

Sygn. akt: KIO 1108/18

WYROK
z dnia 20 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel - Kowalczyk

Protokolant: Zuzanna Idźkowska

po rozpoznaniu na rozprawie 15 czerwca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 4 czerwca 2018 r. przez wykonawcę **Deloitte Consulting S.A., Al. Jana Pawła II, 00-133 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Województwo Mazowieckie, ul. Jagiellońska 26, 03-719 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Investin Sp. z o.o., ul. Radna 12, 00-341 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględni odwołanie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie powtórnego badania i oceny ofert w zakresie oceny oferty złożonej przez wykonawcę Investin Sp. z o.o. i odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Województwo Mazowieckie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Deloitte Consulting S.A. w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego **Województwo Mazowieckie** na rzecz wykonawcy **Deloitte Consulting S.A. w Warszawie**, kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście

tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U.2017.1579, ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Województwo Mazowieckie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na przeprowadzenie badania i opracowanie na tej podstawie raportu pn. „Monitoring wskaźników dla celu głównego, celów strategicznych i celów operacyjnych Regionalnej Strategii Innowacji dla Mazowsza do 2020 roku w kontekście inteligentnych specjalizacji – I edycja” (znak postępowania: RF-II-WSI.ZP.U.272.1.2018.AS), (dalej: „Postępowanie”).

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 17 stycznia 2018 r. pod nr 2018/S 011-020796.

4 czerwca 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba”) wpłynęło odwołanie Deloitte Consulting S.A. (dalej „Odwołujący”), w którym zarzucono zamawiającemu naruszenie:

1. art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Investin sp. z o.o. (dalej: „Investin”) pomimo, że wykonawca nie udzielił wymaganych wyjaśnień oraz nie wykazał na wezwanie zamawiającego, że cena oferty nie jest rażąco niska, w oparciu art. 90 ust. 2 Pzp;
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Investin, pomimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i złożonych w postępowaniu ofert oraz nie uwzględnia wszystkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia;
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp w związku z art. 186 ust. 2 i 3 Pzp poprzez zaniechanie wykonania czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w uwzględnionym odwołaniu, tj. odrzucenia oferty Investin i dokonania czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, co stanowiło obowiązek zamawiającego;
4. art. 7 ust. 3 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty z

naruszeniem przepisów Pzp;

5. art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 90 ust. 1 oraz 1a Pzp poprzez skierowanie do Investin ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty pomimo tego, że pierwsze wyjaśnienia Investin, w tym zakresie były ogólnikowe i niepełne, a wniesione w tym zakresie odwołanie, w którym odwołujący domagał się odrzucenia oferty Investin zostało uwzględnione w całości, przy czym Investin nie wniosła wobec powyższego uwzględnienia odwołania sprzeciwu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty Investin jako najkorzystniejszej,
2. dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert,
3. odrzucenie oferty Investin,
4. dokonanie czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący przedstawiając argumentację stanowiącą podstawę wniesienia odwołania podaje, że w ogłoszeniu o zamówieniu, zamawiający wskazał szacunkową wartość zamówienia i wyniosła ona 197 333,33 złotych netto. Nadto, na sfinansowanie zamówienia zamawiający przeznaczył kwotę 250 000,00 złotych (brutto). Odwołujący domniemuje, że zamawiający oszacował wartość przedmiotu zamówienia z należytą starannością, co potwierdza fakt, iż 4 z 6 wykonawców, w tym odwołujący, zaoferowało cenę zbliżoną do wartości szacunkowej obliczonej przez zamawiającego. Piąty z wykonawców zaoferował cenę zbliżoną do 70% wartości zamówienia. Wybrana do realizacji zamówienia firma Investin złożyła ofertę, której cena była o prawie 70 % niższa od przyjętej przez zamawiającego wartości zamówienia, powiększonej o należny podatek od towarów i usług oraz średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych w danym postępowaniu ofert. W związku z powyższym, na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, zamawiający w dniu 8 marca 2018 r. wezwał Investin do udzielenia wyjaśnień dotyczących ceny złożonej oferty. Zakres żądania Zamawiającego został szczegółowo i precyzyjnie opisany i zawierał dokładny zakres oczekiwanych wyjaśnień odpowiadający treści art. 90 ust. 1 Pzp. Zamawiający pouczył wykonawcę, co powinny zawierać wyjaśnienia oraz jaka czynność zostanie wykonana, w przypadku ich braku. W oparciu o złożone przez Investin wyjaśnienia z dnia 14 marca 2018 r. odwołujący stwierdza, że wykonawca w swojej odpowiedzi nie przedstawił przekonujących wyjaśnień i dowodów na potwierdzenie tego, że cena oferty została skalkulowana w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu objętego zamówieniem. Na tę okoliczność przywołuje orzecznictwo Izby. Wykonawca w żadnym miejscu nie wyjaśnił, a także nie przedstawił dowodów, dotyczących wyliczenia ceny realizacji przedmiotowego zamówienia w

zakresie faktycznie ponoszonych i rzetelnie wyliczonych kosztów pracy i zaangażowania czasowego poszczególnych członków zespołu projektowego, odpowiedzialnych za realizację poszczególnych elementów usługi. Sposobu kalkulacji ceny wraz z kosztami nie można odnaleźć w wyjaśnieniach, a także niemożliwe jest samodzielne jej wyliczenie w oparciu o przedłożone zamawiającemu wyjaśnienia oraz ofertę. W wyjaśnieniach złożonych przez Investin przywołane zostały okoliczności, o których mowa w art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp. Odwołujący stwierdza, że brak jest udokumentowania wspomnianych okoliczności, w celu wskazania możliwości uzyskania oszczędności, rozumianych jako niższe niż ogólnie szacowane, rynkowe koszty wykonania zamówienia. W odniesieniu do „oszczędności metod wykonania zamówienia” Investin wymienia długą listę metod badawczych, analogiczną do tej wskazanej w ofercie, bez odniesienia do kosztów zastosowania tych metod. Jedynie przy dwóch metodach badawczych wykonawca wskazał zakres, w jakim zamierza z tych metod korzystać. Odwołujący zauważa, że we fragmencie wyjaśnień dotyczącym „wybranych rozwiązań technicznych”, Investin nie wykazuje żadnych informacji pozwalających na uzyskanie oszczędności. Investin zapewnia o wykonalności zamówienia bez wskazania konkretnych zadań i właściwych do ich realizacji technik. Investin wspomina w tym punkcie wyjaśnień o zaangażowaniu „*min. 4 osób w pełnym wymiarze trwania projektu*”, ale nie wskazuje w żaden sposób zaangażowania czasowego tych osób podczas realizacji zamówienia. Jednocześnie w punkcie dotyczącym kosztów pracy, Investin stwierdza, że zatrudnieni pracownicy nie będą wynagradzani poniżej minimum wynikającego z przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2017r. poz. 847). Wyjaśnienia w części dotyczącej wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia, jako kluczowe, wymieniają bogate doświadczenie Investin (które jest wymogiem obowiązującym wszystkich wykonawców). Także w tym obszarze, w ocenie odwołującego, brak jest wskazania korzyści wynikających z bogatego doświadczenia w kontekście dokonania oszczędności podczas realizacji zamówienia. Kwestie związane ze zbiorem informacji i praktycznych doświadczeń wskazują na ich istotny wpływ w zakresie sprawności realizacji zadania, jednakże nie spowodują wykonania zamówienia bez nakładu pracy lub z pomniejszeniem kosztów w porównaniu z innymi wykonawcami. Bogate doświadczenie, interdyscyplinarny zespół, dostępny szeroki zespół analityków i ekspertów branżowych, nie jest okolicznością szczególną i indywidualną dla Investin, która odróżniałaby go od pozostałych wykonawców, zatem nie stanowi żadnej przesłanki do uczciwego zaproponowania znacznie niższej ceny.

Odwołujący nie uznaje za przedstawienie wymaganych wyjaśnień i dowodów informacji dotyczących kosztów pracy dla Kierownika zamówienia, Eksperta merytorycznego, Analityków. Odwołujący zauważa, że stwierdzenie, iż Kierownik

zamówienia oraz analitycy otrzymują wynagrodzenie w oparciu o stałą umowę o pracę oraz umowy cywilnoprawne o wysokości wyższej 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 2017 r. poz. 847) nie stanowi, w myśl wezwania i Pzp, kosztów pracy ani dowodu, gdyż nie jest podparte kwotami wykazującymi kalkulację ceny w sposób prawidłowy.

Podobnie dla Eksperta merytorycznego wskazanie stawki godzinowej 250 złotych netto (umowa cywilnoprawna) bez wskazanej liczby zakładanych godzin jest tylko stawką, a nie jest kosztem dla pozycji kalkulacji ceny oferty.

Informacja o orientacyjnych kosztach pracy jest bezużyteczna w związku z brakiem opisu kluczowych zadań, których realizacja jest konieczna w kontekście celu badania oraz brakiem szczegółowej informacji na temat udziału poszczególnych osób w pracach projektowych.

Investin w swoich wyjaśnieniach stwierdził, że szacunek kosztowy został skalkulowany wg najwyższej staranności, nie dając żadnych dowodów popierających to stwierdzenie. Wręcz przeciwnie - sam fakt, że Investin nie przedstawił szacunków dla wszystkich pozycji kosztowych, świadczy o braku staranności. Z przedstawionych powyżej dowodów zdaniem odwołującego jednoznacznie wynika, że Investin:

- nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- nie udzielił wyjaśnień w zakresie określonym wezwaniem zamawiającego.

Przedstawiona powyżej analiza wyjaśnień Investin dotyczących ceny złożonej oferty prowadzi do oczywistego wniosku, iż wyjaśnienia te są ogólnikowe i lakoniczne oraz nie rozwiewają wątpliwości co do tego, że cena zaoferowana przez Investin jest rażąco niska. W szczególności podkreślić należy, iż zamawiający wezwał Investin do przedłożenia dowodów na potwierdzenie wyjaśnień, czego Investin jednak zaniechał nie przedstawiając jakiegokolwiek dowodu w tym zakresie. W ocenie odwołującego, takie zachowanie Investin winno skutkować uznaniem, że wyjaśnienia dotyczące ceny wskazanej w ofercie Investin nie zostały w ogóle złożone, co w konsekwencji winno prowadzić do odrzucenia oferty Investin czego zamawiający jednak bezzasadnie zaniechał. Na tę okoliczność odwołujący przywołał orzecznictwo Izby. Wobec powyższego, odwołujący uznaje, iż wyjaśnienia Investin dotyczące ceny złożonej oferty, jako niepotwierdzone dowodami w tym zakresie, uznać należy jako niewystarczające. W szczególności zauważa, iż Investin nie przedstawił jakichkolwiek dowodów potwierdzających jego wyjaśnienia co do:

- przewidzianych kosztów pracy (nie przedstawiono żadnych umów o pracę, uzgodnień czy choćby umów przedwstępnych z odpowiednimi pracownikami, ekspertami, analitykami i specjalistami), posiadania wieloletniego

doświadczenia rynkowego (nie przedstawiono dokumentów wykazujących takie doświadczenie),

- dysponowania stałym personelem i szerokim zespołem analityków i ekspertów branżowych (nie przedstawiono np.: informacji z działu kadr o liczbie zatrudnionych ekspertów i specjalistów, długości zatrudnienia u wykonawcy czy zasad wynagrodzenia)
- warunków współpracy z ewentualnymi podwykonawcami (nie przedstawiono choćby umów przedwstępnych określających takie warunki niezależnie już od tego, że w ofercie Investin nie wspomina o tym, że będzie korzystał z podwykonawstwa, a w wyjaśnieniach powołuje się na powyższe).

Odwołujący wskazuje, iż brak przedstawienia przez Investin wyczerpującej odpowiedzi na konkretne wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny ofert skutkować winien stwierdzeniem, że Investin nie podołał obowiązkowi wykazania (nie podźwignął ciężaru dowodowego), że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Powyższe również znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO w postaci wyroku KIO z dnia 29 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2717/17.

Wobec powyższego zgodnie z treścią wezwania, w oparciu o art. 90 ust. 3 w związku z art. 90 ust. 2 Pzp oferta wykonawcy Investin powinna zostać odrzucona. Zamawiający jednak zaniechał tej czynności.

W związku z powyższym odwołujący pismem z dnia 23 kwietnia 2018 r. wniósł odwołanie, w którym żądał: unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty Investin oraz dokonania czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Zamawiający przed rozpoczęciem rozprawy w tej sprawie (sygn. akt KIO 773/18) uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu z dnia 23 kwietnia 2018 r.

Reprezentant Investin, występujący w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 773/18 jako przystępujący, pomimo obecności na rozprawie i przedłożenia pełnomocnictwa do akt sprawy, nie zgłosił sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania. Powyższe spowodowało, że Izba wydała w dniu 7 maja 2018 r. postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Powyższe skutkuje na mocy art. 186 ust. 3 Pzp obowiązkiem wykonania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Pomimo powyższego zamawiający w dniu 25 maja 2018 r. ponownie wybrał ofertę złożoną przez Investin, a wcześniej ponownie wezwał Investin do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty.

W dalszej części uzasadnienia odwołujący przedstawia argumentację wskazującą na

to, że zamawiający nie powinien ponownie wzywać Investin do złożenia wyjaśnień, a w konsekwencji brać pod uwagę dalszych wyjaśnień Investin w tym zakresie.

Odwołujący zauważa, że wyjaśnienia te w całości utajniono, pomimo, że nie były objęte tajemnicą przedsiębiorstwa pierwotne wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, a przecież nowe wyjaśnienia nie mogą różnić się od poprzednich, co do podawanych okoliczności uzasadniających złożenie oferty o danej wartości. W ocenie odwołującego zapoznawanie się z ich treścią jest bezprzedmiotowe w sytuacji, gdy zamawiający uznał już, że złożone wyjaśnienia w trybie art. 90 Pzp skutkują odrzuceniem oferty Investin, a powyższemu nie zaprzeczył także sam Investin, którego pełnomocnik wprost oświadczył podczas posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 maja 2018 roku (sygn. akt: KIO 773/18), że nie zgłasza sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania w całości przez zamawiającego. Oznacza to, że uznano tym samym zarzuty, jak i żądania odwołania rozpoznawanego pod sygnaturą akt: KIO 773/18 w dniu 7 maja 2018 roku.

Odnosnie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Investin w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp, pomimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i złożonych w postępowaniu ofert oraz nie uwzględnia wszystkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia odwołujący wskazał, co następuje. Zamawiający w wezwaniu Investin do udzielenia wyjaśnień dotyczących ceny złożonej oferty poinformował, że:

- dokonana przez Wykonawcę wycena realizacji zamówienia (...) wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”);
- cena oferty Investin jest niższa o 30% od przyjętej przez zamawiającego wartości zamówienia;
- cena oferty Investin jest niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych w danym postępowaniu ofert.

Zważywszy na brak wyjaśnień i dowodów potwierdzających właściwą kalkulację ceny przez wykonawcę Investin (jak wykazano powyżej) odwołujący uznaje, że nie zostało obalone przypuszczenie zamawiającego w odniesieniu do rażąco niskiej ceny poparte schematem ustalania, czy oferta zawiera rażąco niską cenę określonym w art. 90 ust. 1 i ust. 1a Pzp.

Skoro nie zostało ono rozwiane w trybie otrzymanych wyjaśnień, to zamawiający powinien uznać cenę oferty Investin za rażąco niską względem przedmiotu zamówienia i cen pozostałych ofert.

Zamawiający niewłaściwie, niezgodnie z Pzp, przyjął, że udzielone wyjaśnienia potwierdzają brak występowania w ofercie Investin rażąco niskiej ceny, co spowodowało zaniechanie odrzucenia oferty Investin z zastosowaniem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Odnosnie zaniechania wykonania czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w uwzględnionym odwołaniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 i 3 Pzp w związku z art. 186 ust. 2 i 3 Pzp, tj. odrzucenia oferty Investin i dokonania czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, co stanowiło obowiązek zamawiającego, odwołujący podnosi.

Jak już zaznaczono powyżej w dniu 23 kwietnia 2018 r. odwołujący wniósł odwołanie do KIO (sygn. akt KIO 773/18), w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- art. 90 ust 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Investin sp. z o.o. pomimo, że wykonawca nie udzielił wymaganych wyjaśnień oraz nie wykazał na wezwanie zamawiającego, że cena oferty nie jest rażąco niska, w oparciu art. 90 ust 2 Pzp;
- art. 89 ust 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust 2 i 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Investin, pomimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i złożonych w postępowaniu ofert oraz nie uwzględnia wszystkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia;
- art. 7 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie oceny oferty Investin w sposób sprzeczny z opisem kryterium „koncepcja badawcza” oraz nierówne w tym zakresie traktowanie wykonawców biorących udział w postępowaniu;
- art. 7 ust. 3 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów Pzp. ”

W dniu 26 kwietnia 2018 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił Investin.

W dniu 2 maja 2018 r. zamawiający przekazał Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie. W treści odpowiedzi zamawiający poinformował, iż uwzględnił odwołanie w całości i zobowiązał się do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 12 kwietnia 2018 r. oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert.

W związku z uwzględnieniem odwołania w całości przez zamawiającego oraz brakiem sprzeciwu ze strony obecnego na rozprawie przystępującego, tj. Investin, co do uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania, Krajowa Izba Odwoławcza na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 7 maja 2018 r. umorzyła postępowanie odwoławcze. Zamawiający wskutek tego, że w całości uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu z dnia 23 kwietnia 2018 r., a następnie nie wykonał - zgodnie z żądaniem zawartym w tym odwołaniu - czynności w postępowaniu polegających na odrzuceniu oferty Investin i dokonania czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, naruszył kolejne przepisy, a mianowicie art. 90 ust. 2 i 3 Pzp w związku z art. 186 ust. 2 i 3 Pzp.

Odwołujący zaznacza, iż zgodnie z utrwalonym stanowiskiem orzecznictwa KIO w świetle art. 186 ust 2 i 3 Pzp uwzględnienie zarzutu w całości przez zamawiającego musi prowadzić do wykonania czynności, której domaga się odwołujący. Na potwierdzenie tej okoliczności przywołuje orzecznictwo Izby. Odwołujący w momencie ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty przez zamawiającego nadal był związany swoją ofertą, zaś mając na uwadze wcześniejszą argumentację uznać należy, iż jedynie faktyczne (a nie pozorne) uwzględnienie żądań odwołującego spowoduje usunięcie wcześniejszych naruszeń przepisów Pzp przez zamawiającego. Tym samym odwołujący stwierdza, iż zamawiający nie miał żadnych podstaw do tego, by nie dotrzymać swojego oświadczenia o uwzględnieniu zarzutów odwołującego, co w konsekwencji uzasadnia twierdzenia, iż zamawiający dopuścił się kolejnego naruszenia przepisu ustawy Pzp.

W tym miejscu Odwołujący zwraca uwagę na dalsze konsekwencje uwzględnienia przez zamawiającego żądania odwołania z dnia 23 kwietnia 2018 r. oraz braku sprzeciwu ze strony przystępującego - Investin co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego w postaci przyznania przez zamawiającego i Investin, iż zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów art. 90 ust. 3 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 7 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Investin pomimo tego, że cena tej oferty jest rażąco niska i wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Investin pomimo tego, że ofertę tę należało odrzucić.

Zgodnie z art. 190 ust. 5 zdanie 2 Pzp fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną nie wymagają dowodu, jeżeli przyznanie nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy. W okolicznościach przedmiotowego, niezawilego stanu faktycznego o żadnych wątpliwościach nie może być mowy, a zatem uznać należy, iż zbędne wydaje się aktualnie przeprowadzenie postępowania dowodowego dla wykazania dopuszczenia się przez zamawiającego naruszenia przepisów art. 90 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz 7 ust. 3 Pzp.

Powyższy pogląd potwierdza doktryna prawnicza. Zgodnie bowiem z publikacją Prawo zamówień publicznych. Komentarz., Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M., LEX, 2014: „Nie wymagają dowodu fakty przyznane przez stronę przeciwną, jeżeli skład orzekający uzna, iż nie budzą wątpliwości co do swojej zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy. Przyznanie jest oświadczeniem wiedzy. Podlega zawsze weryfikacji składu orzekającego co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy. Nie powoduje skutków materialnoprawnych, takich jak uznanie odwołania, lecz jedynie skutek procesowy przejawiający się w tym, że fakty te nie wymagają udowodnienia. Ustawa nie przewiduje szczególnej formy dla przyznania faktów, w związku z tym należy przyjąć, że może ono nastąpić poprzez złożenie oświadczenia w formie pisemnej, jak też w formie ustnej.” W orzecznictwie natomiast szeroko

zaakceptowana jest koncepcja, iż uwzględnienie części zarzutów stanowi przyznanie się i potwierdzenie przez zamawiającego niezgodnego z prawem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, czyli jest przyznaniem faktów leżących u podstaw uwzględnionych zarzutów w rozumieniu art. 190 ust. 5 zdanie 2 Pzp. W takiej sytuacji, gdy przyznanie nie budzi wątpliwości, KIO upoważniona jest do odstąpienia od przeprowadzania postępowania dowodowego ze skutkiem uznania podniesionych zarzutów za potwierdzone. Wobec powyższego, stosując wnioskowanie a *minore ad maius*, uznać należy, iż tym bardziej za przyznanie faktów leżących u podstaw zarzutów odwołania uznać należy uwzględnienie całości zarzutów, co nastąpiło w niniejszej sprawie.

Niezależnie zaś już od powyższego odwołujący zaznacza, iż działanie zamawiającego, który pozornie uwzględnił zarzuty odwołującego tylko po to, by następnie postąpić w sposób, który sam uznał za naruszający przepisy Pzp jest w istocie działaniem zmierzającym do multiplikowania czynności związanych z odwoływaniem się od działań zamawiającego sprzecznych z przepisami Pzp. Takie działanie odwołujący ocenia negatywnie, wręcz jako próbę omijania przepisów Pzp.

Wykazane w odwołaniu nieprawidłowości, dokonane w postępowaniu przez zamawiającego (brak odrzucenia oferty Investin, zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, wybór oferty Investin jako oferty najkorzystniejszej), w zestawieniu z podstawą prawną, potwierdzają naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp. Naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 90 ust. 1 oraz 1a Pzp poprzez skierowanie do Investin ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty pomimo tego, że pierwsze wyjaśnienia Investin w tym zakresie były ogólnikowe i niepełne.

Odwołujący wskazuje, iż niedopuszczalne w zgodnej opinii przedstawicieli doktryny prawa i aktualnego orzecznictwa KIO jest ponowne wzywianie wykonawcy do przedstawienia wyjaśnień dotyczących ceny złożonej oferty w sytuacji, gdy pierwotnie złożone wyjaśnienia zostały wprawdzie złożone, ale są nierzetelne, lakoniczne i ogólnikowe.

Na powyższe zwrócono uwagę choćby w publikacji Nowicki Józef Edmund, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, wyd. III, publ. WKP 2018 w następujący sposób: "Zamawiający może wezwać ponownie do złożenia wyjaśnień tylko tego wykonawcę, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, a nie takiego, który, uchylając się od udzielenia szczegółowych informacji i przedstawienia dowodów, złożył wyjaśnienia w sposób zdawkowy i ogólnikowy. Na potwierdzenie powyższego odwołujący przywołał orzecznictwo Izby.

Treść wezwania 14 maja 2018 r. stanowi dosłowne powtórzenie pierwotnego wezwania do złożenia wyjaśnień (z dnia 8 marca 2018 r.). Oznacza to, że zamawiający nie żądał uszczegółowienia czy skonkretyzowania pierwotnie złożonych wyjaśnień, a ich złożenia

w całości jeszcze raz, przyznając tym samym, że pierwotne wyjaśnienia Investin w tym zakresie są nierzetelne, a oferta Investin podlega odrzuceniu. Tym samym, zamawiający wzywając po raz drugi Investin do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający miał bowiem możliwość oceny, czy cena oferty Investin jest rażąco niska już po pierwszym wezwaniu i zapoznaniu się z pierwszymi wyjaśnieniami.

Fakt, że analiza tychże prowadziła do wniosku, że oferta Investin podlega odrzuceniu zamawiający przyznał wprost, a Investin potwierdził w toku pierwszego postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie, zakończonych uwzględnieniem odwołania w całości i odmową wniesienia sprzeciwu na powyższe przez Investin.

W tej sytuacji powtórzenie czynności badania i oceny ofert polegające na powtórzeniu wezwania do złożenia wyjaśnień i otrzymaniu ponownie opracowanych wyjaśnień, w ocenie odwołującego, narusza zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Zamawiający przedłożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wniósł o oddalenie odwołania przedstawiając stosowną argumentację.

Do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przystąpienie zgłosił wykonawca INVESTIN Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba, wobec spełnienia przez INVESTIN Sp. z o.o. przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła dopuścić wykonawcę zgłaszającego przystąpienie (dalej również „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając całość dokumentacji przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności dokumentację postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 733/18, specyfikację istotnych warunków zamówienia (SIWZ), oferty wykonawców, korespondencję pomiędzy zamawiającym i wykonawcami, odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska stron postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba ustaliła, iż przedstawiony przez strony postępowania stan faktyczny sprawy, nie jest pomiędzy nimi sporny, jak i jest zgodny z dokumentacją postępowania. W szczególności Izba ustaliła, co następuje:

Termin składania i otwarcia ofert w postępowaniu upłynął w dniu 27 lutego 2018 r.

Wartość szacunkowa udzielanej w ramach postępowania części zamówienia wynosiła 197 333,33 zł. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia tj. 250 000 zł.

W terminie składania ofert do zamawiającego wpłynęło 6 ofert, w tym oferta przystępującego i odwołującego. Oferta przystępującego opiewała na kwotę brutto 89 175,00 zł brutto.

Wobec wypełnienia przesłanek z art. 90 ust. 1 Pzp i stwierdzenia przez zamawiającego, w toku badania i oceny ofert, że zaoferowana przez przystępującego cena jest niższa o 30% od przyjętej przez zamawiającego wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług oraz średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych w danym postępowaniu ofert, zamawiający w dniu 8 marca 2018 r. wystosował do przystępującego wezwanie do udzielenia wyjaśnień dotyczących ceny złożonej oferty, w tym do złożenia dowodów.

Przystępujący w dniu 14 marca 2018 r. złożył odpowiedź na wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty.

Zamawiający w dniu 12 kwietnia 2018 r. wybrał ofertę przystępującego jako ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu.

Na tę czynności odwołujący w dniu 23 kwietnia 2018 r. złożył odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- art. 90 ust 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Investin sp. z o.o. pomimo, że wykonawca nie udzielił wymaganych wyjaśnień oraz nie wykazał na wezwanie zamawiającego, że cena oferty nie jest rażąco niska, w oparciu art. 90 ust 2 Pzp;
- art. 89 ust 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust 2 i 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Investin, pomimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i złożonych w postępowaniu ofert oraz nie uwzględnia wszystkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia;
- art. 7 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie oceny oferty Investin w sposób sprzeczny z opisem kryterium „koncepcja badawcza” oraz nierówne w tym zakresie traktowanie wykonawców biorących udział w postępowaniu;
- art. 7 ust. 3 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów Pzp.

W żądaniach odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i zakazanie

zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Investin jako najkorzystniejszej,
2. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert,
3. odrzucenia oferty Investin,
4. dokonania czynności wyboru – oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Przystąpienie, po stronie zamawiającego, do postępowania odwoławczego, wszczętego w wyniku wniesienia odwołania w dn. 23 kwietnia 2018 r., a oznaczonego sygn. akt KIO 773/18, zgłosił w dn. 26 kwietnia 2018 r. Investin sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 7 maja 2018 r., w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron, w sprawie o sygn. akt KIO 773/18, w którym brali udział pełnomocnicy stron i uczestnika postępowania, zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w której uwzględnił odwołanie w całości. Pełnomocnik przystępującego tj. Investin nie zgłosił sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania.

Wobec powyższego Izba, na podstawie art. 186 ust. 3 Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze o sygn. akt 773/18.

Zamawiający, w związku z postanowieniem Izby, w dn. 8 maja 2018 r. zawiadomił uczestników postępowania o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dn. 12 kwietnia 2018 r. oraz o zamiarze dokonania ponownego badania i oceny ofert.

W dniu 14 maja 2018 r. zamawiający skierował do Investin ponowne wezwanie do udzielenia wyjaśnień dotyczących ceny złożonej oferty, o treści tożsamej z wezwaniem z dn. 8 marca 2018 r.

W dniu 16 maja 2018 r. Investin złożył odpowiedź na wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty.

W dniu 25 maja 2018 r. zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty Investin.

Izba zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do twierdzeń odwołującego co do naruszenia przez zamawiającego art. 186 ust. 2 i 3 Pzp. Zgodnie z art. 186 ust. 2 i 3, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza

lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Okoliczności wskazane w art. 186 ust. 2 i 3 Pzp ziściły się w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 773/18. Zamawiający, faktycznie uwzględnił zarzuty w całości, a w związku z tym, zobowiązany był do wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu, a przystępujący rezygnując z wniesienia sprzeciwu, godził się na wynik w postaci odrzucenia jego oferty, co stanowiło jedno z żądań odwołania. Rezygnacja przez zamawiającego z realizacji żądań wynikających z uwzględnionych zarzutów odwołania dopuszczalna jest jedynie w sytuacji, gdyby były one niemożliwe do spełnienia lub ich spełnienie może prowadzić do naruszenia prawa (np. stawiane żądania były nadmiarowe). W każdym innym przypadku zamawiający zobowiązany jest do ich wykonania. Czynności zamawiającego po uwzględnieniu odwołania powinny być efektywne i zmierzać do rozstrzygnięcia postępowania. Niemniej jednak, normy art. 186 ust. 2 i 3 Pzp mają charakter stricte proceduralny i jako takie nie mogą stanowić materialnoprawnej podstawy uwzględnienia odwołania. Skutkiem niezastosowania się zamawiającego do żądań odwołującego, jest możliwość, wniesienia kolejnego odwołania, na nowe czynności wykonane niezgodnie z żądaniem, podlegającego merytorycznemu rozpatrzeniu przez Izbę.

Wobec powyższego zarzut ten nie potwierdził się.

Odnosząc się do meritum sprawy tj. oceny czy oferta przystępującego powinna podlegać odrzuceniu, Izba zanim przejdzie do rozważań odnośnie tej oferty pragnie wskazać, że nie można się zgodzić z argumentacją odwołującego co do braku konieczności przeprowadzenia postępowania dowodowego w niniejszym postępowaniu odwoławczym, w związku z uwzględnieniem w całości zarzutów w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 733/18, na zasadzie art. 190 ust. 5 Pzp. W ocenie Izby, uwzględnienie zarzutów w innym postępowaniu odwoławczym nie wywołuje skutku procesowego dla kolejnego postępowania w postaci braku konieczności przeprowadzania postępowania dowodowego.

Mając powyższe na uwadze Izba, opierając się na aktach sprawy stwierdza co następuje.

W toku postępowania o udzielenie zamówienia, podczas badania ofert, w związku z wystąpieniem ustawowych przesłanek (art. 90 ust. 1a Pzp) zamawiający powziął wątpliwości

co do tego, czy zaoferowana przez przystępującego cena nie jest rażąco niska. Wyrazem tych wątpliwości było wezwanie Investin do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, wystosowane w dn. 8 marca 2018 r. (I wezwanie). Izba podkreśla, że z tym wezwaniem wiązały się określone konsekwencje prawne. Otóż konsekwencją takiego wezwania było powstanie domniemania faktycznego, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej ma jednak charakter wzruszalny - może zostać obalone przez złożenie stosownych wyjaśnień popartych dowodami przez wezwanego wykonawcę. W postępowaniu wyjaśniającym prowadzonym przez zamawiającego ciężar dowodu spoczywa na wykonawcy udzielającym wyjaśnień. To wykonawca, a w tym konkretnym przypadku przystępujący, obciążony został obowiązkiem wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny. Dlatego też wykonawca musi dochować szczególnej staranności przedkładając zamawiającemu wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Jeśli nie sprostą spoczywającemu na nim ciężarowi dowodu w zakresie wykazania, że cena oferty została skonstruowana w sposób zapewniający należyłą realizację zamówienia, w mocy pozostaje domniemanie, że zaoferowana cena oferty jest ceną rażąco niską.

Podkreślenia wymaga, że zamawiający przeprowadził procedurę wyjaśniającą z art. 90 ust. 1 Pzp w stosunku do oferty Investin. W wyniku tej procedury, uznał pierwotnie, że oferta ta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Jednakże w wyniku wniesionego odwołania, uwzględniając w całości zarzuty w sprawie o sygn. akt KIO 773/18, zobowiązał się do odrzucenia oferty Investin ze względu na brak wymaganych wyjaśnień oraz nie wykazanie, że cena oferty nie jest rażąco niska, a w konsekwencji prowadzi do wniosku, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i złożonych w postępowaniu ofert oraz nie uwzględnia wszystkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia.

Nie można zgodzić się z zamawiającym, że „żądanie odwołującego dotyczące odrzucenia oferty Investin oraz dokonanie czynności wyboru oferty - oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, wobec wcześniejszego żądania odwołującego dotyczącego dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert było przedwczesne, m.in. i z tego powodu, że w postępowaniu uczestniczyło 6 wykonawców, a wynik postępowania był nieznany”. Żądanie odrzucenia oferty przystępującego można byłoby uznać za przedwczesne jedynie w sytuacji gdyby odwołujący żądał odrzucenia oferty jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, a zamawiający nie przeprowadził jeszcze w tym zakresie procedury wyjaśniającej z art. 90 ust. 1 Pzp. W niniejszej sprawie, zamawiający przeprowadził stosowną procedurę wyjaśniającą i w efekcie odwołania zgodził się na odrzucenie oferty przystępującego – nie można zatem mówić o przedwczesności tego żądania. Jednocześnie, Izba zwraca uwagę na brak konsekwencji w argumentacji zamawiającego przedstawionej w toku niniejszego postępowania. Z jednej strony zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazuje na cel

procedury wyjaśniającej istnienie rażąco niskiej ceny, oraz dopuszczalność kilkukrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie dokonanej przez wykonawcę wyceny oferty (przywołując orzecznictwo), a z drugiej twierdzi, że tylko raz zwracał się o stosowne wyjaśnienia do Investin (raz przed pierwotnym wyborem oraz raz powtarzając czynność badania i oceny ofert). Następnie zamawiający stwierdza, „(...) że Investin nie złożył zupełnie nowych wyjaśnień lecz w rzeczywistości doprecyzował te, które były przedmiotem odwołania z dnia 23 kwietnia 2018 r.”, gdy w toku rozprawy z kolei twierdził, że „w związku z dokonanym unieważnieniem i powtórzeniem czynności zamawiający de facto anulował wszystkie czynności uprzednio wykonane w trakcie postępowania. Dlatego też, zamawiający nie zmieniał treści pisma wzywającego przystępującego do wyjaśnień, gdyż uznał, że jest to nowa czynność dokonywana w ramach nowego badania i oceny ofert. (...) nie było to doprecyzowanie wyjaśnień poprzednio złożonych, gdyż nie była to kontynuacja czynności, a ponowne badanie”. Dalszą niekonsekwencją jest twierdzenie zamawiającego, że „w związku z dokonanym unieważnieniem i powtórzeniem czynności zamawiający de facto anulował wszystkie czynności uprzednio wykonane w trakcie postępowania”, przy czym powtórzył tylko ocenę w ramach kryteriów oceny ofert przystępującego (zgodnie z żądaniem odwołującego) oraz wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny przystępującego, nie dokonując już takiej samej czynności w stosunku do innego uczestnika postępowania wzywonego w ramach pierwotnej procedury.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdza, że w niniejszym stanie faktycznym, wykonanie powtórnej czynności i badania ofert powinno nastąpić w oparciu o okoliczności faktyczne będące podstawą odwołania, w oparciu o te okoliczności nastąpiło bowiem jego uwzględnienie. W ocenie składu orzekającego, brak było podstaw prawnych do ponowienia żądania złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w stosunku do oferty przystępującego. Czynność ta nie stanowiła również (dopuszczalnego w określonych okolicznościach) wezwania do doprecyzowania elementów wyjaśnień uprzednio złożonych, a budzących wątpliwość zamawiającego – co zamawiający przyznał wprost podczas rozprawy, a co potwierdza również treść wystosowanego wezwania. Czynność ponownego badania i oceny ofert powinna uwzględniać pierwotnie złożone wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny i to one powinny stanowić podstawę oceny oferty przystępującego w tym zakresie.

Podkreślenia wymaga fakt, że co do zasady wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest jednokrotne, i tylko w szczególnych przypadkach zamawiający może wystąpić o dodatkowe wyjaśnienia. Jednakże ponawianie wezwań nie może stanowić ratowania oferty wówczas gdy wykonawca nie wyjaśnia rzetelnie okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty. Biorąc pod uwagę różnicę między ceną oferty przystępującego a wartością szacunkową zamówienia i cenami innych ofert przystępujący, aby wykazać realność ceny,

powinien wskazać istnienie po jego stronie szczególnych okoliczności umożliwiających obniżenie ceny i ujawnić założenia przyjęte na etapie jej kalkulacji. W tym miejscu należy raz jeszcze podkreślić, iż to nie odwołujący ma wykazywać, że cena oferty konkurenta jest rażąco niska lecz odwrotnie to ten wykonawca musi wykazać że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Ciężar dowodu spoczywa na tym, który oferuje i nie ulega on modyfikacji również na etapie postępowania odwoławczego.

Wobec powyższego Izba, stwierdza, że zamawiający przeprowadzając ponownie procedurę wyjaśniającą, naruszył art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 Pzp, gdyż w sposób nieuprawniony i naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawcy, umożliwił przystępującemu złożenie kolejnych, bardziej wyczerpujących wyjaśnień w sytuacji gdy znał on już zarzuty kierowane wobec tej oferty przez odwołującego w sprawie KIO 773/18. W ocenie Izby, w niniejszej sprawie brak było podstaw do wystosowania dodatkowego wezwania do złożenia dodatkowych wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny oferty. Zdaniem składu orzekającego, ponowne wezwanie wykonawcy w ww. zakresie może być wystosowane w sytuacji, gdy złożone przez wykonawcę wyjaśnienia i dowody na pierwsze wezwanie zamawiającego zrodziły po stronie zamawiającego dalsze wątpliwości, które wymagałyby dodatkowego wyjaśnienia czy uszczegółowienia. Kolejne wezwanie wykonawcy w ww. zakresie w ocenie Izby nie może prowadzić do bezpodstawnego stworzenia kolejnej szansy dla wykonawcy, który złożył wyjaśnienia o wysokim poziomie ogólności, nie przedstawiając przy tym żadnych dowodów potwierdzających kalkulację ceny oferty. W związku z powyższym, oceniając zarzuty dotyczące wystąpienia w ofercie Investin rażąco niskiej ceny oraz treść złożonych w tej materii wyjaśnień Izba wzięła pod uwagę tylko wyjaśnienia złożone w dn. 14 marca 2018 r. Analiza treści, w tym danych, które znajdowały się w merytorycznych wyjaśnieniach przystępującego, prowadzi do stwierdzenia, że wyjaśnienia te były niewystarczające, aby przyjąć spełnienie przez przystępującego obowiązku ustawowego wykazania, iż zaferowana cena nie jest rażąco niska. Przystępujący, nie przedstawił założeń poczynionych na etapie kalkulacji oferty w sposób umożliwiający zamawiającemu stwierdzenie, że oferowana cena jest ceną realną. Zgodzić się należy z odwołującym, iż samo przedstawienie stawek dla wybranego personelu bez podania czasochłonności ich działań i wyliczenia faktycznego kosztu zaangażowania tego personelu w realizację zamówienia nie dowodzi braku rażąco niskiej ceny w ofercie przystępującego. Przystępujący nie przedstawił również żadnych dowodów na potwierdzenie powołanych w wyjaśnieniach założeń.

W ocenie Izby, działanie Wykonawcy nie zasługuje na aprobatę. Przedkładane wyjaśnienia, nie czynią zadość obowiązkowi ustawowemu nałożonemu w tym zakresie na wykonawcę tj. wykonawca nie wykazał, że cena oferty została skalkulowana rzetelnie i umożliwia należyłą realizację zamówienia. Ugruntowany jest pogląd, iż złożenie wyjaśnień nazbyt ogólnych, nieprecyzyjnych, takich, które nie pozwalają zamawiającemu na faktyczną ocenę rzetelności kalkulacji ceny wykonawcy, nakłada na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Dlatego też, zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez nieprawidłową ocenę wyjaśnień złożonych przez Investin w przedmiocie ceny oferty i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawcy mimo, iż oferta przystępującego zawierała cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz zaniechania złożenia wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1 - 3 Pzp w ocenie Izby potwierdził się.

Izba uznała, że doszło w niniejszej sprawie do naruszenia przepisów powołanych w odwołaniu w sposób mający lub mogący mieć wpływ na wynik postępowania, w związku z powyższym Izba zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp uwzględni odwołanie.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Mając powyższe na uwadze o kosztach postępowania rozstrzygnięto stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 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 (tj. Dz.U.2018 poz. 972).

Przewodniczący: