

Sygn. akt: KIO 1627/17

POSTANOWIENIE
z dnia 23 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego **w dniu 23 sierpnia 2017 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **w dniu 4 sierpnia 2017 r.** przez wykonawcę **Centrum Współpracy Chińsko-Pomorskiej Sp. z o. o., ul. Trzy Lipy 3 lok. 4.8.2 A, 80-172 Gdańsk** w postępowaniu prowadzonym przez **Agencja Rozwoju Pomorza Sp. A., Aleja Grunwaldzka 472 D, 80-309 Gdańsk**

przy udziale wykonawcy **Dragon Era Trade Corporation Ltd, 100004 Beijing, Jianguomen Wai Street 24 A, East Ocean Centre 1702, PRC** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Centrum Współpracy Chińsko-Pomorskiej Sp. z o. o., ul. Trzy Lipy 3 lok. 4.8.2 A, 80-172 Gdańsk i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Centrum Współpracy Chińsko-Pomorskiej Sp. z o. o., ul. Trzy Lipy 3 lok. 4.8.2 A, 80-172 Gdańsk** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 1627/17

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn: „*Usługa utworzenia i prowadzenia biura świadczącego usługi na rzecz promocji gospodarczej województwa pomorskiego i pomorskich firm w Chinach*”, Nr referencyjny ZP-01-4/2017, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2017/S 039-071055 z 24.02.2017 r., przez Agencję Rozwoju Pomorza Sp. A., Aleja Grunwaldzka 472 D, 80-309 Gdańsk zwaną dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 05 i 11.05.2017 r. (e-mailem) Zamawiający wzywał Dragon Era Trade Corporation Ltd, 100004 Beijing, Jianguomen Wai Street 24 A, East Ocean Centre 1702, PRC zwaną dalej: „Dragon Era Trade Corporation Ltd.” albo „*Przystępującym*” do wyjaśnień w przedmiocie ceny rażąco niskiej. Zostały one udzielone – 08 i 14.05.2017 r.

W dniu 26.07.2017 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty Dragon Era Trade Corporation Ltd. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta – Centrum Współpracy Chińsko-Pomorskiej Sp. z o. o., ul. Trzy Lipy 3 lok. 4.8.2 A, 80-172 Gdańsk zwane dalej: „Centrum Współpracy Chińsko-Pomorskiej Sp. z o. o.” albo „*Odwołującym*”.

W dniu 04.08.2017 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) Centrum Współpracy Chińsko-Pomorskiej Sp. z o. o. wniosło odwołanie na w/w czynności. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 04.08.2017 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Odwołanie zostało podpisane przez adwokata umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z 02.08.2017 r. udzielonego przez P.Z. oraz V-ce P.Z. osoby ujawnione w załączonym do odwołania wydruku KRS-u i umocowane do łącznej reprezentacji. Odwołujący stwierdził w odwołaniu, że zaskarżając następujące czynności i zaniechania Zamawiającego:

1. czynność - wezwanie Zamawiającego z 05.05.2017 r. skierowane do Dragon Era Trade Corporation LTD,

2. czynność - wezwanie Zamawiającego z 11.05.2017 r. skierowane do Dragon Era Trade Corporation LTD,
3. zaniechanie - nieodrzućenie przez Zamawiającego oferty do Dragon Era Trade Corporation LTD,
4. czynność - wybór najkorzystniejszej oferty dokonany w dniu 26.07.2017 r.

Mając powyższe na uwadze zarzucił:

1. naruszenie art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” poprzez nieodrzućenie oferty Dragon Era Trade Corporation LTD pomimo tego, że Dragon Era Trade Corporation LTD nie wykazał że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

a w przypadku nieuwzględnienia zarzutu numer 1,

2. naruszenie art. 90 ust. 1 Pzp poprzez wadliwe sformułowanie wezwań skierowanych do Dragon Era Trade Corporation LTD z 05.05.2017 r. oraz z 11.05.2017 r.,

Wnosił o rozstrzygnięcie odwołania w następujący sposób:

1. w przypadku uwzględnienia zarzutu numer 1, wnosił o:

1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z 26.07.2017 r.,

2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Dragon Era Trade Corporation LTD na podstawie art. 90 ust. 3 oraz 89 ust. 1 pkt 4 Pzp,

4) zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego ograniczonych do wpisu od odwołania,

niezależnie od powyższego z ostrożności procesowej wnosił również o:

5) oddalenie wszystkich wniosków dowodowych Dragon Era Trade Corporation LTD, zmierzających do wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, jeżeli Dragon Era Trade Corporation LTD przystąpi do niniejszego postępowania i złoży takie wnioski dowodowe;

6) pominięcie wszystkich twierdzeń Dragon Era Trade Corporation LTD, z których miałyby wynikać, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, jeżeli Dragon Era Trade Corporation LTD przystąpi do niniejszego postępowania i przedstawi takie twierdzenia;

2. w przypadku nieuwzględnienia zarzutu numer 1, a uwzględnienia zarzutu numer 2, wnosił o:

1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z 26.07.2017 r.,

2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

- 3) nakazanie Zamawiającemu wezwania Dragon Era Trade Corporation LTD do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny wskazanej w ofercie, z których będzie wynikało, że cena ta nie jest rażąco niska,
- 4) zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego ograniczonych do wpisu od odwołania.

W ramach przedstawienia stanu faktycznego stwierdził: W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego dane zostały wskazane we wstępie, złożone zostały 3 oferty z następującymi cenami:

- 1) Partner of Promotion spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - 5.966.988,30 zł,
- 2) Odwołujący - 4.100.000 zł
- 3) Dragon Era Trade Corporation LTD - 2.459.508 zł.

Oferta Partner of Promotion spółki z ograniczoną odpowiedzialnością została odrzucona. Jak widać z powyższego oferta Dragon Era Trade Corporation LTD zawierała bardzo niską cenę. Cena tego Wykonawcy stanowiła 59% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (4.175.498 zł) oraz 77% kwoty, którą Zamawiający wskazał przed otwarciem ofert, jako kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający powziął wątpliwości odnośnie do tego, czy cena zaoferowana przez Dragon Era Trade Corporation LTD jest rażąco niska. W związku z powyższym Zamawiający wezwał Dragon Era Trade Corporation LTD w trybie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień pismem z 05.05.2017 r. Z uwagi na fakt, że przedstawione wyjaśnienia z 08.05.2017 r. nie były wystarczające, Zamawiający wezwał Dragon Era Trade Corporation LTD w trybie art. 90 ust. 1 Pzp ponownie do złożenia wyjaśnień pismem z 11.05.2017 r. Pismem z 14.05.2017 r. Dragon Era Trade Corporation LTD udzielił drugich wyjaśnień. Powyższe wyjaśnienia Zamawiający uznał za wystarczające i w dniu 26.07.2017 r. wybrał ofertę Dragon Era Trade Corporation LTD jako najkorzystniejszą. Drugą najkorzystniejszą ofertę złożył Odwołujący.

W ramach uzasadnienia ogólnego zarzutów. Zgodnie z art. 90 ust. 1a Pzp Zamawiający był zobowiązany wezwać Dragon Era Trade Corporation LTD w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, albowiem oferta tego Wykonawcy zawierała cenę niższą o ponad 30% niż średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert. Jak wynika z wcześniejszych rozważań, cena zaoferowana przez Dragon Era Trade Corporation LTD była niższa aż o 41%, aniżeli średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert. Jak słusznie podkreśla się w doktrynie i orzecznictwie w momencie zastosowania art. 90 ust. 1 Pzp zaczyna obowiązywać domniemanie, że cena zaoferowana przez Wykonawcę, wobec którego zastosowano art. 90 ust. 1 Pzp jest rażąco niska. Powyższe wynika zresztą wprost z przepisów prawa, albowiem zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp: „*Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.*”. Przytoczył wypowiedź doktryny odwołującą się

również do orzecznictwa - P. Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 5, Warszawa 2016, System Informacji Prawnej Legaiis, komentarz do art. 90 Pzp). W ocenie Odwołującego Dragon Era Trade Corporation LTD nie udźwignął ciężaru dowodu i nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Z ostrożności procesowej, na wypadek uznania, że Dragon Era Trade Corporation LTD nie był na podstawie wezwań Zamawiającego zobowiązany do przedłożenia dowodów, w ocenie Odwołującego należy uznać, że wezwania Zamawiającego skierowane do Dragon Era Trade Corporation LTD były wadliwe. W pozostałym zakresie Odwołujący przedstawił szczegółowe uzasadnienie sformułowanych zarzutów.

Zamawiający w dniu 07.08.2017 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 10.08.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Dragon Era Trade Corporation Ltd zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zostało podpisane przez reprezentanta prawnego umocowanego na podstawie Certyfikatu Rejestracji Przedsiębiorstwa z 30.09.2015 r. Zamawiający ani Odwołujący nie złożyli oświadczenia w przedmiocie zgłoszenia opozycji (w trybie art. 185 ust. 4 Pzp) przeciwko zgłoszonemu przystąpieniu innego wykonawcy. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Dragon Era Trade Corporation Ltd.

W dniu 21.08.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Dragon Era Trade wniosło pismo Przystępującego, w którym ustosunkowało się do treści odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie. Kopia pisma została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Pismo zostało podpisane przez reprezentanta prawnego jak wyżej. Przystępujący poprał wniosek o odrzucenie odwołania sformułowany przez Zamawiającego.

W dniu 18.08.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowieź na odwołanie, w którym wnioskował po pierwsze o odrzucenie odwołania, po drugie w wypadku nie uwzględnienia pierwszego wniosku o oddalenie w całości odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu. Niniejsza odpowiedź została podpisana przez P.Z. oraz V-ce P.Z. osoby ujawnione w załączonym do dokumentacji wydruku KRS-u i umocowane do łącznej reprezentacji. Podniósł, że odwołanie zostało ono wniesione z naruszeniem terminu do wniesienia odwołania.

Zamawiający stwierdził, że sprowadza się w zasadzie do zakwestionowania czynności Zamawiającego, polegających na wezwaniu wykonawcy Dragon Era Trade Corporation LTD do wykazania, iż cena jego oferty nie jest rażąco niska oraz zaniechania Zamawiającego odrzucenia oferty tego wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny jego oferty. Wezwania były skierowane do tego wykonawcy dnia 05 i 11.05.2017 r., zaś odpowiedzi wykonawcy na te wezwania wpłynęły dnia 08 i 14.05.2017 r. Odwołujący nie był poinformowany o tych czynnościach, co oznacza, że termin do wniesienia przez niego odwołań w stosunku do tych czynności uregulowany jest w art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp, zgodnie z którym odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 tego artykułu wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Jest oczywiste, że kwestię rażąco niskiej ceny Zamawiający musi zbadać niezwłocznie po otwarciu ofert, gdyż pierwszą czynnością Zamawiającego jest zbadanie, które oferty podlegają odrzuceniu. Powołując się na stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych (<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych/procedura-uregulowana-w-art.-24aa-ustawy-pzp,-tzw.-procedura-odwrocona>): *"Zgodnie z treścią art. 24aa ustawy Pzp zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu. (...) W pierwszej kolejności dokonuje on oceny ofert pod kątem przesłanek odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 ustawy Pzp) oraz kryteriów oceny ofert opisanych w SIWZ, po czym dopiero wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza (uplasowała się na najwyższej pozycji rankingowej), dokonuje oceny podmiotowej wykonawcy, tj. bada oświadczenie wstępne, a następnie żąda przedłożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp".* W niniejszym postępowaniu nie zastosowano procedury odwróconej, ale ma to wpływ jedynie na dalsze kroki (dokonanie oceny podmiotowej w oparciu o JEDZ dopiero po ocenie ofert). Niezmiennie pozostaje, że w obu procedurach (odwróconej i zwykłej) zamawiający najpierw dokonuje badania przesłanek odrzucenia ofert. Jednocześnie zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty. Skoro więc w pierwszym miesiącu po otwarciu ofert odwołujący nie otrzymał informacji, iż oferta wykonawcy Dragon Era Trade Corporation LTD została odrzucona z powodu rażąco niskiej ceny, mógł, przy zachowaniu należytej staranności, uzyskać informację, że zamawiający nie

zamierza dokonać czynności odrzucenia oferty wykonawcy. Tymczasem od otwarcia ofert dnia 04.05.2017 r. do dnia 01.08.2017 r. wykonawca nie zapoznawał się z dokumentacją postępowania, nie prosił o informacje o wynikach zbadania przez zamawiającego kwestii rażąco niskiej ceny najtańszej oferty. Zwleknięcie 3 miesiące z zaskarżeniem czynności i zaniechania Zamawiającego w sytuacji, gdy termin do złożenia odwołania wynosi 10 dni, należy uznać za niedochowanie należytej staranności przez odwołującego, skutkujące koniecznością odrzucenia jego odwołania. Przywołał wyrok KIO z 29.01.2014 r., sygn. akt: KIO 61/14): *„W orzecznictwie przyjęto, że jeśli przedmiotem odwołania są zarzuty, które dotyczą czynności, które mogłyby stanowić samodzielną podstawę do wniesienia odwołania we wcześniejszym terminie to w tej sytuacji mamy do czynienia ze zgłoszeniem zarzutów po terminie i z tych względów nie podlegają one rozpoznaniu przez Izbę. Przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do wykładni contra legem przepisu art. 180 ust. 1 w zw. z art. 182 ust. 1-3 i art. 189 ust. 3 ustawy P.z.p., bowiem pozwalałoby w istocie na obejście prawa.”*. Nadto, wyrok KIO z 13.12.2013 r., sygn. akt: KIO 2714/13 stwierdza, że: *„1. Każdy wykonawca, zachowując należytą staranność, wiadomość o zastrzeżeniu informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i stanowisko zamawiającego odmawiające ich ujawnienia, może powziąć z dniem otwarcia ofert, bądź w najbliższym terminie wyznaczonym przez zamawiającego - na wniosek zainteresowanego wykonawcy, jako termin udostępnienia ofert wykonawcom. Z tymi też terminami należy wiązać rozpoczęcie biegu terminu wskazanego w art. 182 ust. 3 pkt 1 p.z.p. na złożenie środka odwoławczego do Izby. 2. W przeciwieństwie do dyspozycji art. 182 ust. 1 i 2 p.z.p., termin na wniesienie odwołania na zasadach określonych w art. 182 ust. 3 p.z.p. liczy się również od daty —przy zachowaniu należytej staranności - możliwości powzięcia informacji o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, a nie tylko jej podjęcia przez wykonawcę.”*. Podobnie sytuacja się przedstawia w przypadku czynności badania rażąco niskiej ceny, która to czynność jako związana z koniecznością odrzucenia oferty, musi być podjęta zaraz po otwarciu ofert, a przed ich badaniem podmiotowym i oceną. Przytacza wyrok z 06.02.2013 r., sygn. akt: KIO 150/13: *„W przeciwieństwie do dyspozycji art. 182 ust. 1 i ust. 2 p.z.p., termin na wniesienie odwołania na zasadach określonych w art. 182 ust. 3 p.z.p. liczy się również od daty, w której obiektywnie - przy zachowaniu należytej staranności - było możliwe powzięcie informacji o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, a nie tylko od daty jej podjęcia wprost przez wykonawcę, tak jak np. po dacie wyboru najkorzystniejszej oferty - zakończenia aukcji elektronicznej.”*. Fakt, że Odwołujący zorientował się, że oferta wykonawcy Dragon Era Trade Corporation LTD nie została odrzucona z powodu rażąco niskiej ceny dopiero z informacji o wyniku postępowania nie ma znaczenia, dla terminu zaskarżenia przez niego czynności określonych w odwołaniu. Odwołujący się winien to zrobić w terminie wskazanym w art. 182 ust. 3 Pzp.

W dniu 23.08.2017 r. odbyło się posiedzenie niejawne z udziałem stron oraz uczestnika postępowania w związku z postanowieniem z 10.08.2017 r.

W toku posiedzenia - Przystępujący złożył pismo procesowe, gdzie w zakresie wniosku o odrzucenie przedstawił uzupełniającą argumentację do wniosku o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp. Stwierdził, że skoro Odwołujący nie zapoznał się z treścią oferty Przystępującego, a pomimo uzyskania po wyborze najkorzystniejszej oferty dokumentów w zakresie rażąco niskiej ceny (dwa wezwania Zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, pismo Przystępującego z 08 i 14.05.2017 r.) Odwołujący nie przedstawił żadnych merytorycznych twierdzeń i dowodów, które miałyby świadczyć o rażąco niskiej cenie Przystępującego, i przeprowadził jedynie polemikę z treścią tych dokumentów, wskazać należy, iż już w 10 dni od terminu składania ofert mógł wywieść odwołanie o zawartości merytorycznej (czysta polemika z treścią ww. pism, bez konkretnych twierdzeń czemu cena jest rażąco niska i dowodów na ich poparcie, nie stanowi zawartości merytorycznej) takiej samej jak te, które złożył po 3 miesiącach od otwarcia ofert.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Izba z urzędu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestnika dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp.

Wartość zamówienia oszacowano na kwotę przekraczającą wyrażoną w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Izba podnosi, że zgodnie z dyspozycją art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust.1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Nadto, zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

W ocenie Izby, w rozpatrywanym stanie faktycznym, czynność wezwania dwukrotnie Przystępującego w zakresie wyjaśnień odnośnie ceny rażąco niskiej jest czynnością, o której mowa w art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp. W takim przypadku odwołanie - zgodnie ze wskazanym przepisem - wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy

zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Podkreślenia także wymaga, że powyższe stanowisko zostało potwierdzone w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2013 r. wydanej w sprawie o sygn. akt: III CZP 107/12 (dostępna na stronie internetowej www.uzp.gov.pl). Sąd Najwyższy rozstrzygając o kwestii wzajemnych zależności pomiędzy art. 182 ust. 3 i art. 182 ust. 1 ustawy Pzp wyraził pogląd, że: „ (...) *gdy zamawiający przed dniem uzyskania przez wykonawcę wiedzy o podjętych czynnościach lub dnia, w którym powinien taką wiedzę uzyskać, nie przesłał wykonawcy informacji o dokonanych czynnościach, termin do wniesienia odwołania wyznacza art. 182 ust. 3 p.z.p. Późniejsze przesłanie informacji zasadniczo nie będzie prowadziło do otwarcia terminu do wniesienia odwołania określonego w art. 182 ust. 1 p.z.p.(...)*”.

Izba przeanalizowała argumentację przedstawioną w pisemnym wniosku Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie oraz przez Przystępującego w jego piśmie złożonym na posiedzeniu, i jeśli nawet nie podziela wszystkich zawartych tam szczegółowych tez, to wniosek co do istoty należy uznać za zasadny. Izba w toku posiedzenia z udziałem stron oraz uczestnika postępowania zadała szereg pytań Zamawiającemu oraz Odwołującemu celem ustalenia istotnych okoliczności w zakresie zaistniałego stanu faktycznego.

Konieczne jest zauważenie, że w przedmiotowym stanie faktycznym dysproporcja cenowa między ofertą wybraną, a pozostałymi była nadzwyczaj widoczna. Izba nie podziela argumentacji Zamawiającego – w zakresie art. 90 ust. 1 a pkt 1 Pzp. Przepis nadal stwierdza - średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, czyli chodzi o wszystkie złożone oferty, a nie tylko oferty które nie zostały odrzucone. Należy zauważyć, że sam Zamawiający formułując wezwanie 05.05.2017 r. – w jej treści potwierdza taka wykładnie przywołanego przepisu. Jego późniejsze stanowisko w tym zakresie, Izba uznała za nietrafne.

Jednocześnie owa widoczna dysproporcja - wynika także z samego stanowiska Odwołującego w odwołaniu, który kilka razy podkreśla istniejącą dysproporcję. Przywołuje to na str. 4 i 5 odwołania (pkt 4 i 14 istniejące różnice cenowe i ich skale – przywołane powyżej przy treści odwołania). W konsekwencji należy uznać, że Odwołujący wiedze w tym zakresie posiadał z datą otwarcia ofert i upublicznienia informacji w tym zakresie.

Izba zweryfikowała informacje z dokumentacji i potwierdziła, że zgodnie z listą obecności – przedstawiciel Odwołującego był obecny przy otwarciu ofert. Nadto, sama informacja z otwarcia została upubliczniona na stronie internetowej Zamawiającego.

Przy czym, Izba podkreśla że zaistniała dysproporcja mieściła się w obliżu skutkującym po stronie Zamawiającego koniecznością wezwania do wyjaśnień – z art. 90 ust. 1 a pkt 1 Pzp. Mimo, że w tym zakresie Ustawodawca po „dużej nowelizacja z 2016 r.” przewidział jeden wyjątek od istniejącego obliżu, to nie zmienia to istniejącego stanu faktycznego. Wobec zaistniałych dysproporcji winno to dopingować Odwołującego do weryfikacji czynności Zamawiającego lub zaniechań w tym zakresie, tzn. ustalenia czy ten wyjątek w ocenie Zamawiającego zaistniał.

Izba podkreśla, że istniejące dysproporcje cenowe były nadzwyczaj widoczne, winny więc, i jak wynika z odwołania były przedmiotem troski ze strony Odwołującego – tzn. zachowania należytej staranności. Jednakże mimo informacji, że taki stan rzeczy ma miejsce już na początku maja 2017 r. - nie podjął Odwołujący żadnych kroków celem weryfikacji działań Zamawiającego w tym zakresie między datą otwarcia ofert (04.05.2017 r.), a 01.08.2017 r. (jak oświadczył w swoim wniosku Zamawiający, a co Izba potwierdziła weryfikując dokumentację postępowania). Inaczej mówiąc nie sprostął temu, że przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, tym bardziej że miał wiedze o istniejących okolicznościach już w dniu otwarcia ofert.

Należy także zauważyć, że w odwołaniu wprost jest zaskarżane wezwanie, a dokładnie oba wezwania z maja 2017 r. oraz zaniechanie odrzucenia, a formalnie także wybór.

W kwestii zaniechanie odrzucenia - Zamawiający zasadnie wskazał na art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp i konieczność po stronie Zamawiającego niezwłocznego informowania wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferta została odrzucona, powodach odrzucenia. Jeżeli więc od daty otwarcia ofert Odwołujący wiedział o istniejących dysproporcjach, a nie otrzymał informacji o odrzuceniu (należy zauważyć, że po nowelizacji odrzucenie nie musi być jednoczesne z informacją o wynikach), to winienie dochować należytej staranności i wnieść o wgląd, tym bardziej że czynności Zamawiającego odnośnie tego postępowania przeciągały się i ostatecznie wynik został przekazany po trzech miesiącach – 26.07.2017 r. Wniosek o taki wgląd był więc jak najbardziej uzasadniony z punktu widzenia interesów Odwołującego także z punktu widzenia braku jakiegokolwiek informacji co do odrzucenia, czy też wyniku przez prawie 3 miesiące. Z niewiadomych przyczyn mimo upływu wskazanego okresu Odwołujący, jako profesjonalista, nie wykazywał woli w tym zakresie. Izba nie była w stanie zweryfikować stanowiska Zamawiającego z posiedzenia, że Odwołujący kontaktował telefonicznie i wiedział o działaniach Zamawiającego i weryfikacji Przystępującego już pod innym kątem, powyższe bowiem stanowiłoby okoliczność dodatkową świadczącą na niekorzyść Odwołującego.

Izba ustaliła na podstawie dokumentacji postępowania oraz podczas posiedzenia (w wyniku złożenia dodatkowych kopii które nie znajdował się w przesłanej dokumentacji), że jeszcze na początku lipca 2017 r. Zamawiający prowadził postępowanie wyjaśniające w zakresie dostarczonych pod koniec czerwca dokumentów. Należy zauważyć, iż także wobec Odwołującego było prowadzone postępowanie wyjaśniające co do treści zbożnej oferty – co miało miejsce 05.05.2017 r. – odnośnie kosztów ujętych w zaoferowanej cenie. Ta ostatnia okoliczność także świadczy o tym, że skoro był weryfikowany koszt w jego cenie w maju, to tym bardziej Zamawiający zweryfikował kwestie ceny rażąco niskiej w analogicznym okresie.

Izba przypomina, że protokół jest jawny od dnia otwarcia ofert. Zgodnie zaś z informacją z wniosku Zamawiającego – kwestia oceny charakteru zaoferowanej ceny w kontekście ceny rażąco niskiej oraz samych wyjaśnień znajdowała się w protokole Komisji przetargowej z 16.05.2017 r. Izba potwierdził i zweryfikowała tą okoliczność. Nadto, należy zgodzić się z tezami Zamawiającego z posiedzenia, że skoro z kolejnych protokołów Komisji przetargowej (26.05.2017 r., 30.05.2017 r. i 02.06.2017 r.) wynika dopuszczenie oferty Przystępującego i jej dalsza weryfikacja w zakresie konieczności dostarczenia dokumentów podmiotowych /wezwanie z 05.06.2017 r. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp „*chyba że (...) oferta wykonawcy podlega odrzuceniu (...)*” oznacza to, że Zamawiający nie dostrzegł podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego w zakresie ceny rażąco niskiej.

W rezultacie powyższe odwołanie, które wpłynęło do Prezesa KIO - w dniu 04.08.2017 r. należy uznać za wniesione z uchybieniem ustawowego terminu.

Reasumując, należy uznać, że odwołanie które wpłynęło do Prezesa KIO dnia 04.08.2017 r., a nie w terminie 10 dni od dnia, w którym przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, jest odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 lit. a oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47). W myśl powołanych przepisów, a także zgodnie z poglądem jednolicie prezentowanym w orzecznictwie, tak Izby, jak i Sądów Okręgowych, w przypadku odrzucenia odwołania odwołującego obciąża się

całością wniesionego wpisu, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania wynikającą z art. 192 ust. 10 Pzp (por. przykładowo wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 22 listopada 2012 r., sygn. akt: XII Ga 517/11).

Zgodnie z art. 189 ust. 3 zd. pierwsze Pzp oraz § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (t.j.: Dz. U. z 2014, poz. 964 oraz Dz. U. z 2017 r., poz.14) - postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym. W oparciu o § 32 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Krajowej Izby Odwoławczej, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....