

WYROK
z dnia 17 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Aleksandra Zielonka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 listopada 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2016 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, Acciona Infraestructuras S.A. z siedzibą w Alcobendas, w postępowaniu prowadzonym przez Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, Cadagua S.A. z siedzibą w Bilbao, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100 z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego pn.: „Zadanie III.7 „Modernizacja Zakładu Północnego – etap II. Modernizacja Pompowni I i III stopnia” (znak sprawy: 00738/WS/PW/PRCHJRP-T1/B/2016), zwane dalej: „Postępowaniem”.

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 w dniu 15 kwietnia 2016 r. pod numerem 2016/S 074-130007.

W dniu 21 października 2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Budimex S.A., Cadagua S.A. (dalej „Konsorcjum B”).

W dniu 31 października 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: „Izba” lub „KIO”) wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A. (dalej „Odwołujący”), w którym zaskarżono:

1. wykluczenie Odwołującego z Postępowania,
2. odrzucenie jego oferty,
3. wybór oferty Konsorcjum B jako najkorzystniejszej,
4. zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego,

Zdaniem Odwołującego Zamawiający dopuścił się naruszenia:

1. art. 24 ust. 2 pkt. 2 Pzp przez wykluczenie Odwołującego z Postępowania, pomimo że wniesione przez niego wadium prawidłowo zabezpieczało ofertę Odwołującego, w konsekwencji czego Zamawiający dopuścił się również naruszenia art. 24 ust. 4 Pzp, uznając ofertę Odwołującego za odrzuconą,
2. art. 90 ust. 3 Pzp przez nieprawidłowe ustalenie, że oferta Odwołującego zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w konsekwencji czego Zamawiający naruszył również art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp przyjmując, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu,

3. art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp przez nieuprawnione przyjęcie, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”),
4. art. 7 ust. 1 Pzp przez naruszenie w toku Postępowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący dodał, że Zamawiający naruszył również art. 85 ust. 2 oraz art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia wyboru oferty Konsorcjum B,
2. unieważnienia wykluczenia Odwołującego z Postępowania i odrzucenia jego oferty,
3. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wyjaśnił, że jego interes w uzyskaniu zamówienia przejawia się w tym, że wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp, oferta Odwołującego została odrzucona oraz został on wykluczony z Postępowania, przez co jego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza, zaś Zamawiający jako najkorzystniejszą wybrał ofertę Konsorcjum B z wyższą ceną. Gdyby nie doszło do nieuprawnionego wykluczenia Odwołującego z Postępowania i do odrzucenia jego oferty, oferta Odwołującego zawierałaby najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert nie podlegających odrzuceniu w niniejszym Postępowaniu. W związku z tym naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp wiąże się dla Odwołującego ze szkodą w postaci nieuzyskania zamówienia i utraty korzyści, które osiągnąłby gdyby je realizował.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 4 oraz art. 7 ust. 1 Pzp

Odwołujący stwierdził na wstępie, że stosownie do brzmienia pkt 8 SIWZ, w celu zabezpieczenia złożonej przez siebie oferty, wniósł wadium w postaci gwarancji bankowej wystawionej przez Credit Agricole Bank Polska S.A. nr CRD/02/11176 na kwotę 1.000.000,00 zł, z terminem jej ważności od 21 czerwca 2016 r. do 10 października 2016 r. (dalej „Gwarancja”).

Zamawiający w pkt 9.1 SIWZ przewidział pierwotny termin związania ofertą – 90 dni. Złożona przez Odwołującego Gwarancja spełniała wszelkie wymagania SIWZ oraz Pzp w zakresie okresu jej ważności oraz treści.

Odwołujący wyjaśnił następnie, że po otwarciu ofert zmierzał do utrzymania ciągłości terminu związania ofertą oraz ciągłości Gwarancji. Odwołujący w dniu 4 października 2016 r., tj. na kilkanaście dni przed upływem terminu związania ofertą, który to okres uległ zawieszeniu na czas od 12 września 2016 r. do dnia 26 września 2016 r. w związku

z wniesieniem przez Odwołującego odwołania do KIO, oraz na kilka dni przed upływem terminu ważności Gwarancji, złożył oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na okres kolejnych 60 dni.

Ponadto, z uwagi na fakt, że zbliżał się ku końcowi również termin wniesionego wadium, Odwołujący złożył przed upływem terminu ważności Gwarancji Aneks nr 2, na mocy którego jej ważność została przedłużona do 12 grudnia 2016 r.

W ocenie Odwołującego nie doszło w żadnym momencie Postępowania do przerwania terminu związania ofertą. Odwołujący, działając z należytą starannością, kierując się jednocześnie brzmieniem pisma Zamawiającego z dnia 28 września 2016 r., podejmował również wszelkie czynności zmierzające do utrzymania ważności wniesionego wadium. W efekcie Zamawiający, przez cały okres prowadzonego Postępowania, dysponował wadium, a termin ważności złożonej przez Odwołującego gwarancji mija dopiero 12 grudnia 2016 r. (tj. 52 dni po dacie rozstrzygnięcia Postępowania). Tym samym wykluczenie Odwołującego z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2 Pzp nie było dopuszczalne.

Odwołujący, posiłkując się orzecznictwem Izby, zwrócił uwagę, że nie wynika z niego, aby czynności zmierzające do utrzymania ciągłości wadium oraz utrzymania terminu związania ofertą musiały być podejmowane łącznie. Podał, że dopuszczalne jest wydłużenie ważności wadium niezależnie od składanego w tym zakresie oświadczenia o wydłużeniu terminu związania ofertą.

Odwołujący podkreślił również, że ewentualne rozbieżności między terminem ważności wadium a terminem związania ofertą w Postępowaniu, które – jego zdaniem – pozostają bez wpływu na pozytywne dla niego rozstrzygnięcie Postępowania, nie są efektem celowych działań Odwołującego. Wynikają one z wprowadzającego go w błąd sposobu sformułowania pisma Zamawiającego z dnia 28 września 2016 r. Z treści wspomnianego wystąpienia Zamawiającego wprost wynika, że pierwotny termin związania ofertą mijał 4 października 2016 r. Co istotne, Zamawiający w piśmie z dnia 28 września 2016 r. nie wskazał końcowego terminu (daty), do którego oczekuje przedłużenia terminu związania ofertą, a w konsekwencji wniesienia wadium na przedłużony okres związania ofertą. Zdaniem Odwołującego korespondencja Zamawiającego z dnia 28 września 2016 r. zawierała sprzeczne informacje odnośnie terminu związania ofertą, które wpłynęły na treść uzyskiwanych przez Odwołującego dokumentów związanych z wadium i składanych w tym zakresie oświadczeń. W treści swojego wystąpienia Zamawiający wskazał wprost, że termin związania Odwołującego ofertą upływa w dniu 4 października 2016 r. Tym samym tak sformułowana informacja wpłynęła niekorzystnie na sposób ustalania treści aneksu do gwarancji wadium przez Odwołującego.

Odwołujący stwierdził, że nie może ponosić negatywnych konsekwencji wynikających z wprowadzających w błąd informacji i danych przedstawionych w treści pisma Zamawiającego, zaś wszelkie rozbieżności w tym zakresie powinny być rozstrzygane na jego korzyść.

Odnosząc się również do samej treści informacji o odrzuceniu oferty i wykluczeniu Odwołującego, podał, że zawarte w niej uzasadnienie oparte jest na nieprawidłowych ustaleniach faktycznych. W treści uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego wskazano, że z uwagi na fakt wydłużenia terminu związania ofertą przez Odwołującego „gwarancja wadialna winna zostać wydłużona do 16 grudnia 2016 r.”. Takie ustalenie nie znajduje potwierdzenia w przedmiotowym stanie faktycznym. Przyjmując bowiem 60-dniowy okres wydłużenia terminu związania ofertą, ostatni dzień w którym Odwołujący pozostawałby związany ofertą przypada 15 grudnia 2016 r., a nie we wskazanym przez Zamawiającego dniu 16 grudnia 2016 r. Powyższe dodatkowo – obok zasadniczych argumentów – wskazuje na wadliwość zaskarżonej decyzji.

Odwołujący podał następnie, że podjął wszystkie czynności, aby utrzymać ciągłość terminu związania ofertą i termin ten nie został w żaden sposób przerwany. Ponadto Zamawiający w toku całego Postępowania dysponował również ważnym wadium, które nieprzerwalnie pozostawało ważne od dnia 21 czerwca 2016 r. do dnia 12 grudnia 2016 r. W ocenie Odwołującego interes Zamawiającego przejawiający się w możliwości zaspokojenia się z wniesionego przez Odwołującego wadium m.in. na wypadek odmowy zawarcia umowy w sprawie zamówienia nie został zagrożony. Nie można pominąć również faktu, że sam Zamawiający w piśmie z dnia 28 września 2016 r., mając świadomość zawieszenia terminu związania ofertą na czas od 12 września 2016 r. do dnia 26 września 2016 r., stwierdził jednoznacznie, że termin związania ofertą upływa w dniu 4 października 2016 r., podczas gdy *de facto*, termin ten upływał 16 października 2016 r. Odwołujący kierując się literalnym brzmieniem treści wystąpienia Zamawiającego pozostawał w błędnym przekonaniu, że Zamawiający oczekuje zgody na wydłużenie terminu związania ofertą o okres 60 dni – liczony od 05 października 2016 r., co wpłynęło na sposób sformułowania treści aneksu do Gwarancji.

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 i art. 7 ust. 1 Pzp

Tytułem wprowadzenia Odwołujący wyjaśnił, że w Postępowaniu na 9 złożonych ofert 2 oferty zawierały cenę niższą od ceny zaoferowanej przez Odwołującego. Podał również, że cena wybranej przez Zamawiającego – z naruszeniem przepisów Pzp – oferty jest jedynie o około 13% wyższa od ceny oferty Odwołującego. Druga w kolejności oferta zawiera cenę wyższą zaledwie o około 16% od ceny ofertowej Odwołującego. Następną w kolejności oferta odbiega od ceny ofertowej Odwołującego zaledwie o 28% (a w stosunku do ceny

wybranej oferty różnica wynosiła również około 13%, czyli faktycznie tyle samo co ustalony odsetek różnicy między ceną zaoferowaną przez Odwołującego, a ceną oferty Konsorcjum B). Wreszcie – co najistotniejsze – średnia arytmetyczna cen zaoferowanych w Postępowaniu była wyższa od ceny ofertowej Odwołującego zaledwie o około 23%. Już choćby mając na względzie powyższe ustalenia arytmetyczne, w szczególności fakt, że cena zaoferowana przez Odwołującego nie pozostawała niższa od średniej arytmetycznej cen ofert złożonych w Postępowaniu o więcej niż 30%, przyjęcie przez Zamawiającego, że cena ofertowa Odwołującego pozostaje rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, jest bezpodstawne.

Odwołujący podkreślił, że ustawodawca w art. 90 ust. 1 Pzp zawarł wyznacznik 30% odchylenia ceny oferty względem której istnieje podejrzenie rażąco niskiej ceny w stosunku do średniej arytmetycznej zaoferowanych cen wszystkich złożonych ofert, którego ustalenie przez Zamawiającego uzasadnia wystąpienie do wykonawcy, który zaoferował cenę na takim właśnie poziomie do złożenia stosownych wyjaśnień i przedłożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Odwołujący stwierdził również, że ma świadomość, że również w sytuacji niższego odchylenia ceny ofertowej może występować po stronie Zamawiającego podejrzenie rażąco niskiej ceny, uprawniające w myśl art. 90 ust. 1 Pzp, do żądania wyjaśnień.

Odwołujący podał, że zgodnie z pkt 12.1 SIWZ cena w Postępowaniu miała charakter ryczałtowy. Zgodnie z pkt 12.3 SIWZ cena winna obejmować cały zakres zamówienia. Zgodnie ze wzorem formularza ofertowego, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ, wykonawcy zobowiązani byli podać jedną, łączną cenę za realizację zamówienia. Odwołujący zaoferował w złożonej przez siebie ofercie cenę w wysokości 44.275.869,42 zł. Cena ta obejmowała kwotę za realizację całości zamówienia i uwzględniała wszystkie czynniki cenotwórcze, które winny zostać wzięte pod uwagę przy jej ustalaniu. Zaoferowana przez Odwołującego cena jest realna, rzeczywista i umożliwia prawidłowe wykonanie przedmiotu Zamówienia. Odwołujący w dwóch swoich wystąpieniach – w piśmie z dnia 22 lipca 2016 r. oraz z dnia 22 sierpnia 2016 r. – w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego wystosowane na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, zawarł kompletne i wyczerpujące wyjaśnienia (wyjaśnienia z dnia 22 lipca 2016 r. liczyły 67 stron, zaś wyjaśnienia z dnia 22 sierpnia 2016 r. – 71 stron), w których w sposób niezaprzeczalny wykazał, że cena ofertowa Odwołującego nie nosi znamion rażąco niskiej. Do złożonych przez Odwołującego wyjaśnień załączono również dokumenty potwierdzające zawarte w wyjaśnieniach informacje i dane.

Odnosząc się bezpośrednio do przedstawionych przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego podstaw faktycznych jego decyzji, Odwołujący wskazał, że zarzut rażąco niskiej ceny odnosi się *de facto* do pojedynczych pozycji kalkulacji (m.in. poz. 8, 10, 12). Tymczasem za ugruntowane należy traktować

stanowisko KIO, zgodnie z którym przepisy Pzp nie dają podstaw do uznawania ceny jednostkowej, jako mającej charakter ceny rażąco niskiej.

Odwołujący podał następnie, że przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie faktyczne odrzucenia jego oferty – z uwagi na ustalenie występowania w niej rażąco niskiej ceny – pozostaje lakoniczne i nieprecyzyjne, przez co narusza również art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego wielokrotnie odwołuje się do bliżej niedookreślonych realiów rynkowych, nie przedstawiając konkretnych danych i informacji na potwierdzenie swoich tez i ustaleń. Zamawiający w uzasadnieniu rozstrzygnięcia o odrzuceniu oferty Odwołującego posługuje się również ogólnymi sformułowaniami, np. „Wykonawca wycenił (...) pozycję na kwotę nierzeczywistą (...) gdyż rzeczywisty koszt zużycia mediów jest znacząco wyższy” lub „wykonanie w/w zakresu prac jest nierealne rynkowo”. Tak sformułowane uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego nie daje podstaw do przyjęcia, że Zamawiający w sposób wyczerpujący i jednoznaczny, na podstawie przeprowadzonych przez siebie analiz i zgromadzonych danych, ustalił w sposób niebudzący wątpliwości i zastrzeżeń, że cena ofertowa Odwołującego w istocie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Abstrahując od ogólnego i niejednoznacznego uzasadnienia rozstrzygnięcia Zamawiającego dotyczącego odrzucenia oferty, Odwołujący oświadczył, że przedstawione przez Zamawiającego argumenty, które w jego ocenie przemawiają za przyjęciem, że oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu, są nieprawidłowe i chybione.

Odnosząc się do podniesionych w treści rozstrzygnięcia fragmentów dotyczących kalkulacji dostawy armatury technologicznej i kosztów jej montażu, Odwołujący stwierdził, że na etapie składania wyjaśnień informował Zamawiającego o udzielonych mu przez dostawców rabatach (wyjaśnienia z dnia 22 lipca 2016 r., str. 4-5, str. 55-61). Stosownie do treści wyjaśnień Odwołującego z dnia 22 lipca 2016 r. partner techniczny Odwołującego – Tehaco sp. z o.o. – udzielił Odwołującemu specjalnego rabatu na kwotę 2.802.030,44 zł. Mając na względzie wartość oferty tego kontrahenta i udzielony Odwołującemu rabat we wskazanej wysokości (tj. 23 % upustu od cen jednostkowych wykazanych w ofercie Tehaco – wyjaśnienia z dnia 22 lipca 2016 r., str. 4-5, str. 55- 61), ustalenie Zamawiającego, że „kalkulacja Odwołującego nie znajduje pokrycia w przedstawionych ofertach dostawców (...) i tym samym kwota armatury w ofertach tych dostawców przewyższa kwotę kalkulacji sporządzonej przez Odwołującego i nie uwzględnia kosztów związanych z pracami montażowymi” nie znajduje potwierdzenia.

Odwołujący podkreślił, że w celu jednoznacznego potwierdzenia prawidłowości kalkulacji ceny armatury technologicznej opracował zestawienie oparte na danych i informacjach będących uprzednio w dyspozycji Zamawiającego (załącznik do odwołania),

z którego jednoznacznie wynika, że kwota podana w wyjaśnieniach Odwołującego z dnia 22 lipca 2016 r. (str. 55-61 oraz tabela nr 1 – wartość robót – str. 11-14) nie przewyższa kwoty kalkulacji Odwołującego w tym zakresie i jednocześnie podane przez Odwołującego ceny uwzględniają prace montażowe w zakresie armatury.

