

Sygn. akt: KIO 1492/11  
KIO 1495/11

**WYROK**  
z dnia 25 lipca 2011 roku

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lipca 2011 roku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 14 lipca 2011 roku przez wykonawcę **PSI Produkty i Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu**
- B. w dniu 14 lipca 2011 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum **BTC Business Technology Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (Lider konsorcjum), BTC Business Technology Consulting A.G. z siedzibą w Oldenburgu, Niemcy (Partner konsorcjum), Proximus S.A. z siedzibą w Katowicach (Partner konsorcjum)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Enion S.A. Oddział w Bielsku-Białej z siedzibą w Bielsku-Białej**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Badawczo-Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesowych Systemów Automatyki Mikronika z siedzibą w Poznaniu** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt 1492/11 oraz 1495/11 po stronie Zamawiającego
- B. wykonawcy **PSI Produkty i Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt 1495/11 po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględni oba odwołania i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwanie wykonawcy **Badawczo-Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesowych Systemów Automatyki Mikronika z siedzibą w Poznaniu** do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności wynikających z uzasadnienia niniejszego orzeczenia.

2. kosztami postępowania obciąża

**Zamawiającego Enion S.A. Oddział w Bielsku-Białej i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców: wykonawcę **PSI Produkty i Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** (sygn. akt KIO 1492/11) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum **BTC Business Technology Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (Lider konsorcjum)**, **BTC Business Technology Consulting A.G. z siedzibą w Oldenburgu, Niemcy (Partner konsorcjum)**, **Proximus S.A. z siedzibą w Katowicach (Partner konsorcjum)** (sygn. akt KIO 1495/11) tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od Zamawiającego **Enion S.A. Oddział w Bielsku-Białej** kwotę **37 200 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) na rzecz wykonawców wnoszących odwołania, w kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania oraz stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika na rzecz wykonawcy **PSI Produkty i Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** (sygn. akt KIO 1492/11) oraz kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania i stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum **BTC Business Technology Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (Lider konsorcjum)**, **BTC Business Technology Consulting A.G. z siedzibą w Oldenburgu, Niemcy (Partner konsorcjum)**, **Proximus S.A. z siedzibą w Katowicach (Partner konsorcjum)** (sygn. akt KIO 1495/11).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Bielsku-Białej**.

**Przewodniczący:**

**Sygn. akt KIO 1492/11**

**KIO 1495/11**

## **Uzasadnienie**

### **Odwołanie o sygn. akt KIO 1492/11**

W dniu 14 lipca 2011 roku (pismem z dnia 13 lipca 2011 roku) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r., nr 113, poz. 759 ze zmianami, zwana dalej: „ustawą Pzp”) złożył wykonawca **PSI Produkty i Systemy Informatyczne sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którym jest **Enion S.A. Oddział w Bielsku-Białej**.

Odwołanie wniesiono od decyzji Zamawiającego dotyczącej wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu przetargowym „Dostawa oraz wdrożenie systemu SCADA dla sieci dystrybucyjnej średnich i niskich napięć ENION S.A" numer sprawy OBB/IU/70/4/2011/U/330/I.

#### Decyzji Zamawiającego zarzucono:

- 1) naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie ustalenia czy oferta złożona przez wykonawcę - Badawczo-Rozwojową Spółdzielnię Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA" (dalej: „Mikronika”) zawiera rażąco niską cenę i zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;
- 2) naruszenie art. 89 ust. 4 ustawy Pzp - poprzez nie odrzucenie oferty Mikroniki z postępowania pomimo złożenia przez nią oferty zawierającej rażąco niską cenę.

#### Odwołujący wnosił o:

- 1) unieważnienie decyzji Zamawiającego w zakresie wyboru oferty, która została wybrana jako najkorzystniejsza;
- 2) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Mikroniki jako zawierającą rażąco niską cenę;
- 3) w przypadku nieuwzględnienia żądania z pkt 2 nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i zobowiązanie Zamawiającego do wystąpienia do Mikroniki w udzielenie wyjaśnień, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, celem ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 4) wybór oferty najkorzystniejszej zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”);
- 5) obciążenie Zamawiającego kosztami niniejszego postępowania.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazywał w pierwszej kolejności na różnicę pomiędzy wartością wybranej oferty a wartością zamówienia. Podnosił, że zgodnie z informacją Zamawiającego przewidział on na realizację zadania 2 337 000,00 PLN brutto. Jako podmiot profesjonalny, korzystający z systemów, którego dotyczy zamówienie należy przyjąć, iż szacowana wartość zamówienia została wykonana z należytą dbałością. Zgodnie z zawiadomieniem o wyborze najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu z dnia 04 lipca 2011 r. wybrana została oferta złożona przez wykonawcę Mikronika o wartości 1 362 840,00 PLN.

Wartość oferty uznana za najkorzystniejszą stanowi ok. 59 % kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia. Jakkolwiek różnica między oferowaną ceną a ww. kwotą sama w sobie nie przesądza o rażącej cenie oferty stanowi jednak wystarczającą przesłankę do uruchomienia procedury wyjaśniającej. Stanowisko to znalazło potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz poglądach doktryny, na podstawie których ugruntował się pogląd, iż istnieje obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej elementów cenowych oferty, gdy cena oferty odbiega o 10 % od średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach, względnie o 20 % od wartości szacunkowej zamówienia. Różnica pomiędzy wybraną ofertą a kwotą przeznaczoną na realizację zamówienia wynosi ok. 42 %. Nie jest więc zrozumiałym zachowanie Zamawiającego polegające na zaniechaniu postępowania wyjaśniającego. W przypadku bowiem gdy zachodzą obiektywne przesłanki wskazujące istnienie rażąco niskiej ceny oferty, Zamawiający musi uruchomić procedurę z art. 90 (przykładowo wyrok Zespołu Arbitrów z 19 października 2006 r., UZP/ZO/0-2627/06). Zamawiający dokonując analizy rynku, znał wysokość kwoty, którą przeznaczy na realizację zamówienia. Powinien więc być zwrócić uwagę na rażące dysproporcje między ceną oferty Mikroniki a ww. kwotą.

Posiłkowo należy posłużyć się także porównaniami wartości wybranej oferty z pozostałymi ofertami. Wskazać należy także, iż łączna wartość oferty złożona przez Mikronikę (tj. 1 379 076,00 PLN) stanowi w przybliżeniu zaledwie 36 % średniej obliczonej na podstawie pozostałych złożonych ofert (także tych odrzuconych), wynoszącej 3 728 540,00 PLN. Niezrozumiałym jest więc, iż rażąca różnica w wysokości 64 % nie wzbudziła jakichkolwiek wątpliwości Zamawiającego. Wskazane wyroki, będące wyrazem konsekwentnej linii orzeczniczej KIO nakazują także porównywać ceny ofert nie tylko do wartości zamówienia, ale także do cen innych ofert złożonych w danym postępowaniu.

Zamawiający w kryterium oceny ofert zawarł koszt 3-letniej umowy serwisowej. W odpowiedzi na pytanie nr 1 przesłane w dniu 20 czerwca 2011 r., Zamawiający odpowiedział iż umowa na konserwację systemu jest częścią tego zamówienia oraz, iż zostanie zawarta osobna umowa serwisowa. Zamawiający wyraźnie rozdzielił umowę na dostawę i wdrożenie systemu, od umowy serwisowej. Badania zgodności z prawem ofert

i wiążących się z nimi umów należy więc dokonać w sposób od siebie niezależny. Zamówienie w niniejszej sprawie polega bowiem na wykonaniu dwóch czynności:

- a) dostawie oraz wdrożeniu systemu SCADA oraz na
- b) świadczeniu usług serwisowych systemu.

Z tego też względu zasadnym jest porównanie cen ofert, które zostały złożone w niniejszym postępowaniu.

Wykonawca	Cena oferty	Cena 3-letniej umowy serwisowej	Suma
Elkomtech	4.905.240,00	110.700,00 PLN	5.015.940,00 PLN
BTC	1.217.700,00	376.380,00 PLN	1.594.080,00 PLN
Mikronika	1.362.840,00	16.236,00 PLN	1.379.076,00 PLN
PSI	1.476.000,00	3.099.600,00 PLN	4.575.600,00 PLN

Nie bez znaczenia jest rażąca różnica pomiędzy wartością usług serwisowych zaoferowaną przez Mikronikę a średnią wartością takich usług proponowaną przez pozostałych Wykonawców. Wprawdzie w przedmiotowym postępowaniu nie jest możliwe określenie średniej ceny ofert o zbliżonych cenach, z uwagi na rozbieżność cenową złożonych ofert w zakresie usług serwisowych, to należy zwrócić uwagę na rażąco niską wartość 3-letniej umowy serwisowej wybranej oferty. Uwzględniając ofertę złożoną przez Odwołującego oraz Elkomtech i BTC średnia wartość 3-letniej umowy serwisowej wynosi 1 195 560,00 PLN. Tymczasem wartość takiej umowy oferowana przez Mikronikę nie stanowi nawet 2 % średniej ceny pozostałych ofert.

Wyżej wskazane rażące dysproporcje w pełni uzasadniają podjęcie przez Zamawiającego postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Tak duże rozbieżności cen ofert wskazuje na ewentualne ryzyko powierzenia zamówienia wykonawcy, który nie będzie w stanie rzetelnie wykonać zamówienia.

Następnie Odwołujący dokonał porównania w odniesieniu do różnicy w stosunku do zamówień o podobnym zakresie. Wskazał, że na podstawie ogólnie dostępnych informacji można dokonać orientacyjnego porównania przedmiotu zamówienia i wartości podpisanych umów przez Mikronikę w innych postępowaniach. Porównanie cen z innych postępowań zostało zaaprobowane przez doktrynę. Przywołał 4 przykładowe postępowania oraz całkowite wartości końcowe zamówienia. Zauważył, że oczywistym jest, iż istnieją rozbieżności we wskazanych zamówieniach a zamówieniem będącym przedmiotem niniejszego postępowania. Uprawnione jest jednak wykonanie porównania na potrzeby zaistnienia przesłanki rażąco niskiej ceny.

W przypadku zamówienia z pkt. a) dotyczy ono zaledwie 2 rejonów jednego z oddziałów, tj. jednostek stojących organizacyjnie o szczebel niższy niż oddział. Przedmiot zamówienia zaś dotyczy nie tylko rozbudowy, ale dostawy i wdrożenia nowego systemu,

które - Zamawiający jako podmiot profesjonalny powinien wiedzieć - jest zadaniem bardziej skomplikowanym i kosztowniejszym. Zakres zadania jest więc podwójnie mniejszy - zarówno obszarowo jak i zadaniowo.

Zamówienie z pkt. b) obejmowało zadania na podobnym szczeblu organizacyjnym. Można przy tym dokonać szacunkowego porównania liczby obiektów, które dla ENERGA wynosi średnio 37 stacji WN/SN przypadających na oddział (łącznie 296), oraz średnio ok. 6 940 stacji SN/nN dla każdego z oddziału (łącznie 55 503). Zgodnie z punktem 1.14 Zakresu funkcjonalnego systemu dyspozytorskiego SN-nN będącego Załącznikiem nr 1 do SIWZ w przedmiotowym postępowaniu, wartości te wynosiły odpowiednio 68 i 3 750. Trudno więc zrozumieć ponad 6-krotnie niższą cenę.

Przy realizacji zamówienia z pkt. c) należało wykonać wyłącznie dołożenia jednego protokołu. Zamówienie to, z uwagi na wymóg narzucony przez PSE, jest zamówieniem powtarzalnym, które Wykonawca realizował także u innych operatorów sieci dystrybucyjnej. Protokół ten jest także częścią niniejszego zamówienia.

Zamówienie z pkt. d) obejmuje wyłącznie wsparcie techniczne. Nie obejmuje dostawy, nie obejmuje wdrożenia. Trudno więc nie porównywać go z ceną za konserwację systemu, która obejmuje rozwój oprogramowania, jego pielęgnację i usuwanie usterek. Porównanie cen ponownie wykazuje rażącą różnicę, która również powinna powodować wszczęcie procedury z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Pomimo okoliczności, iż umowa na dostawę i wdrożenie oraz umowa serwisowa objęte niniejszym postępowaniem są w porównaniu do ww. postępowań, umowami o porównywalnym lub nawet większym zakresie, zasadne jest porównanie ofert złożonych przez Mikronikę w tychże postępowaniach. Złożenie w postępowaniu o znacznej wartości, oferty o niższej cenie, niż w uprzednich postępowaniach opiewających na wielokrotnie mniejsze kwoty jednoznacznie świadczy o złożeniu przez wykonawcę - Mikronikę oferty zawierającej rażąco niską cenę.

#### Określenie minimalnej ceny umowy serwisowej

Za ofertę z rażąco niską ceną uznaje się taką ofertę, której cena jest nierealna w stosunku do cen rynkowych podobnych zamówień, co oznacza, że odbiega ona od cen przyjętych, wskazując na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. Dokonując analizy rynku usług informatycznych stwierdzić należy, iż zaoferowana przez Mikronikę cena za wykonanie usług serwisowych jest ceną rażąco niską, jako niepokrywająca wydatków wykonawcy związanych z realizacją zamówienia, nierealną w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, niewiarygodną, oderwaną od realiów rynkowych, za którą wykonanie należyte zamówienia nie jest możliwe, co powinno skutkować wszczęciem postępowania wyjaśniającego, a następnie odrzuceniem oferty. Ponadto KIO wskazała, iż cena rażąco niska to cena, za którą nie można należycie wykonać

danego zamówienia, przy założeniu, że wykonawca zastosował wszelkie możliwe dla siebie oszczędności i okoliczności pozwalające mu obniżyć ponoszone koszty, narażająca go, z założenia, na brak jakiegokolwiek zysku albo nawet na straty; poza tym cenę tę należy badać odnosząc ją indywidualnie do danego wykonawcy - jego kosztów zakładowych, kosztów pracy, możliwych cen uzyskania materiałów, ich jakości itd. Powyższe stanowisko jest wyrazem konsekwentnej i potwierdzonej linii orzeczniczej, zarówno sądów powszechnych, jak i KIO. Ponieważ w przedmiotowym postępowaniu zawarte zostaną dwie umowy, a wykonanie drugiej nastąpi po realizacji pierwszej z nich, może się okazać iż **Wykonawca wywiąże się z realizacji pierwszej z nich, natomiast uzna iż wykonanie drugiej będzie dla niego nieopłacalne. Zamawiający znalazłby się więc w sytuacji, w której nabył system, ale który nie będzie mógł być należycie serwisowany. Stanie więc przed dylematem, czy dokonać wymiany dopiero co nabytego wdrożonego systemu, czy zgodzić się - pod groźbą braku wsparcia producenta - na zmianę warunków, lub zawarcie dodatkowej umowy.**

Zakres umowy na konserwację systemu obejmuje Załącznik nr 3 do SIWZ. Zamawiający w punkcie 1.1 Konserwacji Systemu w Załączniku nr 3 do SIWZ, zaznaczył iż pielęgnacja oprogramowania obejmuje realizowanie zmian w oprogramowaniu obejmuje do 12 godzin miesięcznie. Na wstępie Odwołujący zaznaczył, iż wykonawca jest uprawniony do założenia, iż Zamawiający skorzysta z przysługującego mu uprawnienia, oraz że otoczenie regulacyjne wymusi w kolejnych latach dostosowanie systemu do zmieniających się wymogów narzucanych przez Urząd Regulacji Energetyki czy Polskie Sieci Elektroenergetyczne Operator S.A. Mając na celu należyte wykonanie umowy, wskazane jest założenie, że Zamawiający wykorzysta zapisane prawo w pełnym wymiarze.

Zamawiający w punkcie 5 Konserwacji Systemu w Załączniku nr 3 do SIWZ, określił iż „prace z zakresu konserwacji systemu będą prowadzone przy wykorzystaniu telefonu, e-maila, faxu lub dostępu zdalnego, a także przez całodzienne wizyty (8 godz.) w Oddziałach Zleceniodawcy w ustalonych przez Strony terminach raz w miesiącu”. Określenie częstotliwości wizyt i ich długości, oraz brak takich szczegółów w odniesieniu do innych form świadczenia usługi, oznacza ich obligatoryjność i wolę wykonywania nadzoru przez Zamawiającego nad świadczonymi usługami. Użycie liczby mnogiej oznacza, iż wizytę należy odbyć w każdym z oddziałów. Zamawiający nie określił gdzie dokładnie będą rozłożone elementy systemu, ale można domniemywać, iż minimum będą wizyty w obydwu oddziałach, których dotyczy wdrożenie, a więc Będzin i Częstochowa.

Łącznie Zamawiający zastrzegł sobie w umowie 28 godzin miesięcznie. W wymiarze trzech lat stanowi to 1.008 h. W celu wykazania rażąco niskiej ceny, przyjęto iż wykonawca użyje najtańszego sposobu dojazdu do Zamawiającego, tj. przy wykorzystaniu 2 klasy pociągu osobowego PKP, mimo iż typowym jest dla tego typu firm i świadczeń, że serwis



korzysta z samochodu służbowego. Biorąc pod uwagę wyłącznie koszty dojazdu i diety związane z wyjazdami z najbliższego oddziału Mikroniki do Będzina i Częstochowy, daje to kwotę 4.780,80 PLN. Bilet PKP Kraków-Częstochowa to obecnie koszt 25,70 PLN, bilet PKP Kraków-Będzin to obecnie koszt 17,70 PLN. W obydwu przypadkach czas podróży przekracza 2 godziny w jedną stronę, a więc łącznie przekroczony zostanie czas 12 godzin, a więc należy liczyć całą dietę, która wynosi obecnie 23 PLN. Po odjęciu kosztów delegacji wykonawcy pozostanie kwota 11.455,20 PLN brutto na opłacenie inżyniera serwisu, czyli 11,36 PLN/godz. Pomniejszając to o opłacane przez pracodawcę ubezpieczenie, stawka za godzinę wynosi 8,86 PLN, czyli po przemnożeniu przez 168 godzin w miesiącu będzie to wynosiło równowartość pensji w wysokości 1.489,18 brutto. Pominięto przy tym koszty biura i wyposażenia niezbędnego do świadczenia serwisu. Kwota ta absolutnie nie wystarczy na opłacenie wykwalifikowanego pracownika serwisu. Zgodnie z informacją publikowaną przez GUS, przeciętne wynagrodzenie w sektorze „Informacja i komunikacja” wynosi ponad 4 razy więcej, czyli 6.301,46 PLN. Nawet porównanie z branżowymi wynagrodzeniami Zamawiającego, które w przemyśle wytwarzania i zaopatrywania w energię elektryczną, gaz, parę wodną i gorącą wodę wynoszą 5.194,36 PLN czy nawet z przeciętnym wynagrodzeniem w sektorze przedsiębiorstw które wynosiło w maju 2011 roku 3.511,17 zł, wyraźnie wskazuje iż cena oferowana przez Mikronikę rażąco odbiega od rzeczywistości. Nieracjonalnym zaś byłoby twierdzenie, iż płace w Mikronice są rażąco niższe od ww. średnich w danych sektorach gospodarki.

Powyższe ustalenia jednoznacznie wskazują na to, iż oferta złożona przez Mikronikę zawiera rażąco niską cenę. W związku z powyższym zasadne jest jej odrzucenie na podstawie art. 89 pkt 4 ustawy Pzp. W przypadku nieodrzczenia oferty oczywistym jest, iż Zamawiający powinien dokonać ponownej oceny ofert, jednocześnie wszczynając postępowanie wyjaśniające w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W zakresie zagadnień proceduralnych Odwołujący podniósł, że posiada interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż w przypadku odrzucenia oferty wybranego wykonawcy, to jego oferta będzie uznana za najkorzystniejszą ofertę.

Niniejsze odwołanie jest odwołaniem na decyzję Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty. O swojej decyzji Zamawiający poinformował wykonawców pismem nr OBB/IU/MP/15271/2011 w dniu 4 lipca 2011 r. Termin do wniesienia odwołania na treść ogłoszenia wynosi 10 dni od przesłania informacji o czynności Zamawiającego (art. 182 ust. 1 ustawy Pzp). W związku z czym ustawowy termin do wniesienia odwołania został dochowany.

Zaniechanie przez Zamawiającego wyjaśnienia mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż oferta uznana za najkorzystniejszą mogła być złożona z naruszeniem

prawa, a więc podlegała odrzuceniu. Tym samym została spełniona przesłanka w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp

Niniejsze odwołanie zostało w dniu jego złożenia do Prezesa KIO przekazane Zamawiającemu w drodze faksowej. Na potwierdzenie powyższego przedłożono potwierdzenie transferu faksu.

Odwołanie zostało opłacone wpisem w wysokości 15.000,00 PLN. Na potwierdzenie powyższego przedłożono potwierdzenie dokonania przelewu.

W dniu **18 lipca 2011 roku (pismem z dnia 15 lipca 2011 roku)**, w związku z otrzymaniem informacji od Zamawiającego w dniu 15 lipca 2011 roku o wniesieniu odwołania, działając na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca **Badawczo-Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA” z siedzibą w Poznaniu.**

Zgłaszający przystąpienie wnosił o oddalenie odwołania PSI wniesionego dnia 14 lipca 2011 roku.

Wskazywano, iż interes Mikroniki w przystąpieniu - po stronie Zamawiającego - do postępowania toczącego się na skutek wniesienia odwołania przez PSI wyraża się w tym, iż oferta Mikroniki została wybrana w niniejszym postępowaniu jako najkorzystniejsza. Spełnienie żądań przedstawionych w odwołaniu przez PSI doprowadziłoby do zniweczenia tego wyboru i ostatecznie nieudzielenia Mikronice zamówienia publicznego. Z powyższych względów wykonawca posiada interes w oddaleniu odwołania.

Wskazano, że wniosek o oddalenie odwołania uzasadniony jest niezasadnością zarzutów zawartych w odwołaniu PSI. Nie sposób bowiem zgodzić się z Odwołującym jakoby oferta wybranego wykonawcy zawierała rażąco niską cenę. Cena podana przez Mikronikę została bowiem skalkulowana rzetelnie i prawidłowo.

### **Odwołanie o sygn. akt KIO 1492/11**

W dniu **14 lipca 2011 roku (pismem z dnia 13 lipca 2011 roku)** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r., nr 113, poz. 759 ze zmianami, zwana dalej: „ustawą Pzp”) złożył wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm – **BTC Business Technology Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (Lider konsorcjum), BTC Business Technology Consulting A.G. z siedzibą w Oldenburgu, Niemcy (Partner konsorcjum), Proximus S.A. z siedzibą w Katowicach**

**(Partner konsorcjum)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którym jest **Enion S.A. Oddział w Bielsku-Białej.**

Odwołanie złożono na niezgodne z przepisami ustawy Pzp czynności oraz zaniechania czynności przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegające na:

- odrzuceniu oferty BTC na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na to, że treść oferty nie odpowiadała SIWZ, gdyż nie został do ostatecznej oferty dołączony Załącznik nr 6 do umowy „Wycena poszczególnych etapów”, podczas gdy załącznik ten został dołączony do oferty wstępnej, nie był on przedmiotem negocjacji z Zamawiającym, jego treść nie została zmieniona w stosunku do oferty wstępnej, a zawarte w nim informacje nie były kryterium oceny ofert, w konsekwencji brak jego dołączenia należało potraktować jako omyłkę w rozumieniu przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co rodziło obowiązek Zamawiającego jej poprawienia, ponieważ nie powodowała ona istotnej zmiany w treści oferty,

- zaniechaniu poprawienia wskazanej omyłki w ofercie BTC pomimo takiego obowiązku wynikającego z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp,

- zaniechaniu wezwania Badawczo-Rozwojowej Spółdzielni Pracy Mikroprocesowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA” S.A. (zwanej dalej „Mikronika”) w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. w celu ustalenia, czy oferta w odniesieniu do kosztów 3-letniej umowy serwisowej zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, mimo że istniały do tego podstawy, ponieważ oferta Mikronika w tym zakresie była 6,81 razy niższa niż cena zaproponowana przez drugą w kolejności ofertę, a zaproponowana cena nie odpowiada zakresowi obowiązków wynikających z wskazanej umowy, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania wyjaśnienia, czy oferta Mikronika w tym zakresie zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i czy powinna zostać ona odrzucona,

Zamawiający poprzez dokonanie oraz zaniechanie powyższych czynności naruszył:

1. przepis art. 89 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp co miało istotny wpływ na wynik postępowania poprzez odrzucenie oferty, w której istniała omyłka w rozumieniu przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp., co uniemożliwiało odrzucenie oferty na tej podstawie,

2. przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp co miało istotny wpływ na wynik postępowania, poprzez niezastosowanie tego przepisu, w sytuacji gdy w ofercie wystąpiła omyłka polegająca na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w ofercie, a zatem istniał obowiązek poprawienia tej omyłki, bowiem do oferty ostatecznej nie został dołączony Załącznik nr 6 „Wycena poszczególnych etapów” do umowy, który został dołączony do oferty wstępnej, nie był przedmiotem negocjacji, jego treść nie zmieniła się, a zawarty w nim harmonogram płatności nie był kryterium oceny ofert,

3. przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, co miało istotny wpływ na wynik postępowania, poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji polegającej na wyborze oferty, co do której istnieją podstawy do uznania jej za zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia z uwagi na zaniechanie wyjaśnienia tych wątpliwości w trybie przewidzianym w przepisach art. 90 ustawy pzp,

4. przepis art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, co miało istotny wpływ na wynik postępowania, poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, który został wybrany z naruszeniem przepisów p.z.p., poprzez brak wezwania Mikroniki do wyjaśnienia dotyczącego elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w sytuacji, gdy istnieją wątpliwości, czy cena zaoferowana przez Mikronikę w zakresie 3-letniej umowy serwisowej nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz odrzucenie oferty BTC mimo braku podstaw ku temu, a także zaniechanie poprawienia omyłki w ofercie BTC, pomimo istnienia takiego obowiązku,

5. przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, co miało istotny wpływ na wynik postępowania, poprzez brak jego zastosowania w sytuacji, gdy istnieją podstawy dla twierdzenia, że oferta Mikroniki w zakresie ceny 3-letniej umowy serwisu zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a zatem istniał obowiązek wyjaśnienia tych wątpliwości w trybie przewidzianym we wskazanym przepisie.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wnosil o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości, a w konsekwencji o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Mikroniki jako najkorzystniejszej,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty BTC,
3. nakazanie Zamawiającemu poprawienia omyłki w ofercie BTC polegającej na braku dołączenia Załącznika nr 6 „Wycena poszczególnych etapów” do umowy,
4. nakazanie Zamawiającemu wezwania Mikroniki do złożenia w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny 3-letniej umowy serwisowej, a w sytuacji braku udowodnienia rynkowości ceny nakazanie odrzucenia tej oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.,
5. nakazanie Zamawiającemu ponownego przeprowadzenia wyboru najkorzystniejszej oferty tj. oferty BTC,
6. utrzymanie w mocy czynności odrzucenia oferty ELKOMTECH S.A. z siedzibą w Łodzi, względnie ponowne jej odrzucenie,
7. przyznanie BTC zwrotu kosztów postępowania wywołanego wniesieniem odwołania tj. opłaty w kwocie 15 000,- zł.

Informację o wynikach postępowania w sprawie zamówienia publicznego BTC otrzymało w dniu 4 lipca 2011 roku za pośrednictwem faxu. Termin do wniesienia odwołania został w konsekwencji zachowany.

Interes prawny BTC w postępowaniu odwoławczym polega na tym, że w przypadku korzystnego dla niej rozstrzygnięcia odwołania i braku wykazania następnie przez Mikronikę rynkowego charakteru zaproponowanej przez nią ceny, oferta BTC będzie następną w kolejności. Dodatkowo przy utrzymaniu w mocy odrzucenia oferty ELKOMTECH S.A. oferta BTC będzie wybrana jako najkorzystniejsza, co doprowadzi do podpisania pomiędzy Zamawiającym a BTC umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

Niniejsze odwołanie zostało opłacone w dniu kwotą 15.000,00 PLN (dowód uiszczenia wpisu w załączeniu do odwołania).

Zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 5 ustawy Pzp, kopię odwołania przekazano Zamawiającemu w dniu 14.07.2011 r. r. faksem (dowód nadania faksem w załączeniu do odwołania).

W uzasadnieniu Odwołujący wskazywał, że zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przytoczony przepis oznacza, zatem, że nie jest dopuszczalne odrzucenie oferty wówczas, gdy spełnione są przesłanki poprawienia omyłki w ofercie wskazane w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W konsekwencji odrzucenie oferty w takim przypadku będzie stanowiło obrazę tych przepisów.

Zgodnie z przepisem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. W orzecznictwie KIO podkreślono, że Zamawiający ma obowiązek zastosowania omawianego przepisu, jeżeli są spełnione następujące przesłanki: mamy do czynienia z omyłką, powoduje ona niezgodność oferty z treścią SIWZ oraz jej poprawienie nie powoduje istotnej zmiany w treści oferty (wyrok KIO z 3 sierpnia 2010 roku, KIO/UZP 1549/10). Dokonując wykładni pojęcia omyłki „należy przyjąć możliwie szerokie rozumienie tego terminu. Omyłką mogą być zarówno uchybienia w przygotowaniu oferty i prawidłowym wyrażeniu jej treści popełnione przez wykonawcę, jak też pominięcie (wynikające np. z zapomnienia, błędnego rozumienia wymagań Specyfikacji) w wypełnieniu czy przedłożeniu wszystkich elementów oferty. Izba uznała, że dołączenie do oferty wzoru umowy o treści pierwotnej, nie uwzględniającej dokonanych przez zamawiającego w toku postępowania zmian, mieści się w kategorii omyłki, o której mowa w ww. przepisie.” (wyrok KIO z dnia 31 sierpnia 2010 roku, KIO/UZP 1778/10). Konieczność szerokiego interpretowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp potwierdził także inny wyrok KIO z dnia 27 lipca 2010 roku (KIO/UZP 1459/10), w którym zaakcentowano, że „celem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy

- Prawo zamówień publicznych jest niedopuszczenie do wyeliminowania z postępowania ofert na skutek zaistnienia niezgodności, które nie mają istotnego znaczenia dla przedmiotu zamówienia i oczekiwań Zamawiającego. Aby powyższy cel został osiągnięty, przepis ten nie może być interpretowany zawężająco." Należy również podkreślić, że omyłką są wszelkie niezamierzone pomyłki, opuszczenia oraz różnice, które nie są świadomym pominięciem określonych w SIWZ wymogów, co może dotyczyć także ceny wskazanej w ofercie (wyrok KIO z 18 maja 2010 roku (KIO/UZP 779/10).

Przenosząc powyższe uwagi o charakterze generalnym na grunt niniejszej sprawy należy zaakcentować, że brak dołączenia do oferty ostatecznej przez BTC Załącznika nr 6 „Wycena poszczególnych etapów” do umowy był wynikiem przeoczenia, a nie świadomego działania BTC. W związku z tym nie ulega wątpliwości, że stanowiło to omyłkę. Należy jednocześnie podkreślić, że w przedmiotowym postępowaniu złożona została wcześniej oferta wstępna, do której dołączono wskazany Załącznik nr 6. Jego treść nie była następnie przedmiotem negocjacji między BTC a Zamawiającym, a więc jego treść nie miała ulec zmianie. Z tego względu można zająć stanowisko, że Zamawiający znał treść oferty BTC w zakresie Załącznika nr 6 i wiedział, że nie uległa ona zmianie w toku negocjacji. Z tego względu biorąc pod uwagę powyższe orzeczenia KIO wskazujące, że omyłką w rozumieniu przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp może być także brak załączenia określonego dokumentu, Zamawiający był zobowiązany poprawić tą omyłkę w oparciu o Załącznik nr 6, który znajdował się w jego posiadaniu i był tożsamy z treścią Załącznika nr 6, jaki miał być dołączony do ostatecznej oferty.

Dodatkowo podkreślono, że poprawienie wskazanej omyłki nie powodowałoby istotnych zmian w treści oferty. Elementy, które zawarte zostały w Załączniku nr 6, a zatem wycena poszczególnych etapów będąca harmonogramem płatności, nie stanowiły kryterium oceny ofert.

W związku z powyższym przesłanki zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zostały w niniejszej sprawie spełnione, co rodziło obowiązek (wobec kategorycznego sformułowania przepisu „Zamawiający poprawia”) poprawienia omówionej omyłki. Zaniechanie tej czynności spowodowało naruszenie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp a w konsekwencji także przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i doprowadziło do dokonania czynności niezgodnej z przepisami ustawy Pzp polegającej na odrzuceniu oferty BTC mimo, że nie było ku temu podstaw.

Na marginesie należy jeszcze podkreślić, że Zamawiający mógł w trybie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zażądać od BTC wyjaśnień co do treści złożonej oferty i tak zadać pytanie, by ustalić, czy treść Załącznika nr 6 do umowy załączonej do oferty wstępnej nie uległa zmianie. Jednocześnie jednak zdaniem Odwołującego czynność ta byłaby zbędna, ponieważ istniał obowiązek poprawienia tej niezgodności oferty z SIWZ jako omyłki w trybie przepisu art. 87

ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Tym niemniej taka możliwość istniała, a Zamawiający z niej nie skorzystał.

Przechodząc do omówienia zarzutów związanych z zaniechaniem wezwania Mikroniki do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny Odwołujący wskazał, że w toku postępowania wpłynęły 4 oferty i podał ceny tych ofert w zakresie ceny oferty brutto oraz kosztu 3 letniej umowy serwisowej.

Zestawienie ceny zaoferowanej przez Mikronikę na realizację 3-letniej umowy serwisowej z kolejną najniższą ceną zaoferowaną w tym zakresie przez „ELKOMTECH” S.A. wskazuje, że odpowiada ona 14,66 % tej ceny. Dodatkowo porównanie tej części oferty Mikroniki z pozostałymi ofertami wskazuje, że zaoferowana cena 3-letniej umowy serwisowej jest znacząco niższa od ceny zaoferowanych przez pozostałych uczestników postępowania.

Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W celu wyeliminowania uznaniowości w tym zakresie i w konsekwencji stosowania tego przepisu jedynie w uzasadnionych przypadkach ustawodawca wprowadził w przepisach art. 90 ustawy Pzp tryb pozwalający na wyjaśnienie, czy zaoferowana cena jest rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wskazana regulacja ma charakter ochronny w stosunku do funkcjonowania całego rynku. Jej celem jest bowiem ochrona uczciwej konkurencji rozumianej w ten sposób, że nieuczciwym zachowaniem jest zaniżanie ceny w stosunku do cen rynkowych, ponieważ ogranicza dostęp do rynku pozostałych oferentów. W orzecznictwie KIO wypracowano kryteria wskazujące, kiedy zaoferowana cena jest rażąco zaniżona w stosunku do przedmiotu zamówienia. W wyroku KIO z dnia 7 stycznia 2011 roku (KIO/UZP 2745/10, KIO/UZP 2762/10) wskazano, że „Za „rażąco niską cenę” można uznać cenę niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Innymi słowy „rażąco niską ceną” jest cena znacząco odbiegająca od cen przyjętych na rynku, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Dokonując oceny czy zaoferowana cena wypełnia znamiona „rażąco niskiej ceny” zamawiający nie powinni odnosić się tylko do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia.” W wyroku KIO z dnia 4 stycznia 2011 roku (KIO/UZP 2697/10) podkreślono, że „Rażąco niska cena odnosi się zarówno do wartości szacunkowej zamówienia, jak i do wartości pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Zamawiający w celu stwierdzenia czy cena jest rażąco niska, powinien przeprowadzić porównanie jej z cenami rynkowymi podobnych zamówień i na podstawie otrzymanych wyników, jeżeli uzasadniają one podejrzenie świadomego zaoferowania rażąco niskiej ceny, powinno to skutkować wszczęciem przez zamawiającego procedury wyjaśniającej określonej w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych.”

W przedmiotowym postępowaniu cena zaoferowana przez Mikronikę na realizację 3-letniej umowy serwisowej rażąco odbiegała od wartości pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Cena ta jest również rażąco niska w porównaniu z cenami stosowanymi na rynku w odniesieniu do podobnych zamówień. Należy także podkreślić, że analiza treści 3-letniej umowy serwisowej ukazuje całkowitą nierynkowość zaproponowanej przez Mikronikę ceny. W konsekwencji w przedmiotowym postępowaniu wypracowane w orzecznictwie KIO przesłanki pozwalające na zastosowanie przepisów art. 90 ustawy Pzp zostały spełnione. W związku z tym Zamawiający miał obowiązek zwrócić się do Mikroniki o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny 3-letniej umowy serwisowej. Istnienie takiego obowiązku zamawiającego zostało potwierdzone w wyroku KIO z dnia 23 lutego 2011 roku (KIO/UZP 270/11, KIO/UZP 275/11), w którym zaakcentowano, że: „Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z konsekwencjami wynikającymi z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy nakłada na Zamawiającego obowiązek ustalenia, czy cena zaproponowana w ofercie przez wykonawcę, zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ustalenia powyższego dokonuje Zamawiający, po uprzednim zwróceniu się do wykonawcy, którego oferta jest badana o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.”

W związku z powyższym Zamawiający naruszył przepisy art. 90 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie w sytuacji, gdy miał taki obowiązek. Należy podkreślić, że w wyniku ich zastosowania to na Mikronika spoczywałby ciężar dowodu udowodnienia rynkowości zaproponowanej ceny oraz konsekwencje braku podważenia temu ciężarowi (wyrok KIO z dnia 14 lutego 2011 r. KIO/UZP 228/11).

Zamawiający naruszył jednocześnie przepisy art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp Postępowanie nie zostało bowiem przeprowadzone w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Należy bowiem zaznaczyć, że na równi z czynem nieuczciwej konkurencji należy traktować zawarcie w ofercie rażąco niskiej ceny, ponieważ utrudnia to innym przedsiębiorcom dostęp do rynku (E. Norek, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2009, Wyd. IV, uwaga 12 do art. 89). W związku z tym brak wyjaśnienia wątpliwości, co do rynkowego charakteru ceny oferty, która zostaje następnie wybrana jako najkorzystniejsza, prowadzi do przeprowadzenia postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji. To zaś prowadzi do dokonania wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami p.z.p., czyli z naruszeniem przepisu art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

W dniu **18 lipca 2011 roku**, w związku z otrzymaniem informacji od Zamawiającego w dniu 18 lipca 2011 roku o wniesieniu odwołania, działając na podstawie art. 185 ust. 2



ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca **Badawczo-Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA” z siedzibą w Poznaniu.**

Zgłaszający przystąpienie wnosił o oddalenie odwołania BTC.

Wskazywano, iż interes Mikroniki w przystąpieniu - po stronie Zamawiającego - do postępowania toczącego się na skutek wniesienia odwołania przez PSI wyraża się w tym, iż oferta Mikroniki została wybrana w niniejszym postępowaniu jako najkorzystniejsza. Spełnienie żądań przedstawionych w odwołaniu przez PSI doprowadziłoby do zniweczenia tego wyboru i ostatecznie nieudzielenia Mikronice zamówienia publicznego. Z powyższych względów wykonawca posiada interes w oddaleniu odwołania.

Wskazano, że wniosek o oddalenie odwołania uzasadniony jest niezasadnością zarzutów zawartych w odwołaniu PSI. Nie sposób bowiem zgodzić się z Odwołującym jakoby oferta wybranego wykonawcy zawierała rażąco niską cenę. Cena podana przez Mikronikę została bowiem skalkulowana rzetelnie i prawidłowo.

W dniu **20 lipca 2011 roku**, w związku z otrzymaniem informacji od Zamawiającego w dniu 18 lipca 2011 roku o wniesieniu odwołania, działając na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca **PSI Produkty i Systemy Informatyczne sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** względem zarzutów dotyczących odrzucenia oferty BTC na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp z uwagi na to, iż treść oferty nie odpowiadała specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zaniechaniu poprawienia wskazanej omyłki w ofercie BTC. Zgłaszający przystąpienie wnosił o podtrzymanie decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty BTC na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, z uwagi na to iż jej treść nie odpowiada zapisom specyfikacji istotnych warunków zamówienia; podtrzymanie decyzji Zamawiającego o niedokonywaniu poprawienia oferty złożonej przez BTC;

W zakresie niezgodność oferty BTC z warunkami zawartymi w SIWZ zgłaszający przystąpienie wskazywał, że zgodnie z informacją zawartą w protokole z posiedzenia w sprawie oceny ofert, oferta złożona przez BTC nie zawierała Załącznika nr 6 tj. „Wyceny poszczególnych Etapów”. Odwołujący w złożonym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu, iż załącznik nr 6 do Umowy „Wycena poszczególnych etapów” został dołączony do oferty wstępnej; nie był on przedmiotem negocjacji z Zamawiającym; jego treść nie została zmieniona w stosunku do oferty wstępnej; zawarte w nim informacje nie wchodziły do kryterium oceny ofert; nie powodowały istotnej zmiany ofert. Powyższe argumenty są całkowicie bezzasadne.

Załącznik nr 6 do umowy „Wycena poszczególnych Etapów” nie był wymagany na etapie składania ofert wstępnych, a nawet przy jego załączeniu jego postać mogła nie

odpowiadać ostatecznemu kształtowi. Zamawiający wyraźnie to podkreślił w odpowiedzi nr 24 w wyjaśnieniach datowanych na 17 maja 2011r. Skoro ów załącznik nie był obligatoryjny, a w dodatku jego treść mogła ulec zmianie - co jest istotą rozróżniającą ofertę wstępną od ostatecznej - trudno wymagać od Zamawiającego uznania takowego dokumentu za prawnie wiążący czy też domniemywać pozostawienia go bez zmian.

Wykonawca nie ma żadnych ograniczeń względem zmian dokonywanych pomiędzy ofertą wstępną a ostateczną. Ograniczenie zmian dotyczących prowadzonych negocjacji dotyczy wyłącznie SIWZ (art. 59 ust. 1 ustawy Pzp), nie ogranicza zaś zmian dokonywanych przez wykonawców w ich ofertach.

W związku z niezłożeniem przez Wykonawcę załącznika w ofercie ostatecznej, domniemanie iż jego kształt nie uległ zmianie jest wyłącznie nieuzasadnioną spekulacją. Co więcej - można domniemywać odwrotnie. Treść SIWZ uległa istotnym zmianom, a dodatkowo Zamawiający udzielił w dniach 16 i 20 czerwca 2011 roku odpowiednio 8 i 29 odpowiedzi na pytania wykonawców. Z uwagi na sformalizowanie postępowania o udzieleniu zamówienia publicznego za całkowicie nietrafny należy uznać argument, iż Zamawiający powinien domniemywać iż Wykonawca nie zamierzał wprowadzić zmian względem treści oferty wstępnej.

Fakt iż Załącznik nr 6 nie stanowił kryterium oceny ofert nie umniejsza jego rangi jako istotnego składnika oferty. W innym przypadku w art. 89 ust. 2 ustawy pzp ustawodawca zastrzegłby, iż odnosi się on wyłącznie do ocenianych elementów oferty, czyli w skrajnym przypadku odnosiłby się wyłącznie do ceny. Co więcej - Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 1, przesłanej w dniu 17 maja 2011 roku wyraźnie określił, jaką rolę pełni Załącznik nr 6 wskazując, iż „Sposób podania ceny wraz z jej podziałem na poszczególne elementy zostanie ustalony na etapie negocjacji. Wtedy też zostanie doprecyzowana treść „Kalkulacji Płatności” (tj. Załącznika nr 6 do Wzoru umowy), który pozwoli na określenie wartości zamówienia uzupełniającego”. Dziwi więc uznanie przez Odwołującego Załącznika nr 6 jako nieistotnego elementu oferty.

Odwołujący bezprawnie zawłaszczył sobie prawo do oceny, co jest a co nie jest istotnym elementem oferty. Elementy te z jednej strony definiowane są przez prawo, a z drugiej przez Zamawiającego, który ma prawo do oceny czy informacje zawarte w ofercie wskazują, iż sposób realizacji zamówienia, które proponuje wykonawca, zgodny jest z zapisami SIWZ. W szczególności informacje podane w harmonogramie płatności mogłyby wykazać, iż wykonawca nie uwzględnił w swojej ofercie wszystkich składników i należy dokładnie zweryfikować inne elementy oferty.

W związku z powyższym stwierdzić ponadto należy, iż niedopuszczalne byłoby jednostronne złożenie przez Wykonawcę brakującego dokumentu. Brak jest bowiem podstawy prawnej do takiego działania ze strony Wykonawcy.

W zakresie niezasadności odwołania się do art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wskazano, że zarzut zaniechania poprawienia omyłki w ofercie zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest to oczywista nadinterpretacja tego co jest oczywistą omyłką i pomijając fakt iż art. 87 mówi wyraźnie iż „Zamawiający poprawia w ofercie: (...) - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona”. Jednoznacznie to świadczy o tym, iż Zamawiający musi być w stanie dokonać poprawki samodzielnie. O ile przepisy nie wyłączają możliwości dokonywania poprawek w formularzach cenowych (kosztorysowych) w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, to nie należy utożsamiać tego z możliwością uzupełnienia niezłączonych dokumentów. Pominięcie, bez względu na intencje wykonawcy, jakiegokolwiek pozycji oznacza tym samym brak zaoferowania zamawiającemu zawartego w niej zakresu pracy lub wyceny . Wskazać należy, iż nawet gdyby było możliwe uzupełnienie oferty w sposób przedstawiony przez Odwołującego, to bezsporne jest, iż doprowadziłoby to do istotnych zmian w treści oferty. Ustawodawca na tym etapie nie przewidział możliwości uzupełniania ofert, a taka czynność byłaby niezbędna w celu doprowadzenia oferty BTC do zgodności z wymogami SIWZ. Wręcz przeciwnie - art. 87 ust. 1 ustawy Pzp stanowi wyraźnie, iż „niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści”. Ust. 2 mówi jednoznacznie o czynnościach dokonywanych bez konsultacji z wykonawcą. Jednostronność czynności Zamawiającego znalazła wielokrotne odniesienie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W szczególności, uwagę należy zwrócić na konsekwentną linię orzeczniczą KIO, zgodnie z którą „doprowadzenie treści oferty do zgodności z treścią SIWZ wymaga (...) określenia odpowiednio właściwej wyceny, brak jest podstaw uznania omyłki za spełniającą przesłanki z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ponadto przyjęty został pogląd, iż omyłka taka jest niedopatrzeniem, błędem niezamierzonym, opuszczeniem czy też drobną różnicą”. Niezłożenie Załącznika nr 6 stanowiącego podstawę do określenia wartości zamówienia uzupełniającego nie może więc uznana być za brak nieistotny dla rozstrzygnięcia postępowania.

Na marginesie należy odnieść się do zarzutu Odwołującego, iż Zamawiający mógł skorzystać z uprawnienia przysługującego mu na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten wyraźnie stanowi, iż Zamawiający może, ale nie musi skorzystać z tego uprawnienia. Odwołanie w tym względzie nie może jednak opierać się ono na zarzucie nieskorzystania przez Zamawiającego ze swych uprawnień, ale wyłącznie na wykazaniu, że ocena oferty została dokonana z naruszeniem prawa polegającym na niewłaściwej ocenie zawartej w niej propozycji, którego można było uniknąć, gdyby zwrócono się o stosowne wyjaśnienia do wykonawcy. Odwołujący zarzut swój oparł jedynie na wskazaniu, iż Zamawiający nie skorzystał ze swojego uprawnienia, co skutkuje jego bezzasadnością.

W zakresie zagadnień proceduralnych Przystępujący zaznaczył, że posiada interes prawny, gdyż uwzględnienie odwołania BTC naruszyłoby jego pozycję, poprzez możliwość wyboru oferty BTC jako najkorzystniejszej.

W dniu 22 lipca 2011 roku, przed otwarciem posiedzenia, Zamawiający przekazał pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie obu odwołań.

W zakresie zarzutu Odwołującego konsorcjum BTC, których przedmiotem jest odrzucenie oferty konsorcjum podnosił, że nie zasługują one na uwzględnienie. Wskazywał na zapisy SIWZ, z których jednoznacznie wynikał obowiązek dołączenia do oferty parafowanego wzoru umowy z załącznikami. W ocenie Zamawiającego brak w ofercie załącznika nr 6 do umowy nie podlega sanowaniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie przez Zamawiającego w praktyce czynności polegających na sporządzeniu za wykonawcę tego załącznika. Brak ten nie podlegał również sanowaniu w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp ponieważ brak jest możliwości żądania wyjaśnień w odniesieniu do nie dołączonego i nie istniejącego załącznika. Odwołujący pominął całkowicie wycenę poszczególnych etapów, z których każdy podlegać ma odbiorowi i odrębnemu fakturowaniu. Z przedstawionych w ofercie dokumentów w żaden sposób nie można poznać informacji dotyczącej wartości poszczególnych etapów, a zatem Zamawiający nie wie, w jakich kwotach będzie zobowiązany do zapłaty za poszczególne etapy. Przytoczono orzecznictwo KIO oraz wyciągi z publikacji UZP, z których wynika, że oferty z takimi błędami podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zastosowanie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp doprowadziłoby do nieuprawnionego uzupełnienia, a skrajnie mogłoby prowadzić do niedozwolonych negocjacji z wykonawcą.

Zamawiający wskazał także, że zaistniałej sytuacji nie można poprawić na gruncie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Po pierwsze dlatego, że wykonawcy obowiązani byli bezwzględnie do dołączenia do oferty ostatecznej załącznika nr 6 (świadczy o tym treść odpowiedzi na pytanie z dnia 14 czerwca 2011r.). Po drugie, wykonawcy nie musieli składać na etapie oferty wstępnej załącznika nr 6, co wynika z odpowiedzi na pytanie z dnia 17 maja 2011r. Po trzecie zaś, nawet gdyby z ofertą wstępną został złożony wypełniony załącznik nr 6, to wykonawca mógł złożyć w ofercie ostatecznej załącznik o innej treści. Zamawiający przywołał orzecznictwo KIO, z którego wynika, iż bezwzględnym atrybutem wymaganym przez Zamawiającego jest możliwość dokonania poprawy omyłki bez udziału wykonawcy, w tym również bez konieczności żądania wyjaśnień do treści oferty w trybie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp (m.in. wyrok KIO z dnia 23 lutego 2011r., sygn. akt KIO 270/11, KIO 275/11; wyrok KIO z dnia 29 grudnia 2010r., sygn. akt KIO 2706/10; wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2010r., sygn. akt KIO 2647/10 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Tarnowie z dnia 25 czerwca 2009 r., sygn. akt V Ga 40/09).

W odniesieniu do zarzutów obu Odwołujących BTC i PSI dotyczących zaniechania wezwania Mikronika do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 w celu ustalenia, czy koszt umowy serwisowej zawiera rażąco niską cenę, Zamawiający zaznaczył, że ewentualnemu badaniu pod kątem rażąco niskiej ceny podlega całkowita cen oferty, a nie jej elementy składowe. Potwierdza powyższe orzecznictwo KIO (np. wyrok KIO z dnia 29 września 2010r., sygn. akt 2004/10). Przedmiot zamówienia obejmuje zarówno dostawę i wdrożenie systemu SCADA, jak i jego trzyletni serwis, natomiast z zestawienia oferty wynika, że wykonawcy podjęli odmienne decyzje biznesowe co do proporcji ceny za poszczególne usługi. Nie zmienia to faktu, że cena oferty obejmuje cenę za cały przedmiot zamówienia. Ponieważ badaniu podlega wyłącznie cena całkowita oferty za całość zamówienia nie można stawiać zarzutu, że rażąco niska jest cena za jeden z elementów zamówienia.

W przypadku porównania ceny oferty do średniej ceny ofert złożonych w postępowaniu, Zamawiający zauważył, że dwóch z czterech wykonawców zaoferowało ceny na bardzo zbliżonym poziomie. Dla oceny czy cena jest rażąco niska, należy zaś uwzględnić całokształt okoliczności występujących w sprawie, w tym specyfiki rynku, którego dotyczy realizowane zamówienie. Zamawiający wskazał na przykładowe inne postępowania dotyczące wdrożenia tożsamego systemu SCADA, w których różnice w cenach sięgały nawet 100%, co biorąc pod uwagę silnie konkurencyjny specyficzny rynek, nie świadczy o rażąco niskiej cenie. W tej sytuacji Zamawiający nie miał podstaw, aby podejrzewać Mikronikę o złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę.

W przypadku porównania oferty do wartości szacunkowej zamówienia, Zamawiający zaznaczył, że przyjęcie kwoty 2 337 000,00 zł jako przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia nie wynikało ze świadomego przeszacowania, lecz z założenia, że nie należy przyjmować tej kwoty na najniższym poziomie, gdyż doprowadziłoby to do zawężenia kręgu potencjalnych wykonawców. Pozostawiono sobie margines bezpieczeństwa, na wypadek gdyby dla realizacji oczekiwań Zamawiającego konieczne było nie tylko przedstawienie oferty na typowe istniejące już na rynku oprogramowanie, ale stworzenie w znacznej części oprogramowania dedykowanego dla Zamawiającego. Ponadto w toku postępowania, w wyniku negocjacji zakres przedmiotowy zamówienia został nieco zawężony, co również mogło mieć wpływ na ceny złożonych ofert.

Porównując cenę oferty z cenami rynkowymi podobnych zamówień, Zamawiający wskazał, że analiza ewentualnego istnienia przesłanki rażąco niskiej ceny dokonywana jest w porównaniu do cen z innych postępowań o możliwie najbardziej zbliżonym charakterze. Wskazał na postępowania prowadzone w 2008 roku przez inną ze spółek należącą do tej samej grupy kapitałowej, gdzie oferty złożyli tożsami wykonawcy i ceny również od siebie znacząco odbiegały, w tym także w zakresie usług serwisowania. Wartości ofert w tamtym postępowaniu nie budziły wątpliwości Zamawiającego. System został prawidłowo wdrożony i

funkcjonuje. Mając taką wiedzę i doświadczenie z innych postępowań przetargowych, a z drugiej strony renomę występujących w postępowaniu wykonawców, Zamawiający nie uznał, przedstawionych przez Mikronikę cen za niewiarygodne, czy nierealistyczne.

Na rozprawie strony oraz Przystępujący podtrzymali oświadczenia złożone na piśmie.

**Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, pytań i odpowiedzi, dokumentów przedłożonych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego oraz stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Numer Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej, w którym zostało zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu: 2011/S 60-097617

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił także, że Wykonawcy wnoszący odwołania posiadają interes w ich złożeniu. Skład orzekający Izby wskazuje, iż Izba z urzędu w każdym rozpatrywanym przypadku zobowiązana jest do badania interesu wykonawcy we wnoszeniu środków ochrony prawnej. Jedną z przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp jest interes w uzyskaniu zamówienia. Stanowi on materialnoprawną przesłankę, co oznacza, że odwołanie (w przypadku braku takiego interesu) nie zostaje przez Izbę odrzucone, postępowanie odwoławcze jest prowadzone, jednakże w przypadku braku istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia (braku legitymacji do wniesienia odwołania) odwołanie zostaje oddalone. Zatem środki ochrony prawnej przysługują wyłącznie podmiotom, które w momencie skorzystania z drogi odwoławczej mają ściśle skonkretyzowany w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp interes w ich wnoszeniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że wypełniono przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Uznano, że interes Odwołujących w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Tego rodzaju działanie Zamawiającego stanowiłoby naruszenie ustawy Pzp i mogłoby grozić powstaniem uszczerbku u Odwołujących w toku postępowania. Oferta Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 1495/11 zajmuje drugie miejsce w rankingu

wykonawców a więc w przypadku potwierdzenia się zarzutów zaniechania odrzucenia oferty wybranej, ma on realną szansę na uzyskanie zamówienia, w przypadku natomiast Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 1492/11 w chwili składania środka ochrony prawnej jego oferta zajmowała drugie miejsce w rankingu ofert spośród ofert ważnych i nieodrzuconych, ma on więc realną możliwość uzyskania zamówienia. Tym samym, wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę ustalenia w zakresie stanu faktycznego złożonych odwołań poczynione na początku uzasadnienia i odnosząc się do podniesionych w treści odwołań zarzutów stwierdzić należy, że oba odwołania zasługują na uwzględnienie gdyż potwierdziła się część z podnoszonych zarzutów.

**Zarzuty podnoszone w obu odwołaniach i dotyczące zaniechania wezwania wykonawcy Mikronika do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Izba rozpoznała łącznie ze względu na ich tożsamość przedmiotową.**

W zakresie zarzut zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp ustalono, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia zaoferowali ceny w wysokości przytoczonej na wstępie uzasadnienia, w rozbiciu na cenę za wdrożenie systemu oraz cenę za 3-letnią umowę serwisową. Do takiego rozbicia odnosiły się również przyjęte przez Zamawiającego kryteria oceny ofert, które stanowiły:

- a) Cena – 60%
- b) Koszt 3-letniej umowy serwisowej – 20%
- c) Wartość techniczna i funkcjonalna – 20%

Ustalono również, że podczas otwarcia ofert Zamawiający podał kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia w wysokości 2 337 000,00 zł (druk ZP-1 – protokół z postępowania). W toku prowadzonego postępowania nie zwracał się do wykonawcy wybranego o złożenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ze względu na podejrzenie wystąpienia rażąco niskiej ceny.

Na początku rozważań zauważyć należy, iż ani polskie ustawodawstwo ani też dyrektywny unijny nie definiują pojęcia rażąco niskiej ceny. Słownik Języka Polskiego PWN opisuje przymiotnik „rażący” jako dający się łatwo stwierdzić, wyraźny, oczywisty, niewątpliwy, bezsporny. Zgodnie z dotychczas przyjętą linią orzecznictwa należy przyjąć, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną,

w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Ceną rażąco niską będzie zatem cena znacząco odbiegająca od cen rynkowych przyjętych dla danego przedmiotu zamówienia, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy (wyrok ZA z 23 marca 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-297/07). Podzielono stanowisko wyrażone w wyroku SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07, iż o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne, oraz że rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. *Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę*". Stanowisko takie podzielane było również w orzecznictwie Izby „*Za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia i jego wartości. Nie oznacza to jednak, że każda oferta z ceną niższą od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT zawiera rażąco niską cenę.*” (por. wyrok KIO z 10 czerwca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 684/09).

Podzielono również pogląd, że oceny przesłanek zaofiarowania rażąco niskiej ceny należy dokonywać w konkretnym przypadku, uwzględniając specyfikę danego przedmiotu zamówienia. Tym samym Izba podziela wyrażane wcześniej w orzecznictwie KIO stanowisko, iż „*Dla uznania, że cena jest rażąco niska, nie jest wystarczające matematyczne określenie, że cena odbiega o określoną wartość (np. 20 %, 30 %, czy 60 %) od ceny innego wykonawcy, składającego ofertę w postępowaniu. Dla uznania, że cena jest rażąco niską konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę.*” (Wyrok z dnia 13.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1492/08).

Brak uregulowania ustawowych definicji rażąco niskiej ceny, brak analogicznej definicji w dyrektywach jednoznacznie wskazuje na indywidualność tego zagadnienia. Każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie (tak też: postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 17.01.2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05).

Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W celu upewnienia się, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty na



podstawie przepisu dotyczącego rażąco niskiej ceny, Zamawiający powinien pozyskać jednoznaczne wyjaśnienia od Wykonawcy i dopiero w wyniku oceny tych wyjaśnień podjąć dalsze decyzje, w tym o wyborze oferty (sygn. akt UZP/ZO/0-564/06). Niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie (np. wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium) i odrzucanie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu, bez podania wykonawcom możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna (orzeczenie ETS z 22 czerwca 1989 r., C-103/88, Fratelli Constanzo SpA przeciwko Comune di Milano, ECR 1989, str 01839). Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub, jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp). Przedstawione przez wezwanego wykonawcę wyjaśnienia podlegają – w myśl art. 90 ust. 2 ustawy Pzp - ocenie zamawiającego, stanowią przedmiot analizy zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. *Z tego względu dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień, które będą odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej* (tak też: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007r., sygn. akt V Ca 2214/06). Ponadto podzielono wyrażane w orzecznictwie stanowisko, iż wyjaśnienia, zawierające niekonkretne i ogólne stwierdzenia, należy uznać za niezłożone (tak: wyrok KIO z dnia 26 listopada 2010r. sygn. akt: KIO/2498/10).

Jeśli Zamawiający nie stwierdzi rażącego zaniżenia ceny, to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe, w tym art. 6 KC, zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne (za wyrokiem SO w Katowicach z 30.01.2007 r., XIX Ga 3/07).

Punktem odniesienia do kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej mogą być w szczególności: ustalona należycie przez zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia powiększona o podatek VAT; ceny zaoferowane przez innych wykonawców; ceny rynkowe za podobny przedmiot zamówienia.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt analizowanego stanu faktycznego, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, odnosząc się do zarzutu podniesionego w odwołaniach, tj. naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, iż Odwołujący udowodnili tezy prezentowane w odwołaniu w zakresie zaistnienia przesłanek, które uzasadniałyby

konieczność rozpoczęcia procedury wyjaśniającej. Prawdą jest, że ocena, czy zachodzi podstawa do wystąpienia o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, jest subiektywną oceną Zamawiającego. Ustawodawca nie określił w tym przypadku żadnych wytycznych, pozostawił decyzję Zamawiającemu, czy w danych okolicznościach uzasadnione będzie podejrzenie zaoferowania ceny rażąco niskiej.

Zamawiający na gruncie analizowanej sprawy wykazywał, że wykonawca ma prawo skalkulować wewnętrzne elementy oferty (a tym samym ceny poszczególnych usług składających się na wykonanie zamówienia, tj. cenę za wdrożenie oraz cenę za usługi serwisu) w sposób dowolny, w tym taki, który umożliwi mu otrzymanie większej części zapłaty lub wcześniejszej płatności za część wykonanego zamówienia, bowiem ocenie podlega cena za całość zamówienia. Powyższa argumentacja opiera się na założeniu, że cena jest pewną wynikową wartością za wykonanie całości zamówienia, na którą składają się elementy, których jednostkowa wycena pozostaje już bez znaczenia dla tej ceny, jeśli tylko w całości odpowiada ona kosztom i nakładom ponoszonym w związku z wykonaniem zamówienia, powiększonym o odpowiedni zysk. Wykonawcy mogą zatem wyceniać niektóre usługi znacząco drożej aniżeli ponoszone nakłady i koszty, inne zaś poniżej rzeczywistych kosztów, byleby cena jako całość bilansowała całe przedsięwzięcie – wycena elementów składających się na cenę końcową jest w tym wypadku jedynie technicznym zabiegiem, który odbywa się niejako „wewnątrz ceny”, bez znaczenia dla oceny, czy nie mamy do czynienia z rażąco niską ceną.

W analizowanej sprawie mamy do czynienia z inną sytuacją. W pierwszej kolejności zauważyć należy, iż poszczególne składowe ceny ustanowione zostały oddzielnymi kryteriami oceny ofert. Nie jest więc prawdą twierdzenie Zamawiającego, że oceniana była cena całkowita oferty za całość zamówienia. A zatem domniemywać należy, że istotne znaczenie dla Zamawiającego miała odrębnie cena za wdrożenie i cena za serwis, skoro zdecydował się na ich oddzielne ocenianie w ramach odrębnych kryteriów. Potwierdza takie rozumowanie również fakt bezsporny między stronami, że w zakresie objętym przedmiotem zamówienia zawarte zostaną odrębne umowy z odrębnie określonym wynagrodzeniem. Nie przesądzając o trafności argumentacji Zamawiającego, iż obie usługi objęte są przedmiotem zamówienia i stanowią funkcjonalnie jedno zamówienie, a niewątpliwie jest to twierdzenie prawdziwe, w przedmiotowym postępowaniu możliwe było rozróżnienie poszczególnych elementów składających się na cenę jako całość i oddzielna ich ocena w zakresie pojęcia ceny rażąco niskiej.

Jeżeli zatem ceny za wdrożenie systemu w złożonych ofertach znacząco od siebie nie odbiegają i kształtują się na zbliżonym poziomie, to twierdzenia powyższego nie można odnieść do cen za 3-letnią umowę serwisową. Różnice kwotowe w wysokości ceny za powyższą usługę (ceny zaoferowane przez wykonawców wahają się od 16 236, 00 zł – cena zaproponowana przez wykonawcę wybranego do 3 099 600,00 zł – cena zaproponowana przez Odwołującego PSI), winny skłonić Zamawiającego do powzięcia podejrzenia, które winno prowadzić do wezwania wykonawcy Mikronika do złożenia wyjaśnień w zakresie zaproponowanej ceny. Następnie złożone wyjaśnienia powinny być ocenione przez Zamawiającego biorąc pod uwagę wszystkie obiektywne okoliczności. Izba wzięła pod uwagę wyjaśnienia, które złożone zostały przez Przystępującego Mikronikę w niniejszym postępowaniu na rozprawie. Jednakże oceny ewentualnych wyjaśnień dokonać musi Zamawiający. Przeprowadzenie procedury wyjaśniającej opisanej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie jest równoznaczne ze stwierdzeniem, że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu. Jest to etap konieczny, który powinien mieć zastosowanie, gdy istnieją uzasadnione wątpliwości, co do tego, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Biorąc pod uwagę fakt, że wykonawca wybrany Mikronika nie był wzywany do złożenia wyjaśnień, Izba uznała, że niedopuszczalne jest odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp bez zapewnienia wykonawcy możliwości obrony swojej oferty. Dopiero bowiem analiza złożonych wyjaśnień może być podstawą do odrzucenia oferty.

Ze złożonych w toku rozprawy dowodów odnoszących się do innych postępowań o zbliżonym przedmiocie zamówienia nie wynikało, że cena za umowę serwisową była wyodrębniana i oceniana oddzielnie, jak uczyniono w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nie wynika to z żadnego ze złożonych przez Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie formularzy ofertowych, natomiast w postępowaniu prowadzonym obecnie na formularzu wykonawcy obowiązani byli wskazać oddzielnie wartość, koszt 3-letniej umowy serwisowej. A zatem nie sposób porównywać cen zaproponowanych w innych postępowaniach w odniesieniu do ceny za usługi serwisowe).

Skład orzekający Izby nie uwzględnił natomiast zarzutów Odwołującego PSI w sprawie o sygn. akt KIO 1492/11 dotyczących oceny ceny oferty za wdrożenie systemu w odniesieniu do zagadnienia ceny rażąco niskiej, natomiast żądania odrzucenia oferty Mikronika na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp uznał za przedwczesne.

Porównując złożone w postępowaniu oferty w tym zakresie, słusznie Zamawiający i Przystępujący Mikronika zauważyli, że różnica między ofertą najtańszą a drugą w kolejności ofertą Odwołującego BTC oraz kolejnymi wykonawcami nie jest znacząca, biorąc choćby pod uwagę zakres i przedmiot zamówienia. Taka różnica procentowa w żaden sposób nie udowadnia wystąpienia rażąco niskiej ceny. Jest to normalne następstwo

przyjęcia przez kolejnych wykonawców różnej wielkości składników cenotwórczych czy zysku. Nie są to różnice, które mogłyby uzasadniać zarzut rażąco niskiej ceny lub rodzić podejrzenia u Zamawiającego, które miałyby go skłonić do żądania wyjaśnień.

Idąc dalej i porównując złożone oferty w zakresie ceny za wdrożenie systemu z wartością szacunkową zamówienia określoną przez Zamawiającego i kwotą, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zadania, również nie sposób przyjąć, że oferta złożona przez wykonawcę Mikronika jest ofertą zawierającą rażąco niską cenę. W tym zakresie wzięto pod uwagę wyjaśnienia złożone przez Zamawiającego, które strony sporu potwierdziły, iż w toku prowadzonych negocjacji znacząco ograniczono przedmiot zamówienia, co przekładać się może na różnice pomiędzy wartością szacunkową zamówienia czy kwotą przeznaczoną na realizację zamówienia a wartością złożonych ofert. Nie jest to poziom rażąco odbiegający, nawet od ofert złożonych w postępowaniu, który nie gwarantowałby nieosiągnięcia choćby minimalnego zysku lub który groziłby niewykonaniem przedmiotu zamówienia. Odnoszenie ceny oferowanej wyłącznie do wartości szacunkowej zamówienia przy ocenie, czy dana oferta jest ofertą z rażąco niską ceną, nie jest także wystarczające (za wyrokiem KIO z dnia 21 lipca 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 691/08). Nie ma bowiem żadnego wzoru matematycznego, który pozwalałby ustalić, czy istnieje uzasadnione prawdopodobieństwo rażąco niskiej ceny. Cenę tę należy odnosić do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego specyfiki oraz rynku danego rodzaju zamówień, jak też wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia ustalonej z należytą starannością (za wyrokiem KIO z dnia 16 lipca 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 671/08). Takie ukształtowanie cen w postępowaniu oznacza po prostu zaciętą walkę o tak intratne zamówienie.

Dokonana analiza pokazuje, iż w pewnych punktach odniesienia, biorąc pod uwagę kryteria ocen ustanowione przez Zamawiającego, Odwołujący udowodnili konieczność ze strony Zamawiającego podjęcia weryfikacji złożonej oferty w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Z przedstawionych względów Izba stwierdziła, że zaszły okoliczności wymagające wszczęcia przez Zamawiającego procedury określonej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

**Zarzuty dotyczące nieprawidłowego odrzucenia oferty konsorcjum BTC na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz zaniechania poprawienia innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp podniesione w odwołaniu w sprawie o sygn. akt: KIO 1495/11 nie potwierdziły się i nie zasługiwały na uwzględnienie.**

Ustosunkowując się do podniesionego w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty konsorcjum BTC uznano zarzut za

nieuzasadniony. Wskazany przepis stanowi, iż Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Stosownie do treści art. 87 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie następujące kategorie omyłek: 1) oczywiste omyłki pisarskie; 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek; 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Powyższe brzmienie przepisu zostało nadane ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008r. Nr 171 poz. 1058), która weszła w życie od 24 października 2008r.

Intencją ustawodawcy w zakresie wskazanego przepisu było umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego zdaje się wynikać ogólny zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych które zawierają różnego rodzaju błędy, niedoskonałości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. Taką intencję ustawodawca wyraził w uzasadnieniu do *Ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw*, którą wprowadzono zmiany do ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób następujący: „*W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. (...). Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami.*

*Ulega skróceniu termin, w jakim wykonawca może nie zgodzić się na poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej, rachunkowej oraz innej omyłki w ofercie (art. 89 ust. 1 pkt 7). Uznano, że termin 3 dni (obecnie 7 dni) stanowi wystarczające zabezpieczenie interesów wykonawcy, gdyż pozostawia mu możliwość zajęcia stanowiska w kwestii wprowadzanych poprawek także w sytuacji, gdy obejmuje dni ustawowo wolne od pracy."*

Powołany przepis statuuje obowiązek Zamawiającego dokonania poprawienia w ofercie wykonawcy omyłek polegających na niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty oraz nie stanowiących oczywistej omyłki pisarskiej lub oczywistej omyłki rachunkowej.

Dla wystąpienia podstaw do dokonania przez Zamawiającego poprawek w ofercie wykonawcy z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, konieczne jest zatem stwierdzenie, że oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia; że dostrzeżone niezgodności mają charakter omyłek; wreszcie – że nie powodują one istotnych zmian w treści oferty (ich poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści pierwotnego oświadczenia woli zawartego w ofercie).

Bezspornym jest między stronami to, że oferta konsorcjum BTC złożona w analizowanym postępowaniu nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zakresie niezłączenia do wzoru umowy załącznika nr 6, który określać miał wycenę poszczególnych etapów umowy.

Bezspornie z zapisów SIWZ wynika, iż Zamawiający wymagał załączenia do oferty ostatecznej parafowanego wzoru umowy wraz ze wszystkim załącznikami, w tym także załącznika nr 6 (pkt 7.3.2. SIWZ oraz odpowiedzi na pytanie nr 6 z dnia 14 czerwca 2011 roku). Z akt prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynika także, że ów sporny załącznik dołączony i wypełniony został do oferty wstępnej złożonej w postępowaniu przez konsorcjum BTC, mimo że jego załączenie na ówczesnym etapie postępowania było nieobowiązkowe.

Jednakże dostrzec należy, że postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego w procedurze negocjacyjnej, złożenie załącznika nr 6 do wzory umowy nie było wymagane na etapie składania oferty wstępnej (fakt przyznany przez strony sporu), a toku prowadzonych negocjacji zmianie uległa znaczna część dotycząca opisu i zakresu przedmiotu zamówienia. Wykonawcy po przeprowadzonych negocjacjach mieli możliwość wprowadzenia zmian wpływających na ostateczny kształt oferty, gdzie wcześniej złożone oświadczenia woli mogły ulec zmianie. Ponadto Zamawiający nie przedstawił, określił wzoru załącznika nr 6, a więc jego ukształtowanie co do treści i informacji w nim zawartych należało do wykonawców.

Stąd nie sposób zgodzić się z poglądem Odwołującego, zgodnie z którym pominięcie w ofercie załącznika nr 6 do wzoru umowy, stanowi przejaw nieświadomego działania wykonawcy, a wykonawca jest nadal związany oświadczeniem woli znajdującym się w ofercie wstępnej. Zgodzić należy się, że w przedmiotowym postępowaniu nie mamy do czynienia z oświadczeniem o zamiarze wykonania zamówienia w sposób odmienny aniżeli wymagany w specyfikacji, ale zapewne z niecelowym pominięciem pewnego wymaganego dokumentu, które nie może być jednak rozpatrywane w kategorii omyłki, którą Zamawiający może poprawić. Pominięcie, niezłączenie tego dokumentu mogło równie dobrze wynikać z ogromnego zakresu objętego zamówieniem, konieczności uwzględnienia szeregu czynności i zwykłego przeoczenia. Nie oznacza to, że Zamawiający mógł naprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp powyższą sytuację

W ocenie składu orzekającego Zamawiający nie był uprawniony do poprawienia oferty przez uzupełnienie, czy też przepisanie z oferty wstępnej danych objętych treścią załącznika nr 6 do umowy, a zatem odrzucenie oferty konsorcjum BTC na wskazanej podstawie prawnej było prawidłowe.

Powyższe przemawiało za uznaniem niedopuszczalności dokonania poprawki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jako dotyczącej niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Rozpatrzenia dalej wymagało zagadnienie czy możliwe jest ewentualne dokonanie w przedmiotowym postępowaniu przez Zamawiającego poprawienie omyłek, stanowiących o niezgodności oferty treścią SIWZ, które nie spowoduje istotnej zmiany oferty wykonawcy konsorcjum BTC. Dla oceny istotności zmiany oferty w stosunku do jej pierwotnego brzmienia mogą mieć znaczenie czynniki takie jak zakres zmiany w stosunku do całości oferty, odnoszonej zarówno do pojedynczych poprawek jak i ich całokształtu treści oświadczenia woli wykonawcy; jej wpływ w ujęciu finansowym na treść oferty.

Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ma charakter relatywny – ustawodawca posłużył się w nim pojęciem nieostrym „omyłki niepowodującej istotnych zmian w treści oferty” tworząc normę o charakterze ocennym.

Odniesienie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp do okoliczności konkretnego przypadku polega na obiektywizacji – ustaleniu, czy z punktu widzenia celu danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, zaspokajającej merytoryczne oczekiwania i potrzeby Zamawiającego, pominięcie określonych czynności, lub określenie w odmienny sposób czynności jest doniosłe faktycznie lub prawnie.

Wobec dokonanego opisu przedmiotu zamówienia, obejmującego usługi o znacznym rozmiarze i stopniu skomplikowania, możliwość poprawienia przez Zamawiającego

niezgodności oferty konsorcjum BTC ze SIWZ w sposób wskazywany w odwołaniu uznano za wpływającą na treść oferty, a więc okoliczność istotną, tak w aspekcie przedmiotowym (znaczenia dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia), jak i kosztowym. Po pierwsze zauważyć należy, że aby możliwe było dokonanie poprawienia omyłki musi istnieć w ofercie dokument zawierający oświadczenie woli, w którym omyłkę można poprawić. Strony zgodnie przyznały, iż w ofercie ostatecznej taki dokument nie istnieje. Nie ma więc możliwości dokonania poprawek w dokumencie nieistniejącym. Za dokonanie poprawy nie można natomiast uznać uzupełnienie niezłączonego dokumentu, ponieważ tryb przewidziany w art. 87 nie służy uzupełnianiu brakujących dokumentów. Po drugie dokonanie poprawek w ofercie przez Zamawiającego z zastosowaniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp możliwe jest tylko w przypadku, gdy w miarę możliwości odbywa się bez udziału wykonawcy. W rozpatrywanym przypadku dokonanie takiej zmiany bez zasięgnięcia informacji od wykonawcy jest w ocenie składu orzekającego niemożliwe. Treść załącznika nr 6 była o tyle istotna dla Zamawiającego, że wskazywała na wycenę poszczególnych etapów, z których każdy podlegać będzie odrębnemu odbiorowi. W toku negocjacji zakres przedmiotowy zamówienia uległ na tyle istotnym zmianom, iż możliwa była sytuacja odmiennego ukształtowania treści załącznika nr 6 do wzoru umowy, tak aby dostosować wycenę poszczególnych etapów zgodnie z ich zmienionym zakresem. Zatem procentowy udział płatności za poszczególne etapy określony w ofercie wstępnej konsorcjum BTC nie mógł być uznany za ostateczny przez Zamawiającego. Dokonywanie zaś zmian w ofercie, które mogłyby doprowadzić do zmiany treści oferty jest niedopuszczalne.

Z tego względu nie uwzględniono zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez sprzeczne z treścią tego przepisu, zaniechanie poprawienia omyłki w ofercie konsorcjum BTC, w sposób powodujący istotną zmianę treści tej oferty, a także nie uwzględniono zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez nieprawidłowe odrzucenie oferty konsorcjum, jako niezgodnej z treścią SIWZ.

W zakresie możliwości wyjaśnienia zaistniałej sytuacji na gruncie uregulowanym art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, tj. możliwości zażądania od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, należy podkreślić, iż jest to uprawnienie, z którego Zamawiający może ale nie musi skorzystać. Jeżeli nie zachodzą wątpliwości co do treści złożonej oferty, nie ma potrzeby zwracania się o jej wyjaśnienie. Ponadto, aby zaistniała możliwość zwrócenia się o wyjaśnienie treści oferty, treść ta musi być w ofercie zawarta. Sam zaś Odwołujący konsorcjum BTC przyznał, iż załącznik nr 6 do wzoru umowy nie został do oferty dołączony. Jak stwierdzono powyżej, niedopuszczalne było odnoszenie się w tym zakresie do treści oferty wstępnej i przenoszenie zawartych w niej oświadczeń woli na grunt oferty ostatecznej, to pozostaje zatem pytanie jaką więc okoliczność związaną z nieistniejącą treścią oferty



miałby badać i wyjaśniać Zamawiający?. Dlatego też skład orzekający Izby uznał, iż Zamawiający nie naruszył swoimi działaniami i zaniechaniami przepisów ustawy Pzp w zakresie art. 87.

W tym stanie rzeczy, Izba nie uwzględniła powyższych zarzutów.

Odwołania, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp podlegało jednak uwzględnieniu uznając, że zaniechanie wezwania wybranego obecnie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp mogło mieć wpływ na wynik postępowania, konieczne jest zatem nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert po uzyskaniu wyjaśnień. W ocenie Izby część zarzutów Odwołujących w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego potwierdziła się i podjęte decyzje mogą mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania, zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołujących koszty związane z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika w maksymalnej wysokości dopuszczonej rozporządzeniem tj. 3 600,00 zł.

Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 8 ustawy Pzp w związku z § 13 ust. 3 zd. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), wydała w sprawach o sygn. akt: KIO 1492/11, sygn. akt: KIO 1495/11 orzeczenie łączne.

**Przewodniczący:**