

Sygn. akt: KIO 1225/18

WYROK
z dnia 4 lipca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 lipca 2018 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **20 czerwca 2018 r.** przez wykonawcę **ZNAK Gdańsk Sp. z o.o., ul. Potęgowska 12/66, 80 - 174 Gdańsk** w postępowaniu prowadzonym przez **Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich, ul. Wilczak 51, 61- 623 Poznań**

przy udziale wykonawcy **Biuro Projektów TRASA Sp. z o.o., ul. Janusz Zeylanda 1/7, 60-808 Poznań** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu

- a) naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych zwanego dalej: „Pzp” poprzez zaniechanie faktycznego i prawnego uzasadnienia odrzucenia oferty;**
- b) częściowo - naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 2 i 3 Pzp poprzez błędną ocenę wyjaśnień w przedmiocie wykazania, że zaoferowana cena nie ma charakteru rażąco niskiej;**
- c) częściowo - naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust.1 Pzp, jako konsekwencje uwzględnionych wyżej wymienionych zarzutów;**

i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego z 15.06.2018 r., nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której nakazuje Zamawiającemu ponowne wezwanie (w zakresie dotychczas nie wzywanych) do

wyjaśnień wraz z dowodami: **ZNAK Gdańsk Sp. z o.o., ul. Potęgowska 12/66, 80-174 Gdańsk** w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, w kontekście istotnych części składowych ceny oferty, tj. kosztów badań geotechnicznych, z uwagi na przywołane w uzasadnieniu okoliczności. Jednocześnie, nakazując objęciem wezwaniem także wszystkich tych elementów które są przedmiotem wątpliwości Zamawiającego, w tym wyrażanych również na rozprawie, w kontekście pierwotnych wyjaśnień z 04.06.2018 r. **W pozostałym zakresie oddala odwołanie.**

2. kosztami postępowania obciąża **Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich, ul. Wilczak 51, 61-623 Poznań** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez **ZNAK Gdańsk Sp. z o.o., ul. Potęgowska 12/66, 80-174 Gdańsk** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od **Wielkopolskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich, ul. Wilczak 51, 61-623 Poznań** na rzecz **ZNAK Gdańsk Sp. z o.o., ul. Potęgowska 12/66, 80-174 Gdańsk** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Poznaniu.**

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn: *"Opracowanie projektu koncepcyjnego wraz z uzasadnieniem decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach przedsięwzięcia dla zadania pn.: Budowa obwodnicy Szamotuł w ciągu drogi wojewódzkiej nr 184 Wronki-Ostroróg-Szamotuły-Przeźmierowo"*, zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 557795 - N - 2018, data zamieszczenia 14.05.2018 r., przez Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich, ul. Wilczak 51, 61-623 Poznań zwany dalej: *„Zamawiającym”*.

W dniu 15.06.2018 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej Biuro Projektów TRASA Sp. z o.o., ul. Janusz Zeylanda 1/7, 60-808 Poznań zwanej dalej: *„Biuro Projektów TRASA Sp. z o.o.”* albo *„Biura Projektów TRASA sp. z o. o. w Poznaniu”* albo *„Przystępującym”*. Nadto, poinformował o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) zwanej dalej: *„Pzp”* oferty ZNAK Gdańsk Sp. z o.o., ul. Potęgowska 12/66, 80-174 Gdańsk zwanej dalej: *„ZNAK Gdańsk Sp. z o.o.”* albo *„ZNAK Gdańsk sp. z o. o. w Gdańsku”* albo *„Odwołującym”*.

W dniu 20.06.2018 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) ZNAK Gdańsk Sp. z o.o. wniosła odwołanie na w/w czynności z 15.06.2018 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 19.06.2018 r. (e-mailem). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie faktycznego i prawnego uzasadnienia odrzucenia oferty,
2. art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez wybór oferty niebędącej ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 2 pkt 5 Pzp,
3. art. 90 ust. 2 i 3 Pzp poprzez błędną ocenę złożonych przez ZNAK GDAŃSK sp. z o. o. w Gdańsku, wyjaśnień w przedmiocie wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Odwołujący się wnosił o:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty ZNAK Gdańsk sp. z o. o. w Gdańsku,
2. unieważnienie czynności wyboru oferty Biuro Projektów TRASA sp. z o. o. w Poznaniu,
3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty.

Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu. Zamawiający powziął wątpliwość odnośnie zaoferowanej przez odwołującego ceny, w związku z czym wezwał go do złożenia w tym zakresie wyjaśnień. Odwołujący dopełnił czynności, do których został wezwany.

W wyjaśnieniach złożonych pisemnie w dniu 04.06.2018 r. wskazał argumenty przeciwko uznaniu jego oferty za rażąco niską, w szczególności wskazując podstawy wyliczenia ceny z oferty oraz argumenty wskazujące na powody określenia jej wysokości. Oferta ZNAK Gdańsk sp. z o. o., w Gdańsku jest najkorzystniejsza cenowo, choć różnica z wybraną ostatecznie przez Zamawiającego ofertą jest nieznaczna. W dniu 15.06.2018 r. zamawiający poinformował odwołującego o wyniku postępowania (wyborze oferty Biura Projektów TRASA sp. z o. o. w Poznaniu) oraz o odrzuceniu oferty ZNAK Gdańsk sp. z o. o. w Gdańsku ze względu na rażąco niską cenę.

Zdaniem skarżącego przedmiotowa decyzja jest błędna w dwojnasób - sama decyzja jest błędna merytorycznie, jak też i sam sposób jej podjęcia i formalne wymogi uzasadnienia dla tego rodzaju decyzji pozostają nietrafione. Przed przedstawieniem szczegółów uzasadniających odwołanie, warto jest podkreślić że jednym z podstaw prawa zamówień publicznych jest dążenie do zapewnienia wolnej konkurencji także w tym celu aby możliwe w pełny sposób odzwierciedlić efekt gry rynkowej w postaci ustalenia ceny korzystnej dla podmiotu korzystającego ze środków publicznych. Rażąco niska cena jest zatem zjawiskiem wyjątkowym - obniżenie cen towarów i usług jest zdecydowanie korzystnym zdarzeniem rynkowym. Odwołujący zwrócił uwagę, że problem powyższy tj., odpowiednie definiowanie pojęcia rażąco niskiej ceny oraz okoliczności istotnych przez ocenie czy mamy do czynienia z takim zdarzeniem był przedmiotem szeregu wypowiedzi KIO między innymi w takich orzeczeniach: wyrok w sprawie KIO 18.03.2016r., sygn. akt: KIO 312/16, wyrok KIO z 11.01.2017r., sygn. akt: KIO 2446/16, wyrok KIO z 21.03.2017r., sygn. akt: KIO 392/16 i KIO 394/16.

Wskazane powyżej rozważania jednoznacznie odnoszą się do sytuacji w których rażąco niska cena łączona jest z zagrożeniem dla prawidłowego wykonania umowy (terminowości, jakości itp.) jednocześnie zaś kwestia tego czy cena jest rażąco niska łączona jest z innymi ofertami złożonymi w tym samym zamówieniu. Powyższe ma o tyle szczególne znaczenie dla niniejszej sprawy gdy dostrzeże się że oferta wybrana przez zamawiającego oraz oferta Odwołującego się pozostają na niemalże takim samym poziomie cenowym, co pozwala już na wstępie wykazać na rynkowy sposób kalkulacji cen przez oba podmioty, nawet w sytuacji różnego uzasadnienia sposobu określenia wysokości samej ceny. Cytowane poglądy wskazują również na inną istotną okoliczność, otóż odrzucenie oferty może mieć miejsce wyłącznie w wypadku, w której wyjaśnienie podstaw określenia ceny dokonane jest lakonicznie lub w sposób nieprawdziwy.

W pierwszej kolejności Odwołujący postawił zarzut zaniechania wskazania przez zamawiającego faktycznego i prawnego uzasadnienia odrzucenia oferty ZNAK Gdańsk Sp. z o. o., w sposób umożliwiający weryfikację prawidłowości stanowiska Zamawiającego.

W piśmie informującym odwołującego o odrzuceniu jego oferty, Zamawiający w sposób lakoniczny wskazał jedynie podstawę prawną (na marginesie odwołujący wskazuje, iż podstawa prawna została wskazana w sposób błędny - podstawą odrzucenia oferty po złożeniu wyjaśnienia przez stronę postępowania o udzielenie zamówienia może być tylko i wyłącznie przepis art. 90 ust 3 Pzp, a nie art. 89 jak to podano w treści pisma Zamawiającego bowiem ten przepis dotyczy sytuacji w której nie złożono wyjaśnień w ogóle lub też złożono je lecz w formie niedostatecznej do wykazania sposobu wyliczenia ceny) oraz ograniczył się do poinformowania, iż oferta została uznana za zawierającą rażąco niską cenę. Zasadą jest, iż uzasadnienie odrzucenia oferty powinno być na tyle precyzyjne i wyczerpujące aby odwołujący mógł w pełni poznać przyczyny podjęcia takiej decyzji przez zamawiającego. Treść uzasadnienia jest nie tylko źródłem informacji o motywach postępowania zamawiającego ale także określa stan faktyczny jaki ma być przedmiotem analizy dokonywanej przez Krajową Izbę Odwoławczą w przypadku ewentualnego odwołania. Zgodnie z treścią przepisów art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp Zamawiający powinien zawrzeć w informacji o odrzuceniu oferty uzasadnienie faktyczne i prawne. Uzasadnienie prawne to wskazanie podstawy prawnej działania zamawiającego tj. konkretnego przepisu a uzasadnienie faktyczne polegać ma na wyczerpującym opisie stanu faktycznego. Zgodnie z wyrokiem KIO z 03.03.2017 r., sygn. akt: KIO 329/17 nie można uznać za wystarczające przedstawienie jakiegokolwiek uzasadnienia czy to tak skrótowego, iż nie wynikają z niego faktyczne motywy podjęcia decyzji czy też lakonicznego, niewskazującego sedna problemu. W niniejszej sprawie mamy do czynienia z wadliwym uzasadnieniem, które de facto pozbawia odwołującego możliwości sformułowania prawidłowych zarzutów merytorycznych (opartych o dyskusję co do rzeczywistych kosztów). Zasadą jest, iż odwołujący winien odnieść się do argumentów podniesionych przez zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty. Jeżeli uzasadnienie odrzucenia oferty nie zawiera żadnej merytorycznej oceny stanu faktycznego uzasadniającego zastosowanie konkretnego przepisu prawa, to nie jest on w stanie tego zrobić sama zaś decyzja pozostaje obiektywnie niejasna co leży w sprzeczności z podstawowymi wręcz zasadami postępowania w sprawach o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący stwierdził, że jest oczywiście świadomym ciężaru dowodu, który na nim spoczywa, niemniej zwraca uwagę, iż w orzecznictwie KIO wskazuje się na to, że dostatecznym dowodem jest tutaj oświadczenie złożone przez podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia (o dopuszczalności i potrzebie złożenia wyjaśnień uzupełniających mówi się między innymi w wyroku KIO z 28.03.2017 r., sygn. akt: 466/17). Podkreślił, że odrzucenie nie powinno nastąpić w sytuacji w której podstawą odrzucenia jest konkretny składnik kosztowy (badania geotechniczne), co do którego nie zadano żadnego szczegółowego pytania (w przeciwieństwie np. do kwestii kosztów wydruków itp).

Na koniec rozważań odnośnie zaniechania faktycznego i prawnego uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołujący przywołał wyrok KIO z 06.03.2017 r., sygn. akt: KIO 351/17. Jak zostało wyżej wskazane, ze względu na zaniechanie faktycznego i prawnego uzasadnienia odrzucenia oferty odwołujący się nie ma szerszych możliwości podniesienia merytorycznych zarzutów odnośnie odrzucenia jego oferty. Z lakonicznego uzasadnienia zamawiającego wynika, iż oferta złożona przez odwołującego zawierała zdaniem zamawiającego rażąco niską cenę w szczególności w zakresie badań geotechnicznych. W związku z powyższym Odwołujący wskazał, iż w przedmiotowej sprawie nie może być mowy o rażąco niskiej cenie. Cena oferty odwołującego zakładała pełne pokrycie kosztów a tylko oferta poniżej kosztów wykonawcy może zostać uznana za rażąco niską, gdyż każda inna gwarantuje materialną podstawę do prawidłowego oraz terminowego zrealizowania zamówienia publicznego. Przywoła wyrok SO w Katowicach w wyroku z 30.01.2007 r. Stwierdził, iż pogląd tego orzeczenia podzieliła również KIO wskazując w wyroku z 28.03.2008 r., sygn. akt: KIO 226/08, iż za ofertę z ceną rażąco niską może być uznana oferta, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy, naraża go na straty, realizowanie zadania poniżej kosztów. Wyłącznie tak sformułowana oferta może zostać odrzucona.

Zwrócił uwagę, iż Zamawiający, o ile nabrał wątpliwości co do jednej ze składowych oferty (koszt badań geotechnicznych) winien zobowiązać ubiegającego się o udzielenie zamówienia do złożenia dalszych wyjaśnień (tak m.in. wyrok KIO z 23.02.2017 r., sygn. akt: KIO 289/17). Art. 90 Pzp wprost odnosi się do udzielania wyjaśnień - nie zaś jednokrotnego złożenia takiej informacji. Powyższe ma o tyle istotne znaczenie gdy dostrzeże się, iż w wyniku postępowania jako najkorzystniejszą wybrano ofertę firmy Biuro Projektów TRASA sp. z o. b. w Poznaniu, która zaoferowała cenę 590.400 zł., zatem jedynie o 24.600 zł. wyższą - od ceny zaoferowanej przez odwołującego. Różnica w cenach to jedynie wielkość mniejsza niż 6% wartości przedmiotu umowy i odnosi się do różnie kształtowanego zysku, a nie kwestii kosztów realizacji zamówienia. Jak wynika z wyjaśnień wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza szacowana wartość zysku wyniesie ok. 48.000 zł. + VAT. Nie sposób zatem uznać, iż osiągnięcie przez odwołującego zysku o połowę niższego naraża go na straty, czy też co ważniejsze może stanowić realne zagrożenie dla terminowości czy też prawidłowości wykonania umowy przez Odwołującego.

Odwołujący - odnosząc się do treści złożonych wyjaśnień - składa jako dowody informacje o jednostce nakładu pracy określonej przez samorząd zawodowy oraz podobne oferty, na skutek których zawarł on umowy w trybie zamówień publicznych skalkulowane w niemalże identyczny sposób. /Podczas rozprawy potwierdził ze ostatecznie nie dołączył takich dowodów do odwołania/

Odnosząc się zatem ponownie do zacytowanych na wstępie poglądów Krajowej Izby Odwoławczej łączący pojęcie rażąco niskiej ceny także z nieuzasadnionymi dysproporcjami pomiędzy ofertami - w niniejszej sprawie takiej dysproporcji po prostu brak. Nie sposób jest niemalże identycznych ofert traktować jednej jako obejmującej rażącą cenę, drugiej jako niemającej tej cechy. Wydaje się zatem być niemalże oczywistym, że odrzucenie oferty Odwołującego się nie zostało w sposób prawidłowy uzasadnione, sama zaś decyzja jest błędna: bowiem materiał jaki Odwołujący się dożył wraz z wyjaśnieniami innych podmiotów pozwala na uznanie ceny z jego ofert za wynik gry rynkowej, bez cech rażącego zaniżenia tej wielkości.

Zamawiający w dniu 21.06.2018 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 25.06.2018 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Biuro Projektów TRASA Sp. z o.o., zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący którego oferta została odrzucona, i nie została skalsyfikowana w zakresie kryteriów oceny ofert, w wypadku potwierdzenia się zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z całej dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym z treści postanowień SIWZ, oferty Odwołującego oraz oferty Przystępującego, wezwania do wyjaśnień w trybie art. 90 ust.1 Pzp z 29.05.2018 r. skierowanego do Odwołującego, jak i Przystępującego, stosownych wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego 04.06.2018 r.

oraz Przystępującego także 04.06.2018 r., pisma Zamawiającego z 07.06.2018 r. oraz informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego z 15.06.2018 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę odwołanie i przystąpienie, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Odwołujący sformułowała w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1. art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie faktycznego i prawnego uzasadnienia odrzucenia oferty,
2. art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez wybór oferty niebędącej ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 2 pkt 5 Pzp,
3. art. 90 ust. 2 i 3 Pzp poprzez błędną ocenę złożonych przez ZNAK GDAŃSK sp. z o. o. w Gdańsku, wyjaśnień w przedmiocie wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania. Uznając, że nie było sporu co do zaistniałego stanu faktycznego, ale dopuszczalności zaoferowania przez Odwołującego ceny ofertowej na określonym poziomie, w kontekście złożonych wyjaśnień z 04.06.2018 r. (10 – stronicowe) będących wynikiem wezwania z 29.05.2018 r.: *„Prosimy o przedstawienie szczegółowych wyjaśnień wraz ze szczegółową kalkulacją kosztów złożonej oferty w następującym zakresie:*

- 1) *oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679 z późn. zm.);*
- 2) *pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;*
- 3) *wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;*
- 4) *wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;*
- 5) *powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.*

Zamawiający wzywa do przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej, uwzględniającej powyższe aspekty wraz z dowodami potwierdzającymi prawidłowość przyjętych w kalkulacji założeń i kosztów, w szczególności dotyczące:

- a) zakresu niezbędnych map do celów projektowych i związane z tym koszty,
- b) kalkulacji kosztów opracowania dokumentacji w ujęciu zarówno wynagrodzeń projektantów poszczególnych branż jak i kosztów poszczególnych elementów składowych dokumentacji (koncepcja, projekty branżowe itp.),
- c) kalkulacji kosztów związanych z uzyskaniem wszelkich niezbędnych zgód, pozwoleń i opinii (przyjęte założenia oraz wynikające z tego koszty, opłaty itp.; czy kalkulacja zakłada konieczność pozyskania nowych warunków technicznych?),
- d) kalkulacji kosztów wydruku, składania oraz oprawy dokumentacji w wymaganej ilości,
- e) kalkulacji kosztów biurowo - administracyjnych realizacji przedmiotu zamówienia (lokal, materiały biurowe, koszt dojazdu do organów administracji itp.),
- f) wysokości spodziewanego zysku z tytułu realizacji zamówienia. (...)”, jak i przedstawionego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego z 15.06.2018 r. Zgodnie z tymi ostatnimi Zamawiający stwierdził, że: „(...) działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt.4 Pzp odrzucił ofertę (...) ZNAK Gdańsk Sp. z o.o., ponieważ oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zaoferowana przez wykonawcę całkowita cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług. Wykonawca ZNAK Gdańsk sp. z o.o. złożył na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia dotyczące wysokości ceny, które w ocenie Zamawiającego okazały się niewystarczające.

Dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w szczególności w zakresie oszacowania kosztów badań geotechnicznych. (...)”. Odnosząc się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywania poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu pierwszego, Izba uznała w/w zarzut w zakresie braku de facto uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Odnosnie, uzasadnienia prawnego, w ocenie Izby można co najwyżej stwierdzić, że przytoczona podstawa prawna nie była kompletna, ale nie błędna, gdyż nie zawierała odniesienia także do art. 90 ust. 3 Pzp, tj. należało powołać się na art. 89 ust.1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

Względem zaś, samego uzasadnienia faktycznego, w ocenie Izby było one wysoce niewystarczające. Należy uznać za adekwatne do przedmiotowego stanu faktycznego stanowisko wyrażone w jednym orzeczeń Izby zgodnie z którym: „(...) obowiązkiem

Zamawiającego, wynikającym z art. 92 ust. 1 pkt 2 (dotyczy także pkt 3 – dopisek autora uzasadnienia) Pzp jest podanie pełnego uzasadnienia faktycznego rozstrzygnięcia w przedmiocie odrzucenia oferty. Konsekwencją uchybienia Zamawiającego jego ustawowemu obowiązkowi było to, że Odwołujący nie mógł sformułować zarzutów w odwołaniu wobec ww. domniemanej przyczyny odrzucenia, która została mu zakomunikowana dopiero w trakcie rozprawy. Tudzież ewentualnie zupełnie zrezygnować, że składania środka ochrony prawnej. Powyższe naraża Odwołującego również na koszty związane z postępowaniem odwoławczym w sytuacji składania bezprzedmiotowego odwołania. W dalszej zaś kolejności skutkiem braku zarzutów w odwołaniu była niemożność rozpoznania ich przez Izbę, a to na zasadzie art. 192 ust. 7 Pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przepis art. 192 ust. 7 Pzp ma podwójne znaczenie, nie tylko chroni Zamawiającego przed podnoszeniem na rozprawie przez wykonawcę nowych zarzutów, które nie znalazły się w odwołaniu, ale i stanowi przeszkodę merytorycznego rozpoznania zasadności odrzucenia oferty z powodów nieznanymi wykonawcy. W celu potwierdzenia stanowiska Izby należy przywołać orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości, który zajął stanowisko, iż termin do wniesienia odwołania biegnie dopiero wtedy gdy wykonawca mógł zapoznać się nie tylko z rozstrzygnięciem postępowania ale i jego motywami (por. Wyrok Trybunału (trzecia izba) z dnia 28 stycznia 2010 r. wydany w sprawie Uniplex (UK) Ltd przeciwko NHS Business Services Authority, sygn. akt C 406/08), w którym wyrażono stanowisko, iż fakt, że kandydat lub oferent dowiaduje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone, nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatowi lub oferentowi wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do wystąpienia ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania.).

Przyjęcie poglądu przeciwnego i orzeczenie o zasadności wskazanych dopiero w trakcie rozprawy innych powodach odrzucenia oferty Odwołującego nastąpiłoby z naruszeniem prawa wykonawcy do wniesienia odwołania w terminie wynikającym z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, ograniczając ten termin zaledwie do czasu pomiędzy otrzymaniem np. odpowiedzi na odwołanie, a wyrokowaniem (w tym stanie faktycznym niniejsze zarzuty podano dopiero na rozprawie). Wiązałoby się to z faktycznym pozbawieniem wykonawcy prawa do skorzystania ze środka ochrony prawnej. W konsekwencji Izba przy wyrokowaniu pominęła argumentację Zamawiającego dotyczącą szczegółowej faktycznej podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego zakomunikowaną dopiero w trakcie rozprawy i nie odniosła się zupełnie do niej. Uznając, że jeżeli Zamawiający dalej ją popiera, winien stosownie

przedstawić ją w toku powtórzonej czynności, dając możliwość Odwołującemu ewentualnego złożenia, tudzież rezygnacji ze środka ochrony prawnej. Izba przyjęła powyższe stanowisko za wyrokiem KIO z dnia 07.02.2013 r., sygn. akt: KIO 135/13, nadto wzięła po uwagę również wyrok KIO z dnia 30.01.2013 r., sygn. akt: KIO 101/13, tudzież wyrok KIO z dnia 15.02.2013 r., sygn. akt: KIO 192/13.”(wyrokiem KIO z 10.05.2013 r., sygn. akt: KIO 945/13). Podobnie w wyroku KIO z dnia 18.06.2013 r., sygn. akt: KIO 1338/13.

Jednocześnie, było ono tak enigmatyczne, że Izba powyższą okoliczność wzięła także pod uwagę przy częściowym uwzględnieniu dalszych zarzutów. Należy także zauważyć, że faktyczne powody odrzucenia były o wiele szersze niż przedstawione w informacji z 15.06.2018 r. Wynika to tak z pisma Zamawiającego z 07.06.2018 r. znajdującego się w dokumentacji postępowania, jak i stanowiska Zamawiającego wyrażonego na rozprawie (szczegółowa argumentacja w protokole postępowania)

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu trzeciego, Izba uznała w/w zarzut za jedynie częściowo zasadny.

Niewątpliwie bowiem ewentualne wnioski, takie jakie wywodził Zamawiający, są przedwczesne, brak jest bowiem na tym etapie podstaw do utrzymania odrzucenia oferty Odwołującego, czy też uznania, jak uważał z kolei Odwołujący na rozprawie, że jego wyjaśnienia są takiego rodzaju, iż istnieją podstawy od uznania zaoferowanej ceny za realną. Nadto, uwzględnienie ma charakter częściowy z uwagi na konieczność nakazanego w sentencji – m.in. wezwania w zakresie nie wzywaniem dotychczas (badania geotechniczne). Należy podkreślić za orzecznictwem możliwość ponownego wzywania, w tym wypadku w zakresie dotychczas nie wzywaniem. Przywołując w tej materii wyrok KIO z 19.12.2017 r., sygn. akt: KIO 2586/17: *„Wezwanie takie byłoby możliwe w sytuacji, gdyby wykonawca złożył rzetelne i wyczerpujące wyjaśnienia, odpowiadające wystosowanemu wezwaniu, a koniecznym byłoby wyjaśnienie kwestii, o które Zamawiający nie zapytał.”* Tak też miało miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym.

Nadto, Izba podkreśla, że: *„(...) dopiero ostatnia nowelizacja wprowadziła wprost, że „jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe” możliwość badania – istotnych części składowych zaoferowanej ceny w kontekście ceny rażąco niskiej. (...)”* (za wyrokiem KIO z 24.08.2016 r., sygn. akt: KIO 1463/16). Niewątpliwie takie badania mają taki charakter. Nie zaprzeczyła temu żadna ze stron na rozprawie.

Jednocześnie Izba podkreśla odnośnie nakazanego w sentencji wezwania do wyjaśnień, że winny one odnosić się również w zakresie wszystkich tych wątpliwości, które wyrażał na rozprawie Zamawiający (koszty niezbędnych map do celów projektowych, koszty ryzyka związanego z koniecznością ewentualnej większej liczby odwiertów, jak również koszty związane z badaniami laboratoryjnymi, czy też różnica wartości analizy ryzyka

ekonomicznego między zaoferowaną w cenie, a zawartą w wyjaśnieniach), jak także tych które wynikają z jego pisma 07.06.2018 r. (częściowo pokrywają się z argumentacją z rozprawy). Zwracając uwagę za wyrokiem KIO z 06.08.2015 r., sygn. akt: KIO 140/15, KIO 1577/15, KIO 1584/15, że: „(...) Nie ma też przeszkód, by zamawiający prowadził wyjaśnienia wieloetapowo, aż do uzyskania odpowiedzi na wszystkie pytania i wątpliwości (oczywiście poza przypadkiem opisanym w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdy wykonawca nie współpracuje i nie udziela wyjaśnień)”. Naturalnie, uzyskane wyjaśnienia powinny mieścić się w ramach pierwotnych wyjaśnień z 04.06.2018 r., tj. je rozbudowując i uszczegóławiając, ale nie zmieniać jej struktury i przebudowywać. Podobnie, w tym zakresie w wyroku KIO z 16.05.2018 r., sygn. akt: KIO 861/18. Zamawiający winien także wzywać do złożenia dowodów. Niewątpliwie takim dowodem jest także kalkulacja w zakresie, w którym odnosi się do kosztów leżących po stronie Wykonawcy. Podobnie w wyroku KIO z 13.03.2018 r., sygn. akt: KIO 315/18: „(...) Izba przypomina za orzecznictwem, że tego rodzaju kalkulacja, jak złożona - ma charakter dowodu wewnętrznego, który ma charakter wystarczający, gdy na cenę składają się przed wszystkim elementy, o których wartości decyduje głównie Wykonawca (za wyrokiem KIO z 17.07.2015 r., sygn. akt: KIO 1410/15, czy też wyrok KIO 05.05.2016 r., sygn. akt: KIO 598/16)(...)”. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu drugiego, Izba uznała w/w zarzut za częściowo zasadny z uwagi na uwzględnianie pozostałych zarzutów w zakresie wskazanym powyżej.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....