjaśnień, czy oświadczenia.

Skład orzekający Izby co do zasady podziela stanowisko, że dopuszczenie określonego sposobu porozumiewania się między zamawiającym a wykonawcami może nastąpić w sposób dorozumiany. Jednak w przedmiotowej sprawie działanie osoby ze strony zamawiającego, polegające na potwierdzeniu drogą elektroniczną otrzymania wyjaśnień przesłanych przez odwołującego drogą elektroniczną nie może być, w ocenie składu orzekającego Izby, zakwalifikowane jako dorozumiana zmiana przez zamawiającego wskazanych w SIWZ sposobów porozumiewania się z wykonawcami, ponieważ zmiana ta nastąpiłaby wyłącznie wobec odwołującego – tylko bowiem odwołujący otrzymał

potwierdzenie otrzymania przez zamawiającego korespondencji odwołującego, podczas gdy treść SIWZ znana jest i winna być stosowana przez wszystkich wykonawców (i zamawiającego).

Dorozumiana zmiana dopuszczonych uprzednio w SIWZ sposobów porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami nastąpiłaby w przypadku, gdyby zamawiający w inny niż wskazany w SIWZ sposób skierował do wszystkich wykonawców wezwanie, prośbę, zawiadomienie, informację itp., czy też, gdyby inny niż wskazany w SIWZ sposób porozumiewania się wskazał w samej treści pisma np. w wezwaniu do złożenia wyjaśnień lub prośbie o wyrażenie zgody w przedmiocie przedłużenia terminu związania ofertą. W przedmiotowej sprawie okoliczności takie nie wystąpiły.

Niezależnie od powyższego dostrzec należy, że w przedmiotowej sprawie faktyczne zachowanie się zamawiającego, tj. potwierdzenie przez pracownika zamawiającego faktu otrzymania korespondencji elektronicznej nastąpiło 27.06.2018 r., a więc po 25.06.2018 r., kiedy to odwołujący przesłał zamawiającemu pocztą elektroniczną wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, wobec czego o owym dorozumianym dopuszczeniu można by było mówić co najwyżej od momentu owego potwierdzenia. W konsekwencji dorozumiane dopuszczenie porozumiewania się między zamawiającym a wykonawcą drogą elektroniczną można by było odnieść wyłącznie do oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, które odwołujący przesłał drogą elektroniczną 2 lipca 2018 r., a więc po wskazanej dacie dorozumianego dopuszczenia tego sposobu porozumiewania się.

Zarzut zaniechania wskazania w SIWZ informacji o sposobie przekazywania oświadczeń lub dokumentów oraz nieuwzględnieniu formy elektronicznej przesłanych dokumentów i oświadczeń przez odwołującego pomimo dopuszczalności tej formy na podstawie rozporządzenia wykonawczego do ustawy i braku uregulowania tej kwestii w SIWZ, czym zamawiający naruszył przepis art. 36 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, § 14 pkt 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia skład orzekający Izby pozostawił bez rozpoznania.

Zarzut zaniechania wskazania w SIWZ informacji o sposobie przekazywania oświadczeń lub dokumentów skład orzekający Izby pozostawił bez rozpoznania, ponieważ przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest tzw. postępowaniem podprogowym, w którym odwołanie od treści SIWZ w zakresie dotyczącym informacji o sposobie porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń lub dokumentów, zgodnie z katalogiem wskazanym w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawcy nie przysługuje.

Niezależnie od powyższego skład orzekający Izby zauważa, że nawet gdyby odwołanie w tym zakresie odwołującemu przysługiwało, to zarzut w tym zakresie byłby zarzutem spóźnionym, ponieważ – zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp odwołanie od treści SIWZ wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych, co w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego miało miejsce już 18 maja 2018 r. (pięciodniowy termin upłynął zatem 23 maja 2018 r.).

Na marginesie w odniesieniu do nieuwzględnienia formy elektronicznej przesłanych dokumentów i oświadczeń przez odwołującego pomimo dopuszczalności tej formy na podstawie rozporządzenia wykonawczego do ustawy i braku uregulowania tej kwestii w SIWZ skład orzekający Izby skazuje, co zauważył także sam odwołujący w odwołaniu, że należy rozgraniczyć sposób komunikacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą od formy składania oświadczeń lub dokumentów przez wykonawcę, a po wtóre, wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny oraz oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą nie należą do dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, stąd stosowanie do nich przepisów rozporządzenia, które tych jedynie oświadczeń i dokumentów dotyczy jest nieuprawnione.

Zarzut naruszenia zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowane uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, poprzez uprzywilejowanie wykonawców mających siedzibę w bliższej odległości od zamawiającego od tych, którzy takiej lokalizacji nie posiadają w związku z wyborem przez zamawiającego sposobu porozumienia się z wykonawcami za pomocą poczty, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 18 pkt 1 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw skład orzekający Izby pozostawił bez rozpoznania.

Wybór przez zamawiającego sposobów porozumienia się z wykonawcami nastąpił w SIWZ w Rozdziale I pkt VIII – odwołujący kwestionuje więc postanowienia SIWZ.

Zarzut ten, podobnie jak zarzut poprzedni skład orzekający Izby pozostawił bez rozpoznania, ponieważ przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest tzw. postępowaniem podprogowym, w którym odwołanie od treści SIWZ w zakresie dotyczącym informacji o sposobie porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń lub dokumentów – wyboru sposobu porozumiewania się, zgodnie z katalogiem wskazanym w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawcy nie przysuguje.

Niezależnie od powyższego skład orzekający Izby ponownie zauważa, że nawet gdyby odwołanie w tym zakresie odwołującemu przysługiwało, to zarzut w tym zakresie byłby

zarzutem spóźnionym, ponieważ – zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp odwołanie od treści SIWZ wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych, co w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego miało miejsce już 18 maja 2018 r. (pięciodniowy termin upłynął zatem 23 maja 2018 r.).

Zarzuty:

- wadliwej oceny złożonych przez wykonawcę AO wyjaśnień i uznanie ich za wyczerpujące, podczas gdy treść złożonych wyjaśnień jest lakoniczna i w żaden sposób nie wskazuje czynników uzasadniających, że cena oferty tego wykonawcy jest realna, obejmuje cały przedmiot zamówienia, a przy tym jest rynkowa oraz przewiduje zysk, czym zamawiający naruszył przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp,
- zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę AO pomimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp

nie potwierdziły się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Jak wynika z pkt 2 ppkt 4 Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego – DRUK ZP-PN (dalej „Protokół”) zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia w części 1 na 513 200 zł netto.

W odniesieniu do wymagań w zakresie sposobu obliczenia ceny ofertowej stwierdzić należy, że oczekiwaniem zamawiającego było – pkt XIII SIWZ – aby podana w ofercie cena:

- była ceną ryczałtową,
- uwzględniającą wszystkie zobowiązania,
- podana cyfrowo i słownie,
- podana z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku,
- obejmującą wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia w tym podatki.

W odniesieniu do części 1 zamówienia zamawiający podał, że zamierza przeznaczyć na jej sfinansowanie 631 236 zł brutto (Informacja z sesji otarcia ofert oraz pkt 11 ppkt 2 Protokołu).

Wykonawca AO złożył ofertę na opracowanym przez zamawiającego wzorze (Załącznik nr 1 do SIWZ) i wskazał w części 1 zamówienia cenę ofertową w wysokości 350 000 zł brutto.

W części tej ofertę złożył jeszcze jeden wykonawca – odwołujący z ceną brutto 437 880 zł.

Pismem z dnia 19 czerwca 2018 r. zamawiający wezwał wykonawców (część 1 – odwołujący oraz wykonawca AO) z powołaniem się na przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia w terminie 4 dni od dnia otrzymania pisma wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny w szczególności w zakresie:

- 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),
- pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów,
- wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie,
- wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska,
- powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Każdorazowo zamawiający wskazał *„Wątpliwość co do możliwości wykonania zamówienia w części 1 motywowana jest tym, że iż cena oferty w części 1 (...) jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług (...)”*

Na podstawie zwrotnego potwierdzenia otrzymania korespondencji (tzw. zwrotki) skład orzekający Izby ustalił, że ww. wezwanie doręczono odwołującemu w dniu 21 czerwca 2018 r., zaś wykonawcy AO dzień później, tj. w dniu 22 czerwca 2018 r.

Wykonawca AP złożył wyjaśnienia na 3 stronach – zgodnie z prezentatą Urzędu Miasta Ełk wpływ w dniu 26 czerwca 2018 r., rejestracja pisma pod nr 38261/2018.

Pismem z dnia 17 lipca 2018 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w części 1 – za najkorzystniejszą zamawiający uznał ofertę wykonawcy AO.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Bezspornie w wezwaniu z dnia 15 czerwca 2018 r. zamawiający ograniczył się do powielenia brzmienia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i nie sprecyzował, w jakim zakresie oczekuje od wykonawcy AO wyjaśnień – jakie koszty, czy składniki budzą wątpliwości zamawiającego, co – jak potwierdza ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba”) – stanowi obowiązek zamawiającego, a co jednocześnie zasadniczo wpływa na udzielenie przez wzywanego wykonawcę adekwatnych, precyzyjnych wyjaśnień.

Skład orzekający Izby w pełni podziela pogląd zaprezentowany w wyroku Izby z dnia 23 lutego 2017 r. (sygn. akt KIO 289/27), zgodnie z którym: „(...) wezwany wykonawca, ze względu na doniosłe skutki, jakie wywołać może procedura wyjaśniania rażąco niskiej ceny (odrzucenie oferty, następstwem czego jest brak możliwości uzyskania zamówienia i zysku z jego realizacji) nie może się domyślać podstaw skierowanego do niego wezwania. Przeciwnie – jego treść powinna wykonawcy pozwolić na dobór odpowiedniej argumentacji i – ewentualnie – dowodów, które łącznie pozwolą przekonać zamawiającego o braku podstaw do odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę. Jeżeli zaś wezwanie do złożenia wyjaśnień ma charakter ogólnikowy, ograniczający się, przykładowo, wyłącznie do przytoczenia treści przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, to zamawiający musi liczyć się z możliwością otrzymania równie ogólnikowych wyjaśnień.”

Wezwaniem z dnia 15 czerwca 2018 r. zamawiający nie narzucił także wykonawcy AO, że wyjaśnienia winny zostać udzielone wg konkretnej metodyki, wobec czego przyjmując należy, że pozostawił wykonawcy swobodę co do sposobu udzielenia wyjaśnień.

Dostrzec nadto należy, że powodem skierowania wezwania, co wskazał zamawiający w jego treści, było to, że „cena oferty (...) jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług (wartość szacunkowa brutto)” w sytuacji, gdy także druga z ofert (oferta odwołującego) przewyższa wskazaną wielkość, co skłania do wniosku, że szacunek zamawiającego może odbiegać od cen rynkowych lub został ustalony w oparciu o inne założenia – na rozprawie zamawiający oświadczył, że „szacując wartość zamówienia przyjął najbardziej pesymistyczny wariant/scenariusz, tj. iż całe oprogramowanie będzie oprogramowaniem opracowanym wyłącznie na potrzeby Zamawiającego, bez wykorzystania choćby w części oprogramowania gotowego”.

Zgodnie z przepisem art. 90 ust. 2 ustawy Pzp „Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.”, zaś zgodnie z przepisem art. 90 ust. 3 ustawy Pzp „Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy (...) jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.”

Nie można jednak pominąć, że ocena, czy wykonawca udźwignął obowiązek, o którym mowa w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp nie może być dokonywana schematycznie, musi natomiast uwzględniać treść wezwania i sposób jego realizacji.

Uwzględniając fakt, iż:

- wyjątkowo sprzyjającymi warunkami wykonania zamówienia jest zaprojektowanie i wdrożenie dla tego zamawiającego projektu silnika usług elektronicznych, który może wykorzystać w przedmiotowym zamówieniu, a co oznacza, że wykonawca AP dzięki temu może „od razu skupić się na bezpośrednim przełożeniu logiki biznesowej na silnik systemu, dzięki temu podejściu już na starcie realizacji projektu poziom

wykonania systemu oceniamy na 60%”, a wskazana wielkość wykonania systemu jest znacząca – czego odwołujący nie kwestionował,

- w pozostałym zakresie – co do wykorzystywania „darmowego” oprogramowania typu OpenSourcenie oraz wysokości wynagrodzenia pracowników brak jest podstaw do odmowy wiarygodności tym wyjaśnieniom, czego odwołujący także nie kwestionował (sam na rozprawie oświadczył, że przewidział wykorzystanie tego typu oprogramowania),
- wezwanie zamawiającego było nieprecyzyjne i nie zawierało wymagań co do metodyki złożenia wyjaśnień (w szczególności brak oczekiwania załączenia kalkulacji),

nie sposób uznać, że złożone przez wykonawcę AO wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę, co uzasadniałoby jej odrzucenie (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp).

Uwzględnić także należy fakt, że orzecznictwo Izby i doktryna dopuszcza możliwość zwrócenia się do wykonawcy, który złożył wyjaśnienia nie potwierdzające, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską o dalsze wyjaśnienia kosztów, czy założeń przyjętych do kalkulacji, które wzbudzają wątpliwości zamawiającego.

W przedmiotowej sprawie, o ile takie wątpliwości – w związku z treścią wyjaśnień, stanowiących odpowiedź na ogólne wezwanie zamawiającego – powstały, to wątpliwości te zamawiający mógłby rozwiązać, poprzez skierowanie do wykonawcy AO dodatkowego wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający podziela pogląd wyrażony w wyroku Izby z dnia 7 marca 2017 r. sygn. akt KIO 321/17 zgodnie z którym: *„(...) dążenie do wyjaśnienia wątpliwych informacji w wyjaśnieniach przystępującego służy interesowi zamawiającego, który żądając dalszych wyjaśnień uzyskuje lepszą możliwość weryfikacji założonych kosztów i zapewnia sobie ocenę realności wykonania zamówienia zgodnie z jego przedmiotem, ale także zapobiega eliminacji z postępowania wykonawcy korzystniejszego pod względem ekonomicznym.”*

Odnosząc się do podnoszonej przez odwołującego kwestii braku złożenia przez wykonawcę AO dowodów skład orzekający Izby wskazuje, po raz kolejny podkreślając ogólny charakter wezwania zamawiającego, że w przedmiotowym postępowaniu kwestie materiałowe czy sprzętowe nie mają kluczowego znaczenia dla realizacji przedmiotu zamówienia, wobec czego składanie ofert dostawców materiałów, czy sprzętu nie jest niezbędne. Odwołujący nie tylko nie sprecyzował dlaczego złożenie dowodów w tym przypadku uważa za niezbędne, nie odniósł się także konkretnie do treści wyjaśnień wykonawcy AO, ale sam będąc wezwanym na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie złożył żadnych dowodów, a swoje wyjaśnienia zaprezentował na 2 stronach (wykonawca AO na 3 stronach), nie uznając ich za zbyt lakoniczne.

Z powyższych względów skład orzekający Izby uznał, że zamawiający w sposób

prawidłowy dokonał oceny wyjaśnień wykonawcy AO i nie miał podstaw – w świetle złożonych na ogólne wezwania zamawiającego wyjaśnień tego wykonawcy – do odrzucenia oferty wykonawcy AO z zastosowaniem art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. b) 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: