

Sygn. akt: KIO 2514/17

WYROK
z dnia 11 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 grudnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 listopada 2017 r. przez Odwołującego: Bezpieczne.it sp. z o.o., ul. Poleczki 20a, 02-822 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Muzeum Pałacu Króla Jana III w Wilanowie, ul. Stanisława Kostki Potockiego 10/16, 02-958 Warszawa

przy udziale wykonawcy OPTeam S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2514/17 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: Bezpieczne.it sp. z o.o., ul. Poleczki 20a, 02-822 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego: Bezpieczne.it sp. z o.o., ul. Poleczki 20a, 02-822 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego: Bezpieczne.it sp. z o.o., ul. Poleczki 20a, 02-822 Warszawa na rzecz Zamawiającego: Muzeum Pałacu Króla Jana III w Wilanowie, ul. Stanisława Kostki Potockiego 10/16, 02-958 Warszawa kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Muzeum Pałacu Króla Jana III w Wilanowie, ul. Stanisława Kostki Potockiego 10/16, 02-958 Warszawa wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn. „dostawa urządzeń oraz osprzętu serwerowego i sieciowego”, o znaku sprawy: 27/2017/PN/SD, - Część I: macierz dyskowa o pojemności min. 315 TB z możliwością rozbudowy do, co najmniej 2,6 PB - 1 szt.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 18 października 2017 r., numer ogłoszenia 603128-N-2017.

W dniu 21 listopada 2017 r. Odwołujący: Bezpieczne.it sp. z o.o., ul. Poleczki 20a, 02-822 Warszawa zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu jego oferty.

Nie zgadzając się z powyższymi czynnościami Zamawiającego oraz ewentualnym zaniechaniem wezwania Odwołującego do dalszych wyjaśnień w dniu 27 listopada 2017r. wniósł on odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579), zwanej dalej ustawą Pzp:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w części I, pomimo, iż Odwołujący złożył wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i wyjaśnienia te potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;

2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne uznanie, że oferta złożona przez Odwołującego jest sprzeczna z treścią SIWZ w części I;

3. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnień w sytuacji, gdy zamawiający powziął wątpliwość co do zgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ w części I;

4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 90 ust. 1a ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do dalszych wyjaśnień w sytuacji gdy zamawiający nie uzyskał potwierdzenia, że zaoferowana przez odwołującego cena jest rażąco nisko w części I.

W związku z opisanymi naruszeniami, oraz zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego w części I,
2. ponowne dokonanie czynności oceny ofert wraz z ofertą odwołującego w części I.

Pierwszy zarzut odwołania dotyczył naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, iż złożył on – jak twierdzi - wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i wyjaśnienia te – w ocenie Odwołującego - potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający, uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny, wskazał, że - w jego ocenie - Odwołujący nie przedstawił wyszczególnienia kosztów w zakresie dostosowania dedykowanego urządzenia konfiguracji specjalnej OceanStor 2600 V3 do potrzeb wykonania przedmiotu zamówienia, co nie znajduje jakiegokolwiek pokrycia w wyjaśnieniach udzielonych przez Odwołującego wraz z odpowiednim materiałem dowodowym.

Podniósł, że brak jest w zgromadzonej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania podstaw do uznania, że odwołujący nie oszacował ceny oferty w sposób prawidłowy.

Zauważył, że Odwołujący jak wskazano w treści wyjaśnień otrzymał od producenta ofertę na kompletny produkt, spełniający wszystkie wymagania zamawiającego.

Według Odwołującego - Zamawiający nie wskazał z jakiego powodu odmawia wiarygodności oświadczeniu złożonemu przez producenta sprzętu, stanowiącego przedmiot zamówienia, a jedynie arbitralnie uznał, że oferta zawiera rażąco niską cenę, a Odwołujący nie sprostał nałożonemu na niego ciężarowi dowodowemu.

Zdaniem Odwołującego - wyjaśnienia złożone przez Odwołującego są wyjaśnieniami odpowiednio umotywowanymi, zawierają cały szereg konkretnych i miarodajnych informacji potwierdzających prawidłowość kalkulacji ceny oferty, a na ich potwierdzenie złożono rzetelny dowód, a zatem Odwołujący uczynił zadość swoim obowiązkom i obalił domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny.

Zamawiający natomiast w żaden sposób nie podważył prawdziwości ani rzetelności wyjaśnień przedstawionych przez odwołującego.

Mając na uwadze powyższe - w ocenie Odwołującego - Zamawiający w sposób całkowicie bezpodstawny dokonał odrzucenia oferty z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny.

Drugi zarzut odnosił się do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne uznanie, że oferta złożona przez Odwołującego jest sprzeczna z treścią SIWZ.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nigdy nie wzywał Odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty oraz nie sygnalizował, że w - jego ocenie - istnieje choćby ryzyko jakiegokolwiek niezgodności.

Zauważył również, że całe stanowisko Zamawiającego dotyczące niezgodności złożonej oferty z treścią SIWZ opiera się na założeniu, iż wykonawca nie wykazał i nie udowodnił, że oferowany model macierzy dyskowej: konfiguracja specjalna OceanStor 2600 producenta Huawei został dostosowany do wymogów SIWZ.

Zaznaczył również, że Zamawiający nie wymagał w treści SIWZ żadnych dokumentów potwierdzających zgodności zaoferowanej macierzy z treścią SIWZ, ani nie wzywał Odwołującego do wyjaśnień w tym zakresie i mimo odpowiednich instrumentów prawnych będących w posiadaniu Zamawiającego, całkowicie zaniechał on choćby skierowania zapytania do producenta macierzy, który mógł w sposób nie budzący wątpliwości potwierdzić zgodności zaoferowanej macierzy z treścią SIWZ.

Jednocześnie - w ocenie Odwołującego - wskazane przez Zamawiającego niezgodności macierzy z określonymi postanowieniami OPZ, również nie mają jakiegokolwiek uzasadnienia. w szczególności wskazał na następujące okoliczności:

- a) w zakresie pkt 9 i 30 OPZ łącznie.

W pierwszej kolejności odwołujący wskazał, że Zamawiający w żadnym punkcie OPZ nie wymagał aby w przypadku użycia dysków SSD macierz miała możliwość rozbudowy do minimum 2400TiB.

Wskazał, że w zakresie konieczności rozbudowy widnieją jedynie następujące zapisy OPZ:

punkt 9 OPZ: „model oferowanej macierzy obsługuje przestrzeń dyskową w trybie surowym (tzw.RAW) minimum 2400TiB bez konieczności wymiany zainstalowanych kontrolerów.”.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że Zamawiający nie wskazał w oparciu o jakie dyski i ile dysków ma zachodzić możliwość rozbudowy, a w szczególności nie wymagał, aby możliwość rozbudowy dotyczyła wyłącznie dysków SSD, a nie np. w oparciu o dyski NLSAS, których pojemność pojedynczego dysku może wynosić aż 10TiB, a zatem wykonawca mógł zaoferować macierz, która umożliwia rozbudowę w oparciu o dwa kontrolery do minimum 2400TiB z wykorzystaniem dysków NLSAS np. 10 TiB.

punkt 30 OPZ: „macierz obsługuje minimum 240 dysków SAS SSD w całym rozwiązaniu przy użyciu nie więcej niż 4 kontrolerów, jeżeli obsługa przez macierz wymaganej ilości dysków SSD wymaga licencji lub elementów sprzętowych innych niż same półki dyskowe i dyski SSD oraz jeżeli jakiegokolwiek funkcjonalności macierzy związane z obsługą dysków SSD wymagają dodatkowej licencji (np. QoS lub rozbudowa pamięci cache) - wymagane jest dostarczenie takich licencji i elementów sprzętowych ze wsparciem na okres równy z wymaganą gwarancją na sprzęt;”.

Zauważył przy tym, że w zakresie tych zapisów OPZ zamawiający nie wymagał osiągnięcia minimalnej pojemności rozbudowy w oparciu o 240 dysków, a jedyne możliwość obsługi minimum 240 dysków SAS SSD.

b) w zakresie pkt 16 OPZ

punkt 16 OPZ: „macierz dyskowa posiada dedykowane minimum 4 interfejsy RJ-45 Ethernet obsługujące połączenia z prędkością 100Mb/s i 1Gb/s - dla zdalnej komunikacji z oprogramowaniem zarządzającym i konfiguracyjnym macierzy”.

W ocenie odwołującego - zaoferowana macierz dyskowa posiada dedykowane minimum 4 interfejsy RJ-45 Ethernet obsługujące połączenia z prędkością 100Mb/s i 1Gb/s - dla zdalnej komunikacji z oprogramowaniem zarządzającym i konfiguracyjnym macierzy.

c) w zakresie pkt 28 OPZ

punkt 28 OPZ: „oferowana macierz wspiera poniższe dyski hot-plug:
dyski elektroniczne SSD SAS o pojemności minimum 400GB,

dyski elektroniczne SSD SAS SED lub FDE o pojemności minimum 800GB.

dyski mechaniczne HDD SAS o pojemności minimum 300GB i prędkości 15 tysięcy obrotów na minutę.

dyski mechaniczne HDD SAS o pojemności minimum 600GB i prędkości 10 tysięcy obrotów na minutę.

dyski mechaniczne HDD NL-SAS o pojemności minimum 2TB i prędkości obrotowej minimum 7.2 tysięcy obrotów na minutę.

macierz obsługuje dyski hot-plug SSD i HDD wyposażone w porty SAS 12Gbit/s zainstalowane w dowolnym module rozwiązania.”.

W ocenie Odwołującego - macierz OceanStor 2600 V3 wspiera dyski elektroniczne SSD SAS. SED lub FDE pojemności minimum 800 GB.

d) w zakresie pkt 34 OPZ

punkt 34 OPZ: „oprogramowanie do zarządzania zintegrowane jest z systemem operacyjnym systemu pamięci masowej zarówno przy obsłudze transmisji danych protokołami blokowymi (FC, iSCSI, SAS) jak i do obsługi transmisji protokołami CIFS oraz NFS (nie dopuszcza się tzw. główek czy dodatkowych serwerów podłączonych do macierzy w celu realizacji obsługi dostępu protokołami CIFS i NFS do danych znajdujących się na macierzy).”.

Wskazał przy tym, że zaoferowane oprogramowanie do zarządzania jest zintegrowane z systemem operacyjnym systemu pamięci masowej zarówno przy obsłudze transmisji danych protokołami blokowymi (FC, iSCSI, SAS), jak i do obsługi transmisji protokołami CIFS oraz NFS (zaoferowana macierz nie realizuje ww. funkcjonalności za pomocą tzw. główek czy dodatkowych serwerów podłączonych do macierzy w celu realizacji obsługi dostępu protokołami CIFS i NFS do danych znajdujących się na macierzy).

e) w zakresie pkt 40 OPZ

punkt 40 OPZ: „dostarczone rozwiązanie umożliwia szyfrowanie danych na zainstalowanych dyskach. jeżeli funkcjonalność ta wymaga dodatkowych elementów sprzętowych bądź aktywacji dodatkowej licencji to należy dostarczyć je wraz z rozwiązaniem dla minimum 2400TiB”.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający wskazał - jeżeli funkcjonalność ta wymaga dodatkowych elementów sprzętowych bądź aktywacji dodatkowej licencji to należy dostarczyć je wraz z rozwiązaniem dla minimum 2400TiB - odwołujący w ramach

zaoferowanej macierzy celem spełnienia wymagań zamawiającego zaoferował rozwiązanie do szyfrowania danych.

f) w zakresie pkt 43 OPZ

punkt 43 OPZ: „macierz posiada wsparcie dla systemów operacyjnych: Ms Windows Server 2008R2, SuSE Linux, Oracle Linux, Oracle VM, RedHat Linux, HP-UNIX, IBM AIX, SUN Solaris, VMWare, Cdi-6 XEN Server (wymóg wynika z potrzeb zamawiającego dot. współpracy z różnymi systemami).”.

W ocenie odwołującego - oferowana macierz OceanStor 2600 posiada wsparcie dla systemu Oracle Linux.

g) w zakresie pkt 65 OPZ

punkt 65 OPZ: „macierz dyskowa objęta jest minimum 36 miesięcznym okresem gwarancji producenta z gwarantowaną skuteczną naprawą w miejscu instalacji urządzenia najpóźniej następnego dnia roboczego od zgłoszenia usterki (możliwość zgłaszania usterek w trybie całodobowym, 7 dni w tygodniu).”.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający w sposób całkowicie bezpodstawny pominął, że producent w piśmie dostarczonym do Zamawiającego w dniu 23 października 2017r. oświadczył o zaoferowanym poziomie serwisu (odnośnik nr 1 w piśmie producenta z dnia 23 października 2017 r.): „macierz objęta jest 60 miesięcznym okresem gwarancji producenta z gwarantowaną skuteczną naprawą w miejscu instalacji urządzenia najpóźniej następnego dnia roboczego od zgłoszenia usterki (możliwość zgłaszania usterki w trybie całodobowym, 7 dni w tygodniu)(...)”.

h) w zakresie pkt 67 OPZ

punkt 67 OPZ: „macierz musi umożliwiać konfigurację i uruchomienie funkcji automatycznego powiadomienia serwisu o usterce przez samo urządzenie (bez pośrednictwa administratora dp.). funkcjonalność musi pozwalać na automatyczne otwarcie zgłoszenia serwisowego w bazie serwisowej producenta macierzy zgodnie z wymaganym poziomem SLA”.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w sposób całkowicie bezpodstawny pominął, że producent w piśmie dostarczonym do zamawiającego w dniu 23 października 2017r. oświadczył o zaoferowanym poziomie serwisu (odnośnik nr 3 w piśmie producenta z dnia 23 października 2017 r.): „macierz umożliwia konfigurację i uruchomienie funkcji automatycznego powiadomienia serwisu o usterce przez samo urządzenie (bez

pośrednictwa administratora itp.). Funkcjonalność pozwala na automatyczne otwarcie zgłoszenia serwisowego w bazie serwisowej producenta macierzy zgodnie z wymaganym poziomem SLA. Opcja ta jest dostępna bezpłatnie w trakcie całego okresu gwarancji producenta macierzy”.

Mając na uwadze powyższe – Odwołujący zarzucił, że Zamawiający w sposób całkowicie bezpodstawny dokonał odrzucenia oferty odwołującego jako sprzecznej z treścią SIWZ.

Trzeci zarzut dotyczył naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 87 ust.1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień w sytuacji, gdy Zamawiający powziął wątpliwość co do zgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ.

Odwołujący stanął na stanowisku, że jeśli po stronie Zamawiającego powstały jakiegokolwiek wątpliwości, co do zgodności zaoferowanej macierzy z wymaganiami Zamawiającego ustalonymi w OPZ, w szczególności wobec udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień rażąco niskiej ceny, Zamawiający zobowiązany był wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust.1 ustawy Pzp.

Przyznał, że redakcja art. 87 ust. 1 ustawy Pzp sugeruje wprawdzie, że skierowanie do wykonawcy wezwania w tym trybie jest uprawnieniem Zamawiającego, jednak w orzecznictwie Izby od lat dominuje pogląd, że ze względu na dyspozycję art. 7 ust. 1 ustawy Pzp uprawnienie to przeradza się w obowiązek, jeśli zamawiający wątpliwości powziął, a wątpliwości te mogą stać się podstawą do podjęcia negatywnej dla wykonawcy czynności, w szczególności odrzucenia jego oferty.

Z tych względów, uprawnienie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w niniejszej sprawie przeradzało się w obowiązek, któremu Zamawiający uchybił.

Czwarty zarzut odnosił się do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 90 ust. 1a ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do dalszych wyjaśnień w sytuacji, gdy Zamawiający nie uzyskał potwierdzenia, że zaoferowana przez Odwołującego cena jest rażąco niska.

Z ostrożności Odwołujący wskazał, iż ustawa Pzp nie wprowadza nakazu jednokrotnych wyjaśnień, ani zakazu kilkukrotnego wezwania do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny.

Zdaniem Odwołującego - w sytuacji, gdy Zamawiający uzyskał informację, iż Odwołujący nie rozumie treści przesłanego wezwania, a mimo to udziela odpowiedzi potwierdzających realności złożonej oferty, Zamawiający winien bądź przyjąć wyjaśnienia Odwołującego, bądź skierować kolejne wezwanie, w którym w sposób jasny i czytelny dla wykonawcy wskaże na swoje żądanie związane z przeprowadzaną procedurą.

Pismem z dnia 1 grudnia 2017r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Opteam S.A.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, oferty Odwołującego, wezwań Zamawiającego dotyczących wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 27 października 2017r. i dnia 6 listopada 2017r., odpowiedzi Odwołującego na powyższe wezwania z dnia 30 października 2017r. i dnia 8 listopada 2017r. wraz z załączonymi dokumentami, protokołu postępowania, informacji Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty i o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 21 listopada 2017r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 11 listopada 2017r. wraz załącznikami, jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, natomiast stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisu art.87 ust.1 w związku z art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Odwołującego z przedmiotowego

przetargu z powodu rażąco niskiej ceny, a także z powodu sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że zaoferowana przez Odwołującego w formularzu ofertowym cena brutto wynosiła kwotę 479 700,00 zł, zaś cena brutto zaproponowana przez Przystępującego wyniosła 749 070,00 zł.

Izba ustaliła również, że przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości brutto 888 060, 00 zł.

Przechodząc do rozpoznania zarzutu złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę Izba stanęła na stanowisku, że powołane na wstępie wyjaśnienia Odwołującego odnoszące się do rażąco niskiej ceny w części dotyczącej wyliczenia ceny w zakresie zaoferowanej konfiguracji specjalnej OceanStor 2600 V3 i poszczególnych jej kosztów odnoszących się do elementów przedmiotu zamówienia w części dotyczącej punktów: 9 i 30, 16, 28, 34, 40, 43, 65, 67 Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ dawały Zamawiającemu podstawy do potwierdzenia jej istnienia.

Izba uznała działanie Zamawiającego odnoszące się do badania rażąco niskiej ceny w stosunku do oferty Odwołującego za mieszczące się w dyspozycji przepisu art.90 ustawy Pzp.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 90 ust.1 cyt. wyżej ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017 r. poz. 847);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

1a. W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Izba dostrzegła, że w rozpoznawanej sprawie Zamawiający zmierzał przede wszystkim do wyjaśnienia poszczególnych kosztów konfiguracji specjalnej OceanStor 2600 V3.

Jednocześnie w takim przypadku stosownie do przepisu art.90 ust.2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Wymaga również wskazania, że w myśl przepisu art.90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W rozpoznawanej sprawie sytuacja braku udzielenia wyjaśnień w ogóle nie zaistniała.

Natomiast, według uznania Izby dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi przez Odwołującego dowodami potwierdziła, że oferta zawiera rażąco niską cenę w części dotyczącej wyliczenia ceny w zakresie zaoferowanej konfiguracji specjalnej OceanStor 2600 V3 i poszczególnych jej kosztów odnoszących się do elementów przedmiotu zamówienia w części dotyczącej punktów: 9 i 30, 16, 28, 34, 40, 43, 65, 67 Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ.

Zdaniem Izby Odwołujący przedłożył wyjaśnienia wraz z dowodami (wyjaśnienia z dnia 10 października 2017r. wraz z kalkulacją cenową), jednak w zakresie jedynie ogólnych składników cenotwórczych, nie udowodnił on realności ceny w zakresie ceny/kosztu odnoszącego się do poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia.

W przekonaniu Izby Odwołujący nie udowodnił, że zaoferowana przez niego cena ma charakter rynkowy, bowiem powołane wyżej wyjaśnienia w tym zakresie nie zawierają żadnych dowodów, a jedynie wskazują na brak informacji w tym zakresie od producenta zasłaniającego się tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwołujący nie wykazał w postępowaniu odwoławczym staranności własnego działania zmierzającego do wyjaśnienia wątpliwości Zamawiającego przedstawionych w piśmie z dnia 6 listopada 2017r., bowiem nie przedstawił jakiejkolwiek dokumentacji pisemnej czy mailowej świadczącej, iż nie mając wystarczającej wiedzy odnośnie niektórych kosztów przedmiotu zamówienia wystąpił do producenta o podanie tych wątpliwych kosztów.

Wprawdzie przedstawił on oświadczenia producenta, jednak nie jest pewne czy ten miał pełną informację odnośnie zgłoszonych przez Zamawiającego zastrzeżeń.

Według zapatrywania Izby celem postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art.90 ustawy Pzp, jest ustalenie faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawców cena jest nierealna, niewiarygodna i nie zapewni prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia.

Izba przyjęła, że powyższa procedura wyjaśniająca musi zmierzać do wyjaśnienia zaoferowanej ceny, a także wątpliwych jej kosztów.

W wezwaniu Zamawiającego było wyraźne wskazanie, co do konieczności wyjaśnienia konkretnych kosztów elementów przedmiotu zamówienia, które wzbudziły jego wątpliwości, co do możliwości wykonania przez Odwołującego zamówienia przy uwzględnieniu zadeklarowanej ceny i badanego kosztu.

Izba również, wzięła pod uwagę, że zgodnie z art.190 ust. 1a pkt. 1 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Niezależnie od powyższego, Izba stwierdziła, że przedstawione w wyjaśnieniu z dnia 30 października 2017r.przez Odwołującego ogólne zestawienie składników cenowych zostało w języku angielskim, co czyni ten dowód za nieskuteczny w postępowaniu odwoławczym.

Stosownie do przepisu § 19 ust.3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań z dnia 22 marca 2010 r. wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. W uzasadnionych przypadkach skład orzekający może żądać przedstawienia tłumaczenia dokumentu na język polski poświadczonego przez tłumacza przysięgłego.

Z powyższych względów należało przyjąć, że Zamawiający miał podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy na zasadzie art. 89 ust.1 pkt. 4 ustawy Pzp, w warunkach, gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdziła, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Dodatkowo, wymaga zauważenia, że czynność Zamawiającego żądania wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 6 listopada 2017r. podlegała zaskarżeniu odwołaniem, skoro Odwołujący nie zrozumiał tej czynności i nie zgadzał się z nią, a pomimo tego nie wniósł on odwołania od niej.

Zdaniem Izby, jeżeli Odwołujący nie wniósł odwołania w powyższym zakresie to należy uznać, że był on zobowiązany do spełnienia żądania Zamawiającego i udzielenia stosownych wyjaśnień.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.87 ust.1 w związku z art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, Izba doszła do przekonania, że Zamawiający przed decyzją o odrzuceniu oferty wykonawcy z powodu jej sprzeczności z treścią SIWZ powinien był zwrócić się do Odwołującego o jej wyjaśnienie w spornym zakresie.

Bezprzedmiotowe, zatem było – w ocenie Izby - dowodzenie przez Zamawiającego istnienia sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ, skoro przed ostateczną oceną przesłanek do odrzucenia oferty nie przeprowadził on postępowania wyjaśniającego dotyczącego treści oferty.

Niezależnie od powyższego, również dowód złożony przez Zamawiającego w postaci kart technicznych ze strony internetowej producenta w języku angielskim z tych samych przyczyn co w przypadku Odwołującego, nie mógł podlegać rozważeniu.

Należy również wskazać, że ustawa Pzp nie przewiduje procedury umożliwiającej Zamawiającemu eliminację danego wykonawcy z przetargu jedynie na podstawie informacji innego wykonawcy, bez uprzedniego wyjaśnienia rzeczywistej treści oferty.

Powyższe naruszenie, jednak biorąc pod uwagę, stwierdzenie rażąco niskiej ceny – według zapatrywania Izby – nie miało i nie mogło mieć istotnego wpływu na wynik przedmiotowego przetargu, a tylko w takim wypadku stosownie do przepisu art.192 ust.2 ustawy Pzp, Izba mogłaby uwzględnić odwołanie.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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).

Przewodniczący:.....