

Sygn. akt: KIO 2007/16

WYROK
z dnia 7 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 listopada 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 października 2016 r. przez wykonawcę: **ERBUD S.A. ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Uniwersytecki Szpital Dziecięcy w Krakowie, ul. Wielicka 265, 30-663 Kraków,**

przy udziale wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego CHEMOBUDOWA–KRAKÓW S.A., ul. Klimeckiego 24, 30-705 Kraków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:**
 - dokonanie oceny wyjaśnień złożonych w postępowaniu w trybie art. 90 ust. 1 Pzp przez wykonawcę **ERBUD S.A.** w zakresie wykazania, że cena oferty tego wykonawcy nie jest ceną rażąco niską,
- 2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,**
- 3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Uniwersytecki Szpital Dziecięcy w Krakowie, ul. Wielicka 265, 30-663 Kraków, i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **ERBUD S.A. ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

- 2) zasądza kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego: **Uniwersytecki Szpital Dziecięcy w Krakowie, ul. Wielicka 265, 30-663 Kraków** na rzecz wykonawcy **ERBUD S.A. ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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 Krakowie**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Uniwersytecki Szpital Dziecięcy w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie „Przebudowa i remont budynków K, L, M, J-M, N, L-N, O, R, nadbudowa przewiązki J-M przebudowa i remont infrastruktury instalacyjnej, małej architektury, dróg, ogrodzenia terenu Uniwersyteckiego Szpitala Dziecięcego w Krakowie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 stycznia 2016 r. pod nr 2016/S 025-039348.

Wykonawca, ERBUD S.A. wniósł odwołanie wobec czynności wezwania tego wykonawcy do wyjaśnienia ceny oferty w trybie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) zwanej dalej „Pzp”, dokonanej przez Zamawiającego pismem z dnia 11 października 2016 r.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez weryfikowanie, czy oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny, w sposób nieadekwatny i nieproporcjonalny do rodzaju ceny przewidzianej za wykonanie przedmiotu zamówienia;
- 2) art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez żądanie przedstawienia w ramach wyjaśnień danych i informacji oraz kosztorysów i kalkulacji, do sporządzenia i przedstawienia których Odwołujący nie był zobowiązany zgodnie z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”);
- 3) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez żądanie przedstawienia w ramach wyjaśnień danych i informacji oraz kosztorysów i kalkulacji, których sporządzenia i przedstawienia Zamawiający nie żądał od innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, a w konsekwencji prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 4) art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez sformułowanie wezwania w sposób niejasny i budzący wątpliwości interpretacyjne;
- 5) art. 8 ust. 3 Pzp, poprzez ujawnienie w treści wezwania z dnia 11 października 2016 r. osobom trzecim danych, informacji i dokumentów zastrzeżonych przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania Odwołującego do wyjaśnienia ceny oferty z dnia 11 października 2016 r.

Odwołujący podniósł, że pomimo braku racjonalnych podstaw do uznania ceny oferowanej przez Odwołującego za cenę rażąco niską oraz pomimo udzielenia przez Odwołującego szczegółowych wyjaśnień, Zamawiający podjął po raz kolejny czynności, które pod pretekstem ponownej weryfikacji zaoferowanej ceny w istocie pozostają w całkowitej sprzeczności z treścią art. 90 ust. 1 Pzp, a w rezultacie mogą doprowadzić do odrzucenia oferty Odwołującego w trybie art. 90 ust. 3 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez weryfikowanie, czy oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny, w sposób nieadekwatny i nieproporcjonalny do rodzaju ceny przewidzianej za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w piśmie z dnia 11 października 2016 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty. Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w piśmie z dnia 9 września 2016 r. nie odpowiadają na żądania Zamawiającego zawarte w wezwaniu z dnia 29 sierpnia 2016 r.

Zgodnie z pkt 15.1. SIWZ, cena w niniejszym postępowaniu ma charakter ryczałtowy. Zamawiający nie wymagał załączenia do oferty kosztorysu ofertowego. Ceny poszczególnych elementów zamówienia były przedstawione w Tabeli Elementów Scalonych. O ile ustalenie ceny jako ryczałtowej samo przez się nie pozbawia Zamawiającego uprawnienia do weryfikowania jego ewentualnych wątpliwości dotyczących rażąco niskiej ceny, o tyle Zamawiający, dokonując tej weryfikacji, nie może ignorować ustalonego ryczałtowego charakteru ceny i treści dokumentacji przetargowej. Przy wynagrodzeniu ryczałtowym wszelkie kosztorysy i kalkulacje „*mają jedynie charakter pomocniczy*” (tak KIO w uzasadnieniu wyroku z dnia 25 stycznia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 28/16; podobnie KIO w uzasadnieniu wyroku z dnia 1 lipca 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 898/16, KIO 899/16 i KIO 901/16). W takiej sytuacji wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia nie mają obowiązku sporządzania odrębnych kosztorysów czy kalkulacji, albowiem nie są one decydujące dla ustalenia wysokości oferowanej ceny. Ponadto, przyjęcie wynagrodzenia ryczałtowego oznacza, że ocena pełnego zakresu robót i kosztów ich całkowitego wykonania należy do wykonawcy i stanowi jego ryzyko (tak KIO w uzasadnieniu wyroku z dnia 30 lipca 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 921/09), albowiem zgodnie z art. 632 KC w zw. z art. 14 Pzp, wynagrodzenie ryczałtowe nie może być podwyższone na żądanie przyjmującego zamówienie, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.

Odwołujący wskazał, że z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia cena oferty nie musiała być obliczana z zastosowaniem takich wymogów w zakresie kosztorysowania, z jakimi wiąże się obliczanie i oferowanie ceny kosztorysowej. W szczególności nie musiały i w przypadku Odwołującego nie były sporządzane konkretne kosztorysy dotyczące całej

oferowanej ceny. Odwołujący, kalkulując oferowaną cenę, w znacznym zakresie opierał się na ofertach otrzymanych od potencjalnych podwykonawców/dostawców, które również zawierają ceny ryczałtowe. Odwołujący od potencjalnych podwykonawców/dostawców nie wymagał przedstawienia jakichkolwiek kosztorysów czy kalkulacji, albowiem na potrzeby złożenia oferty Odwołujący takich kosztorysów sam przedstawić nie musiał i nie sporządzał. Oferty, które Odwołujący otrzymał przedstawił Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie do udzielenia wyjaśnień dot. ceny z dnia 29 sierpnia 2016 r.

Całkowicie nieadekwatne i nieproporcjonalne do przedmiotu sprawy, a w konsekwencji niedopuszczalne na gruncie obowiązujących przepisów jest wymaganie przez Zamawiającego kosztorysów czy kalkulacji w sytuacji, gdy takie dokumenty nie były wymagane w SIWZ. Żądanie Zamawiającego pozostaje w całkowitej sprzeczności z istotą postępowania przetargowego i przyjętym w tym postępowaniu charakterem ceny. Zamawiający wprost w SIWZ wskazał, że nie wymaga przedłożenia kosztorysów ofertowych.

Odwołujący podkreślił, że różnica pomiędzy ceną jego oferty (46 582 560,00 zł brutto), a ustaloną przez Zamawiającego szacunkową wartością zamówienia (49.200.000,00 zł brutto), wynosi zaledwie 5,3%. Cena oferty stanowi zatem 94,7% szacunkowej wartości zamówienia. Ponadto, różnica pomiędzy średnią arytmetyczną wszystkich 10 ofert złożonych w postępowaniu, a ceną oferty Odwołującego wynosi 22,95% (ceny ofertowe przed dokonaniem poprawienia omyłek rachunkowych przez Zamawiającego) oraz 22,75% w przypadku cen ofert uwzględniających poprawienie omyłek rachunkowych. To oznacza, że cena oferty Odwołującego nie różni się o ponad 30% ani od szacunkowej wartości zamówienia, ani też od średniej arytmetycznej wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. W stosunku do oferty Odwołującego nie wystąpiły zatem obligatoryjne przesłanki badania ceny oferty określone w art. 90 ust. 1 Pzp. W takiej sytuacji weryfikacja, czy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia nie oferuje rażąco niskiej ceny, mimo iż jest uprawnieniem Zamawiającego, to jednak muszą zachodzić jej konkretne i racjonalne przesłanki uzasadniające przypuszczenie Zamawiającego, że w ofercie zaproponowano cenę rażąco niską.

Tymczasem w przedmiotowej sprawie sugestie Zamawiającego co do podejrzenia ceny rażąco niskiej opierają się na jego subiektywnych i ogólnikowych spekulacjach, które w istocie nie mają żadnego przełożenia na konkretne wątpliwości względem ceny oferty Odwołującego. Zamawiający nie sformułował żadnych konkretnych wątpliwości co do ceny ryczałtowej zaproponowanej przez Odwołującego. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie jest w stanie względem oferty Odwołującego sformułować żadnych konkretnych zarzutów, a przez składanie coraz to nowych wezwań do wyjaśnienia ceny w istocie próbuje pozyskać jakiegokolwiek dane lub informacje, dzięki którym mógłby odrzucić ofertę Odwołującego i „pozbyć się” Odwołującego z postępowania. Znamienne jest bowiem, że w przedmiotowej

sprawie „wątpliwości” Zamawiającego dotyczyły początkowo praktycznie wyłącznie Instalacji Elektrycznych Słaboprądowych. Kiedy okazało się, że zarzuty Zamawiającego dotyczące Instalacji Elektrycznych Słaboprądowych były całkowicie nieuzasadnione, Zamawiający zaczął mieć kolejne „wątpliwości”, tym razem dotyczące innych elementów. Wcześniej, tj. przed wyrokiem KIO z dnia 11 lipca 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 994/16 i KIO 1020/16, Zamawiający nie miał żadnych „wątpliwości” dotyczących pozostałych elementów ceny oferowanej przez Odwołującego.

Odwołujący podkreślił, że strategia kalkulacji ceny ryczałtowej jest uprawnieniem wykonawcy składającego ofertę i wyłącznie ten wykonawca ma decydujące zdanie w kwestii tej strategii, a *„wewnętrzna kalkulacja ceny oferty jest sprawą wykonawcy i jego decyzji w tym zakresie. Za niedopuszczalne uznaje się jedynie subsydiowanie skrośne, tzn. pokrywanie kosztów ceny oferty o nierynkowym charakterze (dumpingowej) z innej działalności danego przedsiębiorcy, a nie z ceny umownej za dany kontrakt”* (tak KIO w uzasadnieniu wyroku z dnia 25 stycznia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 28/16). Zamawiający musi brać pod uwagę swobodę kształtowania poszczególnych elementów ceny przez wykonawców.

Z treści wezwania z dnia 11 października 2016 r. wynika, że Zamawiający usiłuje przedstawić relację pomiędzy Odwołującym i jego podwykonawcami/dostawcami, jako relację, w której oferują oni zaniżone ceny w tym celu, aby Odwołujący mógł przedstawić ofertę zawierającą rażąco niską cenę. Takie rozumowanie Zamawiającego jest absurdalne i oderwane od zasad funkcjonowania firm na rynku. Przecież wskazane firmy (podwykonawcy i dostawcy) funkcjonują w tym celu, aby osiągać zysk, a nie w celu, aby ich kosztem Odwołujący mógł składać oferty zawierające rażąco niską cenę.

Ponadto, Zamawiający otrzymał od Odwołującego obszernie wyjaśnienia i liczne dokumenty, które w dalszym ciągu go nie satysfakcjonują. Zamawiający wciąż wymaga od Odwołującego nowych danych i informacji, a także kosztorysów, których sporządzenie w niniejszej sprawie nie było wymagane.

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez żądanie przedstawienia w ramach wyjaśnień danych i informacji oraz kosztorysów i kalkulacji, do sporządzenia i przedstawienia których Odwołujący nie był zobowiązany zgodnie z treścią SIWZ.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez żądanie przedstawienia w ramach wyjaśnień danych i informacji oraz kosztorysów i kalkulacji, których sporządzenia i przedstawienia Zamawiający nie żądał od innych wykonawców, a w konsekwencji prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W piśmie z dnia 11 października 2016 r. Zamawiający domaga się przedstawienia danych i informacji, a także kosztorysów, do przedstawienia których Odwołujący nie został zobowiązany w SIWZ. Cena ofertowa ma charakter ryczałtowy, a zatem nie było dla jej kalkulacji niezbędnym sporządzenie kalkulacji czy kosztorysów. Także potencjalni podwykonawcy/dostawcy przedstawiali Odwołującemu oferty zawierające ceny ryczałtowe, do których nie sporządzali kosztorysów czy kalkulacji.

Zgodnie z treścią SIWZ (pkt 15.1. SIWZ), wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązani byli podać cenę w formie ryczałtu. Zamawiający (zgodnie z pkt 15 SIWZ) nie wymagał załączenia do oferty kosztorysu ofertowego. Ceny poszczególnych elementów zamówienia miały być przedstawione w tabeli elementów scalonych załączonej do SIWZ.

Wymaganie podania na obecnym etapie postępowania powyższych danych i informacji, a także kosztorysów i kalkulacji stanowi naruszenie przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, albowiem dane, informacje i kosztorysy, których obowiązek złożenia nie wynikał z treści SIWZ, nie zostały także dołączone do ofert innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 90 ust 1 Pzp, poprzez sformułowanie wezwania do Odwołującego w sposób niejasny i budzący wątpliwości interpretacyjne.

Wezwanie z dnia 11 października 2016 r. sformułowane zostało w sposób ogólnikowy i budzący wątpliwości interpretacyjne. Zamawiający w tym wezwaniu nie przedstawił konkretnego zestawienia danych, informacji i dokumentów, których przedstawienia oczekuje. Sporządził wezwanie w formie opisowej. Wiele części rozważań Zamawiającego jest powielana na zasadzie „kopiuj-wklej”, a to budzi dodatkowe wątpliwości co do intencji Zamawiającego. Wątpliwości budzą rozważania i polemiki Zamawiającego dot. dowodów i wyjaśnień przedstawionych przez Odwołującego w dotychczasowych wyjaśnieniach.

W wezwaniu z dnia 11 października 2016 r. Zamawiający wskazał, że Odwołujący, odpowiadając na wezwanie z dnia 29 sierpnia 2016 r., odniósł się jedynie do 11 z 31 elementów wymagających wyjaśnienia, podczas gdy Odwołujący odniósł się do pozycji konkretnie tam wskazanych, przedstawiając takie dokumenty i informacje, które miał możliwość przedstawić. Jeżeli natomiast Zamawiający w wezwaniu z dnia 29 sierpnia 2016 r. oczekiwał, że Odwołujący ustosunkuje się do innych wątpliwości Zamawiającego, to powinien jednoznacznie wskazać, czego te wątpliwości dotyczą.

Odwołujący wyjaśnił, że w dobrej wierze udzielił wyjaśnień na wezwanie z dnia 29 sierpnia 2016 r., mając na uwadze wyrok KIO z dnia 11 lipca 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 994/16 i KIO 1020/16, mimo że do wezwania miał zastrzeżenia. Odwołujący przedstawił

możliwe do przedstawienia informacji i dokumenty. Odwołujący działając w dobrej wierze, udzielił również odpowiedzi na wezwanie z dnia 11 października 2016 r. mimo, że do wskazanego wezwania ma liczne zastrzeżenia.

Wykonawca: Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego CHEMOBUDOWA–KRAKÓW S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Pismem z dnia 2 listopada 2016 r. Zamawiający złożył do Prezesa KIO odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający podniósł brak interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w świetle art. 179 ust. 1 Pzp, wskazując, że wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp nie przesądza o sposobie rozstrzygnięcia postępowania. Zamawiający stwierdził, że czynność ta jest konsekwencją wyroku KIO z dnia 11 lipca 2016 r. o sygn. akt KIO 1020/16 nakazującego Zamawiającemu m.in. „unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego Erbud S.A. z siedzibą w Warszawie oraz powtórzenie czynności badania oferty tego wykonawcy – dokonanie oceny ofert niepodlegających odrzuceniu”. Zamawiający podniósł brak logiki w zachowaniu wykonawcy, który z jednej strony kwestionuje wezwanie do złożenia wyjaśnień, a z drugiej strony składa wyjaśnienia Zamawiającemu, a tym samym legalizuje czynność wezwania. Zamawiający wskazał, że pomimo, iż wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia ma charakter ryczałtowy, to badanie ceny w trybie art. 90 ust. 1 Pzp może obejmować badanie kosztorysów ofertowych. Zamawiający podkreślił także, że to na wykonawcy spoczywa ciężar dowodu, że cena oferty nie jest ceną rażąco niską. Zamawiający uznał, że adekwatnymi dowodami na potwierdzenie twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach Odwołującego dotyczących cenotwórczych elementów oferty – będą własne kalkulacje kosztów tego wykonawcy, co znalazło odzwierciedlenie w wezwaniu z dnia 11 października 2016 r. Zamawiający wskazał, że Odwołujący zamiast wnosić odwołanie mógł poinformować Zamawiającego, iż miał wolę oparcia treści swoich wyjaśnień na innych dokumentach niż przywołane w wezwaniu. Dodatkowo Zamawiający podniósł, że do wdrożenia procedury z art. 90 ust. 1 Pzp nie jest konieczne spełnienie przesłanek w zakresie 30% różnicy wysokości ceny oferty od wartości przedmiotu zamówienia lub średniej arytmetycznej cen złożonych ofert. Jest również możliwe badanie poszczególnych części lub pozycji kosztorysu – elementów kalkulacyjnych oferty w kontekście podejrzenia rażąco niskiej ceny oferty. Zamawiający podkreślił, że wyjaśnienia miały dotyczyć wszystkich elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty, ze szczególnym odniesieniem do wskazanych elementów zestawienia robót (TES), które zostały wycenione przez Odwołującego poniżej średniej pozostałych złożonych ofert. Zamawiający podniósł również,

że wezwanie z dnia 11 października 2016 r. w sposób jasny i wyraźny wskazuje zakres żądań Zamawiającego, w tym istotne elementy ceny ofert. Zamawiający podniósł, że wyjaśnienia Odwołującego z dnia 9 września 2016 r. są ogólnikowe i budzą wątpliwości interpretacyjne, w szczególności wobec załączenia do wyjaśnień ofert podwykonawców datowanych na miesiąc czerwiec 2016 r., a więc trzy miesiące po terminie składania ofert. Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp, poprzez ujawnienie w treści wezwania z dnia 11 października 2016 r. osobom trzecim danych i informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, Zamawiający podniósł, że zarzut ten nie został przez Odwołującego uzasadniony. Na zakończenie Zamawiający podniósł, że kolejne wezwanie do złożenia wyjaśnień zostało skierowane w interesie Odwołującego, w celu wykazania, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. Zamawiający podkreślił, że na gruncie ustawy Pzp jest dopuszczalne wielokrotne wzywianie wykonawcy do wyjaśnienia ceny oferty, aż do momentu gdy Zamawiający pozbędzie się wątpliwości odnośnie elementów ceny wskazujących na rażąco niską cenę oferty wzywającego do wyjaśnień wykonawcy. Zdaniem Zamawiającego, żaden zarzut odwołania nie został przez Odwołującego udowodniony.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołanie zostało wniesione wobec czynności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp z dnia 11 października 2016 r. Wobec faktu, że oferta Odwołującego podlegałaby ocenie jako najkorzystniejsza, czynność Zamawiającego dokonana z naruszeniem przepisów ustawy Pzp mogłaby wpłynąć negatywnie na sytuację Odwołującego w postępowaniu. Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego co do braku interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia na obecnym etapie postępowania, tj. przed oceną ofert i wyborem oferty najkorzystniejszej. W ocenie Izby, wręcz przeciwnie, na tym etapie postępowania interes w uzyskaniu zamówienia ma każdy z wykonawców, który złożył ofertę w postępowaniu, a tym samym ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego CHEMOBUDOWA–KRAKÓW S.A. przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zgodnie z art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Izba rozpoznała odwołanie w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, tj. zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez weryfikowanie, czy oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny, w sposób nieadekwatny i nieproporcjonalny do rodzaju ceny przewidzianej za wykonanie przedmiotu zamówienia; poprzez żądanie przedstawienia w ramach wyjaśnień danych i informacji oraz kosztorysów i kalkulacji, do sporządzenia i przedstawienia których Odwołujący nie był zobowiązany zgodnie z treścią SIWZ; poprzez sformułowanie wezwania w sposób niejasny i budzący wątpliwości interpretacyjne;

Przepis art. 90 ust. 1 Pzp stanowi, że jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w 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 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

W przypadku, gdy zamawiający ma uzasadnione wątpliwości co do możliwości realizacji przedmiotu zamówienia za zaoferowaną przez wykonawcę cenę, wzywa wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień. Zamawiający ma obowiązek wszczęcia tej procedury w przypadku, gdy cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Wezwanie wykonawcy do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp oznacza, że wykonawca ma obowiązek wykazania, iż zaoferowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej. Na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz sposobu jej kalkulacji, a tym samym obowiązek udowodnienia, że zaproponowana cena nie jest rażąco niska. Ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami powinna być pełna i wszechstronna z uwzględnieniem, że cena rażąco niska oferty ustalana jest w odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia.

Przepis art. 90 ust. 1 Pzp nie wskazuje wprost, czy wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty jest czynnością jednorazową, czy może być kierowane wielokrotnie.

Zgodnie z art. 69 ust 3 dyrektywy 2014/24/UE „Instytucja zamawiająca ocenia dostarczone informacje w drodze konsultacji z oferentem. Może ona odrzucić ofertę wyłącznie w przypadku, gdy dostarczone dowody nie uzasadniają w zadowalającym stopniu niskiego poziomu proponowanej ceny lub proponowanych kosztów”. Zgodnie z art. 84 ust. 3 dyrektywy 2014/25/UE „Podmiot zamawiający ocenia dostarczone informacje, konsultując się z oferentem. Może on odrzucić ofertę wyłącznie w przypadku, gdy przedstawione dowody nie uzasadniają w zadowalającym stopniu niskiego poziomu proponowanej ceny lub proponowanych kosztów, biorąc pod uwagę elementy, o których mowa w ust. 2.”

Powyższe regulacje wskazują bezpośrednio na możliwość dodatkowego wezwania wykonawcy w celu doprecyzowania lub udzielenia szerszych informacji w zakresie przekazanych przez wykonawcę wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Zatem należy uznać, że możliwe jest powtórzenie wezwania wówczas, gdy złożone wyjaśnienia i dowody, dla ich prawidłowej oceny wymagają dalszego dodatkowego wyjaśnienia lub doprecyzowania. Ponowienie wezwania nie jest uzasadnione jednak wówczas gdy wykonawca nie składa wyjaśnień lub gdy złożone wyjaśnienia potwierdzają, że cena oferty jest ceną rażąco niską. Takie stanowisko prezentowane jest także w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych.

W przedmiotowym postępowaniu procedura wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp została wszczęta wobec Odwołującego pismem z dnia 7 kwietnia 2016 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami, wskazując na brzmienie ww. przepisu oraz w szczególności na pkt 101 Instalacje elektryczne słaboprądowe (Tabela Elementów Scalonych), który wymagał wyjaśnienia.

Odwołujący złożył wyjaśnienia 15 kwietnia 2016 r.

Drugie wezwanie zostało skierowane przez Zamawiającego w dniu 22 kwietnia 2016 r. - wobec niewystarczających dotychczasowych wyjaśnień. Na skutek wniesienia odwołania przez Odwołującego na tę czynność, została ona unieważniona w wyniku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (postanowienie KIO z dnia 17 maja 2016 r., sygn. akt KIO 717/16).

Kolejną czynnością Zamawiającego było odrzucenie oferty Odwołującego z dnia 30 maja 2016 r. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp. Zamawiający uznał, że Odwołujący nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w odniesieniu do pkt 101 TABELI ELEMENTÓW SCALONYCH – Instalacje elektryczne słaboprądowe, który został wyceniony na poziomie 64,73% średniej ceny ofert złożonych w przetargu. Izba

uwzględniła w tym zakresie wniesione odwołanie i nakazała Zamawiającemu badanie i ocenę oferty Odwołującego.

Wykonując ww. wyrok Izby (sygn. akt KIO 994/16, KIO 1020/16 z dnia 11 lipca 2016 r.) Zamawiający pismem z dnia 29 sierpnia 2016 r. wezwał Odwołującego po raz trzeci do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp wraz z dowodami, dotyczących wszystkich elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, powołując się na brzmienie ww. przepisu oraz wskazując w szczególności na 11 elementów zestawienia robót (Tabela Elementów Scalonych) wymagających wyjaśnienia. Zamawiający zażądał przedstawienia uproszczonych kalkulacji zawierających ceny podstawowych materiałów i urządzeń (wraz ze wskazaniem przykładowych producentów i modeli urządzeń wmontowywanych) oraz robociznę dla wymienionych robót.

Odwołujący przedstawił wyjaśnienia w dniu 9 września 2016 r. załączając dowody, w tym m.in. oferty podwykonawców, kalkulacje oraz zestawienie przykładowych materiałów i urządzeń (łącznie 163 strony).

W dniu 11 października 2016 r. Zamawiający ponownie zwrócił się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Zamawiający ponownie wskazał, że cena oferty w świetle złożonych wyjaśnień „wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi uzasadnione wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi w SIWZ wymaganiami, zarówno dotyczącymi technologii i jakości robót budowlanych, jak i parametrów technologicznych oraz technicznych i funkcjonalnych instalacji i dostaw niezbędnych do wykonania zamówienia”. Zamawiający wyjaśnił także, że wezwanie ma na celu pozyskanie „wszystkich możliwych oświadczeń i dowodów dla właściwej oceny czy cena Państwa oferty jest realna, czy też rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia” oraz ocenę, czy złożenie oferty nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający zwrócił się o:

- „przedstawienie stosownych wyliczeń i obiektywnych czynników jakie miały wpływ na kalkulację i cenę oferty”,
- „dokumentów lub oświadczeń, ofert od dostawców, usługodawców czy podwykonawców lub umów z nimi, które miały wpływ na kalkulacje ceny oferty w poszczególnych zakresach i elementach zamówienia”,
- „kosztów zatrudnienia personelu lub osób przeznaczonych do realizacji zamówienia zarówno bezpośrednio przez Wykonawcę, jak i ewentualnych podwykonawców”,
- „wskazanie zysku, jaki zamierza osiągnąć Wykonawca w wyniku realizacji niniejszego zamówienia”.

Zamawiający wskazał, że ma uzasadnione wątpliwości co do wykonania przez Odwołującego zamówienia za cenę wskazaną w ofercie ze względu na to, że stanowi ona 69,11% wartości kosztorysu inwestorskiego oraz 77,26% średniej arytmetycznej cen

złożonych ofert oraz podniósł różnice cen poszczególnych elementów robót (TES) w stosunku do cen wyliczonych jako średnie ceny arytmetyczne poszczególnych elementów z wszystkich złożonych ofert. Zamawiający wyjaśnił, że otrzymane w dniu 9 września 2016 r. wyjaśnienia wraz z załącznikami nie pozwalają na ocenę wiarygodności zaproponowanej ceny, gdyż nie odpowiadają wprost na sprecyzowane w wezwaniu wymagania. Zamawiający stwierdził, że wykonawca nie przedstawił szczegółowych obliczeń wraz ze specyfikacją materiałowo-sprzętową w odniesieniu do wszystkich elementów wskazanych w Tabeli Elementów Scalonych, a w sposób bardziej szczegółowy w elementach opisanych w pkt 1-11, tj. w zakresie elementów wymienionych w wezwaniu z dnia 29 sierpnia 2016 r. Zamawiający podniósł brak przedstawienia przez Odwołującego szczegółowych kalkulacji robót w zakresie ofert podwykonawców. Wskazał, że w załączniku nr 27 przedstawiono zestawienie robót, a nie kalkulację pozwalającą ocenić koszty poszczególnych prac, brak kalkulacji szczegółowych m.in. w pkt 1-11 nie pozwala na ocenę wpływu kosztów Generalnego Wykonawstwa przedstawionych w załączniku 28.

Ponadto, Zamawiający stwierdził, że „przedstawionymi warunkami rabatowymi firmy CS dla ERBUD S.A. wobec braku kalkulacji robót trudno wyjaśnić koszty, dla tak znaczącej inwestycji i przy jej zakresie rabat handlowy uzyskuje większość, jeśli nie wszystkie profesjonalne firmy budowlane”, a także „Przedstawionymi przykładowymi cenami podstawowych materiałów budowlanych oraz procentowym udziałem robocizny wobec braku szczegółowej kalkulacji robót trudno uzasadnić koszty robót, jak i cenę oferty”. Podsumowując, Zamawiający stwierdził, że „W efekcie nie można uznać zaoferowanej ceny za realną, przy uwzględnieniu zakresu, technologii i funkcjonalności dotyczącej przedmiotu zamówienia”, a także „Zdaniem Zamawiającego brak przedstawienia obliczeń dla wszystkich elementów oferty, wykazane wyżej niespójności w prezentowanych w wyjaśnieniach stanowiskach, znaczna ogólnikowość, a także załączone oferty podwykonawców nie zawierające w szczególności precyzyjnego opisu oferowanych usług lub dostaw, szczegółowej kalkulacji cen, warunków handlowych na jakich dany podwykonawca lub dostawca materiałów i urządzeń zamierza zrealizować swoją usługę, czy dostawę, brak wskazania warunków gwarancyjnych i serwisowych w załączonych ofertach, lub oferty niepodpisane, jak i oferty zawierające zastrzeżenia i wyłączenia, nie mogą stanowić podstawy uznania, iż cena zawarta w ofercie jest realna i obejmuje pełny zakres zamówienia z uwzględnieniem wymagań oraz parametrów opisanych w SIWZ i jej załącznikach.”

Zamawiający zażądał na zakończenie „Dla uzasadnienia realności zaoferowanej ceny i możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami opisanymi w SIWZ i jej załącznikach wnioskujemy również o podanie nazw producentów, typów, rodzajów lub modeli, zaoferowanych materiałów i urządzeń mających wpływ na cenę oferty.”

Odwołujący, pomimo zaskarżenia odwołaniem ww. wezwania z dnia 11 października 2016 r. przedłożył Zamawiającemu w dniu 19 października 2016 r. odpowiedź na powyższe wezwanie, zawierającą wyjaśnienia wraz z dowodami, które zostały zastrzeżone przez wykonawcę jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Według oświadczenia Zamawiającego, powyższe wyjaśnienia nie zostały do chwili obecnej ocenione.

Izba zważyła, że co do zasady fakt, że cena za wykonanie przedmiotu zamówienia ma charakter ryczałtowy nie zwalnia wykonawcy z przedstawienia na żądanie Zamawiającego informacji co do sposobu kalkulacji ceny oferty, w celu wykazania, że zaoferowana cena jest realna i gwarantuje prawidłową realizację przedmiotu zamówienia. Nie było sporne pomiędzy stronami, że Zamawiający nie wymagał załączenia do oferty kosztorysu ofertowego ani w formie szczegółowej, ani w uproszczonej. Ceny poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia były przedstawione w ofercie – w Tabeli Elementów Scalonych, według wzoru opracowanego przez Zamawiającego. W ocenie Izby, chociaż Zamawiający może wymagać przedstawienia przez wykonawcę kalkulacji ceny oferty o charakterze ryczałtowym, to nie może żądać pełnych szczegółowych kosztorysów ofertowych sporządzanych tak, jak przy kosztorysowym rodzaju wynagrodzenia. Wykonawca może bowiem w tym przypadku przedstawić kalkulacje własne, oparte na ofertach podwykonawców/dostawców, zawierających ceny ryczałtowe za wykonanie poszczególnych elementów robót. Zamawiający zażądał w wezwaniu z dnia 11 października 2016 r. szczegółowych kosztorysów pełnego zakresu robót, w tym również szczegółowych kosztorysów poszczególnych elementów robót oferowanych przez podwykonawców, podczas gdy w przypadku ceny ryczałtowej wykonawcy mogą przyjąć taki sposób obliczania ceny (metodę), jaki uważają za najkorzystniejszy, ale nie naruszający zasady równych praw. Zamawiający musi brać pod uwagę swobodę kształtowania poszczególnych elementów ceny przez wykonawców.

Istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest określenie tego wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wykonania dzieła. Wynagrodzenie to jest niezależne od rzeczywistego rozmiaru lub kosztu prac. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1998 r. (sygn. akt: II CRN 913/97), ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego. Wynagrodzenie ryczałtowe oznacza wynagrodzenie za całość dzieła w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej. Rozliczenia stron w przypadku zastosowania ryczałtowego charakteru wynagrodzenia w żaden sposób nie opierają się na cenach jednostkowych oraz faktycznie wykonanych świadczeniach. Zatem jeżeli cena, jaka została zastosowana w postępowaniu jest ceną ryczałtową - to wykonawca, a nie zamawiający ponosi ryzyko co do poprawności kalkulacji ceny adekwatnej do rozmiaru przedmiotu

zamówienia. Z charakteru wynagrodzenia ryczałtowego wynika bowiem, że uwzględnia ono wszystkie koszty związane z wykonaniem robót określonych dokumentacją przetargową oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót. Należy przyjąć, że ryczałt należy się w umówionej wysokości i uprawniony do jego otrzymania w zasadzie nie może żądać jego podwyższenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Jeżeli więc strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, to uzgodniony ekwiwalent należy się za cały – zarówno znany, jak i nieznanый dokładnie od początku – przedmiot zamówienia.

Odnosząc się do pozostałej treści wezwania z dnia 11 października 2016 r. Izba stwierdziła, co następuje.

Okoliczność, że cena oferty Odwołującego nie różni się o ponad 30% ani od szacunkowej wartości zamówienia, ani też od średniej arytmetycznej wszystkich ofert złożonych w postępowaniu nie stanowi dowodu na fakt, że cena oferty nie jest rażąco niska. Choć w przedmiotowym postępowaniu, w stosunku do oferty Odwołującego nie wystąpiły obligatoryjne przesłanki badania ceny oferty określone w art. 90 ust. 1 Pzp, to Odwołujący nie wnosił odwołań wobec decyzji Zamawiającego co do zasadności podjęcia procedury z art. 90 ust. 1 Pzp. Zauważyć jednak należy, że wobec braku wystąpienia przesłanek obligujących Zamawiającego do wezwania wykonawcy do wyjaśnienia ceny oferty, aby wszcząć procedurę z art. 90 ust. 1 Pzp Zamawiający musi przedstawić konkretne okoliczności uzasadniające takie wezwanie. Zamawiający musi wskazać wystąpienie w danym przypadku okoliczności uzasadniających podjęcie procedury weryfikacji, czy dana cena oferty nie jest ceną rażąco niską. Zamawiający nie może wzywać wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp bez podania konkretnego obiektywnego uzasadnienia faktycznego powstałych wątpliwości co do realności i rzetelności ceny danej oferty za wykonanie przedmiotu zamówienia.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający nie przedstawił w wezwaniu okoliczności faktycznych, które w sposób obiektywny uzasadniają podejrzenie ceny rażąco niskiej. Zamawiający nie oparł wezwania na konkretnych wątpliwościach względem ceny oferty, co potwierdza treść kolejnych wezwań, w tym wezwania z dnia 11 października 2016 r. Zamawiający wskazywał na wątpliwości, nie precyzując, z czego te wątpliwości wynikają i czym są uzasadnione. Początkowe „wątpliwości” Zamawiającego dotyczyły kosztów Instalacji Elektrycznych Słaboprądowych. Kolejne „wątpliwości” dotyczyły „wszystkich” elementów robót, które obejmuje cena oferty - w wezwaniu z 29 sierpnia 2016 r. Zamawiający żądał przedstawienia kalkulacji uproszczonych tych elementów, a w wezwaniu z dnia 11 października 2016 r. pomimo złożenia wyjaśnień w dniu 9 września 2016 r. – już kalkulacji szczegółowych.

Wezwanie z dnia 11 października 2016 r. w odniesieniu do poszczególnych elementów robót wskazuje - jako zasadniczą przesłankę wezwania – różnice w cenach poszczególnych elementów w stosunku do średniej arytmetycznej cen dla poszczególnych elementów wszystkich złożonych ofert. W ocenie Izby, przy wynagrodzeniu ryczałtowym ten argument nie jest wystarczający do kwestionowania ceny oferty za cały przedmiot zamówienia. Przy cenie ryczałtowej wycena poszczególnych elementów robót nie musi stanowić odpowiednika jakiejś wysokości średniej cen wskazanych w innych ofertach i niczego w tym zakresie nie dowodzi. Żaden przepis ustawy nie określa wymogu odnośnie poziomu cen składowych w stosunku do średnich cen składowych wszystkich złożonych ofert. Każdy wykonawca ma prawo indywidualnie kalkulować poszczególne elementy oferty, w szczególności w przypadku ceny ryczałtowej. Należy też zauważyć, że ustalone przez Zamawiającego średnie ceny składowe są wynikiem zarówno wyższych, jak i niższych cen na dane elementy, zawartych w złożonych ofertach. Posługując się tymi danymi Zamawiający nie dokonał i nie przedstawił analizy ceny oferty Odwołującego w odniesieniu do wszystkich pozycji Tabeli Elementów Scalonych i nie przedstawił żadnych wniosków w tym zakresie. Należy także zwrócić uwagę na fakt, że chociaż w innych ofertach ceny składowe z Tabeli Elementów Scalonych były niższe niż w ofercie Odwołującego, to nie podlegały one badaniu i nie wzbudziły jakichkolwiek wątpliwości Zamawiającego.

Z treści wezwania Zamawiającego z dnia 11 października 2016 r. wynika jednoznacznie, że Zamawiający otrzymał od Odwołującego obszernie wyjaśnienia i liczne dokumenty, które jednak Zamawiającego w dalszym ciągu nie satysfakcjonują. Zamawiający przedstawił w tym wezwaniu wymagania dotyczące nowych danych i informacji, a także kosztorysów podwykonawców, nie uzasadniając przy tym konkretnych merytorycznych wątpliwości co do podanych przez Odwołującego podstaw kalkulacji ceny oferty. Powyższe może wskazywać, że Zamawiający nie dokonał wnikliwej merytorycznej oceny złożonych przez Odwołującego w dniu 9 września 2016 r. wyjaśnień i załączonych dowodów.

Pomimo, że wezwanie z dnia 11 października 2016 r. sformułowane zostało na 9 stronach, to, w ocenie Izby, ma ono charakter ogólnikowy i w wielu miejscach niejasny, budzący wątpliwości interpretacyjne, co jednoznacznie wynika m.in. z przytoczonych powyżej niektórych fragmentów tego wezwania. Zamawiający nie przedstawił w tym wezwaniu żadnych konkretnych okoliczności, które podważałyby realność i rynkowy charakter ofert przedstawionych przez Odwołującego wraz z wyjaśnieniami z 9 września 2016 r. Zamawiający, podnosząc w sposób ogólny kwestię niewykazania przez Odwołującego, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, nie wskazał żadnych okoliczności na dowód tego, że złożone wyjaśnienia, czy oferty są niewiarygodne oraz nie wskazał konkretnych danych, które wykonawca powinien dodatkowo wyjaśnić czy przedstawić.

Zamawiający w wezwaniu z dnia 11 października 2016 r. przedstawił jedynie ogólną krytyczną ocenę złożonych wyjaśnień, bez wskazania zakresu w jakim wyjaśnienia te powinny być uzupełnione lub rozszerzone i z jakich przyczyn, co wskazuje na subiektywne i nieuzasadnione merytorycznie podejście Zamawiającego do wyjaśnień składanych przez Odwołującego. Zamawiający powinien bowiem w ocenie izby jednoznacznie wskazać, jakich zagadnień związanych z kalkulacją ceny oferty dotyczą jego dalsze wątpliwości. Zamawiający zażądał ponownie wyjaśnień w całym zakresie, tak jak gdyby żadne wyjaśnienia nie zostały przez Odwołującego dotychczas złożone, tj. zażądał:

- „przedstawienie stosownych wyliczeń i obiektywnych czynników jakie miały wpływ na kalkulację i cenę oferty”,
- „dokumentów lub oświadczeń, ofert od dostawców, usługodawców czy podwykonawców lub umów z nimi, które miały wpływ na kalkulacje ceny oferty w poszczególnych zakresach i elementach zamówienia”,
- „kosztów zatrudnienia personelu lub osób przeznaczonych do realizacji zamówienia zarówno bezpośrednio przez Wykonawcę, jak i ewentualnych podwykonawców”,
- „wskazanie zysku, jaki zamierza osiągnąć Wykonawca w wyniku realizacji niniejszego zamówienia”.

Wobec braku wskazania takich konkretnych okoliczności wymagających dodatkowego wyjaśnienia, wezwanie to przybrało zatem charakter ogólny (tak, jak wezwanie z dnia 29 sierpnia 2016 r.), co stawia wykonawcę w trudnej sytuacji niepewności, czy powinien przedstawić swoje wyjaśnienia w innej formie – jeśli tak, to w jakiej, czy powinien przedstawić dodatkowe oferty lub jeszcze inne jakieś dowody, których Zamawiający nie określił, a jednak ich złożenia oczekuje itp. Na uwagę zasługuje w tym miejscu okoliczność, że Zamawiający pomimo złożenia przez Odwołującego wielu ofert w załączeniu do wyjaśnień z dnia 9 września 2016 r. w sposób całkowicie nieuzasadniony oczekuje przedstawienia dodatkowo np. umów z podwykonawcami, ofert o konkretnej treści obejmujących warunki gwarancji i serwisu, nie wskazując przy tym, w jakim celu żąda takich informacji ani nawet w odniesieniu do których ofert.

Reasumując powyższe, w ocenie Izby z treści wezwania z dnia 11 października 2016 r. wynika, że Zamawiający formułując to wezwanie nie dokonał pełnej i rzetelnej merytorycznej oceny złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, gdyż nie przedstawił w wezwaniu konkretnych kwestii podlegających dalszemu wyjaśnieniu w trybie art. 90 ust. 1 Pzp – tj. uzasadnienia faktycznego do tego wezwania. Wezwanie zostało sformułowane w sposób ogólnikowy, bez podania konkretnego uzasadnienia wątpliwości, które miałyby podlegać dalszemu wyjaśnieniu. Powyższe prowadzi do wniosku, że Zamawiający żąda kolejnych wyjaśnień (coraz bardziej drobiazgowych) jedynie dla samego faktu ich złożenia, bez jakiegokolwiek merytorycznego uzasadnienia. Takie działanie Zamawiającego nie jest

zgodne z celem wezwania do wyjaśnień wynikającym z art. 90 ust. 1 Pzp, a także narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 ust. 1 Pzp.

Biorąc pod uwagę, że wezwanie z dnia 11 października 2016 r. jako kolejne wezwanie w tym trybie jest nieprawidłowe i niezgodne z art. 90 ust. 1 Pzp, ale także fakt, że pomimo to Odwołujący złożył wyjaśnienia w odpowiedzi na to wezwanie, Izba stwierdziła, że nie jest celowe w niniejszym postępowaniu unieważnienie ww. czynności wezwania, pomimo uchybień Zamawiającego w tym zakresie. W obecnym stanie faktycznym Zamawiający powinien dokonać merytorycznej oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w pełnym zakresie, przyjmując zarazem, że nie wszystkie szczegółowe żądania Zamawiającego zawarte w wezwaniu z dnia 11 października 2016 r. były uzasadnione, jak wskazano powyżej, a zatem powinny mieć znaczenie przy tej ocenie. Należy wziąć też pod uwagę, że żądanie udzielenia dodatkowych wyjaśnień musi wynikać zawsze z konkretnej uzasadnionej merytorycznie podstawy faktycznej. Wyjaśnienia nie są składane dla samego faktu wypełnienia obowiązku wynikającego z treści wezwania. Składane wyjaśnienia muszą być oceniane przez Zamawiającego w zakresie merytorycznym, aby stanowiły podstawę do kolejnego wezwania albo odrzucenia oferty, jako zawierającej rażąco niską cenę. Prowadzenie „konsultacji”, o których mowa w przepisach dyrektywy UE przez zamawiającego z wykonawcą wymaga niewątpliwie zaangażowania merytorycznego ze strony Zamawiającego. Wyjaśnienie nie może przybierać formalnego tylko żądania przedstawienia określonych informacji przez wykonawcę i formalnej oceny czy wszystkie żądania zostały przez wykonawcę wypełnione. W przedmiotowym postępowaniu treść wezwania z dnia 11 października 2016 r. wskazuje na taki właśnie sposób działania Zamawiającego.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez żądanie przedstawienia przez Odwołującego w ramach wyjaśnień danych i informacji oraz kosztorysów i kalkulacji, których sporządzenia i przedstawienia Zamawiający nie żądał od innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia Izba uznała w okolicznościach tej sprawy za nieuzasadniony. Wymaganie podania przez Odwołującego w ramach wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp danych i informacji, w tym odnośnie kalkulacji ceny oferty wynika z zastosowanej procedury wyjaśnień. Procedura ta jest stosowana w szczególnych okolicznościach, a zatem nie jest stosowana zwykle wobec wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty. Fakt, że informacje odnośnie kalkulacji ceny oferty nie były wymagane w SIWZ i nie były składane wraz z ofertą, a w konsekwencji nie zostały dołączone do ofert innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie budzi wątpliwości. Informacje te mogą być jednak wymagane w okolicznościach

związanych z zastosowaniem art. 90 ust. 1 Pzp. Żądanie takich informacji w uzasadnionych okolicznościach nie stanowi naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Podkreślić przy tym należy, na co wskazała Izba już wcześniej w niniejszym uzasadnieniu, że sam fakt zasadności wszczęcia procedury wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp nie był przez Odwołującego w tym postępowaniu kwestionowany.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp, poprzez ujawnienie w treści wezwania z dnia 11 października 2016 r. osobom trzecim danych, informacji i dokumentów zastrzeżonych przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa nie został udowodniony przez Odwołującego. Odwołujący nie wyjaśnił i nie sprecyzował ani w odwołaniu, ani na rozprawie, jakie konkretne dane, dokumenty i informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa zostały ujawnione przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 11 października 2016 r. Izba uznała zatem zarzut powyższy za nieuzasadniony.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....