

WYROK

z dnia 22 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow
Ernest Klauziński
Daniel Konicz**

Protokolant: Dominik Haczykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 października 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **8 października 2018 r.** przez wykonawcę **WAFAREX S.R.O. z siedzibą w Trincu, ul. Frydacka 268, 73-961 Triniec, Republika Czeska** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Metro Warszawskie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wilczy Dół 5, 02-655 Warszawa**

orzeka:

- 1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu:**
 - 1) unieważnienie czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej;**
 - 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego;**
 - 3) dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Metro Warszawskie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wilczy Dół 5, 02-655 Warszawa**

i:

 - 2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę WAFAREX S.R.O. z siedzibą w Trincu, ul. Frydacka 268, 73-961 Triniec, Republika Czeska tytułem wpisu od odwołania;**
 - 2.2) zasądza od zamawiającego Metro Warszawskie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wilczy Dół 5, 02-655 Warszawa na rzecz wykonawcy WAFAREX S.R.O. z siedzibą w Trincu, ul. Frydacka 268, 73-961 Triniec, Republika Czeska kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy sześćset złotych zero**

groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (**Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 i 2018**) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Metro Warszawskie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wilczy Dół 5, 02-655 Warszawa wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Dostawa części zamiennych do wagonów metra serii 81 z zakresu części mechanicznych, pneumatycznych, elektrycznych i elektronicznych« (zamówienie zostało podzielone na 21 zadań, a odwołanie dotyczy ZADANIA III).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 19.04.2018 r. pod numerem 2018/S 076–170251.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 i 2018) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający poinformował 28.09.2018 r. o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Olimpia Med. Professional Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy WAFAREX S.R.O. z siedzibą w Trincu, ul. Frydacka 268, 73-961 Triniec, Republika Czeska, gdyż oferta zawiera rażąco niską cenę – art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Wykonawca WAFAREX S.R.O. z siedzibą w Trincu, ul. Frydacka 268, 73-961 Triniec, Republika Czeska, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 08.10.2018 r. do Prezesa KIO odwołanie w zakresie zadania III na:

- 1) odrzucenie oferty odwołującego;
- 2) przeprowadzenie oceny ofert z pominięciem oferty odwołującego;
- 3) wybór oferty wykonawcy Olympia Med Professional sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Grzybowska 87 (dalej wykonawca OI).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. pkt 4 Pzp, w związku z naruszeniem wiążących zamawiającego i wykonawców postanowień SIWZ tj.:

- a) zaniechaniem zastosowania pkt 6, w tym pkt 6.1 SIWZ i określonych tam form komunikacji, co pozbawiło wykonawcę zagranicznego możliwości skorzystania z formy elektronicznej,
 - b) naruszeniem pkt 9.8 i 9.9 SIWZ, przez ich niezasadne zastosowanie, podczas gdy zastosowanie miał pkt 6.1 SIWZ,
 - c) pkt 13.13 SIWZ przez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia wyjaśnień, do czego SIWZ – wiążąca na podstawie ustawy – jednoznacznie zobowiązywała zamawiającego;
- 2) art. 90 ust. 2 w zw. z art. 90 ust. 1 Pzp przez dowolne przyjęcie, że wykonawca nie udowodnił, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, wobec ogólnikowego i nieprecyzyjnego sformułowania oczekiwań wobec wykonawcy, co do zakresu wyjaśnień, a w szczególności pominięcie dokumentu oraz zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia wyjaśnień w aspekcie materialnym;
- 3) art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp oraz wynikających z tych przepisów zasad:
- a) uczciwej konkurencji,
 - b) proporcjonalności,
 - c) przejrzystości,
 - d) legalizmu podejmowanych czynności.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i o unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na:

- 1) odrzuceniu oferty odwołującego w zakresie Zadania III;
 - 2) przeprowadzeniu oceny ofert z pominięciem oferty odwołującego;
 - 3) wyborze oferty wykonawcy OI;
- a także nakazanie zamawiającemu:
- 4) powtórzenia czynności badania ofert – w następstwie, której nastąpi przywrócenie oferty odwołującego do postępowania;
 - 5) powtórzenie czynności oceny (punktacji ofert) – tj. przeprowadzenie tej czynności w odniesieniu do ważnej oferty odwołującego;
 - 6) wskazanie w wyniku postępowania na ofertę odwołującego;
 - 7) równego traktowania wszystkich wykonawców ubiegających się o to zamówienie publiczne w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji.

Argumentacja odwołującego

I. Termin do wniesienia odwołania

Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania odwołujący otrzymał w 28.09.2018 r. Tego samego dnia informacja ta była dostępna na stronie internetowej zamawiającego.

Określony przepisem art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, dziesięciodniowy termin do wniesienia odwołania upływa 8.10.2018 r. Oznacza to, że przedmiotowe odwołanie zostało wniesione z zachowaniem terminu ustawowego.

II. Interes w uzyskaniu zamówienia

Interes odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał uszczerbku w wyniku wadliwych czynności i zaniechania dokonania przez zamawiającego czynności prawem przepisanych, do wykonania których był zobowiązany. Odwołujący złożył ofertę na zadanie III. Oferta ta zawiera najniższą cenę spośród wszystkich złożonych ofert. Z tego względu jest ofertą najkorzystniejszą, wobec faktu, że wszystkie oferty złożone do zadania III zawierają oświadczenie o przedłużeniu gwarancji o 6 miesięcy, a tym rozstrzygającym kryterium pozostaje cena.

W obecnym stanie sprawy, odwołujący może ponieść szkodę wynikającą z możliwości niezyskania zamówienia, a tym samym nie otrzymania wynagrodzenia w wysokości ceny złożonej przez odwołującego oferty, to jest w kwocie 120.609, 95 zł.

Powyższe wyczerpuje materialnoprawną przesłankę do wniesienia środka ochrony prawnej, o której mowa w przepisie art. 179 ust. 1 Pzp.

Dowód: informacja z otwarcia ofert.

III. Stan faktyczny

Pismem z 23.08.2018 r. odwołujący został wezwany do złożenia wyjaśnień odnośnie elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny oraz do załączenia dowodów. Zakres żądanych przez zamawiającego wyjaśnień stanowi kopię treści art. 90 ust. 1 pkt 1-5 Pzp, bez jakiegokolwiek uszczegółowienia, czy też doprecyzowania. Co więcej zamawiający użył sformułowania „w szczególności” co wskazuje, że katalog jego oczekiwań jest otwarty, a w konsekwencji w ogóle niesprecyzowany.

Ponadto jako formę przekazania wyjaśnień wskazano fizyczną siedzibę zamawiającego, czym pozbawiono odwołującego możliwości złożenia wyjaśnień w formie elektronicznej, co gwarantował mu pkt 6.1 SIWZ.

Dowód: pismo zamawiającego z 23.08.2018 r.

Zamawiający w określonych terminach złożył wyjaśnienia wraz oryginałami załączników i dowodów wskazanych przez zamawiającego, w tym oryginalne tłumaczenia przysięgłe z języka rosyjskiego.

Dowód: 1) wyjaśnienia odwołującego wraz z załącznikami – w aktach postępowania;

2) pismo odwołującego z 11.09.2018 r. – w aktach postępowania.

Odrzucając ofertę zamawiający wskazał jako podstawę prawną przepis art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. W uzasadnieniu faktycznym zamawiający przyjął i wskazał, że:

- 1) odwołujący został wezwany do złożenia wyjaśnień oraz że je złożył w określonym terminie;
- 2) odwołujący zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa;
- 3) nie można zidentyfikować osoby, która podpisała wyjaśnienia;
- 4) wyjaśnienia zostały złożone niezgodnie z pkt 9.10 SIWZ;
- 5) załączone dowody w języku rosyjskim, wraz z tłumaczeniem na język polski nie zawierają wyjaśnień dotyczących ceny;
- 6) dowód załącznik do nr 3 do wyjaśnień tj. odpowiedź podmiotu E.P.R.I. A. I. B. (dalej; dostawca) na zapytanie ofertowe – oferta na przedmiot zamówienia w zakresie Zadania III jest zakresem znacznie mniejsza niż zakres Zadania III wymagany przez zamawiającego; dotyczy to pozycji nr 3 Sworzeń do podłączenia rygla i zamka sprzęgu oraz pozycji nr 4 Sworzeń głowicy sprzęgu gdzie dostawca wyraża gotowość do dostawy odpowiednio 50 sztuk i pozycji nr 3 oraz 50 sztuk pozycji nr 4; zgodnie ze specyfikacją techniczną zamawiający wymaga dostawy ww. pozycji odpowiednio 100 i 80 sztuk; ponadto w przywołanym dokumencie dostawca oferuje dostawę pozycji na sworzeń głowicy sprzęgu – nr katalogowy 1.7175.33,70.118.00, tj. niezgodnym z wskazanym w SIWZ oraz formularzu cenowym 1.7170.33.71.118.00. W związku z tym zamawiający nie jest w stanie zidentyfikować, jaką część zamienną oferuje dostawca.

Dowód: pismo zamawiającego z 28.09.2018 r. Informacja o odrzuceniu oferty – w dokumentacji postępowania.

Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem zamawiającego.

UZASADNIENIE ZARZUTÓW

Ad 1

Naruszenie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. pkt 4 Pzp, w związku z naruszeniem wiążących zamawiającego i wykonawców postanowień SIWZ tj.:

- 1) zaniechaniem zastosowania pkt 6, w tym pkt 6.1 SIWZ i określonych tam form komunikacji, co pozbawiło odwołującego możliwości skorzystania z formy elektronicznej;
- 2) naruszeniem pkt 9.8 i 9.9 SIWZ, przez ich niezasadne zastosowanie, podczas gdy zastosowanie powinien mieć pkt 6.1 SIWZ, jako że całe postępowanie odbywa w formie elektronicznej;

- 3) pkt 13.13 SIWZ przez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia wyjaśnień, do czego SIWZ – wiążąca na podstawie ustawy Pzp – jednoznacznie zobowiązywała zamawiającego.

Według art. 90 ust. 3 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że uzasadnienie odrzucenia oferty jest wewnętrznie sprzeczne. Z jednej strony zamawiający zidentyfikował wyjaśnienia, jako pochodzące od odwołującego, z drugiej strony zamawiający twierdzi, że nie może zidentyfikować osoby, która się podpisała pod pismem. Równocześnie zamawiający zarzuca wyjaśnieniom brak formy pisemnej (co sugerowałoby nieskuteczność czynności wykonawcy), a jednocześnie dokonuje arbitralnej oceny merytorycznej wyjaśnień. Ponadto formalne zakwestionowanie prawidłowości wyjaśnień jest niekonsekwentne wobec wcześniejszych działań samego zamawiającego, który uznał za w pełni skuteczne dostarczenie przez odwołującego oryginalnych dokumentów rosyjskich, żądając jedynie dostarczenia ich tłumaczenia na język polski.

Wbrew twierdzeniom zamawiającego o jego niezdolności do zidentyfikowania osoby, która podpisała wyjaśnienia – podpis jest w pełni czytelny, opatrzony pieczęcią firmy. Nie budzi żadnych wątpliwości, że pochodzi od osoby upoważnionej do reprezentacji podmiotu składającego wyjaśnienie (Pana P. R.), który wskazany jest w dokumentach firmy (odpowiednika KRS), a nadto podpisał wszystkie strony oferty, udzielne pełnomocnictwa, wpłaty wadium itp.

Nie mniej jednak wszystkie te chaotyczne konstatacje zamawiającego zostały powzięte przy błędnie ustalonym stanie prawnym. Zdaniem zamawiającego odwołujący naruszył pkt 9.8 pkt 9.9 i 9.10 SIWZ, które przewidują wymóg składania dokumentów w oryginale, jak również opatrywania ich czytelnym podpisem. Jednak powołane punkty SIWZ ujęte są w części dotyczącej *Opisu sposobu przygotowania oferty*, a zatem dotyczą innego dokumentu niż wyjaśnienia wykonawcy.

Dowód: SIWZ.

Do wyjaśnień zastosowanie może mieć co najwyżej pkt 6 SIWZ ujęty w części Sposób porozumiewania się zamawiającego, udzielanie wyjaśnień treści oferty.

Według pkt 6.1 SIWZ wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz inne informacje zamawiający oraz wykonawcy przekazują w formie pisemnej, faksem lub drogą elektroniczną (jako załącznik w formacie pdf) do poczty e-mail. Oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz inne informacje nie mogą być przekazywane w formie zwykłej korespondencji elektronicznej.

SIWZ nie przewiduje zatem w tym przypadku bezwzględnego obowiązku zachowania formy pisemnej, skoro dopuszcza skan w formacie pdf, bez podpisu elektronicznego. W powołanym punkcie nie ma też mowy o konieczności zachowania czytelnego podpisu.

Odwołujący starał się dostosować do obiektywnie nieuzasadnionych wymogów zamawiającego, który samowolnie odstąpił od stosowania się do treści SIWZ i zażyczył sobie fizycznego dostarczenia wyjaśnień do siedziby. W wezwaniu do złożenia wyjaśnień nie zastrzeżono wymogu czytelnego podpisu odręcznego. W tej sytuacji odwołującego nie mogą obciążać skutki błędów zamawiającego.

Dowód: wyjaśnienia odwołującego wraz z załącznikami.

Tym samym odwołujący złożył wyjaśnienia w prawidłowej formie. Zamawiający nie wzywał go do uzupełnienia podpisu, a jedynie do dostarczenia tłumaczeń na język polski. Skoro tak, to nie budziły wątpliwości zamawiającego ani pochodzenie i zakres wyjaśnień od odwołującego ani czytelność podpisu P. R., ani też forma wyjaśnień. Nadto należy zauważyć, że zamawiający kierował pisma do odwołującego na skrzynkę autoryzowaną podpisem elektronicznym, co według prawa jest jednoznaczne ze złożeniem podpisu osobiście.

Ad 2

Naruszenie art. 90 ust. 2 w zw. z art. 90 ust. 1 Pzp oraz art. 98 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp przez dowolne przyjęcie, że odwołujący nie udowodnił, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, wobec ogólnikowego i nieprecyzyjnego sformułowania oczekiwań wobec odwołującego co do zakresu wyjaśnień, a w szczególności pominięcie dokumentów oraz zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia wyjaśnień w aspekcie materialnym.

Wezwanie do złożenia wyjaśnień nie zostało w żaden sposób sformułowane przez zamawiającego. Zamawiający ograniczył się do skopiowania fragmentu przepisu ustawy, pozostawiając nawet zwrot „w szczególności”, który w tym przypadku oznacza katalog otwarty. Uwadze zamawiającego uszło, że inna jest rola ustawodawcy, który ustanawia normy generalne i abstrakcyjne, mające być stosowane w przyszłości do różnych stanów faktycznych, a inna – zamawiającego w konkretnym postępowaniu, który powinien wskazać wykonawcy swoje oczekiwania.

W tej sytuacji zastosowanie mógł znajdować co najwyżej pkt 13.13 SIWZ ujęty w części *Kwalifikacja Wykonawców, ocena i badanie ofert*, według którego zamawiający wezwie wykonawców, którzy nie złożyli wymaganych oświadczeń, dokumentów lub pełnomocnictw, albo złożyli dokumenty, oświadczenia lub pełnomocnictwa zawierające błędy lub niekompletne czy też budzące wskazane przez zamawiającego wątpliwości do ich złożenia uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień w wyznaczonym terminie.

Zamawiający odstąpi od wezwania wykonawcy do złożenia wymaganych oświadczeń, dokumentów lub pełnomocnictw, jeżeli mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Pkt 13.13 SIWZ ustanawia obowiązek zamawiającego, a nie samo uprawnienie. SIWZ określa też sytuacje, kiedy wezwania nie stosuje się, jednak w przypadku kwestii rażąco niskiej ceny wyjątek ten nie ma zastosowania. Dopiero bowiem ostateczne sprecyzowanie oczekiwań zamawiającego pozwoli na ocenę wyjaśnień i dowodów wykonawcy.

W rozpoznawanej sprawie zamawiający nie miał wątpliwości, że wyjaśnienia złożył odwołujący, co sam potwierdził w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty. Miał natomiast wątpliwości, co do osoby, która podpisała pismo, jak również co do merytorycznego zakresu przedstawionych dowodów.

Jednak w świetle zasady uczciwej konkurencji nie może być tak, że zamawiający w pierw formie ogólnikowe wątpliwości, co do wysokości ceny, a następnie w zupełnie dowolny sposób stwierdza, że złożone wyjaśnienia i dowody nie satysfakcjonują zamawiającego.

W tym kontekście trzeba podkreślić, że ocena dowodów przeprowadzona przez zamawiającego jest niezgodna z zasadami logiki i doświadczenia życiowego oraz dokonana z przekroczeniem swobody tego rodzaju oceny i tak:

- 1) stwierdzenie, że załączone dowody w języku rosyjskim, wraz z tłumaczeniem na język polski nie zawierają wyjaśnień dotyczących ceny brzmi dość przypadkowo, zwłaszcza że tego rodzaju wymóg nie został sformułowany przez zamawiającego;
- 2) zamawiający zignorował 2 (dwa) dokumenty firmy E.P.R.I, A. I. B., Dealera producenta części zamiennych NPC SISTEMA:
 - a) dokumentu, w którym dostawca udzielił odwołującemu praw Sub-dealera na terenie RP,
 - b) dokumentu z 2.07.2018 r., w którym dostawca udzielił odwołującemu rabatu (dekortu) na wszelkie hurtowe zakupy części zamiennych w wysokości 30%.

Dowód: 1) pismo w sprawie udzielenia praw Sub-dealera,

2) pismo udzielające dekortu.

Odwołujący podkreślił, że w rozpoznawanej sprawie mamy właśnie do czynienia z okolicznościami stanowiącymi indywidualne uwarunkowania, dostępne tylko odwołującemu, gdyż odwołujący jest przedstawicielem producenta przedmiotowych części zamiennych producenta występujących w zadaniu nr III postępowania.

W świetle tej linii orzeczniczej zignorowanie dostarczonych dowodów jest co najmniej rażącym błędem zamawiającego, skutkującym odrzuceniem oferty, a w konsekwencji bezprawnym wpływaniem na wynik postępowania.

Okoliczność, że odwołujący przedstawił dokument według którego dostawca E.P.R.I. A. I. B. oferuje odwołującemu sprzedaż 50 zamiast 80, lub 100 części po określonej cenie w żaden sposób nie oznacza, że pozostałe części miałyby być nabyte przez odwołującego po cenie wyższej. Tego rodzaju nieuprawnione domniemanie zdaje się przyjmować zamawiający. Tymczasem zamiar nabycia mniejszej liczby części jednoznacznie wskazuje, że pozostałe są już w posiadaniu odwołującego.

Odnosnie kwestii niezgodności numerów katalogowych wskazanych w dokumentach źródłowych, z SIWZ postępowania, należy zauważyć, że odwołujący jest również dostawcą części zamiennych do „rodziny wagonów T81” eksploatowanych w Pradze Czeskiej. Dokument źródłowy dotyczył nie tylko polskiego zamówienia.

W świetle treści specyfikacji, wobec wątpliwości, które sam sobie zamawiający stworzył nie określając jednoznacznych oczekiwań wobec odwołującego – zamawiający miał obowiązek wezwać odwołującego do uzupełnienia dodatkowych wyjaśnień, czego zamawiający nie zrobił.

Niezależnie od powyższego – w ogóle nie zaistniały przesłanki do zastosowania procedury opartej na art. 90 Pzp, na co odwołujący wskazywał w piśmie z wyjaśnieniami z 29.08.2018 r. W piśmie tym odwołujący napisał wprost: zaoferowana cena przez odwołującego, nie odbiega w sposób istotny od realiów rynkowych.

W zakresie Zadania III wartość zamówienia została przez zamawiającego znacznie przeszacowana. Wszystkie złożone oferty, w tym najdroższa są poniżej progu 30% w stosunku do wyliczeń zamawiającego. Jeżeli natomiast uwzględnić drugą przesłankę z art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp) (tj. średnią arytmetyczną ofert) to okaże się, że oferta odwołującego nie jest niższa od ustawowego progu.

Dowód: informacja z otwarcia ofert.

Okoliczności te jednoznacznie potwierdzają rynkowy charakter ceny zaoferowanej przez odwołującego. Skoro tak, to odrzucenie oferty odwołującego narusza w sposób oczywisty regulacje ustawy Pzp, które pozwalają odrzucić cenę rażąco niską.

Ad 3

Naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp oraz wynikających z tych przepisów zasad:

1) uczciwej konkurencji; 2) proporcjonalności; 3) przejrzystości; 4) legalizmu podejmowanych czynności.

Powołane zasady są w zgodny sposób wyjaśniane w orzecznictwie i piśmiennictwie.

Zasada uczciwej konkurencji jest określana, jako zakaz ograniczenia konkurencji w postępowaniu przez zawężenie kręgu wykonawców ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie będzie wykonywać wykonawca wiarygodny i zdolny do jego należytej realizacji, rozumianej jako zaspokojenie uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Zakaz ten należy odnosić zarówno do etapu przygotowania postępowania, jak i czynności podejmowanych w postępowaniu.

Tym samym niezasadne odrzucenie oferty zasadę tę narusza.

Zasad proporcjonalności oznacza zakaz stawiania wykonawcom nadmiernych wymagań, którym nie byłby w stanie sprostać wykonawca zdolny do zaspokojenia obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Jest oczywiste, że nie respektuje jej niedookreślenie oczekiwań zamawiającego, co do sposobu wykazania przez wykonawcę, że nie oferuje on dostawy z rażąco niską ceną.

Zasada przejrzystości postępowania wyraża się w obowiązku zapewnienia jawności postępowania na każdym jego etapie (art. 8 ust. 1 Pzp), a także określania jednoznacznych i możliwie jasnych wymagań związanych z ubieganiem się o zamówienie publiczne. Zasadę narusza sposób w jaki zamawiający sformułował swoje oczekiwania, a następnie dokonał oceny wyjaśnień i dowodów w sprawie oraz uzasadnił swoją błędną decyzję.

Wszystkie te okoliczności sprawiają, że zaskarżona czynność zamawiającego narusza również zasadę legalizmu, wyrażoną w art. 7 ust. 3 Pzp, ponieważ bezpośrednio ma wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Od odwołania uiszczono opłatę w kwocie 15.000 zł.

Dowód: dowód uiszczenia opłaty od odwołania.

Kopię odwołania dostarczono zamawiającemu.

Dowód: kopia odwołania wraz z potwierdzeniem dostarczenia zamawiającemu.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 08.10.2018 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 10.10.2018 r. (art. 185 ust. 1 Pzp), a do postępowanie nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie Izby, zarzut pierwszy naruszenia art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. pkt 4 Pzp – przez naruszenie wiążących zamawiającego i wykonawców postanowień SIWZ tj. przez (a) zaniechanie zastosowania pkt 6, w tym pkt 6.1 SIWZ i określonych tam form komunikacji, co pozbawiło wykonawcę zagranicznego możliwości skorzystania z formy elektronicznej, przez (b) naruszenie pkt 9.8 i 9.9 SIWZ, przez ich niezasadne zastosowanie, podczas gdy zastosowanie miał pkt 6.1 SIWZ oraz przez (c) przez niezastosowanie pkt 13.13 SIWZ i zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia wyjaśnień, do czego SIWZ – wiążąca na podstawie ustawy – jednoznacznie zobowiązywała zamawiającego; zarzut drugi naruszenia art. 90 ust. 2 w zw. z art. 90 ust. 1 Pzp przez dowolne przyjęcie, że wykonawca nie udowodnił, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, wobec ogólnikowego i nieprecyzyjnego sformułowania oczekiwań wobec wykonawcy, co do zakresu wyjaśnień, a w szczególności pominięcie dokumentu i zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia wyjaśnień w aspekcie materialnym oraz zarzut trzeci naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp zachowania reguł uczciwej konkurencji, proporcjonalności, przejrzystości i legalizmu podejmowanych czynności – zasługują na uwzględnienie.

Art. 90 ust. 3 Pzp brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia«.

Izba stwierdza, że zamawiający natykając się na oferty (obie oferty złożone w postępowaniu) o cenie niższej o więcej niż 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny VAT, zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, zwrócił się do obu wykonawców o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny. Art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp brzmi »W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od [...] wartości zamówienia

powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia».

Jednak zamawiający nie zastosował się w piśmie do pkt 6 SIWZ mimo brzmienia tytułu tego pkt 6 SIWZ »Sposób porozumiewania się Zamawiającego z Wykonawcami, udzielanie wyjaśnień dotyczących treści niniejszej SIWZ« [pisownia oryginalna – przyp. Izby], który to tytuł stwierdzał, że procedura określona w pkt 6 SIWZ będzie stosowana w dwóch przypadkach: po pierwsze – do porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami i po drugie do udzielania wyjaśnień dotyczących treści SIWZ. W związku z brzmieniem tego postanowienia pkt 6.1 SIWZ należy stwierdzić, że zamawiający nie żądał oryginału oświadczenia i otrzymał dokument w takiej formie – kolorową kopię wyjaśnień dotyczących ceny oferowanej przez odwołującego. Pkt 6.1 SIWZ brzmi »Wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz inne informacje Zamawiający oraz Wykonawcy przekazują w formie pisemnej, faksem lub drogą elektroniczną (jako załącznik w formacie pdf) do poczty e-mail – oświadczenia, wnioski i zawiadomienia oraz inne informacje nie mogą być przesyłane w formie zwykłej korespondencji elektronicznej. W zakresie JEDZ – patrz pkt 5.3-5.5 SIWZ«.

Ponadto Izba stwierdza, że zamawiający nie miał prawa odstąpić od postanowień SIWZ, gdyż postanowienia SIWZ obowiązują tak wykonawców jak i zamawiającego, o ile nie są sprzeczne z ustawą, a treści pkt 6 SIWZ nie została zarzucona taka sprzeczność. Dlatego ograniczenie możliwości komunikowania się wykonawcy (odwołującego) z zamawiającym nie przewidziane w postanowieniach SIWZ nie mogło być skuteczne i złożenie wyjaśnień odnośnie ceny ofertowej w wyznaczonym terminie w formie zgodnej z postanowieniem pkt 6.1 SIWZ zamawiający nie mógł potraktować jako niezłożenie wyjaśnień ze względu na niezachowanie formy przez wykonawcę.

Także błędne zastosowanie przez zamawiającego pkt 9.10 SIWZ nie może nieść negatywnych skutków dla wykonawcy, co jest utrwalone w orzecznictwie i praktyce udzielania zamówień publicznych; zamawiający nie może wyciągać negatywnych konsekwencji w stosunku do wykonawców ze względu na nieprawidłowości postępowania zamawiającego. Skoro zamawiający do kontaktów z wykonawcami powinien zastosować pkt 6.1 SIWZ, to powołanie się zamawiającego na pkt 9.10 SIWZ nie może być potraktowane jako skuteczne i nie można na tej podstawie ograniczyć formy komunikowania się wykonawcy z zamawiającym. Izba podkreśla, że postanowienie pkt 9 nosi tytuł »Opis sposobu przygotowania oferty«, a więc nie może mieć zastosowania do procedury komunikowania się zamawiającego i wykonawców, szczególnie że takie postanowienia są uregulowane w pkt 6 SIWZ, o czym wyżej.

Takie ograniczenie byłoby sprzeczne z art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż nakaz składania wyjaśnień w formie pisemnej nieprzewidziany w SIWZ nieuzasadnienie dyskryminowałby jednego z wykonawców (wykonawcę zagranicznego), a bezpodstawnie uprzywilejowałby drugiego (wykonawcę miejscowego). Przepis art. 7 ust. 1 Pzp brzmi »Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości«.

Również Izba musi wskazać, że odrzucenie oferty odwołującego ze względu na ogólnikową merytoryczną zawartość wyjaśnień nie może zostać zaaprobowane przez Izbę. Zamawiający zwrócił się do wykonawców o wyjaśnienie niskich cen ofertowych w zasadzie cytując ogólny przepis art. 90 ust. 1 Pzp, bez wskazania konkretnych elementów oferty budzących wątpliwości zamawiającego co do zbyt niskiej wyceny tych części oferty. W związku z tym zamawiający otrzymał od wykonawcy (obecnego odwołującego) wyjaśnienia na dosyć wysokim poziomie ogólności. Pomimo to odwołujący dołączył do wyjaśnień dowody, na zasadność ustalenia ceny. Z dowodów tych wynika, że odwołujący jest subdealerem dostawcy, a więc może otrzymywać szczególne warunki cenowe dostaw. Także odwołujący przedstawił, dowód na uzyskanie niskiej ceny za 50 szt. elementów dostaw, podczas gdy zamówienie opiewało na 80 szt. Izba z doświadczenia życiowego może stwierdzić, że zwiększenie liczby takich samych elementów (z 50 na 80 szt.) powinno się wiązać z pozostawieniem przez sprzedawcę takiej samej ceny jednostkowej, a nawet jeszcze z obniżeniem tej ceny. Jednak zamawiający nie potraktował tych dowodów odpowiednio wnikliwie i je odrzucił. Wreszcie wskazanie w kolejnym dowodzie odwołującego nieznacznie innych numerów katalogowych oferowanych dostaw w stosunku do numerów katalogowych wymaganych przez zamawiającego nie musiało wiązać się z zamiarem dostaw innych części, ale mogło się wiązać z wystąpieniem pomyłki bądź z różnicami w numerach katalogowych tych samych części u zamawiającego i u dostawcy. Dlatego zamawiający zamiast odrzucać ofertę, działając z należytą starannością, powinien skorzystać z możliwości żądania od wykonawcy doprecyzowania odpowiedzi czy dodatkowego wyjaśnienia wątpliwości nasuwających się zamawiającemu podczas zapoznawania się z wyjaśnieniami zaofertowanego poziomu ceny przez odwołującego.

Dlatego zamawiający dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty mimo nie wykonania wszystkich czynności, do których jest obowiązany, naruszył art. 7 ust. 3 Pzp. Przepis art. 7 ust. 3 Pzp brzmi »Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy«.

Z wyżej przytoczonych względów Izba musi przychylić się do odwołania

Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3, art. 90 ust. 2 i 3 Pzp.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....

.....