

WYROK
z dnia 3 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 stycznia 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 grudnia 2019 r. przez wykonawcę

Comtegra Spółkę akcyjną z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Centrum Informatyki Resortu Finansów z siedzibą w Radomiu

przy udziale wykonawcy **Symmetry Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Comtegra Spółkę akcyjną i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Comtegra Spółkę akcyjną tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od Comtegra Spółki akcyjnej na rzecz Centrum Informatyki Resortu Finansów kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Radomiu.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Zamawiający – Centrum Informatyki Resortu Finansów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę serwerów w ramach rozbudowy infrastruktury w Centrum Informatyki Resortu Finansów” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 18 września 2019 r., pod numerem 2019/S 180-437948 Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Podstawy odrzucenia oferty Odwołującego

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego – Comtegra S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazując, że 23 października 2019 r., działając na podstawie art. 90 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, zwrócił się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie wskazanym w tym przepisie, oraz wskazując, aby wykonawca przedstawił szczegółowe kalkulacje w stosunku do całkowitej ceny oferty, tj. zamówienia podstawowego i zamówienia z prawa opcji oraz załączył na ich potwierdzenie dowody.

W wyznaczonym terminie wykonawca złożył wyjaśnienia, w których dokonuje porównania ceny oferty z cenami zawartymi w innych złożonych w tym postępowaniu ofertach oraz analizy orzecznictwa z zakresu rażąco niskiej ceny. Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach wskazał elementy składowe kosztów w sposób ogólny, nie wyjaśniając, na podstawie jakich założeń zostały opracowane/skalkulowane w odniesieniu do przedmiotowego postępowania.

Wykonawca powołuje się na swoje doświadczenie w realizacji zadań o podobnej złożoności oraz znajomości kosztów zbliżonych projektów. Przywołuje jako wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia wewnętrzny algorytm oraz doświadczenie wyniesione z realizacji zbliżonych projektów wykonywanych na rzecz Zamawiającego, bez wskazania, jaki wpływ mają na cenę przedmiotu zamówienia. Fakt realizacji z sukcesem innych przedsięwzięć w przeszłości nie może stanowić podstawy do uznania, że w przypadku przedmiotowego zamówienia cena zaoferowana przez wykonawcę nie jest rażąco niska.

Jednym z elementów, na jaki w wyjaśnieniach powołuje się wykonawca, jest fakt dysponowania „osobami posiadającymi tytuł inżyniera oraz doświadczenie w kierowaniu oraz pracach analitycznych przy realizacji zadań związanych ze sprzedażą i dostawą sprzętu

informatycznego”, natomiast również w tym obszarze nie wskazuje żadnych dowodów na poparcie zawartej w wyjaśnieniach tezy. Niepoparta żadnym dowodem pozostaje kwestia powołana w treści wyjaśnień „optymalizacja realizacji robót, dzięki którym ogranicza zbędne koszty przy wykonaniu zamówienia (optymalizacja roboczogodzin)”.

Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach przytacza orzecznictwo, z którego wprost wynika, iż zamawiający „przy ocenie wyjaśnień i dowodów winien kierować się realiami rynku i własnym doświadczeniem”. Stąd też należy wywodzić, iż wykonawca ma świadomość konieczności załączenia dowodów do składanych wyjaśnień, jednocześnie ich nie załączając. Wykonawca powinien w treści złożonych wyjaśnień udowodnić Zamawiającemu, że w realiach konkretnego postępowania przetargowego, mając na uwadze indywidualne uwarunkowania wykonawcy, które muszą zostać wykazane, możliwe jest obniżenie kosztów realizacji zamówienia. Bez takiej analizy wyjaśnienia wykonawcy pozostają wyłącznie nic nieznaczącymi ogólnikowymi zapewnieniami o chęci realizacji zamówienia na najwyższym poziomie, zaś nieodzownym elementem składanych wyjaśnień są dowody potwierdzające możliwość wykonania zamówienia za cenę określoną w ofercie.

W ocenie Zamawiającego wyjaśnienia są ogólne i gołosłowne i nie zostały poparte żadnymi dowodami.

II Stanowisko Odwołującego

Odwołujący wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, gdy Zamawiający dysponował wszelkimi informacjami pozwalającymi mu na ocenę realności zaoferowanej ceny, ewentualnie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do udzielania dalszych wyjaśnień w zakresie wątpliwości Zamawiającego powstałych po zapoznaniu się z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, ponownego dokonania czynności oceny ofert wraz z ofertą Odwołującego, ewentualnie wezwania Odwołującego do dalszych wyjaśnień rażąco niskiej ceny w odniesieniu do wątpliwości Zamawiającego powstałych po zapoznaniu się z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający skierował do wykonawcy ogólne wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, nie precyzując, w jakim zakresie chciałby uzyskać wyjaśnienia (wskazując jedynie na zamówienie podstawowe i opcjonalne), zostawiając tym samym swobodę wykonawcom biorących udział w postępowaniu. Art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przewiduje możliwość

wzywaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień w sytuacji, gdy cena lub koszt wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie precyzuje jednak, jak dokładnie proces składania wyjaśnień ma wyglądać ani ile razy zamawiający może wzywać wykonawcę do złożenia wyjaśnień. W orzecznictwie prezentowany jest ugruntowany pogląd, że interpretując przepisy regulujące postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy zwracać uwagę przede wszystkim na ich cel. Zbędny formalizm, w szczególności przejawiający się konstrukcjami nie znajdującymi oparcia tak w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych, dyrektywach europejskich, jak i orzecznictwie, nie może doprowadzić do sytuacji, w której zamawiający, dysponent środków publicznych, zmuszony jest do zawarcia umowy z wykonawcą ofertującym wyższą cenę, pomimo że cena najkorzystniejsza (oferty Odwołującego) stanowi cenę realną i nie spełnia przesłanek ceny rażąco niskiej. Z uwagi na to, że ustawa stanowi implementację przepisów unijnych, przy wykładni tego przepisu należy sięgnąć do dyrektywy 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE. Dopuszcza ona, oprócz wezwania do złożenia wyjaśnień, nawet konsultacje z wykonawcami w celu wyjaśnienia aspektów oferty mających wpływ na cenę oferty. Wskazuje wprost na potrzebę wyjaśniania otrzymanych informacji w drodze konsultacji z oferentem (art. 69 ust. 3 dyrektywy).

W orzecznictwie dopuszcza się formułowanie przez zamawiającego ogólnego wezwania do złożenia wyjaśnień jedynie przy ofercie globalnej – takiej jak złożona przez Odwołującego – kiedy oczywiste jest, że proces składania wyjaśnień może być wieloetapowy: „Owszem, w orzecznictwie akceptuje się sytuację, w której wezwanie zamawiającego jest jedynie ogólne, ale w przypadku, gdy zamawiający dysponuje jedynie ceną globalną oferty (bez kosztorysu czy formularza cenowego) i to jako pierwszy etap wyjaśnień, które polem mogą zostać ukierunkowane i uszczegółowione. W sytuacji, w której zamawiający nie wskaże, o jakie konkretnie informacje i dowody mu chodzi, wykonawca ma prawo dokonać wyjaśnienia w zakresie elementów wybranych przez siebie i które sam uważa za istotne i trudno mu z tego robić zarzut (nie ma też innego wyjścia).” (por. uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z 27 stycznia 2017 r., KIO/KU 3/17).

Udzielając wyjaśnień wykonawca zawsze bierze pod uwagę, do kogo kierowane są dane oświadczenia oraz co stanowi przedmiot zamówienia w danym postępowaniu. Inaczej wyglądają wyjaśnienia składane chociażby małej gminie, która nie ma zazwyczaj szczegółowej wiedzy w zakresie sprzętu komputerowego i cen tego sprzętu występujących na rynku, a inaczej wyjaśnienia do podmiotu wyspecjalizowanego w prowadzeniu postępowań analogicznych do przedmiotu zamówienia, jakim jest Zamawiający. W przypadku podmiotów posiadających bogatą wiedzę i doświadczenie, w ocenie Odwołującego, nie ma konieczności wykazywania kwestii obiektywnie oczywistych. Zamawiający dysponuje szeregiem informacji, które pozwalają mu na ocenę złożonych

wyjaśnień, w tym wyjaśnień rażąco niskiej ceny, które złożył Odwołujący. Szereg postępowań prowadzonych przez Zamawiającego wskazuje, że naturalne są oferty na analogiczny przedmiot zamówienia o wartości dużo niższej od przyjętego szacunku, oraz że cena zaoferowana przez Odwołującego jest ceną realną, która pozwalała w przeszłości na bezproblemową realizację przedmiotu zamówienia. W ocenie Odwołującego, w przypadku tego konkretnego Zamawiającego i standardowego jak na tego Zamawiającego przedmiotu zamówienia realność zaoferowanej ceny jest faktem notoryjnym, zaś złożone wyjaśnienia wskazały na sposób kalkulacji złożonej oferty. Tym samym w ocenie Odwołującego brak było konieczności przedkładania szczegółowych dowodów, których ujawnienie mogłoby wywołać po stronie Odwołującego wiele niekorzystnych skutków, zaś wyszczególnienie elementów składowych ceny pozwalały Zamawiającemu na jednoznaczną ocenę realności zaoferowanej ceny.

Gdyby, w ocenie Izby, w złożonych wyjaśnieniach występowały dalsze wątpliwości, to konieczne jest nakazanie skierowania do Odwołującego kolejnego wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z uszczegółowieniem jego wątpliwości.

W jednym z orzeczeń Izby wskazano, że: „Przystępujący złożył wyjaśnienia. Wyjaśnień tych nie można uznać w całości za lakoniczne i gołosłowne, tj. nie można przyjąć, iż nie zostały złożone, czego skutkiem byłoby odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy. Nie można także przyjąć, iż ich ocena prowadzi jednoznacznie do wniosku, iż potwierdzają one wystąpienie w ofercie rażąco niskiej ceny. W związku z tym na ich podstawie nie można odrzucić oferty tego Wykonawcy. Treść tych wyjaśnień budzi wątpliwości, co wskazuje, iż nie powinny być także uznane za wykazujące, iż oferta Przystępującego została rzetelnie skalkulowana. Potwierdza to także okoliczność, iż na rozprawie Przystępujący rozszerzył swoje wyjaśnienia. Tym samym, w ocenie Izby, przyjmując wyjaśnienia, złożone przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego, za wystarczające do stwierdzenia braku rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego, Zamawiający dał wyraz temu, iż nie ocenił tych wyjaśnień w należyty sposób.” (wyrok KIO z 27 lutego 2018 r., sygn. KIO 34/18). Przywołana dyrektywa dopuszcza, oprócz wezwania do złożenia wyjaśnień, nawet konsultacje z wykonawcami w celu wyjaśnienia aspektów oferty mających wpływ na cenę oferty. Wskazuje wprost na potrzebę wyjaśniania otrzymanych informacji w drodze konsultacji z oferentem (art. 69 ust. 3). Nie jest dopuszczalne odrzucanie oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w sytuacji, w której wyjaśnienia są, choć ogólne, to jednak nie potwierdzają wystąpienia w ofercie rażąco niskiej ceny.

Wszelkie ograniczenia w zakresie ponownego składania wyjaśnień zostały wypracowane w orzecznictwie Izby i sądów powszechnych i są warunkowane w istocie celem instytucji wyjaśnień, tj. dopiero kiedy wykonawca celowo opóźnia złożenie wyjaśnień, udziela wyjaśnień nieprawdziwych i tym samym czyni niemożliwym rozwiązanie wątpliwości zamawiającego,

możliwe jest niewzywanie tego wykonawcy do dalszego wyjaśnienia wątpliwości zamawiającego. Jak się bowiem podnosi w orzecznictwie Izby, oceniając wyjaśnienia bierze się pod uwagę także to, czy wykonawca zignorował wezwanie (np. nie odpowiedział na zadane pytania), czy też starał się udzielić wyczerpujących wyjaśnień, nawet jeśli mu się to nie do końca udało. Przewidziane w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych odrzucenie oferty ze względu na brak wyjaśnień jest bowiem rodzajem „kary” dla wykonawcy za zignorowanie wezwania zamawiającego, a nie za to, że jego wyjaśnienia nie były, zdaniem Zamawiającego, wyczerpujące. Tym samym Izba uprawniona jest do nakazania Zamawiającemu dalszego wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

III Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Zdaniem Zamawiającego odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie z następujących przyczyn.

Granice działania zamawiającego wyznaczają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Wszelkie czynności podjęte przez Zamawiającego w ramach oceny oferty Odwołującego mieściły się w ramach zakreślonych przez obowiązujące przepisy. Wyłącznie przyczynę odrzucenia oferty stanowił brak należytej staranności po stronie Odwołującego w sporządzeniu wyjaśnień rażąco niskiej ceny, który skutkowało odrzuceniem oferty przez zamawiającego.

W wezwaniu z 23 października 2019 r. do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oferty Zamawiający jednoznacznie wskazał, iż oczekuje przedstawienia szczegółowych kalkulacji w stosunku do całkowitej ceny oferty, tj. zamówienia podstawowego i zamówienia z prawa opcji oraz załączenia na ich potwierdzenie dowodów. Wezwanie o takiej samej treści zostało skierowane do wszystkich wykonawców, w stosunku do których zaszła potrzeba wyjaśnienia ceny oferty.

W odpowiedzi z 28 października 2019 r. Odwołujący przedstawił ogólnikowe informacje, nie poparte żadnymi dowodami, które potwierdzałyby rzetelność dokonanej wyceny oferty. Ponadto Odwołujący wyjaśnił, iż wynosząca 48,8% różnica pomiędzy ceną oferty a kwotą, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, wynika z wymienionych w uzasadnieniu oszczędności i doświadczenia wykonawcy, a nie z nierzetelnej wyceny.

Zamawiający dokonał oceny złożonych wyjaśnień i doszedł do wniosku, że są one niewystarczające do przyjęcia, iż zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Przy takim rozkładzie ciężaru dowodu brak rzetelnego wykazania realności przyjętych założeń w zakresie składników ceny oferty, skutkuje odrzuceniem oferty z powodu rażąco niskiej ceny.

W związku z tym Zamawiający podjął decyzję w sprawie odrzucenia oferty. Jak wynika z uzasadnienia decyzji, wyjaśnienia Odwołującego ograniczały się do przytoczenia tez z orzecznictwa Izby w zakresie rażąco niskiej ceny, porównania ceny złożonej oferty z cenami ofert konkurencyjnych wykonawców oraz wyszczególnienia składników cenotwórczych bez wskazania, skąd te wartości wynikają. Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów, które popierałyby twierdzenia zawarte w złożonych wyjaśnieniach.

Wbrew stanowisku Odwołującego sposób sformułowania wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny był wystarczający do sporządzenia wyjaśnień zgodnych z oczekiwaniami Zamawiającego określonymi w wezwaniu z 23 października 2019 r. Przedmiot zamówienia jest jednorodny i standardowy – obejmuje dostawę serwerów wraz z wdrożeniem oraz serwisem gwarancyjnym. Nie jest to rozbudowane zamówienie, na które składa się szereg różnorodnych świadczeń i w konsekwencji elementów kosztotwórczych. Wykonawca nie wykazał, nie udowodnił realności tych pozycji cenowych, które wyszczególnił w swoich wyjaśnieniach. W związku z tym, w okolicznościach niniejszej sprawy, nie było potrzeby oraz podstaw do kolejnych wezwań do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Wykonawca prawidłowo zidentyfikował elementy cenotwórcze, jednak nie sprostął spoczywającemu na nim ciężarowi wykazania swoich twierdzeń.

Zgodnie z wyrokiem KIO 624/19 „W odniesieniu do obowiązku przedstawienia dowodów Izba wskazuje, że obowiązek ten spoczywa na wykonawcy w każdej sytuacji powołania się na okoliczności, w przypadku których możliwe jest przedłożenie dowodów. Poprzestanie w takiej sytuacji na oświadczeniu własnym wykonawcy jest niewystarczające i czyni wyjaśnienia gołosłownymi. Mogą oczywiście pojawić się w wyjaśnieniach takie okoliczności, w przypadku których złożenie dodatkowych dowodów nie jest niezbędne, a samo oświadczenie wykonawcy pokazuje prawidłowość kalkulacji ceny. Jeżeli jednak wykonawca powołuje się na takie okoliczności, jak szczególnie niskie koszty zakupu materiałów/środków potrzebnych do wykonania zamówienia, innowacyjną politykę czy dysponowanie własnym sprzętem może i powinien załączyć do wyjaśnień stosowne umowy, oferty, dokumenty wewnętrzne firmy, które potwierdzą powyższe okoliczności.”

Zamawiający jest zobowiązany wymagać wyjaśnień pełnych i obiektywnych, potwierdzonych dowodami dotyczącymi sposobu kalkulacji ceny oferty w równym stopniu od wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu. Zamawiający nie może opierać się w tym zakresie wyłącznie na własnej wiedzy lub informacjach ogólnodostępnych (np. składanych przez wykonawcę w innym postępowaniu). Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa wyłącznie na wykonawcy. Zamawiający nie może zwolnić wykonawcy z tego obowiązku z tego względu, że wykonawca realizuje na jego rzecz umowę na zbliżony przedmiot zamówienia. Takie działanie stanowi naruszenie elementarnych zasad obowiązujących

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności zasady zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także zasady jawności i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wbrew twierdzeniom Odwołującego brak kolejnych wezwań do wyjaśnień nie stanowi o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Jak wynika z orzecznictwa Izby, to dokonywanie kolejnych wezwań prowadziłoby do nieuprawnionego preferowania wykonawcy i tym samym do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W wyroku KIO 1323/19 Izba wskazała: „Chociaż przepis art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych nie zawiera ograniczenia co do jednokrotnego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, to wezwanie kierowane jest do profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, wobec którego stosowany jest miernik podwyższonej staranności (art. 355 § 2 KC), a także mając na uwadze zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych), wezwanie w przedmiocie rażąco niskiej ceny należy, co do zasady, kierować do wykonawcy jednokrotnie. Kolejne wezwania są możliwe, jeśli służą one wyjaśnieniu informacji zawartych w pierwotnej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego.”

W innym postępowaniu prowadzonym przez tego samego Zamawiającego Odwołujący również złożył wyjaśnienia sporządzone według tej samej metodologii oraz o takiej samej wartości dowodowej. Czynności Zamawiającego były przedmiotem oceny Izby w postępowaniu o sygn. KIO 2637/18. W tamtej sprawie przy pierwszej ocenie Zamawiający uznał wyjaśnienia za wystarczające do wykazania realności ceny, jednak Izba uznała wyjaśnienia te za niewystarczające oraz nakazała odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny bez dodatkowych wezwań do wyjaśnień. Izba uznała, że w złożonych wyjaśnieniach wykonawcy nie wykazali prawidłowości zaoferowanej ceny. Izba przeprowadziła szczegółową analizę wyjaśnień poddając je krytycznej ocenie. W związku z tym, że wyjaśnienia wykonawców nie potwierdzały, iż cena ofert jest realna, Izba uznała, że dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę była nieprawidłowa. Ponadto Izba sformułowała w uzasadnieniu wyroku następujące wytyczne dotyczące oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny: Izba bada nie tyle samą cenę oferty, co czynność zamawiającego polegającą na ocenie złożonych wyjaśnień i prawidłowość oceny decyzji o odrzuceniu oferty tego wykonawcy; wykazanie prawidłowości ceny musi nastąpić na etapie wyjaśnień składanych zamawiającemu, natomiast niewykazanie w tych wyjaśnieniach, że cena jest realna, powoduje po stronie zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty; prawidłowości ceny oferty nie można wykazywać poprzez powoływanie się na specjalistyczną wiedzę zamawiającego prowadzącego działalność w danej branży; prawidłowości ceny nie można wywodzić z tego, że różnice pomiędzy cenami poszczególnych ofert nie są duże z tego

powodu, że wartość szacunkowa zamówienia została zawyżona; wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień powoduje powstanie po jego stronie obowiązku wykazania realności i prawidłowości kalkulacji ceny poprzez złożenie wyczerpujących i popartych dowodami wyjaśnień.

Odwołujący zatem był świadomy, iż stosowane przez niego szablonowe, standardowe wyjaśnienia, nie poparte dokumentacją źródłową potwierdzającą prawdziwość prezentowanych twierdzeń, są niewystarczające do uznania zaoferowanej ceny za wiarygodną. Skoro wcześniejsze wyjaśnienia – w zasadzie o identycznej konstrukcji oraz wartości merytorycznej – zostały zakwestionowane przez KIO, w kolejnym postępowaniu wykonawca powinien dołożyć większej staranności i uwzględnić uwagi Izby sformułowane na kanwie takich samych wyjaśnień. Również Zamawiający przy ocenie obecnych wyjaśnień nie może tracić z pola widzenia wcześniejszych wytycznych Izby ze sprawy KIO 2637/18. Jeżeli pozytywna ocena zbliżonych wyjaśnień została zakwestionowana przez Izbę i w konsekwencji Zamawiający przegrał postępowanie odwoławcze, oczywistym jest, że przy kolejnej ocenie bardzo podobnych wyjaśnień tego samego wykonawcy będzie dokonywał oceny zgodnie z wytycznymi Izby. Izba nie podziela stanowiska, że zakładając nawet, że wyjaśnienia nie były wystarczające, Zamawiający miał możliwość ponownego wezwania do ich złożenia. Czynność taką można by uznać za usprawiedliwioną tylko wtedy, gdyby złożone wyjaśnienia dostarczyły informacji powodujących nowe, wymagające rozstrzygnięcia wątpliwości. Nie można jednak oczekiwać ponownego wezwania do wyjaśnień, jeśli wykonawca w odpowiedzi na pierwsze wezwanie, nie wywiązuje się ze spoczywającego na nim obowiązku, składając wyjaśnienia ogólne, nieprecyzyjne i gołosłowne.

Brak jest również podstaw do uwzględnienia poglądu, iż w przypadku zamawiającego wyspecjalizowanego w prowadzeniu tego rodzaju postępowań wyjaśnienia nie muszą być wyczerpujące, zaś zamawiający przy dokonywanej ocenie wyjaśnień powinien oprzeć się na własnej wiedzy i doświadczeniu. Prawidłowości ceny oferty nie można wykazywać poprzez powoływanie się na specjalistyczną wiedzę zamawiającego prowadzącego działalność w danej branży. Istnienie po stronie zamawiającego takiej wiedzy nie usprawiedliwia odstąpienia od złożenia wyczerpujących wyjaśnień, tylko bowiem na podstawie ich treści, nie zaś na podstawie wiedzy własnej zamawiającego, powinna być dokonywana ocena, czy oferta podlega odrzuceniu. Podobnie prawidłowości ceny, mimo złożenia ogólnych i gołosłownych wyjaśnień, nie można wywodzić z tego, że różnice między cenami poszczególnych ofert nie są rażąco duże oraz z tego, że wartość szacunkowa zamówienia została zawyżona. Wezwanie wykonawcy do wyjaśnień powoduje bowiem powstanie po jego stronie obowiązku wykazania realności i prawidłowości kalkulacji ceny, poprzez złożenie wyczerpujących i popartych dowodami wyjaśnień. Nawet jeśli wysokość ceny nie wynika z nadzwyczajnych okoliczności, na wykonawcy spoczywa obowiązek szczegółowego

wyjaśnienia, w jaki sposób ją skalkulował, jakie założenia przyjął do kalkulacji i co w niej uwzględnił.

IV Stanowisko przystępującego po stronie Zamawiającego

Przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Symmetry Sp. z o.o. wnosząc o oddalenie odwołania.

Przystępujący wskazał, że w świetle aktualnego stanu prawnego oraz orzecznictwa KIO na obecnym etapie Odwołujący nie ma możliwości uzupełnienia swoich wyjaśnień. Jak wynika z dokumentacji udostępnionej przez Zamawiającego, skierował on jednoznaczne wezwanie do Odwołującego, na które ten odpowiedział tylko ogólnymi stwierdzeniami, zawierającymi dodatkowo w sobie wiele sprzeczności. Jak pisze sam Odwołujący w treści odwołania: „Zamawiający dysponował wszelkimi informacjami pozwalającymi mu na ocenę realności zaoferowanej ceny” – zatem wskazuje to jednoznacznie na udostępnienie informacji a nie dowodów – wbrew podstawom prawnym. Nadto wezwanie przez Zamawiającego było obligatoryjne, nawet jeśli w ocenie Odwołującego nie zaszły okoliczności budzące wątpliwości lub w razie porównania ofert z innymi uczestnikami postępowania.

Ugruntowana linia orzecznicza KIO potwierdzającą zasadność działania Zamawiającego. W wyroku KIO 2703/17 Izba wskazała: „Wystąpienie zamawiającego do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 (...) stanowi sygnał, że zamawiający po wstępnej ocenie uznał, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy powinny zatem doprowadzić do przekonania zamawiającego, iż jego założenie jest błędne. Dowód braku zaoferowania ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy. Dla obalenia powstałego domniemania nie wystarczy złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych. Zdawkowe i ogólne wyjaśnienia nie stanowią podstawy do obalenia wyżej wymienionego domniemania. Wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i winny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę tak, aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia, a jednocześnie nie mogą opierać się na samych oświadczeniach wykonawcy, gdyż art. 90 ust. 3 powołanej ustawy mówi o dowodach na ich potwierdzenie.”; w wyroku KIO 2411/17: „Wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę co do zasady ma charakter jednokrotny, a oferta wykonawcy, który zlekceważył wezwanie zamawiającego i złożył wyjaśnienia ogólnikowe, nieodnoszące się do treści wezwania, podlega odrzuceniu. Orzecznictwo i doktryna dopuszczają jednak możliwość zwrócenia się do wykonawcy, który złożył wyjaśnienia niepotwierdzające, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, o dalsze wyjaśnienia kosztów, czy założeń przyjętych do kalkulacji. Możliwość wezwania do dodatkowych wyjaśnień zachodzi w praktyce w dwóch sytuacjach: gdy sam zamawiający nie poinformował wykonawcy, jakie elementy oferty budzą jego wątpliwości co do ewentualnego rażącego

zaniżenia oferty, a wezwanie było odzwierciedleniem przepisów ustawy, a także gdy wykonawca złożył wyjaśnienia, poparł je dowodami i z tych wyjaśnień wprost jednoznacznie nie wynika, że wykonawca zaoferował cenę rażąco niską, a niektóre elementy wyjaśnień co do kosztów, czy założeń kalkulacyjnych nie zostały w dostateczny sposób wyjaśnione przez wykonawcę i budzą wątpliwości zamawiającego."; w wyroku KIO 1421/17: „Na wezwanie zamawiającego do wyjaśnienia wysokości ceny oferty wykonawca ma obowiązek przedstawić stosowne kalkulacje niezależnie od tego, czy wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy czy też kosztorysowy. Brak przedstawienia takiej kalkulacji na wezwanie zamawiającego pozwala na uznanie, że cena oferty nie została skalkulowana w sposób rzetelny, pozwalający na prawidłową realizację przedmiotu zamówienia."; w wyroku KIO 1382/17: „To wykonawca broniący swojej oferty, winien w szczególności wykazać istnienie okoliczności, o których mowa w art. 90 ust. 1 pkt 1-5 (...) i poprzeć złożone wyjaśnienia dowodami. Ponowne wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym trybie mogłoby być uzasadnione jedynie wówczas, gdyby wykonawca złożył wszystkie wyjaśnienia, o które podanie których został wezwany, a mimo to istniałyby jeszcze pewne wątpliwości wymagające wyjaśnienia."; w wyroku KIO 686/17: „Powtórne wezwanie do wyjaśnień jest dopuszczalne w sytuacji, gdy na podstawie złożonych wyjaśnień powstają dalsze kwestie i nowe wątpliwości do wyjaśnienia, nie może natomiast prowadzić do bezpodstawnego stworzenia kolejnej szansy dla wykonawcy, który złożył wyjaśnienia niekompletne czy niepotwierdzające prawidłowości ceny."; w wyroku KIO 545/17: „Jakkolwiek wiedza zamawiającego wynikająca z profesjonalnego prowadzenia działalności w dziedzinie objętej przedmiotem zamówienia może być pomocna przy ocenie realności ceny oferty, to nie może to prowadzić do poszukiwania przez zamawiającego usprawiedliwienia dla wysokości tej ceny w sytuacji, gdy jej prawidłowość w żadnej mierze nie została wykazana w wyjaśnieniach wykonawcy.”

Zaoferowane przez Odwołującego serwery to produkty firmy Lenovo. Według wiedzy i doświadczenia Przystępującego w oparciu o blisko 10-letnie doświadczenie i funkcjonowanie na rynku oraz współpracę z firmą Lenovo, oferty tej firmy na sprzęt (w tym serwery) na polskim rynku są kalkulowane w walucie obcej (USD). Oznacza to, że sprzęt powinien być zakupiony w cenie obliczanej w walucie USD i dopiero potem jego cena ofertowa będzie przeliczona na PLN. Od dnia składania ofert kurs USD/PLN zmieniał się o ok. 20 gr/1USD, co przy wartości sprzętu w tym postępowaniu ma istotne znaczenie przy szacowaniu finalnej oferty i związanego z nią ryzyka walutowego. Zatem co najmniej ten element dodatkowego ryzyka kursowego powinien być brany pod uwagę na etapie szacowania ceny i uwzględniony w wyjaśnieniach Odwołującego, co nie zostało uczynione i nie może być uzupełnione na obecnym etapie.

Sprzęt firmy HP, jaki zaproponował Przystępujący jest kalkulowany przez tego producenta na rynek polski w PLN, co eliminuje ryzyko związane z wahaniami kursu walut.

Ceny katalogowe serwerów Lenovo w przypadku konfiguracji zawartej w ofercie są wyższe od producenta oferowanego przez Przystępującego. Wycena katalogowa konfiguracji sprzętu Lenovo, którą przygotowali inżynierowie Przystępującego na dzień składania ofert wynosiła ok. 18.007.658,00 PLN netto (4.629.218,00 USD netto, przy kursie USD w dniu składania ofert na poziomie 3,89). Natomiast wycena katalogowa serwerów HP, jakie zaproponował Przystępujący to 16.027.142,00 PLN netto, co oznacza, że Odwołujący powinien był co najmniej wykazać, w jakich cenach jest w stanie nabyć sprzęt (rabaty na serwery większości producentów są na porównywalnym poziomie) i jakimi specjalnymi warunkami cenowymi dysponuje – oferta dostawcy sprzętu, gdzie przedmiotem zamówienia jest dostawa sprzętu, stanowiłaby niezbędny dowód, o którym mowa w przepisach.

Z oficjalnych informacji zawartych na stronach producenta Lenovo w dokumencie „Lenovo ThinkSystem SR950 Server (Xeon SP Gen 2)” można znaleźć informację, że model serwera zaoferowany przez Odwołującego na rynek europejski jest dostępny tylko z dwoma procesorami Intel Xeon Gold 6242, podczas gdy Zamawiający oczekiwał dostarczenia serwerów z czterema procesorami, z których każdy ma posiadać 16 rdzeni. Konfiguracja zgodna z oczekiwaniami Zamawiającego jest oferowana na rynek Ameryki Północnej, co również wpływa potencjalnie na koszt utrzymania, ponieważ wykonawca powinien uwzględnić dodatkowe koszty związane z serwisem sprzętu, który producent (firma Lenovo) na terenie Polski może realizować w ograniczonym zakresie. Zatem, aby nie narażać się na przekroczenie terminów naprawy sprzętu (szacowanie ryzyka kar umownych) wskazanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (8 godzin od czasu zgłoszenia awarii) Odwołujący winien zapewnić co najmniej niezbędne części zapasowe we własnym zakresie, co generuje dodatkowe koszty, jak również utrzymywać wykwalifikowany zespół inżynierów w reżimie 365/24/7, który musi dokonać naprawy w przeciągu 8h w siedzibie Zamawiającego. Pomimo że oferta Przystępującego ma pełne pokrycie na wszystkie elementy składowe oferty od producenta, to Przystępujący przyjął do kalkulacji dodatkowe obowiązki dla zespołu inżynierów, o czym Przystępujący poinformował w stosownych wyjaśnieniach do Zamawiającego podając ich koszt. Powyższe również powinno znaleźć się w wyjaśnieniach ceny Odwołującego, lecz zostało pominięte.

Najważniejsze jest jednak nieprzekazanie Zamawiającemu informacji o cenie zakupu sprzętu, co w przypadku postępowania obejmującego swoim zakresem dostawę sprzętu jest kluczowym dowodem i elementem cenotwórczym i na co wyraźnie wskazywało wezwanie Zamawiającego.

Producenci mogą stosować niestandardowe rabaty, ale koszt serwerów, jakich wymagał Zamawiający, jest kształtowany głównie przez cenę procesorów, gdzie polityka firmy Intel nie daje dużego pola do rabatów, co również czyni ofertę niemożliwą do realizacji w takiej cenie, a co przede wszystkim powinno zostać wyjaśnione przez Odwołującego w uzasadnieniu ceny.

Ze względu na obecne uwarunkowania rynkowe i sytuację gospodarczą na linii USA – Chiny (Intel jest firmą amerykańską, a Lenovo firmą chińską), problemem może być nie tylko uzyskanie specjalnych rabatów dla firmy Lenovo, jak i w ogóle sama dostawa oferowanego sprzętu w deklarowanym terminie.

V Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania w zakresie postawionych zarzutów (w szczególności treść oferty Odwołującego, treść wezwania do wyjaśnień i udzielonych wyjaśnień) nie jest sporny między Stronami i Przystępującym.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępującego, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentów postępowania przetargowego przedstawionych przez Zamawiającego oraz stanowisk Stron i Przystępującego Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przepis art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych w kolejnych ustępach zawiera opis procedury wyjaśniania kwestii poziomu ceny oferty: „1. 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 2018 r. [poz. 2177](#)); 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.

2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

3. 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.”

Pismem z 23 października 2019 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych. W wyjaśnieniach tych głównie przywołał wskazania z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, ale zaznaczył również, że Odwołujący ma przedstawić szczegółowe kalkulacje w stosunku do całkowitej ceny oferty, tj. zamówienia podstawowego i zamówienia z prawa opcji oraz załączyć na ich potwierdzenie dowody.

W odpowiedzi Odwołujący przedstawił pismo, w którym wskazał, że zgodnie z orzecznictwem o rażąco niskiej cenie można mówić, gdy nie jest możliwe wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę i przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne, a rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Składając wyjaśnienia wykonawca powinien wskazać, co spowodowało obniżenie ceny i w jakim stopniu wskazany

czynnik wpłynął na jej obniżenie. Udzielone wyjaśnienia mają potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana. W związku z powyższym Odwołujący „z całą stanowczością” stwierdził, iż w jego ofercie nie można mówić o rażąco niskiej cenie, co potwierdza kilka czynników:

1. Metoda realizacji przedmiotu zamówienia nie odbiega od ogólnie przyjętych zasad realizacji tego typu projektów IT,

2. Zaoferowana cena oparta jest na szacunkach wynikających z wieloletniego doświadczenia w realizacji umów na dostawę sprzętu IT. Zaoferowana cena jest co prawda niższa o 48,8% (4.638.826,36 zł) od zakładanego budżetu (9.505.690,36 zł), ale zaledwie o 14,52% (706.579,65 zł) od średniej arytmetycznej wszystkich ofert oraz o 13,42% (653.376 zł) od drugiej oferty złożonej w postępowaniu, zatem nie może to stanowić podstawy stwierdzenia, że zaoferowana cena spełnia przesłanki ceny rażąco niskiej, „na co wskazują dowody i okoliczności przedstawione poniżej”:

a) Oszczędność metody wykonania zamówienia – cena została skalkulowana na podstawie doświadczenia wykonawcy w realizacji zadań o podobnej złożoności oraz znajomości kosztów zbliżonych projektów. Wykonawca zatrudnia osoby posiadające tytuł inżyniera z doświadczeniem w kierowaniu oraz pracach analitycznych przy realizacji zadań związanych ze sprzedażą i dostawą sprzętu informatycznego, co pozwala na opracowanie optymalizacji realizacji robót, dzięki którym ogranicza zbędne koszty przy wykonaniu zamówienia (optymalizacja roboczo godzin).

b) Wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia – wycena przedmiotu zamówienia dla dostarczonych w ramach projektu komponentów sprzętowych infrastruktury oparta jest na wewnętrznym algorytmie wykonawcy, bazującym na wieloletnim doświadczeniu wdrażania ww. infrastruktury. W tym na doświadczeniach wyniesionych z realizacji zbliżonych projektów wykonywanych na rzecz Zamawiającego.

c) Koszty pracy, których wartość została przyjęta do ustalenia ceny, nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Szczegółowy opis kalkulacji ceny znajduje się w punkcie e).

d) Wykonawca nie korzysta z dodatkowej pomocy publicznej.

e) Elementy kalkulacji cenowej – wycena przedmiotu zamówienia ewidentnie wskazuje, iż cena oferty nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oferta w odniesieniu do zamówienia podstawowego zawiera następujące koszty – tu wykonawca wskazał ogólne (jednoliczbowe) kwoty za: części zamienne, koszt pracy, konsultacje, logistykę, koszt wykupienia dostępu do wsparcia producenta, koszt zakupu serwerów i marżę, które objął tajemnicą przedsiębiorstwa, oraz zapewnił, że zysk firmy zapewnia rentowność złożonej oferty i należyte wykonanie zamówienia na najwyższym poziomie.

Wskazał też, że w przypadku realizacji zamówienia opcjonalnego istniałaby duża szansa, iż koszty części zamiennych oraz logistyki nie wzrosłyby dwukrotnie, co dodatkowo wpłynęłoby na podniesienie zakładanej marży.

f) Wykonawca nie zamierza powierzyć wykonania części zamówienia podwykonawcy, co pozwala mu na obniżenie zaoferowanej ceny.

Oferta cenowa została sporządzona w sposób rzetelny, prawidłowy, na podstawie własnej wiedzy, znajomości rynku, realnych cen robocizny oraz obejmuje wszystkie koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia wynikające ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Cena odpowiada stawkom rynkowym, jest wiarygodna i pozwala na utrzymanie rentowności. Potwierdza to m. in. stosunek do cen zaoferowanych przez innych wykonawców. Przyjęty przez Zamawiającego budżet był znacząco wyższy od szacunków wykonawcy i stał się bezpośrednią przyczyną różnicy w zaoferowanej cenie i kwocie, jaką Zamawiający planuje przeznaczyć na realizację zamówienia.

W dalszej części Odwołujący odniósł się do orzecznictwa oraz ponowił zapewnienia o realności swojej oferty.

Po zapoznaniu się z powyższymi wyjaśnieniami Izba uznała, że postępowanie Zamawiającego było prawidłowe, a argumentacja przedstawiona w cytowanych powyżej stanowiskach Zamawiającego i Przystępującego słuszna.

Zamawiający wezwał Odwołującego do przedstawienia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej przez niego ceny. Co prawda „objętościowo” główna część owego wezwania odwoływała się do treści art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (jest to obowiązkowa część analizy ceny ofertowej, wynikająca zarówno z ustawy Prawo zamówień publicznych, jak i przepisów unijnych, a wcześniej – z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE), ale Zamawiający wskazał również, że Odwołujący ma przedstawić szczegółowe kalkulacje w stosunku do całkowitej ceny oferty, tj. zamówienia podstawowego i zamówienia z prawa opcji oraz załączyć na ich potwierdzenie dowody.

Zatem wezwany wykonawca, oprócz odniesienia się do: oszczędności metody wykonania zamówienia, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia, minimalnego wynagrodzenia za pracę, pomocy publicznej, powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy itd., o których tam mowa, powinien przede wszystkim odnieść się do kalkulacji własnej ceny ofertowej. Zresztą także odnosząc się do wyżej wskazanych elementów z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – jeśli w danym przypadku któreś z nich dotyczą jego oferty – powinien odnieść się do kalkulacji własnej ceny ofertowej.

Odwołujący zaś tego w żaden sposób nie zrobił. Nawet wskazania typu „szczegółowy opis kalkulacji ceny znajduje się w punkcie e)” nie znajdują żadnego pokrycia, gdyż ów szczegółowy opis kalkulacji sprowadzał się do jednej liczby z niczego nie wynikającej

i z niczym nie powiązanej. Również pozostałe wskazane w punkcie e) kwoty nie miały żadnego odniesienia ani uzasadnienia, nie wspominając nawet o jakimkolwiek początku dowodu na ich potwierdzenie, np. w zakresie ceny zakupu sprzętu (który to zakres jest akurat stosunkowo łatwy do udowodnienia). Niektórym z nich trudno też było nadać konkretny zakres, jak „konsultacje” i „logistyka”.

Odwołujący w swoich wyjaśnieniach ogólnie powoływał się na nieokreślone stwierdzenia typu: „wewnętrzny algorytm wykonawcy”, „optymalizacja roboczogodzin”, czy zapewnienia „wieloletniego doświadczenia” własnego i personelu i „rzetelności wyceny”, z których nie wynikają żadne konkretne informacje w zakresie kształtowania ceny.

W związku z powyższym Zamawiający prawidłowo ocenił, że złożone wyjaśnienia są jedynie ogólnikowe i niczego nie wnoszą.

Jak wskazał – za orzecznictwem – sam Odwołujący w odwołaniu: „Składając wyjaśnienia wykonawca powinien wskazać, co spowodowało obniżenie ceny i w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie. Udzielone wyjaśnienia mają potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana.” Odwołujący w żaden sposób tego nie uczynił.

Izba podziela również stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, że w tym stanie faktycznym ponowne wezwanie Odwołującego do wyjaśnień byłoby naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – zwłaszcza wobec faktu, że w niniejszym postępowaniu wszyscy wykonawcy zostali do takich wyjaśnień wezwani. Wezwanie to nie polegałoby bowiem na jedynie na uzupełnieniu (uszczegółowieniu) wyjaśnień lub wyjaśnieniu dodatkowych elementów, lecz – aby wyjaśnienia w ogóle mogły być zaakceptowane – musiałyby polegać na złożeniu kompletnie nowych wyjaśnień.

W tym miejscu warto przywołać stwierdzenie Trybunału Sprawiedliwości UE zawarte w orzeczeniu z 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s.: „kandydaci nie mogą się zresztą skarżyć na to, że na instytucji zamawiającej nie spoczywa w tym względzie jakikolwiek obowiązek, ponieważ brak jasności oferty wynika jedynie z uchybienia ich obowiązku dochowania staranności przy formułowaniu oferty, któremu podlegają tak samo, jak inni kandydaci.” Powyższe stwierdzenie odnosi się do obowiązku wyjaśniania treści oferty, lecz – jako zasada – idealnie pasuje do niniejszej sytuacji: Odwołujący otrzymał szansę wyjaśnienia swojej oferty w zakresie ceny, lecz jej nie wykorzystał i nie może swoją niestarannością w tym zakresie obarczać Zamawiającego. Zwłaszcza, że Zamawiający, jak podkreślał, wyciągnął wnioski wynikające w poprzedniej, niemal identycznej i negatywnie ocenionej sytuacji, która miała miejsce w postępowaniu KIO 2637/18.

Ustawa Prawo zamówień publicznych podstawy do odrzucenia oferty z powodu wątpliwości w zakresie rażąco niskiej ceny wskazuje w dwóch przepisach: art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Pierwszy z nich zawiera bardziej kategoryczne stwierdzenie (wystąpienie rażąco niskiej ceny), drugi zaś wskazuje na brak złożenia wyjaśnień oraz ich negatywną ocenę przez zamawiającego.

Jak podkreślał Zamawiający, Izba ocenia poprawność czynności zamawiającego w postępowaniu. Wynika to z art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który odnosi się do „niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego” (lub zaniechania). W niniejszym przypadku, w ocenie Izby, na podstawie tak udzielonych wyjaśnień Odwołującego, Zamawiający nie mógł dokonać pozytywnej ich oceny.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), uwzględniając uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 15.000 złotych oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600 złotych.

Przewodniczący: