

WYROK
z dnia 24 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lutego 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lutego 2020 r. przez wykonawcę Enter T&T Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Szpital Specjalistyczny im. Ludwika Rydygiera w Krakowie spółka z organiczną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie

przy udziale wykonawcy Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Enter T&T Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Enter T&T Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie na rzecz wykonawcy Enter T&T Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto 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 (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Szpital Specjalistyczny im. Ludwika Rydygiera w Krakowie spółka z organiczną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na *świadczenie usług telekomunikacyjnych z telefonów stacjonarnych wraz z usługą najmu, serwisem i obsługą centrali telefonicznej i aparatów systemowych dla Szpitala Specjalistycznego im. Ludwika Rydygiera w Krakowie sp. z o.o.* (nr 293/ZP/2019). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 14 listopada 2019 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 622743-N-2019.

I. W dniu 10 lutego 2020 r. wykonawca Enter T&T Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zaskarżając czynności i zaniechanie podjęcia czynności przez zamawiającego w ww. postępowaniu, tj. 1) odrzucenie jego oferty z powodu uznania, że zawiera ona rażąco niską cenę; 2) zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego i prawnego ww. czynności oraz 3) zaniechanie dokonania wyboru jego oferty jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że zawiera ona najkorzystniejszą cenę i tym samym powinna otrzymać najwyższą ilość punktów w ramach określonych przez zamawiającego w SIWZ kryteriów oceny ofert.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), dalej jako „ustawa Pzp”:

- 1) art. 7 ustawy Pzp w związku z prowadzeniem przez zamawiającego postępowania z naruszeniem zasady równości wykonawców i zasady uczciwej konkurencji;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez jego wadliwe zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego pomimo, iż odwołujący przedstawił zgodne z wezwaniem wyjaśnienia dotyczące ceny oferty i wykazał, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (kosztu) w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 3) art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego wadliwe zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego pomimo, iż oferta odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 4) art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez brak wskazania powodów odrzucenia oferty ze wskazaniem błędnego uzasadnienia faktycznego i prawnego.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz 2) dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

Uzasadniając podniesione zarzuty odwołujący wskazał w szczególności, że czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu jego oferty jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp z uwagi na brak podania uzasadnienia prawnego i faktycznego. Wskazanie lakonicznej informacji ograniczającej się do przytoczenia treści przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zdaniem odwołującego nie może stanowić wypełnienia dyspozycji normy zawartej w przepisie art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący stwierdził, iż w takim stanie rzeczy nie znając powodów odrzucenia jego oferty nie może skutecznie wnosić środków ochrony prawnej w celu obrony swojej oferty. Odwołujący nie zna bowiem powodów i argumentów, jakimi kierował się zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu oferty. Niezależnie od powyższego odwołujący wskazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny - oferta została skalkulowana na poziomie rynkowym uwzględniając wszelkie wymagania zamawiającego.

II. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 13 lutego 2020 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego odrzucenie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Uzasadniając zajęte w sprawie stanowisko zamawiający wskazał, iż rozstrzygnięcie postępowania o udzielenie zamówienia wynika z przebiegu postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 44/20. W ramach tego postępowania zamawiający uwzględnił odwołanie wniesione przez Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie. Wykonawca Enter T&T Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania. Dalsze czynności podjęte przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia stanowiły konsekwencję treści żądania zawartego w ww. odwołaniu (KIO 44/20).

W dniu 24 lutego 2020 r. zamawiający dokonał modyfikacji stanowiska zawartego w odpowiedzi na odwołanie (zmodyfikowana wersja pisemnej odpowiedzi na odwołanie złożona w dniu 24 lutego 2020 r., oświadczenie do protokołu posiedzenia i rozprawy) w ten sposób, iż oświadczył, że – w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę wniosku o odrzucenie odwołania - uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

III. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 14 lutego 2020 r. wykonawca Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

W piśmie wniesionym do Prezesa Izby w dniu 14 lutego 2020 r. przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania wniesionego na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp

powołując się, podobnie jak zamawiający, na okoliczności związane z przebiegiem poprzedniego postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 44/20.

W związku z nieuwzględnieniem przez Izbę wniosku o odrzucenie odwołania przystępujący wniósł o jego oddalenie z uwagi na nieposiadanie przez odwołującego legitymacji do jego wniesienia. Przystępujący wskazywał w szczególności, iż złożona przez odwołującego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp, a podniesiony w tym zakresie zarzut objęty był oświadczeniem o uwzględnieniu odwołaniu złożonym przez zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 44/20, w której Izba wydała postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, co następuje:

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła w szczególności, co następuje:

Pismem z dnia 5 grudnia 2019 r. zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący udzielił pismem z dnia 9 grudnia 2019 r.

Pismem z dnia 20 grudnia 2019 r. zamawiający wezwał odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz wykazania, że „został ujęty zakres związany z dzierżawą aparatów telefonicznych oraz koszt montażu krosownicy”.

Odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący udzielił pismem z dnia 30 grudnia 2019 r.

W dniu 3 stycznia 2020 r. zamawiający poinformował o dokonaniu wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

W dniu 8 stycznia 2020 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł wykonawca Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Sp. z o.o. Odwołanie zostało wniesione wobec: 1) zaniechania udostępnienia temu wykonawcy całej żądanej dokumentacji postępowania; 2) czynności wyboru oferty złożonej przez Enter T&T Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej; 3) czynności przyznania wykonawcom punktów w sposób odmienny od przewidzianego w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia; 4) zaniechania czynności odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Wykonawca Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Sp. z o.o. zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Enter T&T Sp. z o.o., mimo że nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wykonawca nie wykazał spełnienia wszystkich przesłanek uprawniających do zastrzeżenia informacji w toku postępowania,
- 2) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp, względnie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 66 Kodeksu cywilnego poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Enter T&T Sp. z o.o. w sytuacji, gdy termin związania ofertą upłynął, a wykonawca nie wyraził samodzielnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, a jego oferta jest nieważna na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego,
- 3) z ostrożności procesowej – ewentualnie, w razie oddalenia podniesionych powyżej zarzutów – art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Enter T&T Sp. z o.o., mimo że oferta zawiera rażąco niską cenę, a złożone wyjaśnienia nie wykazały, że cena oferty jest ofertą realną z ceną pozwalającą na jej realizację.

Wykonawca Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Sp. z o.o. wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu, aby:

- 1) unieważnił czynność wyboru oferty Enter T&T Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) dokonał ponownego badania i oceny ofert, w tym: a) dokonał odrzucenia oferty Enter T&T Sp. z o.o. z uwagi na upływ terminu związania ofertą, b) odtajnił (ujawnił) i niezwłocznie udostępnił mu dokumenty i informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Enter T&T Sp. z o.o., tj. wyjaśnienia wykonawcy z 9 grudnia 2019 r. w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z 5 grudnia 2019 r.
- 3) ewentualnie, dokonał odrzucenia oferty Enter T&T Sp. z o.o. z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny i niewykazanie, że oferta tego wykonawcy jest ofertą realną.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Sp. z o.o. w uzasadnieniu odwołania wskazał, iż zarzut ten winien zostać oceniony dopiero po uzyskaniu przez niego pełnej informacji w zakresie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Enter T&T Sp. z o.o. Zaznaczył, iż w przypadku, gdy Izba uzna za zasadny zarzut wskazany w pkt I uzasadnienia (zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji), wnosi

o nierozpatrywanie przedmiotowego zarzutu jako przedwczesnego, z wyraźnym wskazaniem tej okoliczności w uzasadnieniu orzeczenia.

Pismem z 20 stycznia 2020 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie składając oświadczenie o uwzględnieniu w całości odwołania.

Wykonawca Enter T&T Sp. z o.o. nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania przez zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe postanowieniem z dnia 21 stycznia 2020 r. (sygn. akt KIO 44/20) Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła ww. postępowanie odwoławcze na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 3 lutego 2020 r. zamawiający zawiadomił o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej w dniu 3 stycznia 2020 r. oraz zawiadomił o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert.

Kolejnym pismem z dnia 3 lutego 2020 r. zamawiający zawiadomił o wyborze oferty przystępującego (Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Sp. z o.o.) jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Ponadto zamawiający zawiadomił o odrzuceniu m. in. oferty złożonej przez odwołującego przedstawiając następujące uzasadnienie:

„Podst. prawna: 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Podst. faktyczna: Oferta Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Wykonawca złożył wyjaśnienia a ich ocena potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę.”

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego i przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

Jak z wynika z przedstawionych powyżej ustaleń faktycznych w poprzednim postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt KIO 44/20 zamawiający uwzględnił w całości odwołanie wniesione przez wykonawcę Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Sp. z o.o. Składając oświadczenie o uwzględnieniu odwołania zamawiający nie wskazał w jaki sposób zamierza wykonać żądania zawarte w ww. odwołaniu, a zatem należy odwołać się do sposobu skonstruowania zarzutów i żądań przez ówczesnego odwołującego. Z treści odwołania wynika, że zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Enter T&T Sp. z o.o. jako zawierającej rażąco niską cenę został podniesiony jako zarzut ewentualny. Odwołujący Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Sp. z o.o. wyraźnie wskazał, iż wnosi o rozpatrzenie tego zarzutu wyłącznie w przypadku uznania, że zarzut dotyczący zaniechania ujawnienia

wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny złożonych przez Enter T&T Sp. z o.o. podlega oddaleniu. Konsekwencją powyższego było sformułowanie żądania nakazania odrzucenia oferty Enter T&T Sp. z o.o. jako zawierającej rażąco niską cenę jako żądania ewentualnego. Nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty Enter T&T Sp. z o.o. na tej podstawie mogło mieć miejsce jedynie w przypadku gdyby nie miało miejsca nakazanie zamawiającemu ujawnienia wyjaśnień złożonych przez Enter T&T Sp. z o.o. Zarzut dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp i związane z nim żądanie nakazania odrzucenia oferty Enter T&T Sp. z o.o. nie wchodziły zatem w podstawowy zakres rozpoznania odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 44/20. W związku z tym nie były również objęte czynnością zamawiającego polegającą na uwzględnieniu zarzutów odwołania. Kierując się sposobem sformułowania zarzutów i żądań odwołania należy stwierdzić, iż uwzględnienie odwołania odnosiło się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp, względnie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 66 Kodeksu cywilnego i związanych z nimi żądań: 1) unieważnienia czynność wyboru oferty Enter T&T Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert, w tym: a) odrzucenia oferty Enter T&T Sp. z o.o. z uwagi na upływ terminu związania ofertą oraz b) odtajnienia (ujawnienia) i niezwłocznego udostępnienia odwołującemu Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Sp. z o.o. dokumentów i informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Enter T&T Sp. z o.o., tj. wyjaśnień wykonawcy z 9 grudnia 2019 r. w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z 5 grudnia 2019 r. Mając to na uwadze Izba uznała, iż w niniejszej sprawie nie mamy do czynienia z wystąpieniem przesłanki odrzucenia odwołania wskazanej w art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Obecnie rozpatrywane odwołanie nie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, albowiem zgodnie z tym żądaniem odwołujący Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Sp. z o.o. domagał się nakazania odrzucenia oferty wykonawcy Enter T&T Sp. z o.o. jako zawierającej rażąco niską cenę jedynie w sytuacji, w której nie miałyby miejsca nakazanie zamawiającemu udostępnienia mu wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę. W przypadku nakazania zamawiającemu udostępnienia mu ww. wyjaśnień wnosił o nierozpoznanie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba nie uwzględniła argumentacji przystępującego przedstawionej na poparcie stanowiska co do braku po stronie odwołującego legitymacji do wniesienia odwołania. W pierwszej

kolejności wymaga wskazania, iż zamawiający nie odrzucił oferty odwołującego z uwagi na upływ terminu związania ofertą, co stanowi okoliczność, którą Izba obowiązana jest wziąć pod uwagę na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy Pzp. Na chwilę obecną można jedynie snuć przypuszczenia co do dalszego przebiegu postępowania. Należy zauważyć, iż przystępujący błędnie utożsamia skutki prawne wydania przez Izbę wyroku ze skutkami wydania postanowienia umarzającego postępowanie odwoławcze w związku z uwzględnieniem odwołania przez zamawiającego. Umarzając postępowanie odwoławcze Izba nie dokonuje merytorycznej oceny zarzutów odwołania. Wydane przez Izbę postanowienie wywołuje określone skutki procesowe. W przypadku wykonania przez zamawiającego czynności zgodnie z żądaniem zawartym w uwzględnionym odwołaniu, odwołanie wniesione na taką czynność podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Natomiast na czynności wykonane niezgodnie z żądaniem zawartym w uwzględnionym odwołaniu jak i na zaniechanie wykonania czynności zgodnie z tym żądaniem przysługuje odwołanie zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Niewykonanie żądania zawartego w uwzględnionym odwołaniu nie stanowi samoistnej podstawy do uwzględnienia kolejnego odwołania na takie zaniechanie ze strony zamawiającego, lecz skutkuje powstaniem po stronie wykonawcy uprawnienia do wniesienia i rozpoznania przez Izbę kolejnego odwołania na tę samą czynność lub zaniechanie, które stanowiły przedmiot zaskarżenia w ramach poprzedniego odwołania uwzględnionego przez zamawiającego. Natomiast zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia zawsze powinien kierować się przepisami ustawy Pzp. Uwzględnienie przez zamawiającego zarzutów odwołania, skutkujące umorzeniem postępowania odwoławczego, nie stanowi wystarczającej podstawy obligującej go do wykonania danej czynności, jeżeli miałaby ona być niezgodna z przepisami ustawy Pzp.

Ponadto należy podkreślić, iż do kompetencji Krajowej Izby Odwoławczej należy ocena czynności i zaniechań zamawiającego pod kątem zgodności z przepisami ustawy Pzp i wyłącznie w granicach zarzutów podniesionych w rozpoznawanym odwołaniu. Izba nie jest uprawniona do stwierdzenia istnienia podstawy odrzucenia oferty, jeżeli nie wynika to z zakresu zarzutów zawartych w odwołaniu. Izba nie może uznać, iż odwołanie podlega oddaleniu z uwagi na brak legitymacji odwołującego do jego wniesienia, gdyż złożona przez niego oferta podlega odrzuceniu na jeszcze innej podstawie prawnej, jeżeli taka czynność nie została wykonana przez zamawiającego, a zaniechanie jej dokonania nie wchodzi w zakres zarzutów rozpoznawanych w danym postępowaniu odwoławczym.

Skoro zatem w aktualnym stanie postępowania jedyną czynnością mogącą mieć skutek eliminujący ofertę odwołującego z postępowania, jest czynność odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zaskarżona w ramach wniesionego przez odwołującego odwołania, to nie można odwołującemu - przy

uwzględnieniu dalszej argumentacji przedstawionej w odwołaniu co do złożenia najkorzystniejszej oferty w postępowaniu - odmówić posiadania legitymacji do wniesienia odwołania zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, gdyż zamawiający nie przekazał odwołującemu uzasadnienia faktycznego podjętej decyzji o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Wskazanie, iż oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, co potwierdza treść złożonych wyjaśnień, nie stanowi wypełnienia przez zamawiającego normy art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zakresie podania wykonawcy uzasadnienia faktycznego podjętej decyzji o odrzuceniu jego oferty. Zgodnie z ww. regulacją, przy uwzględnieniu dyrektywy prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców, zamawiający obowiązany jest do podania konkretnych powodów uznania, iż w odniesieniu do danego wykonawcy zachodzi podstawa odrzucenia jego oferty. Uzasadnienie odrzucenia oferty powinno umożliwić wykonawcy skorzystanie ze środków ochrony prawnej, a organowi rozpoznającemu ten środek – ocenę czynności zamawiającego pod kątem zgodności z przepisami ustawy Pzp. W niniejszej sprawie odwołującemu nie zostały przekazane żadne powody uznania zaoferowanej przez niego ceny za cenę rażąco niską, co winno mieć miejsce w szczególności poprzez odniesienie się do treści złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień. W konsekwencji nie jest możliwe dokonanie jakiegokolwiek oceny czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Ponadto, jak należy wnioskować na podstawie treści odpowiedzi na odwołanie, dokonując ww. czynności zamawiający kierował się nie tyle oceną wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny udzielonych przez odwołującego, lecz okolicznością uwzględnienia odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 44/20.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, iż nie jest możliwa jakakolwiek ocena podjętej przez zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp i związku z tym czynność ta podlega wzruszeniu. Zamawiający winien powtórzyć czynność badania i oceny ofert, a w przypadku podjęcia ponownej decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego na ww. podstawie – przekazać wykonawcy uzasadnienie spełniające wymagania przepisu art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Jedynie dodatkowo należy zauważyć, iż zasadności postawionych przez odwołującego zarzutów nie kwestionował ani zamawiający, który uwzględnił w całości odwołanie, ani

przystępujący, który podstawy do oddalenia odwołania upatrywał w braku po stronie odwołującego legitymacji do jego wniesienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Mając na uwadze argumentację przedstawioną w odniesieniu do kwestii posiadania przez odwołującego legitymacji do wniesienia odwołania, stwierdzone przez Izbę naruszenie przepisów ustawy Pzp w aktualnym stanie postępowania o udzielenie zamówienia podlega kwalifikacji, na gruncie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, jako mogące mieć istotny wpływ na wynik tego postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: