

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 07 maja 2014 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 7 kwietnia 2014 r., zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego, którym jest:

Koleje Dolnośląskie S.A. ul. Wojska Polskiego 1 lok. 5, 59-220 Legnica

dotyczących Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 31 marca 2014 r. (znak: KU 15/14; nr pisma: UZP/DKUE/W1/420/15(22)/H/MZ).

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest:

Dostawa jedenastu nowych Elektrycznych Zespołów Trakcyjnych na potrzeby realizacji zadań przewozowych przez Spółkę Koleje Dolnośląskie S.A.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka
Członkowie: Izabela Niedziałek-Bujak
Andrzej Niwicki

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli są zasadne w zakresie nieprawidłowego uznania przez Prezesa UZP naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego ponownego wezwania wykonawcy do złożenia stosownych wyjaśnień i odrzucenie oferty wykonawcy pomimo wątpliwości, czy ceny jego ofert były rażąco niskie.

W pozostałym zakresie zastrzeżenia są bezzasadne.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 169 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przeprowadził kontrolę uprzednią postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Dostawa jedenastu nowych Elektrycznych Zespołów Trakcyjnych na potrzeby realizacji zadań przewozowych przez Spółkę Koleje Dolnośląskie S.A.

W wyniku kontroli Prezes UZP stwierdził następujące naruszenia:

-art. 133 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp poprzez żądanie od wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej dokumentu, o którym mowa w § 3 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), dalej jako: „rozporządzenie”;

- art. 7 ust. 1 w związku z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 133 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez wskazanie szerszego zakresu dokumentów wymaganych od ww. wykonawców niż od wykonawców posiadających siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej;

-art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie Zamawiającego w zakresie ponownego wezwania wykonawcy do złożenia stosownych wyjaśnień i odrzucenie ofert wykonawcy pomimo wątpliwości, czy ceny jego ofert były rażąco niskie. W ramach niniejszego naruszenia Prezes Urzędu wydał zalecenie jego usunięcia poprzez wezwanie wykonawcy Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp o złożenie dalszych szczegółowych wyjaśnień pozwalających ustalić, czy ceny ofert ww. wykonawcy są rażąco niskie oraz powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru ofert najkorzystniejszych w przedmiotowym postępowaniu.

1. Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ustawy Pzp, Zamawiający Koleje Dolnośląskie S.A. żądał przedstawienia oświadczenia i dokumentów zgodnie z § 3 ust. 1 pkt 1 - 6 oraz § 4 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dn. 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), dalej jako: „rozporządzenie”. Natomiast w odniesieniu do wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej zamawiający zawarł następujące sformułowanie:

„zamiast dokumentów, o których mowa w pkt. 3 lit. e - składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8, 10 i 11 p.z.p". Przy czym w pkt. 3 lit. e (tak w ogłoszeniu o zamówieniu, jak też w SIWZ) został wymieniony dokument z § 3 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia.

Prezes UZP uznał, że jedynie od wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamawiający żądał złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia określonych w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy Pzp w postaci zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo miejsca zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym m.in. w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy, tj. odpowiednika dokumentu, o którym mowa w § 3 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia, (którego od innych niż ww. wykonawców nie żądał). Prezes UZP podkreślił, że zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający m.in. równe traktowanie wykonawców.

Prezes UZP wskazał, że z treści artykułu 25 ust. 1 i 2 ustawy prawo zamówień publicznych wynika, że ustawodawca dopuścił możliwość żądania dokumentów od wykonawców tylko w sytuacji, gdy są to dokumenty niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Katalog tych dokumentów zawiera ww. rozporządzenie, wydane na podstawie delegacji ustawowej zawartej w art. 25 ust. 2 ustawy Pzp. A contrario za niedopuszczalne należy zatem uznać żądanie takich dokumentów, które nie potwierdzają spełnienia warunków (warunki nie zostały opisane przez zamawiającego lub nie mogą zostać postawione na mocy samej ustawy, tj. w kontrolowanym postępowaniu na podstawie art. 133 ust. 3 ustawy Pzp).

Prezes UZP wskazał, że w § 3 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia wskazano, iż w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 ustawy zamawiający może żądać w przypadku zamówień innych niż zamówienia, o których mowa w art. 131 a ust. 1 i art. 132 ust. 1 ustawy, aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert.

Zgodnie z art. 132 ust. 1 ustawy Pzp, przepisy traktujące o zamówieniach sektorowych stosuje się do zamówień udzielanych przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3, i ich związki oraz przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, z zastrzeżeniem art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu

wykonywania jednego z rodzajów działalności określonych w pkt 1 do 7 przedmiotowego przepisu.

Zgodnie natomiast z dyspozycją art. 133 ust. 3 ustawy Pzp, do zamówień sektorowych nie stosuje się art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy Pzp. Przedmiotowy zakaz w odniesieniu do zamawiających sektorowych jest zakazem bezwzględnym - ustawa w ww. przepisie jednoznacznie stanowi, że w odniesieniu do tego typu zamawiających wymóg wykazywania się niepodleganiem wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy Pzp nie może mieć zastosowania.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, że zamawiający żądając od wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej dokumentu, o którym mowa w § 3 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia, naruszył art. 133 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Z kolei wskazanie szerszego zakresu dokumentów wymaganych od ww. wykonawców niż od wykonawców posiadających siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 133 ust. 3 ustawy Pzp.

2. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych ustalił następujące okoliczności:

Pismem z dnia 28.10.2013 r. zamawiający zwrócił się na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy do wykonawcy Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, tj. do wyjaśnień w przedmiocie dotyczącym ustalenia, czy oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę. W wezwaniu tym zamawiający sprecyzował swoje oczekiwania w szczególności do następujących informacji (wskazując jednocześnie, iż nie stanowią one katalogu zamkniętego, tj. wykonawca - celem wykazania, iż jego cena nie ma charakteru rażąco niskiego - może odwoływać się także do innych elementów jego oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny): podstawa i sposób wyceny ceny jednostkowej za roboczo - godzinę wynagrodzenia z tytułu świadczenia usługi utrzymania pojazdów; sposób wyceny oraz informacji o rodzaju (modelu) pantografu oraz zastosowane rozwiązania techniczne w zakresie odbierania prądu; sposób wyceny oraz informacja o rodzaju (modelu) silnika trakcyjnego; podstawa i sposób wyceny kosztu usługi szkoleniowej zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. złożył wyjaśnienia w piśmie z dnia 30.10.2013 r.

W dniu 25 listopada 2013 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze ofert wykonawcy Newag S.A, jako najkorzystniejszych w obydwu częściach postępowania i odrzuceniu ofert wykonawcy Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. w obydwu częściach

postępowania na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy.

W uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. zamawiający wskazał m.in., iż ceny zawarte w ofertach wykonawcy stanowią jedynie odpowiednio 73,93 % (całkowitej) wartości szacunkowej zamówienia (powiększonej o stawkę podatku VAT) dla części A oraz 63,71 % wartości szacunkowej zamówienia (powiększonej o stawkę podatku VAT) dla części B. Powyższe skłoniło zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny. Z dalszego uzasadnienia wynika m.in., iż analiza wyjaśnień wykonawcy przedstawionych w piśmie z dnia 30.10.2014 r. nie rozwiała wątpliwości zamawiającego, nawet w obliczu bardzo szczegółowych wskazówek dotyczących kierunków wyjaśnień wykonawcy poczynionych w wezwaniu przez zamawiającego. Zamawiający ocenił wyjaśnienia wykonawcy jako bardzo ogólne, a miejscami nawet lakoniczne. Wg zamawiającego wyjaśnienia nie zawierają szczegółowych danych obrazujących, w jaki sposób wskazywane przez wykonawcę „szczególne” okoliczności wpłynęły na ceny oferowane w ramach przedmiotowego postępowania. Zamawiający wskazał ponadto, iż w wyjaśnieniach nie znalazły się dowody potwierdzające, iż w wyniku skierowanych zapytań ofertowych wykonawca faktycznie uzyskał wyjątkowe oferty od poddostawców. Dalej w uzasadnieniu wskazano, iż wyjaśnienia nie przedstawiają jakichkolwiek informacji, które potwierdzają istnienie po stronie wykonawcy wyjątkowych, obiektywnych czynników, właściwych tylko wykonawcy, które pozwalają mu na tak duże obniżenie ceny, w szczególności do cen oferowanych przez wykonawcę w innych przetargach, gdzie zamawiający nie żądał od wykonawców świadczenia usługi utrzymania pojazdu czy dostosowania pojazdów do norm europejskich. Tym samym zamawiający uznał, iż wyjaśnienia nie mają charakteru wyczerpującego.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w treści informacji o wyniku kontroli uprzedniej wskazał na art. 90 ust. 1-4 ustawy Pzp, który odnosi się do zagadnienia rażąco niskiej ceny. Argumentował, że powyżej wymieniony przepis ustawy Pzp stanowi transpozycję do polskiego systemu prawnego przepisów ustawodawstwa Unii Europejskiej, w tym m.in. art. 57 Dyrektywy z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych 2004/17/WE (Dz. U. L 134 z 30.4.2004, str. 1), dalej „dyrektywa sektorowa”, oraz wynikają z zasad wypracowanych przez orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Ani przepisy Dyrektywy, ani orzecznictwo Trybunału, nie konstruuje ram odnoszących się do pojęcia rażąco niskiej ceny. Prezes UZP wskazał, że zgodnie z orzeczeniem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 22 czerwca 1989 r, w sprawie

C - 103/88 (Constanzo), niedopuszczalne, jako sprzeczne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych jest automatyczne, wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium, uznawanie za rażąco niskie i odrzucanie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu, np. tańszych o więcej niż 10 % od średniej ceny wszystkich złożonych ofert. Z treści przywołanego orzeczenia wynika norma interpretacyjna, iż z uwagi na zróżnicowany charakter poszczególnych zamówień oraz istotę uwarunkowań organizacyjnych, gospodarczych i ekonomicznych związanych z realizacją świadczeń w ramach zamówień publicznych, kwestię rażąco niskiej ceny należy analizować w aspekcie konkretnego zamówienia, z uwzględnieniem wszelkich okoliczności mających realny wpływ na proces sporządzania oferty.

W oparciu o powyższe Prezes UZP stwierdził, że w przypadku powzięcia podejrzenia, co do przedstawienia przez wykonawcę oferty zawierającej rażąco niską cenę, na zamawiającym ciąży obowiązek wszczęcia i przeprowadzenia procedury, której celem jest wyjaśnienie wszelkich wątpliwości związanych z poziomem cenowym tej oferty. Przy czym wykładnia systemowa i celowościowa art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje, iż w sytuacji, gdy złożone przez wykonawcę w tym trybie wyjaśnienia są niewystarczająco precyzyjne i nie usuwają wątpliwości zamawiającego w kwestii podejrzenia złożenia przez wykonawcę oferty z rażąco niską ceną, zamawiający może zwrócić się do wykonawcy ponownie o wyjaśnienie tych wątpliwych elementów. Tym bardziej, iż to na zamawiającym, który odrzuca ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, spoczywa ciężar dowodu wskazujący, że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę.

Prezes UZP wskazał, że problematyka dotycząca możliwości wielokrotnego wzywania przez zamawiającego wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w zakresie ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, uregulowana jest, tak na gruncie prawa europejskiego, jak i w ustawie Pzp, w sposób jednoznaczny. Prezes stwierdził, że „Stosownie bowiem do treści art. 57 ust. 1 dyrektywy sektorowej, jeżeli w przypadku konkretnego zamówienia oferty wydają się rażąco niskie w stosunku do towarów, robót lub usług, przed odrzuceniem tych ofert podmiot zamawiający zobowiązany jest zwrócić się na piśmie o podanie szczegółów na temat tych elementów ofert, które uważa za istotne. Z kolei art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Dokonując wykładni powyższych przepisów należy uwzględnić także przepis art. 57 ust. 2 dyrektywy sektorowej, zgodnie z którym podmiot zamawiający jest zobowiązany dokonać weryfikacji poszczególnych elementów w porozumieniu z oferentem i z uwzględnieniem przedstawionych dowodów. Uwzględniając normę z art. 57 ust. 2 dyrektywy sektorowej, w szczególności użyty w treści tego przepisu zwrot „w porozumieniu”, uznać należy, iż działania zamawiającego zmierzające do wyjaśnienia „rażąco niskiej ceny” nie mogą

ograniczać się do jednorazowej czynności, tj. jednokrotnego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w przypadku, gdy okoliczności przedstawione w już złożonych wyjaśnieniach wymagają w ocenie zamawiającego dalszego usuwania powstałych wątpliwości."

Tym samym, zdaniem Prezesa UZP, zamawiający dla rzeczywistej weryfikacji oferty wykonawcy w kontekście zaproponowania rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia nie powinien poprzestać na jednokrotnym wezwaniu wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli nadal ma wątpliwości w przedmiotowym zakresie, pomimo już złożonych wyjaśnień. Powyższe stanowisko znajduje swoje potwierdzenie także w świetle celowościowej wykładni powyższych przepisów. Celem art. 90 ustawy Pzp, jak i art. 57 dyrektywy sektorowej jest z jednej strony wyeliminowanie z postępowania ofert tych wykonawców, którzy proponują realizację przedmiotu zamówienia na warunkach niemożliwych do spełnienia, nierealnych, nierzeczywistych. Uwzględniając bowiem konieczność ochrony szeroko definiowanego interesu publicznego, jak i ochrony podstawowej zasady systemu zamówień publicznych, mianowicie zasady uczciwej konkurencji, niedopuszczalnym jest powierzenie wykonania zamówienia wykonawcy, który nie zrealizuje przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z treścią złożonej oferty. Z drugiej jednak strony, za niedopuszczalne należy uznać działanie zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty, co do której nie ma pewności, że zawiera cenę nierealną. Działanie takie stałoby bowiem w sprzeczności z zasadą niedyskryminującego dostępu wykonawców do zamówień publicznych, wyrażoną w art. 7 ust.1 ustawy Pzp.

Prezes UZP podniósł, że dla oceny poprawności w zakresie dokładności i merytorycznej wartości wyjaśnień znaczenie ma też sposób, w jaki prośba zamawiającego o wyjaśnienia zostanie sformułowana - im bardziej szczegółowe i konkretne pytania postawi zamawiający, tym te wyjaśnienia powinny być dokładniejsze, gdyż odpowiedź nie powinna mieć zakresu węższego czy jedynie ogólnego. Nie ma także przeszkód, by zamawiający - po stwierdzeniu, iż niektóre elementy wyjaśnień wykonawcy budzą jego wątpliwości lub nie są do końca jasne, zażądał ich uszczegółowienia lub udowodnienia."

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający mając wątpliwości co do cen zaoferowanych przez wykonawcę Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. zwrócił się do niego z wezwaniem o wyjaśnienie dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W wezwaniu zamawiający określił obszary, co do których oczekuje wyjaśnień wykonawcy, z zaznaczeniem, iż nie mają one charakteru wyczerpującego. Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach ustosunkował się do wszystkich aspektów poruszonych w piśmie zamawiającego oraz wskazał dodatkowe okoliczności.

W ocenie Prezesa UZP, wyjaśnienia, mimo iż w pewnych punktach były bardzo ogólne, zawierały również bardzo precyzyjne wyliczenia kosztów przeprowadzanych szkoleń oraz wskazywały na elementy, które miały wpływ na wysokość ceny. Fakt braku podania cen tych elementów nie może przesądzać o zdyskredytowaniu tych wyjaśnień i uznaniu ich za niewniesione, a co za tym idzie odrzucenie ofert na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, w sytuacji gdy dokonana ocena tych wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami nie potwierdziła, że oferty zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Prezes UZP zauważył, że zamawiający nie zwrócił się do wykonawcy z prośbą o podanie ceny poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia, ale o podanie sposobu ich wyceny. Zatem w przypadku dalszych wątpliwości powinien był wezwać wykonawcę o dalsze wyjaśnienia, wskazując konkretne elementy, które takie wyjaśnienie powinno zawierać, w tym ewentualnie ceny konkretnych urządzeń, jeżeli jest to potrzebne do oceny zaoferowanej ceny.

Tym samym, Prezes UZP uznał, że zaniechanie zamawiającego w zakresie ponownego wezwania wykonawcy do złożenia stosownych wyjaśnień i odrzucenie ofert wykonawcy pomimo posiadania w dalszym ciągu wątpliwości, czy ceny jego ofert były rażąco niskie, stanowi naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie, Prezes UZP zalecił zamawiającemu wezwanie wykonawcy Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp o złożenie dalszych szczegółowych wyjaśnień pozwalających ustalić, czy ceny ofert ww. wykonawcy są rażąco niskie oraz powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru ofert najkorzystniejszych w przedmiotowym postępowaniu.

Wnosząc o uwzględnienie zastrzeżeń, Zamawiający wskazał, co następuje.

W odniesieniu do naruszenia wykazanego w pkt 1 Informacji o wyniku kontroli uprzedniej Zamawiający podniósł, iż „zarówno postanowienia SIWZ, jak i postanowienia ogłoszenia o zamówieniu stanowią jednostronne oświadczenia woli Zamawiającego. W oparciu o przepis art 14 Pzp, zgodnie z którym do czynności podejmowanych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964r. - Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r., poz. 121), takie oświadczenia woli podlegają wykładni zgodnie z zasadami przewidzianymi w art. 65 § 1 k.c. Zgodnie z przywołanym przepisem oświadczenia woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje. Kształt postanowień SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu dowodzi, że „zażądanie” złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia określonych w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 Pzp w stosunku do wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (sekcja IJl.2.1. pkt 5 lit. b ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdział IX pkt 5 lit. b SIWZ) miało charakter niezamierzonej omyłki

technicznej, Zamawiający, jako organizator zamówienia sektorowego, był świadomy istnienia zakazu żądania dokumentów, o których mowa, wynikającego z art. 133 ust. 3 Pzp. Dowodzi temu fakt, że po pierwsze, nie zażądał on takich dokumentów od wykonawców posiadających siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Po drugie, łączna analiza postanowień ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ wskazuje, że zakres wymaganych od wykonawców dokumentów ograniczał się wyłącznie do dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia określonych w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp. Postanowienia sekcji 11.2,1. pkt 5 lit. b ogłoszenia o zamówieniu i rozdziału IX pkt 5 lit. b SIWZ odnoszące się do wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej zawierają bowiem zwrot: „zamiast dokumentów, o których mowa w pkt 3 lit. e (...), zaś pkt 3 lit. e stanowi: „W celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia Wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp, Zamawiający żąda aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art, 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp (...)”. Powyższe odesłanie do pkt 3 lit. e i zawarte w nim sformułowanie (tj. odwołanie się jedynie do art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp) dowodzą prawdziwym intencjom Zamawiającego, który de facto nie wymagał od ww. wykonawców dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia określonych w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 Pzp."

Natomiast w odniesieniu do naruszenia wykazanego w pkt 2 Informacji o wyniku kontroli uprzedniej Zamawiający stwierdził m.in., iż „zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp Zamawiający, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Literalna wykładnia przywołanego przepisu jest jednoznaczna. Mianowicie ustawodawca nie przewidział możliwości wielokrotnego wzywania wykonawcy w oparciu o komentowaną podstawę. Świadczy o tym posłużenie się przez niego zwrotem „w określonym w terminie” a nie „w określonych terminach”, Dowodzi to, że wezwanie kierowane do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp ma charakter jednorazowy. Na jednorazowy charakter wyjaśnień składanych przez wykonawców w trybie art. 90 ust. 1 Pzp zwracała także wielokrotnie uwagę w swoim orzecznictwie Izba. Wprawdzie w orzecznictwie tym można spotkać się z odmiennym stanowiskiem, to pogląd o jednorazowym charakterze wezwania jest poglądem dominującym."

Ponadto zamawiający podkreślił, iż „Trafność rozważań o jednorazowym charakterze wezwania potwierdzają uwagi zawarte w dokumencie pn.: „Propozycje zmian w ustawie Prawo zamówień publicznych” z grudnia 2011 r., przekazany w dniu 2 stycznia 2012r. przez Prezesa UZP Zespołowi ds. Programowania Prac Rządu (dokument dostępny na

stronic internetowej). Z treści komentowanego dokumentu wyraźnie wynika, że: „na mocy art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w obowiązującym brzmieniu zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jednocześnie przepis art 90 ust. 1 Pzp stanowi, że w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, nie precyzując, w jakich okolicznościach zamawiający ma obowiązek zwrócenia się do wykonawcy o takie wyjaśnienia. Ustawa nie przewiduje również możliwości żądania przez zamawiającego dodatkowych wyjaśnień ani konsultacji z wykonawcą w tym zakresie. Zarazem, art. 90 ust, 3 Pzp nakłada na zamawiających obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy, który nie złożył stosownych wyjaśnień, lub jeżeli dokonana ocena złożonych wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.”

Zamawiający dalej wskazał, że wykonawca Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. złożył wyjaśnienia, pomijając w nich w szczególności konieczność udzielenia Zamawiającemu odpowiedzi na konkretnie zadane pytania dotyczące niektórych elementów cenotwórczych. W świetle tych wyjaśnień Zamawiający uzyskał pewność, że oferta zawiera cenę nierealną.

Odnosząc się do zawartego w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej stwierdzenia, iż to na zamawiającym spoczywa ciężar dowodu wskazujący, że oferta wykonawcy zawiera niską cenę, Zamawiający zauważył, że „zanim ciężar dowodu w tym zakresie obciąży zamawiającego, to wprawdzie „wykonawca ma obowiązek przedstawić wyjaśnienia przekonujące i rzeczowe co do pełnego zakresu wyceny oferty. Wykonawca powinien przedstawić także dowody na poparcie swoich twierdzeń, gdyż to po stronie wykonawcy spoczywa ciężar dowodu, że cena oferty nie jest rażąco niska”.

W odpowiedzi na zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia do wyniku kontroli uprzedniej Prezes UZP podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko.

W odniesieniu do naruszenia wskazanego w pkt 1 Informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podkreślił, że Zamawiający jest podmiotem profesjonalnym, który został zobligowany do przeprowadzenia postępowania z należytą starannością zgodnie z obowiązującymi przepisami. Prezes UZP wskazał, że: „Badając treść oświadczenia woli wyrażonego przez Zamawiającego w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu, wykonawcy nie są zobligowani do badania, jaka była rzeczywista intencja Zamawiającego w sytuacji gdy literalna treść tych dokumentów jest jednoznaczna. Co więcej, wymaganie przedłożenia przez podmioty mające miejsce zamieszkania lub siedzibę poza terytorium

Rzeczypospolitej Polskiej dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia określonych w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy Pzp, w postaci zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo miejsca zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym m.in. w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy, tj. odpowiednika dokumentu, o którym mowa w § 3 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia, (którego od innych niż ww. wykonawców nie żądał) zostało konsekwentnie powtórzone zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak też w SIWZ. W tym zakresie dokumenty te nie zawierają żadnych rozbieżności czy nieścisłości. Powyższe mogło stanowić przesłankę dla wykonawców do interpretacji powyższego wymagania zgodnie z jego literalnym brzmieniem. W tym kontekście nie ma znaczenia również zamiar Zamawiającego, jak również jego wiedza o istnieniu zakazu żądania takich dokumentów, gdyż jego wola została uzewnętrzniona w postaci jednoznacznie brzmiących zapisów ogłoszenia i SIWZ. Sama treść tych zapisów jest bezsporna, co zostało przyznane przez Zamawiającego w zastrzeżeniach. Zaś użycie słowa „zamiast” i odesłanie do pkt 3 lit. e nie daje podstaw, aby sądzić, iż żądanie to było tożsame z żądaniem wyrażonym w pkt 3 lit. e, ponieważ Zamawiający w stosunku do podmiotów mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej odniósł się wprost do zakresu określonego w „art. 24 ust. 1 pkt. 4-8, 10 i 11 p.z.p”. Wobec tak ustalonego stanu faktycznego, należy uznać, iż w postępowaniu doszło do naruszenia art. 133 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp poprzez żądanie od wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej dokumentu, o którym mowa w § 3 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia oraz art. 7 ust. 1 w związku z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp i art. 133 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez wskazanie szerszego zakresu dokumentów wymaganych od ww. wykonawców niż od wykonawców posiadających siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, Powyższe znajduje odzwierciedlenie w uchwałach Krajowej Izby Odwoławczej, tj. w uchwale KIO z dnia 26 marca 2014 r.^f Sygn. akt KIO/KU 22/14 i w uchwale KIO z dnia 1 kwietnia 2014 r.^h Sygn. akt KIO/KU 23/14. Biorąc pod uwagę powyższe należy uznać, że zastrzeżenia Zamawiającego do naruszenia wykazanego w pkt 1 Informacji o wyniku kontroli uprzedniej nie zasługują na uwzględnienie.”

Odnosząc się do naruszenia wskazanego w pkt 2 Informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezes UZP stwierdził, że zastrzeżenia podniesione przez Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

W przedstawionej argumentacji Prezes UZP stwierdził, że dowodem zaoferowania ceny rażąco niskiej w szczególności nie może być ustalenie, że stanowi ona określony procent

wartości szacunkowej zamówienia, do czego ograniczył się Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia ofert wykonawcy.

Odnosnie argumentu nieudowodnienia przez wykonawcę, iż jego oferty nie zawierają cen rażąco niskich, Prezes UZP wskazał, że w doktrynie prezentowany jest pogląd, iż pojęcie dowodu w rozumieniu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp należy rozumieć szeroko, a za dowód może być także uznane oświadczenie samego wykonawcy. Prezes UZP podkreślił, że w niniejszym przypadku w ramach wyjaśnień Wykonawca złożył oświadczenie m.in., że w odniesieniu do pantografu i silnika trakcyjnego, będących przedmiotem pytań Zamawiającego, Wykonawca w ramach stałej współpracy z poddostawcami wystosował zapytania ofertowe, na podstawie których nastąpiło oszacowanie najkorzystniejszej oferty i wytypowanie dostawcy oraz że „na oferowaną cenę wpływ miały inne czynniki, jak chociażby znane i zastosowane rozwiązania techniczne, proces seryjnej produkcji pojazdów, współpraca ze stałymi poddostawcami, realizacja licznych projektów opartych na zbliżonych rozwiązaniach technicznych w zakresie oferowanych produktów”. Prezes UZP argumentował, że postępowanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ma charakter wyjaśniający, a nie dowodowy, zatem nawet jeżeli Wykonawca powołał się na pewne fakty, nie musiał składać na tą okoliczność dowodów z dokumentów.

Jednocześnie Prezes UZP podkreślił, że w wezwaniu do złożenia wyjaśnień zamawiający sprecyzował swoje oczekiwania co do oczekiwanych informacji (wskazując jednocześnie, iż nie stanowią one katalogu zamkniętego, tj. wykonawca - celem wykazania, iż jego cena nie ma charakteru rażąco niskiego - może odwoływać się także do innych elementów jego oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny). Jak wskazał Prezes UZP, w odpowiedzi na wezwanie wykonawca Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. złożył wyjaśnienia, w których udzielił odpowiedzi na pytania oraz wskazał dodatkowe okoliczności mające wpływ na zaoferowane ceny. Prezes UZP przyznał, że wyjaśnienia wykonawcy nie zawierały cen uzyskanych od poddostawców pantografu i silnika trakcyjnego, czy cen roboczo - godziny, jednak niewątpliwie przedstawiały sposób wyceny, czego dotyczyło wezwanie Zamawiającego. Zdaniem Prezesa UZP, nie można zgodzić się ze stwierdzeniem, że w odpowiedzi na powyższe wezwanie wystosowane przez Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca był zobowiązany do przedstawienia cen wszystkich elementów kosztotwórczych składających się na ceny złożonych ofert. Stanowiska takiego nie uzasadnia twierdzenie, że wykonawcę w tym zakresie obligowała do tego tylko należyta staranność wymagana od podmiotu profesjonalnego. W tym kontekście trzeba zwrócić uwagę, iż faktycznie mamy do czynienia z obrotem profesjonalnym również w odniesieniu do zamawiającego. Jeśli zatem Zamawiający formułując wskazane pytania, otrzymał stosowne odpowiedzi, to nie można uznać takich wyjaśnień za niewniesione, tylko dlatego, iż nie zawierały innych szczegółowych informacji, o

które Zamawiający wprost nie zwrócił się do wykonawcy. Jeśli zatem Zamawiający oczekiwał od wykonawcy podania cen poszczególnych elementów mających wpływ na ceny ofert, takie żądanie powinno zostać przez niego, jako przez podmiot profesjonalny, sformułowane w wezwaniu skierowanym do wykonawcy. W tym zakresie Zamawiający mógł wystąpić do wykonawcy z ponownym wezwaniem w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, aby uzyskać niezbędne informacje dla dokonania oceny ofert wykonawcy w kontekście wystąpienia nich rażąco niskiej ceny. Mimo istnienia rozbieżności w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie wielokrotnego wzywiania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, (o czym świadczą orzeczenia cytowane w Informacji o wyniku kontroli i w zastrzeżeniach Zamawiającego) wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 9 grudnia 2010 r. (sygn. akt V Ga 122/10), mimo iż zapadł w nieco odmiennym stanie faktycznym, to formułuje ogólną zasadę, zgodnie z którą zamawiający ma prawo wystąpić do wykonawcy z ponownym żądaniem wyjaśnień w przypadku, gdy zachodzi taka konieczność. Jednocześnie należy wskazać, iż w niniejszej sprawie, wykonawca również odniósł się do kwestii poruszonych w wezwaniu wystosowanym przez Zamawiającego.

Prezes UZP podkreślił, że podstawowym celem zamawiającego, będącego jednocześnie dysponentem środków publicznych, jest nie tylko wyłonienie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy dającego gwarancję należytego wykonania umowy i uzyskanie świadczenia zgodnie z postanowieniami umowy w sprawie zamówienia publicznego, ale także racjonalne wydatkowanie środków publicznych przeznaczonych na realizację tego zamówienia publicznego. W świetle przepisów ustawy o finansach publicznych, wydatkowanie środków publicznych musi być celowe, a zatem słuszne i uzasadnione oraz oszczędne, czyli zakładające zminimalizowanie wykorzystywanych zasobów.

Nadto Prezes UZP podkreślił, że zamawiający prowadzi postępowanie mając na względzie zapewnienie niedyskryminującego dostępu wykonawców do zamówień publicznych i uzyskanie jak najlepszych efektów ekonomicznych w świetle kryteriów oceny ofert dzięki zapewnieniu konkurencji.

Z uwagi na powyższe, sytuację odrzucenia oferty należy traktować jako wyjątkową, a przesłanki uzasadniające odrzucenie należy interpretować ściśle. Rozszerzenie przesłanek odrzucenia oferty poza granice wyznaczone przepisami ustawy Pzp i prawa unijnego nie może mieć miejsca. Działanie takie narusza bowiem nie tylko wyznaczone ww. przepisami zasady udzielania zamówień, ale godzi także w cele całego systemu zamówień publicznych, prowadząc między innymi do ograniczenia dostępu do zamówień publicznych oraz nieracjonalność dokonywanych wydatków. Wprawdzie ustawa Pzp umożliwia wykluczenie i odrzucenie oferty wykonawcy, ale może to nastąpić tylko w sytuacjach ściśle określonych

uzasadniających ochronę interesu publicznego (np. rażąco niska cena podważająca możliwość należytego wykonania zamówienia).

Dodatkowo Prezes UZP stwierdził w kontekście wiążącego charakteru orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, że z art. 197 ust. 1 ustawy Pzp wynika a contrario, że orzeczenie Izby przed stwierdzeniem przez sąd jego wykonalności nie ma mocy prawnej przypisanej wyrokowi sądu. To samo wynika z art. 1212 kpc w zw. z art. 185 ust. 7 ustawy Pzp, Z dokumentów przedstawionych w toku kontroli uprzedniej przez zamawiającego nie wynika, aby wyrok KIO z dnia 20 grudnia 2013 r. (Sygn. akt: KIO 2794/13) został opatrzony klauzulą wykonalności. Tym samym brak było podstaw odwołania się w niniejszej sprawie do treści art. 365 § 1 i art. 366 kodeksu postępowania cywilnego.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał także, że nie mógł skorzystać z uprawnienia wynikającego z art. 198b ust. 4 zd. 1 ustawy Pzp z uwagi na uchybienie przez Krajową Izbę Odwoławczą terminowi sporządzenia uzasadnienia do ww. wyroku. Wskazał także, że niemożliwe było przystąpienie do skargi wniesionej przez wykonawcę, gdyż została ona odrzucona postanowieniem Sądu Okręgowego w Legnicy z dnia 21 marca 2014 r. Sygn. akt VI Ga 50/14. Tym samym z przyczyn niezależnych, Prezes Urzędu nie mógł skorzystać z prawa poddania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej sądowej weryfikacji jego zgodności z prawem.

Z powyższych względów Prezes UZP stwierdził, że nie zasługują na uwzględnienie zastrzeżenia Zamawiającego do wyników kontroli. W związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń do wyniku kontroli uprzedniej, Prezes UZP przekazał zastrzeżenia Zamawiającego do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Izba zważyła, co następuje.

Po przeprowadzeniu analizy przepisów obowiązujących w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz w dacie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, przedstawionej dokumentacji postępowania oraz ustaleń dokonanych w toku kontroli, a także stanowiska Zamawiającego, Izba za zasadne uznała zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli uprzedniej co do zarzutu postawionego przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie Zamawiającego w zakresie ponownego wezwania wykonawcy do złożenia stosownych wyjaśnień i odrzucenie ofert wykonawcy pomimo wątpliwości, czy ceny jego ofert były rażąco niskie.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Prezes UZP nie odniósł się do argumentu Zamawiającego, że literalne brzmienie przepisu 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w szczególności użycie w tym przepisie słowa „w terminie” w liczbie pojedynczej, wskazuje na możliwość jedynie jednokrotnego wezwania przez Zamawiającego do wyjaśnień co do zaoferowanej ceny. Powoływane przez Prezesa UZP przepisy dyrektywy sektorowej nie rozstrzygają nawet pośrednio, czy Zamawiający powinien wzywać wykonawców do wyjaśnień wielokrotnie. Nie można uprawnień czy obowiązków Zamawiającego traktować rozszerzająco. Przyjęcie za prawidłową interpretację Prezesa UZP mogłoby prowadzić do powstania wątpliwości w zakresie ilości wyjaśnień, jakich powinni udzielić wykonawcy i ustalenia, w którym momencie wyjaśnienia te powinny zostać uznane przez Zamawiającego za wystarczające. W skrajnym przypadku, przy znacznej ilości wyjaśnień składanych przez wykonawcę w stosunku do Zamawiającego mógłby zostać postawiony zarzut prowadzenia niedopuszczalnych negocjacji z wykonawcą, jak również naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

W ocenie Izby wezwanie do uzupełnienia wyjaśnień mogłoby mieć miejsce w sytuacji, gdy wyjaśnienia Wykonawcy byłyby niejasne, lub też gdy Zamawiający nie sformułowałby zapytania w sposób odnoszący się wyłącznie do jakiejś części ceny.

W niniejszym postępowaniu nie mamy do czynienia z taką sytuacją. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Prezes UZP nie zaprzeczył, że wezwanie do przedstawienia wyjaśnień dotyczących ceny oferty Wykonawcy Pesa Bydgoszcz S.A. było zasadne. Tym samym należy uznać, że również Prezes UZP uznaje, że zamawiający zasadnie wezwał wykonawcę do przedłożenia wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty i domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej w tym przypadku wystąpiło. Izba stoi na stanowisku, że cel, kontekst oraz treść wezwania nie pozostawiają wątpliwości, co do informacji, jakie powinny znaleźć się w wyjaśnieniach. Zamawiający kierując do wykonawcy wezwanie do udzielenia wyjaśnień co do zaoferowanej ceny, oczekuje wyczerpujących i rzeczowych informacji na temat sposobu wyceny elementów oferty. W sytuacji, gdy Zamawiający otrzymuje w ramach wyjaśnień ogólne stwierdzenia, zamiast wskazania konkretnych kwot, przedstawienia konkretnych ofert dostawców czy podwykonawców, to takie stwierdzenia nie wnoszą nic do sprawy. Dalsze wyjaśnianie i dopytywanie wykonawcy rodzi pytanie, do jakiego momentu Zamawiający powinien prowadzić wyjaśnienia i mimo oporności wykonawcy drążyć temat zaoferowanej ceny. Jednocześnie prowadzenie procedury wielokrotnego wyjaśniania tej samej okoliczności może być uznane za naruszające zasadę równego traktowania wykonawców.

Rację ma Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, że pojęcie dowodu w rozumieniu art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych należy rozumieć szeroko; za dowód może być uznane także oświadczenie samego wykonawcy. Należy mieć jednak na uwadze, że Prezes

UZP powołał się na oświadczenie wykonawcy, zgodnie z którym: „na oferowaną cenę wpływ miały inne czynniki, jak chociażby znane i zastosowane rozwiązania techniczne, proces seryjnej produkcji pojazdów, współpraca ze stałymi poddostawcami, realizacja licznych projektów opartych na zbliżonych rozwiązaniach technicznych w zakresie oferowanych produktów”. Ponownie podkreślić należy, że tego rodzaju oświadczenia są ogólne, mogą być przedstawiane przez każdego z wykonawców, którzy biorą udział w postępowaniach, jednocześnie nie wyjaśniają wysokości zaoferowanej ceny. Tym samym należy uznać, że tak ogólne oświadczenie nie może być wiarygodnym dowodem potwierdzającym należyte i dokładne oszacowanie zamówienia. Nie można, w ocenie Izby, przy wyjaśnieniu wysokości zaoferowanej ceny, nie wskazać konkretnych elementów kosztowych, w tym cen poszczególnych elementów z podaniem wyczerpującego uzasadnienia i konkretnego dowodu, w jaki sposób wykonawca skalkulował cenę, która została zaoferowana. Ponownie Izba podkreśla, że celem uzyskania wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez wykonawcę ceny jest uzyskanie wiarygodnych i pełnych wyjaśnień, nie zaś ogólnych stwierdzeń, czy oświadczeń. Brak uzyskania konkretnych wyjaśnień nie stanowił podstawy do ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny.

Podstawową kwestią jednak w niniejszej sprawie jest fakt, że prawidłowość działań Zamawiającego w ramach procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny została już oceniona w sposób przewidziany prawem przez Krajową Izbę Odwoławczą - organ właściwy do zbadania, w toku procedury odwoławczej, prawidłowości decyzji i działań Zamawiającego podejmowanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Skoro Prezes UZP nie zakwestionował skutecznie prawidłowości orzeczenia Izby, to pogląd Izby co do prawidłowości działań Zamawiającego dotyczących rażąco niskiej ceny uznać należy za wiążący zarówno strony, uczestników tego postępowania, ale także Prezesa UZP. Należy zauważyć, że wbrew twierdzeniu Prezesa UZP, miał on możliwość złożenia skargi na orzeczenie Izby w przewidzianym w ustawie terminie 21 dni od dnia ogłoszenia wyroku. Zarówno ogłoszenie orzeczenia, jak i podanie ustnych motywów jest jawne. Dokonywane jest z udziałem pracowników Urzędu Zamówień Publicznych.

Odnosząc się do argumentu Prezesa UZP, że orzeczenie Izby przed stwierdzeniem przez sąd jego wykonalności nie ma mocy prawnej przypisanej wyrokowi sądu należy podkreślić, że również bez stwierdzenia wykonalności orzeczenia Izby, orzeczenie to wiąże strony postępowania odwoławczego, które powinny zastosować się do treści orzeczenia. Nawet gdyby uznać, że dopiero stwierdzenie wykonalności orzeczenia Izby przez sąd, zrównuje orzeczenie Izby z wyrokiem sądu powszechnego, co m.in. umożliwia przymusową egzekucję orzeczenia Izby, to nie zmienia to faktu, iż w sytuacji, gdy orzeczenie Izby nie zostało

skutecznie zaskarżone, powinno zostać wykonane zgodnie z jego treścią nawet bez stwierdzenia jego wykonalności i jest wiążące.

Przyjęcie odmiennego poglądu mogłoby to prowadzić do sytuacji, w której samo niewystąpienie przez zamawiającego o stwierdzenie wykonalności orzeczenia Izby – a stwierdzenie takie ma charakter czysto formalny – powodowałoby, że prezes Urzędu mógłby nakazać dokonanie przez zamawiającego czynności stojących w sprzeczności z orzeczeniem Izby, co do którego nie została skutecznie wniesiona skarga. Prowadziłoby to do obejścia przepisów regulujących procedurę zaskarżania orzeczeń Izby i powodowałoby, że zamawiający pozostawałby w nieświadomości, jakie jego zachowanie - w świetle zarówno orzeczenia Izby, jak i nakazów Prezesa – zostanie uznane za prawidłowe.

Należy także wskazać, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych całkowicie pominął fakt, że Krajowa Izba Odwoławcza dogłębnie i rzetelnie oceniła kwestię ceny rażąco niskiej w niniejszym postępowaniu. Nadto, Izba dopuściła prowadzenie ograniczonego postępowania dowodowego również w kierunku wykazywania prawidłowości indywidualnej kalkulacji cenowej odwołującego. Jak wskazano w przedmiotowym wyroku z dnia 20 grudnia 2013 roku o sygnaturze KIO 2794/13, Izba „w tym zakresie oceniła więc informacje podawane przez PESA na swój temat – z zastrzeżeniem, iż w przeciwieństwie do wyjaśnień składanych zamawiającemu, wszystkie deklaracje składane w postępowaniu odwoławczym, co do faktów spornych pomiędzy stronami, muszą zostać udowodnione. Ww. informacje i dotyczące ich dowody nie wykazały, iż cena ofertowa odwołującego została skalkulowana na poziomie adekwatnym do przedmiotu zamówienia i pokrywa całość kosztów wykonania zamówienia, które wykonawca poniesie – w ten sposób pośrednio potwierdzając, czy raczej wzmacniając, słuszność oceny wyjaśnienia z dnia 30.10.2013 r. dokonanej przez zamawiającego. Przynajmniej jednak, w ramach dopuszczalnego do dowodzenia na tym etapie zakresu okoliczności, dowody te nie wykazały, iż z ww. wyjaśnieniach podano konkretne informacje, z których przynajmniej można było wyprowadzić dane niezbędne do potwierdzenia prawidłowości wyceny oferty.”

Odnosząc się do argumentu Prezesa UZP, że podstawowym celem Zamawiającego, będącego jednocześnie dysponentem środków publicznych, jest wyłonienie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy dającego gwarancję należytego wykonania umowy, a także racjonalne wydatkowanie środków publicznych przeznaczonych na realizację tego zamówienia, należy zauważyć, że właśnie system zamówień publicznych ma na celu zapewnienie oszczędnego i racjonalnego wydatkowania środków publicznych. Elementem tego systemu jest instytucja rażąco niskiej ceny, która ma na celu eliminację wykonawców oferujących wykonanie zamówienia za cenę nierealną, a tym samym narażenie Zamawiającego na straty. Zamawiający jest zobowiązany do

czuwania i sprawdzenia, czy wykonawcy nie zaoferowali realizacji zamówienia za cenę rażąco niską. W sytuacji gdy (tak jak w niniejszym postępowaniu) wyjaśnienia wykonawcy co do zaoferowanej ceny były klarowne, a jednocześnie merytorycznie i konkretnie nie uzasadniały zaoferowanej ceny, Zamawiający nie był zobligowany do dalszego ich wyjaśniania. Ponownie należy podkreślić, że równocześnie system zamówień publicznych wprowadza zasadę, która ma na celu zapewnienie równości traktowania wszystkich wykonawców. Przy wielokrotnym składaniu przez wykonawcę wyjaśnień, w stosunku do Zamawiającego mógłby zostać postawiony zarzut prowadzenia niedopuszczalnych negocjacji z wykonawcą, jak również naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

Izba za bezzasadne uznała zastrzeżenia Zamawiającego co do żądania dokumentów zaświadczeń z Krajowego Rejestru Karnego. Należy zauważyć, że Zamawiający sam przyznał, że popełnił omyłkę w treści SIWZ i ogłoszenia, żądając dokumentów od wykonawców zagranicznych, których nie zażądał od wykonawców krajowych. Okoliczność ta jednoznacznie wynika także z treści tych dokumentów. Zamawiający wytłumaczył żądanie swoją omyłką, jednakże przyczyny, dla których zażądał od wykonawców zagranicznych dokumentów, których żądać nie powinien, mają znaczenie wtórne. Podstawowe znaczenie ma fakt, że takie żądanie traktujące w sposób nierówny wykonawców nastąpiło. Punkt rozdziału IX pkt 5 lit. b SIWZ wprawdzie odnosi się częściowo do punktu 3e w SIWZ, ale jednoznacznie dowołuje się do art. 24 pkt 10 i 11 i w treści tego punktu znajduje się jednoznaczne żądanie od wykonawców mających siedzibę poza terytorium Polski dokumentów wymienionych w tych punktach.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 Prawa zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....