Odnosząc się do ustaleń Zamawiającego w zakresie poz. 8 kalkulacji (wykonanie systemu kontroli dostępu) Odwołujący wyjaśnił, że wycenił przedmiotowe prace w sposób prawidłowy, zaś podana kwota jest realną i występującą na rynku tego rodzaju dostaw. Odwołujący w udzielonych w dniu 22 lipca 2016 r. oraz 22 sierpnia 2016 r. wyjaśnieniach, na potwierdzenie realności i prawidłowości dokonanej przez siebie kalkulacji w tym zakresie, przedstawił ofertę firmy wykonawczej. Ponadto, w załączeniu do pisma Odwołującego z dnia 22 sierpnia 2016 r. (załącznik nr 4, str. 13) przedstawiono także listę materiałów niezbędnych do wykonania wspomnianych wyżej prac (str. 22, poz. 8.). Łączna kwota wynikająca ze wspomnianego załącznika stanowi niższą wartość niż cena Odwołującego podana w poz. 8 kalkulacji. Powyższe, w ocenie Odwołującego, dowodzi, że cena w tym zakresie została skalkulowana przez niego w sposób prawidłowy, zaś ustalenia Zamawiającego, że podana cena jest nierealna rynkowo nie są poparte jakimkolwiek ustaleniem i pozostają w sprzeczności z udostępnionym Zamawiającemu dokumentami.

Nieprawidłowe pozostaje również ustalenie Zamawiającego, że podana przez Odwołującego kwota w poz. 10 kalkulacji (roboty związane z modernizacją kanałów kablowych) jest nierealna. Dla poparcia swojej tezy Zamawiający powołuje się na bliżej niedookreśloną wiedzę, że realne wykonanie tychże prac jest możliwe jedynie za kwotę powyżej 1.000.000,00 zł, ale jednocześnie nie dowodzi prawdziwości tego stwierdzenia. Odwołujący zaprzeczył tej tezie i podał, że w piśmie z dnia 22 lipca 2016 r. (załącznik nr 3, str. 17-28) przedstawił szczegółowy zakres prac budowlanych objętych niniejszym zamówieniem w opisanym wyżej zakresie. Odwołujący przypomniał, że roboty branży budowlanej zostały wycenione na podstawie programu funkcjonalno-użytkowego („PFU”) oraz w oparciu o pomiary z natury. Podkreślił, że Zamawiający nie dołączył do SIWZ przedmiaru robót. Zespół wyceniający Odwołującego był zmuszony dokonać szczegółowych obmiarów z natury oraz przeanalizował dokumentację powykonawczą celem weryfikacji zakresu prac. Po dokonaniu szczegółowych i długotrwałych obmiarów z udziałem zespołu ekspertów Odwołującego sporządzono przedmiar, następnie wewnętrzny kosztorys i dopiero na tej podstawie skalkulowano cenę. Tak zastosowana metoda przyczyniła się do zoptymalizowania kosztów inwestycji poprzez dobór właściwej ilości materiałów oraz minimalizację kosztów związanych z zagospodarowaniem powstałych odpadów. Zebrane w ten sposób informacje w sposób znaczący przełożyły się na prawidłowość złożonej oferty cenowej.

Odwołujący wyjaśniał i nadal swoje stanowisko podtrzymuje, że podana przez niego w poz. 10 kalkulacji kwota obejmuje jedynie koszt robót elektrycznych oferowanych przez Elektroproces. Natomiast w innych pozycjach kosztorysowych ujęte zostały pozostałe koszty związane z realizacją innych prac w zakresie kanałów kablowych. Koszty te Odwołujący uwzględnił m.in. w przedmiarze stanowiącym załącznik do pisma z dnia 22 lipca 2016 na str. 21, 25, 28 – „doliczyć koszty ryzyka pominiętych w przedmiarze prac budowlanych, które należy wykonać” oraz na str. 28 – „wykonanie nowych osłon kanałów technologicznych w pomieszczeniach wentylatorowni i węzła cieplnego”.

Odnosząc się do zakwestionowanej przez Zamawiającego kwoty z poz. 12 kalkulacji (próby i rozruch) Odwołujący wskazał, że ustalenia Zamawiającego, jakoby skalkulowana przez Odwołującego kwota nie obejmowała kosztów zużycia mediów w okresie prowadzenia prób i rozruchów, są bezpodstawne. Zużycie mediów w opisanym wyżej zakresie zostało policzone przez niego w sposób rzetelny i przy uwzględnieniu uwarunkowań rynkowych.

W reakcji na pismo Zamawiającego z dnia 11 lipca 2016 r. Odwołujący winien był m.in. wykazać ilość energii elektrycznej (poz. 15.3 tabeli nr 2 – czynniki cenotwórcze). Zgodnie z PFU oraz Kontraktem rozruch wraz z próbami stanowią element Robót w rozumieniu Kontraktu. Z tego też względu koszty energii nie musiały zostać ustalone odrębnie dla każdej z faz realizacji Inwestycji.

Drugim znaczącym czynnikiem generującym koszty rozruchu jest woda. W ramach rozruchu Odwołujący przyjął, że pierwsze napełnienie komór nastąpi wodą, która będzie tłoczona w obiegu zamkniętym w celu dokonania wszystkich niezbędnych sprawdzeń wymaganych w PFU. Koszty związane z instalacjami tymczasowymi Odwołujący przewidział w poz. 14 kosztorysu.

Podsumowując, koszty związane z próbą i rozruchem zostały prawidłowo skalkulowane w ofercie Odwołującego, choć nie wszystkie koszty związane z tym zadaniem zostały ujęte *stricto* w poz. 12. Niektóre koszty dotyczące tych czynności zostały ujęte w innych pozycjach kosztorysu. Odwołujący stwierdził w konsekwencji, że wbrew tezie Zamawiającego uwzględnił (zgodnie z postanowieniami pkt 5.11 PFU, cz. I i II) przy kalkulacji ceny oferty koszty: mediów, części zamiennych urządzeń, w tym części szybkozyszywających się, obsługi serwisowej i ruchowej wszystkich urządzeń (koszty te zostały wskazane w poz. 12, 13, 15.2 i 15.3 Kalkulacji, opracowanej stosownie do tabeli nr 1 do wezwania Zamawiającego z dnia 11 lipca 2016 r.).

Odwołujący wyjaśnił ponadto, że ze względu na fakt, że paliwo i środki chemiczne nie będą wymagane i niezbędne podczas rozruchu, nie istniała potrzeba ich uwzględniania na etapie kalkulacji ceny. Przedmiotem odbioru nie będzie bowiem jakość tłoczony wody, lecz efekt wyrażony między innymi ilością pompowanej wody (PFU, cz. III, pkt 1.6.7.4).

Podczas rozruchu Odwołujący posługiwał się będzie własnym doświadczonym personelem, co zatem idzie koszty z tym związane zostały w sposób odmienny (specyficzny) skalkulowane na potrzeby oferty (zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego w poz. 15.2. tabeli nr 1 kosztów).

W zakresie zarzucanej ofercie niezgodności z SIWZ Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie podał konkretnych ustaleń, z których wynikałoby, że określone treści oferty pozostają niezgodne z SIWZ. Zamawiający zdaje się łączyć fakt występowania w ofercie rażąco niskiej ceny i rzekomych nieprawidłowości przy jej ustalaniu z występowaniem niezgodności oferty z SIWZ. Tymczasem przesłanka odrzucenia oferty ze względu na rażąco niską cenę oraz przesłanka odrzucenia oferty ze względu na fakt, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ – w myśl art. 89 ust. 1 Pzp – mają charakter rozłączny i ich zastosowanie jest możliwe jedynie wobec jednoznacznego zaistnienia okoliczności faktycznych, uzasadniających odrzucenie oferty na ich podstawie. Odwołujący oświadczył, że Zamawiający nie wykazał, aby określone treści oferty nie odpowiadały treści konkretnych postanowień SIWZ.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści wyliczenia wartości robót w poz. 4 kalkulacji załączonej do wyjaśnień z dnia 22 lipca 2016 r. (dowód „O1”).

Zamawiający na rozprawie wniósł do protokołu odpowiedź na odwołanie, stwierdzając że postawione w nim zarzuty są bezzasadne. Na uzasadnienie stanowiska przytoczył następującą argumentację.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 4 oraz art. 7 ust. 1 Pzp

Zamawiający stwierdził, że nie może być mowy o wprowadzeniu Odwołującego w błąd treścią wniosku z dnia 28 września 2016 r. Podał, że wskazał w nim wprawdzie datę 4 października 2016 r., jednak nie – jak twierdzi Odwołujący – w kontekście upływu zadeklarowanego przez niego terminu związania ofertą, a jedynie w celu określenia dnia, do którego zgoda wykonawców na przedłużenie terminu związania ofertą miała zostać mu udzielona. Podkreślił, że w ostatnim akapicie omawianej korespondencji zawarł informację, że termin związania ofertą uległ zawieszeniu na okres od dnia 12 września 2016 r. do dnia 26 września 2016 r., co stanowiło wskazówkę do obliczenia przedłużonego terminu związania ofertą i jednocześnie przeczy argumentacji Odwołującego o rzekomym wprowadzeniu go w błąd. Zamawiający podkreślił, że obliczył datę końcową przedłużonego terminu związania ofertą zadeklarowanego przez Odwołującego (15 grudnia 2016 r.) i stwierdził, że nie pokrywa się ona z przedłużonym terminem ważności wadium (12 grudnia 2016 r.). Stwierdził, że w takich okolicznościach zobligowany był wykluczyć Odwołującego

z Postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, a jego ofertę, zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp, uznać za odrzuconą.

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 i art. 7 ust. 1 Pzp

Zamawiający wyjaśnił, że po przeanalizowaniu wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Odwołującego stwierdził niedoszacowanie jego oferty w czterech pozycjach kalkulacji załączonej do pierwszych wyjaśnień – poz. 4 (w odniesieniu do niektórych podpozycji dotyczących armatury technologicznej), poz. 8 (wykonanie systemu kontroli dostępu), poz. 10 (roboty związane z modernizacją kanałów kablowych) i poz. 12 (próby i rozruch obiektu).

W zakresie poz. 4 Zamawiający podał, że z porównania kwoty wskazanej przez Odwołującego w wyjaśnieniach z dnia 22 lipca 2016 r. (644.802,25 zł) i wynikającej z załączonej do nich oferty kontrahenta, na którą powołał się odwołujący w treści wyjaśnień wynika, nawet po uwzględnieniu ujętego w ofercie rabatu, niedoszacowanie tej pozycji kalkulacji na kwotę 509.872,22 zł.

Tożsamą okoliczność Zamawiający stwierdził również w poz. 10, w której, przy uwzględnieniu cen z tańszej oferty kontrahenta Odwołującego, niedoszacowanie jest na poziomie 145.574,00 zł.

W kwestii poz. 10 Zamawiający oświadczył, że Odwołujący – poza wskazaniem ogólnej wartości tych robót (121.567,00 zł) – nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających prawidłowość kalkulacji. Zasygnalizował ponadto, że wartość części robót składających się na poz. 10 obliczył na podstawie kosztorysu inwestorskiego na kwotę 1.033.714,51 zł, co dało różnicę 912.147,51 zł względem oferty Odwołującego i o taką kwotę, zdaniem Zamawiającego, jest ona zaniżona.

W odniesieniu do poz. 12 Zamawiający wyjaśnił, że w oparciu o postanowienia PFU dokonał obliczenia kosztów energii elektrycznej niezbędnej do przeprowadzenia prób i rozruchu na kwotę 170.640,00 zł. Porównując to do kwoty ujętej w kalkulacji Odwołującego (19.000,00 zł), na potwierdzenie której nie przedstawił żadnych dowodów, Zamawiający stwierdził, że koszty prób i rozruchu zostały zaniżone o 151.640,00 zł.

Zamawiający podsumował swoje wyliczenia stwierdzeniem, że suma kwot niedoszacowania oferty odwołującego przekracza wysokość zadeklarowanego przez niego zysku z realizacji zamówienia.

Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści:

1. kalkulacji kosztów zakupu armatury technologicznej (dowód „Z1”) – na okoliczność wysokości niedoszacowania ceny oferty Odwołującego w zakresie poz. 4 złożonej kalkulacji,

2. zestawienia zbiorczego niedoszacowanych pozycji z kalkulacji Odwołującego (dowód „Z2”) – na okoliczność jego treści,
3. kosztorysu inwestorskiego z dnia 3 października 2016 r. obejmującego koszty wykonania części robót ujętych w poz. 10 kalkulacji Odwołującego (dowód „Z3”) – na okoliczność wysokości niedoszacowania ceny oferty Odwołującego w zakresie poz. 10 złożonej kalkulacji,
4. wyliczenia kosztów energii elektrycznej wraz z wyciągiem z PFU (dowód „Z4”) – na okoliczność wysokości niedoszacowania ceny oferty Odwołującego w zakresie poz. 12 złożonej kalkulacji.

Do postępowania Odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosiło Konsorcjum B, wnosząc o oddalenie odwołania. Izba, wobec stwierdzenia ziszczenia się przesłanek warunkujących skuteczność przystąpienia, postanowił dopuścić Konsorcjum B (dalej również „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego.

Konsorcjum B poparło na rozprawie argumentację Zamawiającego. W zakresie poz. 12 kalkulacji ceny oferty Odwołującego wniosło o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści wyliczenia kosztów zużycia energii elektrycznej niezbędnej do przeprowadzenia prób i rozruchu (dowód „P1”) – na okoliczność jego treści.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści pisma do Zamawiającego z dnia 14 listopada 2016 r. z załącznikiem w postaci Aneksu nr 3 do gwarancji przetargowej z dnia 14 listopada 2016 r. (dalej dowód „O2”) – na okoliczność ich treści.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego zawarte w odwołaniu, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający uznał, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści:

1. SIWZ,
2. protokołu Postępowania,
3. oferty Odwołującego,
4. wezwania Zamawiającego z dnia 11 lipca 2016 r. wraz z odpowiedzią Odwołującego zawierającą informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa –

- pismem z dnia 22 lipca 2016 r. wraz z załącznikami (dalej odpowiednio: „Wezwanie nr 1” i „Wyjaśnienia nr 1”),
5. wezwania Zamawiającego z dnia 16 sierpnia 2016 r. zawierającym informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa wraz z odpowiedzią Odwołującego zawierającą informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa – pismem z dnia 22 sierpnia 2016 r. wraz z załącznikami (dalej odpowiednio: „Wezwanie nr 2” i „Wyjaśnienia nr 2”),
 6. wniosku Zamawiającego z dnia 28 września 2016 r. wraz z odpowiedzią Odwołującego – pismem z dnia 4 października 2016 r. z załącznikiem w postaci Aneksu nr 2 do gwarancji przetargowej,
 7. zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty,
 8. dokumentów załączonych do odwołania i złożonych przez strony i Przystępującego na rozprawie.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 4 oraz art. 7 ust. 1 Pzp

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 9.1 SIWZ Zamawiający ustalił 90-dniowy termin związania ofertą. Zamawiający wymagał również wniesienia wadium w kwocie 1.000.000,00 zł, określając dopuszczalne formy zgodnie z art. 45 ust. 6 Pzp (zob. pkt 8.1 i 8.2 SIWZ).

Odwołujący złożył ofertę deklarując 90-dniowy termin związania ofertą (pkt III.3, str. 3 oferty), zaś wadium wniósł w formie gwarancji bankowej z dnia 17 czerwca 2016 r. wystawionej przez Credit Agricole Bank Polska S.A. z okresem ważności (po przedłużeniu Aneksem nr 1) do dnia 10 października 2016 r. (str. 213-214 oferty Odwołującego).

W dniu 28 września 2016 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni wskazując, w drugim akapicie pisma, że „Wyżej wymieniona zgoda winna zostać być złożona najpóźniej do upływu terminu związania ofertą, tj. do dnia 04 października 2016 roku.”. Poniżej zamieścił również informację, że bieg terminu związania ofertą uległ zawieszeniu na czas od dnia 12 września 2016 r. do dnia 26 września 2016 r., co związane było z wcześniejszym wniesieniem odwołania.

Pismem z dnia 4 października 2016 r. Odwołujący wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni i na przedłużenie ważności wadium. W załączeniu przekazał Aneks nr 2 do gwarancji przetargowej, z którego wynikała data jej ważności do dnia 12 grudnia 2016 r.

Zamawiający – pismem z dnia 21 października 2016 r. – poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp i uznaniu jego oferty za odrzuconą, na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp. Podał, że Odwołujący nie wniósł wadium na

cały przedłużony okres związania ofertą, który – według jego wyliczeń – upływał w dniu 16 grudnia 2016 r.

Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

Przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przewiduje sankcję w postaci wykluczenia wykonawcy, który m.in. nie wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą. Z kolei z przepisu art. 85 ust. 4 Pzp wynika, że przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. W ocenie składu orzekającego z przepisów tych należy wyprowadzić wniosek, że termin upływu ważności wadium musi pokrywać się z terminem związania ofertą. Ze względu na istotną rolę wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jaką jest ogólne rzecz ujmując ochrona zamawiającego przed nierzetelnym wykonawcą, interpretacja przepisów Pzp mających cel ten urzeczywistniać, musi być traktowana rygorystycznie.

W przedmiotowej sprawie *clou* argumentacji Odwołującego stanowiło twierdzenie o wprowadzeniu go w błąd treścią wniosku Zamawiającego z dnia 28 września 2016 r. o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Izba uznała, że uważna lektura tego pisma przeczy takiej konkluzji. Jakkolwiek można mieć wątpliwość dotyczącą rozumienia stwierdzenia zawartego w akapicie drugim omawianej korespondencji („Wyżej wymieniona zgoda winna zostać być złożona najpóźniej do upływu terminu związania ofertą, tj. do dnia 04 października 2016 roku.”), to zestawiając je z zamieszczoną pod nim informacją o zawieszeniu terminu związania ofertą z uwagi na prowadzone wcześniej postępowanie odwoławcze, Odwołujący nie powinien wychodzić z założenia, że data 4 października 2016 r. wskazuje na ostatni dzień terminu związania ofertą, a przyjmując, że najpóźniej w tej dacie powinien wyrazić Zamawiającemu zgodę na przedłużenie tego terminu. Wydaje się zresztą, że Odwołujący zdawał sobie z tego sprawę, ponieważ w odwołaniu wskazywał na prawidłowy termin związania ofertą (16 października 2016 r. – str. 6 odwołania), a argumentacja o wprowadzeniu go w błąd miała niejako stanowić usprawiedliwienie dla przedłużenia okresu ważności wadium do dnia 12 grudnia 2016 r. Skoro okoliczności sprawy wskazują, że Odwołujący miał świadomość rzekomej wadliwości ustaleń Zamawiającego, nie mógł powoływać się w postępowaniu odwoławczym na działanie w zaufaniu do Zamawiającego. Profesjonalizm wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wywodzony z przepisu art. 355 § 2 K.c., nakazywałby w tej sprawie i w tym aspekcie działać raczej z ograniczonym zaufaniem do Zamawiającego.

Co więcej, Odwołujący w odpowiedzi na wniosek Zamawiającego oświadczył jedynie, że wyraża zgodę na przedłużenie terminu o 60 dni, nie wskazując na konkretną datę.

Z ustaleń składu orzekającego wynika jednak, że – biorąc pod uwagę datę otwarcia ofert (4 lipca 2016 r.), wymagany postanowieniami SIWZ 90-dniowy termin związania ofertą, zawieszenie biegu tego terminu w okresie od dnia 12 września 2016 r. do dnia 26 września 2016 r. i przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni – termin związania ofertą upływał w dniu 15 grudnia 2016 r. i do upływu tego dnia wniesione przez Odwołującego wadium powinno zachowywać, zgodnie z przytoczonymi wcześniej przepisami, ważność, co nie miało miejsca.

Argumentacja Odwołującego o rzekomym wprowadzeniu go w błąd jest nieuzasadniona także z tego względu, że gdyby przyjąć za Odwołującym, że dzień 4 października 2016 r. rzeczywiście oznaczał upływ terminu związania ofertą, to – biorąc pod uwagę zgodę na jego przedłużenie obejmującą kolejne 60 dni – upływać powinien 3 grudnia 2016 r. Data ta ma się jednak nijak do wynikającego z Aneksu nr 2 okresu ważności wadium (12 grudnia 2016 r.).

Izba stwierdziła, że przywołane w uzasadnieniu odwołania orzecznictwo KIO nie było adekwatne do stanu faktycznego rozpoznawanej sprawy, jako że dotyczyło problematyki jednoczesności przedłużania terminu związania ofertą i ważności (wnoszenia nowego) wadium. Jakkolwiek można zastanawiać się, czy część podniesionych w nim argumentów przemawiających za liberalizacją interpretacji pojęcia jednoczesności nie można byłoby odnieść również do kwestii tożsamości terminu związania ofertą i ważności wadium, to jednak skład orzekający uznał, że przychylenie się do stanowiska Odwołującego stanowiłoby niebezpieczny precedens. Na jego podstawie można byłoby bowiem wywodzić, że także składając ofertę wystarczy jedynie zadeklarować wymagany przez zamawiającego termin związania ofertą, a ważność wadium wnoszonego w formie gwarancji oznaczyć na czas krótszy. Wówczas jednak to wykonawca decydowałby w którym momencie wycofać się z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, dezorganizując procedurę udzielania zamówienia publicznego.

Rozstrzygając o przedmiotowym zarzucie odwołania Izba nie uwzględniła dowodu w postaci pisma Odwołującego i załączonego do niego kolejnego aneksu do gwarancji, przedłużającego jej ważność do dnia 16 stycznia 2017 r. (dowód O2). Stanowił on, zdaniem składu orzekającego, wyraz przyjętej przez Odwołującego taktyki procesowej (Odwołujący złożył Zamawiającemu aneks w przededniu rozprawy), a nadto nie zmienia okoliczności, że w dacie podejmowania decyzji o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania, Zamawiający nie dysponował prawidłowym zabezpieczeniem w postaci gwarancji wadialnej, której okres ważności pokrywałby się z terminem związania ofertą.

Reasumując, Zamawiający wykluczając Odwołującego z Postępowania nie naruszył przepisów art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 4 i art. 85 ust. 2 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 i art. 7 ust. 1 Pzp

W powyższym zakresie ustalono, że Odwołujący złożył ofertę z ceną 44.275.869,42 zł (pkt I.3, str. 3 oferty). Porównanie tej kwoty zarówno do wartości zamówienia, jak i średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert prowadzi do wniosku, że nie istniała podstawa do obligatoryjnego wzywania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie przepisu art. 90 ust. 1 Pzp.

Zamawiający powziął jednak wątpliwości odnośnie prawidłowości kalkulacji ceny oferty Odwołującego i wezwał go – pismem z dnia 11 lipca 2016 r. (Wezwanie nr 1) – do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zwrócił się również o sporządzenie kalkulacji zawierającej co najmniej elementy wyszczególnione we wzorze zamieszczonym w treści tego wezwania.

Odwołujący – pismem z dnia 22 lipca 2016 r. (Wyjaśnienia nr 1) – przedstawił wyjaśnienia wraz z dowodami, zastrzegając je w całości jako zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, w których przedstawił kalkulację sporządzoną według wzoru udostępnionego przez Zamawiającego.

Następnie, pismem z dnia 16 sierpnia 2016 r. (Wezwanie nr 2), Zamawiający zwrócił się o dodatkowe wyjaśnienia (pismo zostało zastrzeżone jako zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego), m. in. w zakresie poz. 1, poz. 4.7.2, poz.5, poz. 10 załączonej do Wyjaśnień nr 1 kalkulacji.

Odwołujący – pismem z dnia 22 sierpnia 2016 r. (Wyjaśnienia nr 2) – złożył wyjaśnienia wraz z dowodami zastrzegając, że informacje w nich zawarte stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 21 października 2016 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie przepisu art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 Pzp wskazując, że:

1. po analizie wyjaśnień oraz kalkulacji wraz ze złożonymi dowodami dotyczącymi zakupu armatury technologicznej, przy uwzględnieniu udzielonych Odwołującemu rabatów, doszedł do wniosku, że kalkulacja nie znajduje pokrycia w załączonych do wyjaśnień ofertach dostawców, bowiem kwota armatury wyliczona na podstawie załączonych dowodów przewyższa kwotę kalkulacji sporządzonej przez Odwołującego; ponadto oferty dostawców nie zawierają kosztów montażu armatury, a Odwołujący nie przedstawił w sposób jednoznaczny, że przewidział koszt robót montażowych związanych z armaturą,
2. w poz. 8 kalkulacji (wykonanie systemu kontroli dostępu) Odwołujący wycenił prace na kwotę nierealną rynkowo, porównując chociażby do oferty innych wykonawców,

którzy wycenili je na kilkaset tysięcy złotych więcej; ponadto wycena nie ma pokrycia w złożonych dowodach,

3. w poz. 10 kalkulacji (roboty związane z modernizacją kanałów kablowych) Odwołujący wycenił wykonanie prac na kwotę, która jest nierealna rynkowo; Zamawiający podał, że koszt ich wykonania w realiach rynkowych wynosi minimum powyżej 1 mln złotych,
4. w poz. 12 kalkulacji (próby i rozruch obiektu) Odwołujący wycenił prace na kwotę, która jest nierzeczywista, gdyż faktyczny koszt zużycia mediów jest znacznie wyższy od przyjętych przez niego założeń.

Zamawiający wskazał ponadto, że koszty wykonania ww. robót są jednym z głównych czynników cenotwórczych wpływających na należyte wykonanie zamówienia. W konsekwencji stwierdził, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ i zawiera rażąco niską cenę.

Zarzut potwierdził się jedynie w zakresie naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Na wstępie, odnośnie rażąco niskiej ceny, Izba wyjaśnia, że przepis art. 90 ust. 1 Pzp nie tylko nakłada na zamawiającego obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej w każdym przypadku, w którym cena danej oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, ale również przyznaje uprawnienie do wezwania do złożenia wyjaśnień w każdym przypadku, w którym cena danej oferty wydaje się zamawiającemu rażąco niska i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z jego wymogami lub wymogami wynikającymi z odrębnych przepisów. W konsekwencji nie mogła odnieść skutku argumentacja Odwołującego dotycząca poziomów różnic pomiędzy ceną jego oferty, a oferty uznanej za najkorzystniejszą i innych ofert, czy średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert.

Punktem wyjścia dla dalszych rozważań należy uczynić stwierdzenie, że badanie oferty pod kątem rażąco niskiej ceny jest dopuszczalne niezależnie od przyjętego przez zamawiającego modelu rozliczenia z wykonawcą należnego mu wynagrodzenia, ponieważ ograniczenie takie nie wynika z przepisu art. 90 ust. 1 Pzp. Niezależnie od modelu wynagrodzenia badaniu podlegają elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny, co również wynika z treści przywołanego przepisu. Odwołujący wprowadził trafnie argumentował, że ocenie podlegać powinna zasadniczo cena całkowita oferty, a nie jej poszczególne składowe, tym niemniej zaniżona wycena określonych elementów kalkulacji, nieznajdująca pokrycia w innych jej pozycjach, a nadto przenosząca deklarowany zysk z realizacji inwestycji, stanowić może podstawę odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę.

Kwestionowanie zasadności badania ceny oferty przy wynagrodzeniu ryczałtowym nie broni się nie tylko na gruncie przepisów Pzp, ale również w praktyce. Ryczałt – pomimo tego, że stanowi wynagrodzenie za całość robót niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, niezależnie od ich rzeczywistych rozmiarów i kosztów (zob. art. 632 § 1 K.c.) – nie jest dla zamawiającego zabezpieczeniem przed zaoferowaniem mu rażąco niskiej ceny. Ma to miejsce chociażby w przypadkach, w których wykonawca kalkulując cenę oferty nie uwzględni w niej jakiegoś istotnego dla wykonania zamówienia elementu, co zostanie ujawnione, przykładowo, na etapie składania wyjaśnień. Wydaje się rzeczą oczywistą, że także w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego można oczekiwać, że wykonawca, będący profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego, dysponować będzie założeniami i kalkulacjami oferowanej ceny jeszcze przed przystąpieniem do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. W razie powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do jej wysokości będą one następnie wykorzystane w procedurze przewidzianej przepisem art. 90 Pzp i powinny przekładać się na czytelność, spójność i rzetelność składanych wyjaśnień. Wykonawca, który takimi kalkulacjami nie dysponuje w ogóle, bądź którego kalkulacje nie posiadają wymienionych wcześniej cech, naraża się na odrzucenie złożonej zamawiającemu oferty na podstawie przepisu art. 90 ust. 3 Pzp.

Argumentów podważających zasadność badania rażąco niskiej ceny w ofercie, w której wynagrodzenie ma charakter ryczałtu, nie można również poszukiwać w formule, w jakiej realizowane będzie zamówienie. Okoliczność, że zamawiający przyjął formułę „zaprojektuj i wybuduj” nie zwalnia wykonawcy z obowiązku rzetelnego wyjaśnienia podstaw kalkulacji ceny oferty. Ergo, wykonawca składając wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, nie może się powoływać na okoliczność, że – z jednej strony – szczegółowe rozwiązania projektowe nie są w tej chwili znane, ponieważ stanowią składową przedmiotu zamówienia, wobec czego stwierdzone przez Zamawiającego nieprawidłowości w kalkulacji ceny oferty są nieuzasadnione, z drugiej zaś – że rozwiązania, które dopiero zostaną przyjęte przez wykonawcę, stanowią obecnie dowód na realność ceny jego oferty. Należy bowiem zauważyć, że wykonawca składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które ma zostać zrealizowane w formule „zaprojektuj i wybuduj” dysponuje przecież informacjami niezbędnymi do sporządzenia oferty w postaci PFU, za pomocą którego – w świetle przepisu art. 31 ust. 2 Pzp – opisuje się przedmiot zamówienia na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych. To na ich podstawie wykonawca ma przygotować merytoryczną treść oferty, a także jej wycenę. Ewentualne późniejsze zmiany sposobu realizacji zamówienia z uwagi na przyjęte szczegółowe rozwiązania projektowe i ich wpływ na wysokość wynagrodzenia wykonawcy nie mogą stanowić argumentu na etapie składania wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej

ceny. Należy zresztą zauważyć, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający przynajmniej częściowo narzucił sposób skalkulowania ceny oferty, czego dowodem jest załączona do Wezwania nr 1 tabela, a Odwołujący na takie działanie przystał, bowiem w Wyjaśnieniach nr 1 zawarł kalkulację sporządzoną na udostępnionym przez Zamawiającego wzorze.

Istotne jest również, że zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1a pkt 1 Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną postępowania odwoławczego. W konsekwencji przyjęć należy, że rolą odwołującego się wykonawcy, który kwestionuje prawidłowość oceny złożonych przez niego wyjaśnień, jest udowodnienie przed Izbą, że były one prawidłowe, a tym samym – że decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty była błędna. Jakkolwiek nie można wymagać od odwołującego przedstawiania nowych dowodów na potwierdzenie prawidłowości przedstawionej zamawiającemu kalkulacji, zwłaszcza jeżeli zawierałyby one nowe, nieznanne zamawiającemu w dacie rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, informacje, to jednak odwołujący nie powinien argumentować odmiennie niż w złożonych wyjaśnieniach, ponieważ podważa to ich wiarygodność i potwierdza *de facto* prawidłowość zaskarżonej odwołaniem czynności.

Przechodząc do omówienia poszczególnych, zakwestionowanych przez Zamawiającego, pozycji kalkulacji załączonej do Wyjaśnień nr 1, Izba wyjaśnia, że ze względu na wyłączenia jawności informacji zawartych w wyjaśnieniach Odwołującego, kwestie te omówione zostaną ogólnie, z uwzględnieniem potrzeby ochrony jego interesów.

Poz. 4

Analiza Wyjaśnień nr 1 (str. 4-5) prowadzi do wniosku, że poza ogólnymi stwierdzeniami o doświadczeniu Odwołującego i posiadaniu portfela stałych kontrahentów, z których miał płynąć wniosek o możliwości uzyskania korzystnych cen na zakup armatury technologicznej, Odwołujący wskazał na ofertę kontrahenta – TEHACO sp. z o.o., którą załączył do Wyjaśnień nr 1 (załącznik nr 5) i stwierdził, że stanowi ona „niezbity dowód na to, iż (...)pozyskał optymalne i kompletne oferty na zakres prac objęte zamówieniem”.

W ocenie Izby powyższe należało odczytywać jako deklarację wyliczenia wartości omawianego elementu kalkulacji na podstawie oferty wskazanego w Wyjaśnieniach nr 1 kontrahenta, co Odwołujący dodatkowo potwierdził w treści odwołania (str. 9). Wobec tego Zamawiający zasadnie dokonał sprawdzenia poszczególnych pozycji składających się na ten element oferty i – porównując je z cenami z załączonej oferty kontrahenta oraz uwzględniając uzyskany przez Odwołującego rabat, jak również mając na uwadze ilości armatury wynikające z załączonej do Wyjaśnień nr 1 kalkulacji – ujawnił niedoszacowanie oferty Odwołującego na kwotę wynikającą z dowodu Z1, a nadto stwierdził, że oferta na którą

powoływał się Odwołujący, uwzględnia jedynie koszt zakupu armatury, z pominięciem kosztów jej montażu.

Rozstrzygając przedmiotową kwestię skład orzekający Izby nie uwzględnił argumentacji Odwołującego przedstawionej na rozprawie i odmówił wiarygodności dowodowi D1 (wyliczenia wartości robót w poz. 4 kalkulacji załączonej do Wyjaśnień nr 1) z uwagi na fakt, że w pozycjach stanowiących podstawę wyliczeń Zamawiającego dowód oparty był na cenach z oferty innego kontrahenta Odwołującego. Odwołujący powoływał się na nią wprawdzie w Wyjaśnieniach nr 2 (zob. załącznik nr 2), twierdząc o popełnieniu oczywistej omyłki pisarskiej, jednak jedynie w kontekście jednej z 13 pozycji ujętych w wyliczeniach Zamawiającego stanowiących dowód Z1.

Abstrahując od okoliczności, że ww. deklaracja stoi w sprzeczności ze wspomnianym twierdzeniem ze str. 9 odwołania, Izba zwróciła dodatkowo uwagę na okoliczność, że w ofercie Tehaco sp. z o.o. załączonej do Wyjaśnień nr 1 ujęto inne (w kilku przypadkach wielokrotnie wyższe) ilości wycenianych materiałów w stosunku do założeń Zamawiającego prezentowanych w tabeli załączonej do Wezwania nr 1, która stanowić miała podstawę wyjaśnienia sposobu obliczenia ceny oferty. To zaś wywołuje wątpliwość co do rzeczywistej wysokości udzielonego Odwołującemu rabatu, który – jak wynika z zasad doświadczenia życiowego – zależny jest nie tylko od pozostawania w stałych stosunkach gospodarczych ze wspomnianym kontrahentem, czy zdolności negocjacyjnych Odwołującego, ale również od wolumenu zamawianych wyrobów.

Poz. 8

W Wyjaśnieniach nr 1 Odwołujący – poza wskazaniem ogólnej kwoty za realizację tej części zamówienia (ceny za komplet) – nie przedstawił Zamawiającemu dowodów potwierdzających prawidłowość jej wyliczenia. Z kolei w Wyjaśnieniach nr 2 (pkt 4, str. 2) stwierdził, że rozwiązania dotyczące wykonania systemu kontroli dostępu ujął w tabelach stanowiących załącznik nr 4 do Wyjaśnień nr 2 (str. 12-24).

Analiza treści dokumentu ze str. 12 Wyjaśnień nr 2, który Zamawiający uznał za ofertę kontrahenta Odwołującego, nie tylko nie pozwala na stwierdzenie, że ma on taki właśnie charakter, ale w ogóle na ustalenie w jakim celu został on złożony i w jaki sposób ma potwierdzać prawidłowość wyliczenia kosztów wykonania robót z poz. 8 kalkulacji sporządzonej przez Odwołującego. Wskazuje on jedynie na rodzaj wycenionych w nim komponentów systemu kontroli dostępu, ilości wycenionego sprzętu (oprogramowania) i całkowity koszt ich zakupu.

Z kolei dokument ze str. 13 Wyjaśnień nr 2 stanowi ofertę kontrahenta Odwołującego, w której w identyczny sposób wyceniono wspomniane komponenty systemu (co uzasadnia twierdzenie, że oferta jest załącznikiem do omówionego wcześniej dokumentu), jednak przy

przyjęciu innych ilości, co powoduje, że nie jest wiadome, którą z cen całkowitych Odwołujący posłużył się wyliczając omawianą pozycję kalkulacji. Niezależnie jednak od tego, którą z wartości przyjąć, każda z nich jest znacznie wyższa od kwoty podanej przez Odwołującego w poz. 8 kalkulacji. Co więcej, przedmiotowe dokumenty nie stanowią – wbrew stanowisku Odwołującego – potwierdzenia „realności i prawidłowości” kalkulacji i nie wiadomo jaki jest ich stosunek zarówno do założeń zawartych w poz. 8 tabeli załączonej do Wyjaśnień nr 2 (załącznik nr 4, str. 22), jak i do wyliczonej przez Odwołującego całkowitej wartości robót ujętych w poz. 8 kalkulacji. W konsekwencji Zamawiający prawidłowo wyliczył niedoszacowanie tej pozycji na kwotę podaną w treści dokumentu stanowiącego dowód Z2.

Skład orzekający uznał ponadto, że przedstawiona na rozprawie argumentacja Odwołującego o braku konieczności uwzględnienia w cenie oferty konieczności wdrożenia systemu kontroli dostępu była chybiona.

Z przywołanych przez Odwołującego postanowień pkt 4.2.7, 4.3.8 i 5.7.5 PFU *expressis verbis* wynikała konieczność wdrożenia systemu kontroli dostępu, z zastrzeżeniem, że ma on ściśle współpracować z systemem już działającym u Zamawiającego i z wykorzystaniem dotychczasowych kart zbliżeniowych i na tym, być może, Odwołujący oparł swoje twierdzenia. Odnosząc się przykładowo do pkt 5.7.5 PFU należało jednak stwierdzić, że Zamawiający przewidział objęcie systemem kontroli dostępu wszystkich modernizowanych budynków oraz wszystkich pomieszczeń technicznych, technologicznych i administracyjnych z zastosowaniem czytników zbliżeniowych.

W konsekwencji za błędne uznano twierdzenie Odwołującego, że od ceny oferty jego kontrahenta ze str. 13 Wyjaśnień nr 2 należy odliczyć koszt zakupu komponentów wymienionych w poz. 1-4.

Poz. 10

W powyższym zakresie Odwołujący wskazał w Wyjaśnieniach nr 1 całkowity koszt realizacji robót związanych z modernizacją kanałów kablowych (cena za komplet), a nadto załączył do nich obmiar robót (załącznik nr 3, str. 17-28). Dodatkowo, w Wyjaśnieniach nr 2, stwierdził (pkt 4, str. 2), że w załączonej do nich tabeli (załącznik nr 4, str. 14-24) przedstawił założenia dotyczące kalkulacji tego elementu oferty.

Skład orzekający uznał, że jakkolwiek Odwołujący był uprawniony do dokonania wizji lokalnej i ustalenia na jej podstawie rzeczywistego zakresu robót niezbędnych do prawidłowej realizacji zamówienia (zob. pkt 3.5 SIWZ dodany zmianą treści SIWZ z dnia 20 kwietnia 2016 r.), a argumentacja Zamawiającego i Przystępującego wskazująca na konieczność uwzględnienia w kalkulacji ceny oferty długości, szerokości i głębokości kanałów kablowych podanych orientacyjnie (podkreślenie Izby) w odpowiedziach na pytania nr 120 i 179 była w tym zakresie nietrafna, to jednak założenia Odwołującego,

których podstawą był obmiar, powinny przekładać się na koszty wskazane w poz. 20 kalkulacji załączonej do Wyjaśnień nr 1. Izba uznaje za niewystarczające wyłącznie wskazanie ogólnej wartości robót i uzasadnianie jej wynikami obmiarów, których w żaden sposób nie da się logicznie powiązać z podaną w kalkulacji kwotą. Stąd, samo tylko stwierdzenie w obmiarze załączonym do Wyjaśnień nr 1, że – przykładowo – uwzględniono w nim wykonanie nowych osłon kanałów technologicznych w pomieszczeniach wentylatorni i węzła ciepłego (str. 28), ze wskazaniem jednostki miary („kpl” – komplet) nie stanowi potwierdzenia prawidłowości sporządzonej kalkulacji, z uwagi na brak szczegółowych wyliczeń odnoszących się do wykonania tych robót.

Podobnie należało również ocenić ogólnikowe stwierdzenia o konieczności doliczenia do oferty kosztu ryzyka pominiętych w przedmiarze prac budowlanych, które należy wykonać (załącznik nr 3 do Wyjaśnień nr 1, str. 17, 21, 25 i 28). Odwołujący wskazał przy tym w treści odwołania (str. 11), że wspomniane pozycje przedmiaru zawierają pozostałe, nieujęte w poz. 10 kalkulacji, koszty wykonania objętych nią robót. Skład orzekający wskazuje, że taka argumentacja stanowiła jedynie wyraz przyjęcia określonej strategii obrony przed zarzutem rażąco niskiej ceny w postępowaniu odwoławczym, bowiem intencja Zamawiającego, który do Wezwania nr 1 załączył wzór kalkulacji z wyszczególnieniem szeregu pozycji składających się na realizację przedmiotu zamówienia, wydaje się czytelna. Odwołujący powinien był ująć koszty realizacji wszystkich robót związanych z modernizacją kanałów kablowych w poz. 10 kalkulacji, ponieważ na taki sposób zaprezentowania ceny oferty przystał, nie zaś twierdzić (dopiero w odwołaniu), że koszty tych robót zostały podzielone i ujęte w innych pozycjach kalkulacji, bez ich bliższego określenia.

Nawet gdyby jednak przyjąć, że Odwołujący zakładał istnienie ryzyka związanego z pominięciem w obmiarze robót niezbędnych do wykonania zamówienia powstaje pytanie w której pozycji kalkulacji zostało ono uwzględnione? Należy przy tym zauważyć, że z Wezwania nr 1 wynikał pewien margines swobody w sposobie zaprezentowania kalkulacji ceny oferty, ponieważ Zamawiający wskazał, że ma ona zawierać co najmniej (podkreślenie Izby) elementy ujęte w przekazanym Odwołującemu wzorze (Wezwanie nr 1, str. 1). Wydaje się oczywiste, że w takim przypadku Odwołujący mógł dodać odpowiednią pozycję w kalkulacji, ze wskazaniem, że zawiera ona wycenę ryzyka pominięcia w sporządzonym obmiarze robót niezbędnych do wykonania zamówienia. Jako że Odwołujący z tej możliwości nie skorzystał uprawnione wydaje się stwierdzenie, że jedyną pozycją kalkulacji, w której Odwołujący mógł wspomniane ryzyko uwzględnić, była poz. 14 („Inne koszty wykonawcy”), jednak na tą okoliczność nie powoływał się ani w wyjaśnieniach, ani w odwołaniu.

Izba zwróciła również uwagę, że z treści odpowiedzi na pyt. 120 (wyjaśnienia i zmiana treści SIWZ z dnia 6 czerwca 2016 r.) wynika, że jakkolwiek

Zamawiający bezpośrednio nie wskazał robót związanych z wymianą półek kablowych wraz ze wszystkimi elementami, stwierdził jednak, że ze względu na technologię wykonania robót związanych z wymianą kabli niezbędna jest modernizacja istniejących półek kablowych. Wobec tego Zamawiający wskazał wprost, że wykonawca powinien w ofercie przewidzieć koszty demontażu i wykonania wszelkich niezbędnych robót związanych z montażem nowych tras pod kable. Z kolei z załącznika nr 4 do Wyjaśnień 2 (poz. 10, str. 22) wynika, że w omawianym zakresie Odwołujący przewidział modernizację kanałów polegającą (przynajmniej częściowo, tj. w przypadkach, w których będą nadawać się do wykorzystania) na ich wzmocnieniu, co dodatkowo potwierdza, że nie wycenił całości prac niezbędnych do wykonania.

W konsekwencji skład orzekający doszedł do przekonania, że oferta Odwołującego jest niedoszacowana, co potwierdzają wyliczenia Zamawiającego zawarte w treści dokumentu stanowiącego dowód Z2. Co zaś dotyczy podstawy tych wyliczeń (dowodu Z3) Izba uznała, że data sporządzenia tego dokumentu nie ma znaczenia, bowiem nie podważa prawidłowości zawartych w nim wyliczeń. W tym zakresie Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu mogącego stanowić podstawę odmiennego ustalenia.

Poz. 12

W Wyjaśnieniach nr 1 Odwołujący stwierdził wprost (str. 6), że koszty związane z rozruchem ujął w poz. 12 kalkulacji. Dopiero na rozprawie przedstawił argumentację, zgodnie z którą koszty te zostały *de facto* podzielone pomiędzy poz. 12, a poz. 15.3 („Koszty zaplecza biura budowy...”). Poza okolicznością, że Odwołujący podważył tym stwierdzeniem wiarygodność wyjaśnień i odstąpił od przyjętego wcześniej sposobu prezentowania metody skalkulowania ceny oferty, to nazwa poz. 15.3 nie pozostawia wątpliwości, że składające się na nią koszty energii elektrycznej związane są z funkcjonowaniem zaplecza budowy, nie zaś z próbami i rozruchem obiektu.

Skład orzekający uwzględnił zatem wnioski płynące z dowodów Z4 i P1, wskazując na marginesie, że wynikająca z nich różnica w kosztach zużycia energii elektrycznej związana była z przyjęciem nieznacznie odbiegających od siebie stawek za energię elektryczną i założeń dotyczących pobieranej przez pompy mocy (w pozostałym zakresie założenia wynikające z tych dokumentów były zbieżne). Izba uznała, że za podstawę stwierdzonego w dowodzie Z3 niedoszacowania oferty Odwołującego należy jednak przyjąć wyliczenie Zamawiającego, jako że posiada aktualne informacje dotyczące omówionych wskaźników.

W konsekwencji powyższych ustaleń Izba dała wiarę argumentacji Zamawiającego, że niedoszacowanie ww. pozycji kalkulacji przewyższało kwotę zakładanego przez Odwołującego zysku (poz. 16 kalkulacji), powiększoną dodatkowo o poz. 14 kalkulacji,

co w przedmiotowej sprawie uzasadniało odrzucenie oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny.

Reasumując, Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego nie naruszył przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Pzp.

Potwierdził się natomiast zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W powyższym zakresie Izba stwierdziła, że uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego zawiera jedynie ogólne stwierdzenie, że z uwagi na stwierdzone nieprawidłowości w kalkulacji ceny jego oferty nie potwierdza ona możliwości wykonania zamówienia zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego. W konsekwencji skład orzekający również ogólnie wskazuje, że odrzucenie oferty na podstawie jej niezgodności z treścią SIWZ wymaga wskazania tych postanowień SIWZ, z którymi odrzucona oferta jest niezgodna, czego *ad casum* zabrakło w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego.

Reasumując, jakkolwiek zarzut w tej części okazał się zasadny, to jednak – z uwagi na brak wpływu na wynik Postępowania (por. przepis art. 192 ust. 2 Pzp) – nie mógł stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania.

Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Skład orzekający nie stwierdził, aby Zamawiający – uzasadniając wykluczenie Odwołującego z Postępowania – naruszył obowiązek podania uzasadnienia faktycznego i prawnego swojej decyzji i próżno doszukać się w uzasadnieniu odwołania argumentacji potwierdzającej wniosek przeciwny. *Ergo*, Zamawiający nie naruszył art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Co zaś dotyczy zarzutu naruszenia przepisu art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp Izba zwróciła uwagę, że uzasadnienie faktyczne rzeczywiście wskazuje na braki w sferze ustalonych przez Zamawiającego faktów, zawierając jedynie ogólne stwierdzenia o szeregu nieprawidłowości ujawnionych na etapie analizy wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Należy jednak zauważyć, że Zamawiający potwierdził ich prawidłowość w toku rozprawy (co zostało szczegółowo omówione powyżej), wobec czego zarzut należało w istocie sprowadzić do stwierdzenia o zaniechaniu poinformowania Odwołującego o szczegółach oceny złożonych przez niego wyjaśnień, czego przyczyn należy upatrywać w objęciu informacji w nich zawartych tajemnicą przedsiębiorstwa. Co istotne, nie stanowiło to dla Odwołującego przeszkody we wniesieniu odwołania i uzasadnieniu jego zarzutów. Wobec tego uwzględnianie odwołania i nakazywanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, które – wobec stwierdzonej przez Izbę prawidłowości oceny oferty Odwołującego – sprowadzać miałyby się do uzupełnienia uzasadnienia odrzucenia jego oferty o szczegółowe

informacje świadczące o nieprawidłowościach dotyczących skalkulowania ceny oferty, wydaje się zbędne. Nie sposób nie zauważyć również braku wpływu tego zarzutu na wynik Postępowania, który w świetle przepisu art. 192 ust. 2 Pzp stanowi przesłankę *sine qua non* uwzględnienia odwołania.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w pkt 1 sentencji orzeczenia.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b 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.2010.41.238).

Przewodniczący: