

**WYROK**

**z dnia 11 grudnia 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek**

**Protokolant: Marcin Jakóbczyk**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 listopada oraz 6 grudnia 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 listopada 2018 r. przez wykonawcę **bezpieczne.it sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia w Warszawie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **S&T Poland Sp. z o.o., S&T Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 2354/18 po stronie zamawiającego.

orzeka:

- 1) uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy **bezpieczne.it sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**.
- 2) Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego się kwotę 18600 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

**Sygn. akt KIO 2354/18**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r., poz. 1579 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 **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający - Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.; dalej: „ustawa Pzp”) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *„Świadczenie usługi utrzymania infrastruktury technichnosystemowej (ITS) Systemu KRDK, P2 (SA) oraz P4 wraz z instalacją i konfiguracją podsystemów”*.

W dniu 5 listopada 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawcę – bezpieczne.it sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W dniu 14 listopada 2018 r. Odwołujący wniósł odwołanie od czynności i zaniechania czynności Zamawiającego zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp – poprzez przedstawienie uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego w sposób niepełny, niejasny i budzący wątpliwości interpretacyjne, bez jakiegokolwiek odniesienia się Zamawiającego do wyjaśnień wykonawcy w zakresie ceny oferty i zakwestionowania tych wyjaśnień, a w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i naruszenie art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania transparentności i jawności, nakazując tym samym wykonawcy wnioskować o przyczynach odrzucenia jego oferty;

2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione zastosowanie tego przepisu i przyjęcie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, która nie została w wystarczający sposób wyjaśniona, mimo braku podstaw do takich twierdzeń, udzielenia szczegółowych wielokrotnych wyjaśnień przez odwołującego co do poszczególnych elementów cenotwórczych i braku wskazania okoliczności, które przemawiają za uznaniem, że cena oferty jest rażąco niska;

3. naruszenie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że wyjaśnienia złożone przez Odwołującego nie wskazują w sposób wystarczający, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska oraz poprzez przyjęcie, że wyjaśnienia nie zawierają dowodów, mimo że wyjaśnienia w sposób szczegółowy obrazują oszczędność metody wykonania zamówienia, rozwiązania techniczne, zasady współpracy z podwykonawcą, które przekładają się na cenę, koszty osobowe i inne mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny;

4. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - ocenianie ceny oferowanej przez Odwołującego w sposób nieodpowiadający rodzajowi ceny przewidzianemu za wykonanie przedmiotu zamówienia i w sposób niewymagany na etapie składania ofert i mniej korzystny niż cen oferowanych przez innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, a w konsekwencji niezapewnienie w prowadzonym postępowaniu przetargowym zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, żądając od wykonawcy podania elementów cenotwórczych w sposób odbiegający od sposobu kalkulacji ceny oferty;

5. naruszenie art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez odmówienie Odwołującemu dostępu do wyjaśnień treści oferty i dokumentów składanych przez Wykonawcę S&T, mimo iż wyjaśnienia i składane dokumenty stanowią integralną część oferty Wykonawcy.

6. naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego mimo, iż zgodnie z kryteriami oceny ofert, oferta ta jest najkorzystniejsza spośród złożonych ofert i nie powinno zostać odrzucona, a wykonawca nie podlega wykluczeniu.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego jako dostatecznie wyjaśnionej w zakresie zaoferowanej ceny i niezawierającej rażąco niskiej ceny oraz nakazanie Zamawiającemu udostępnienia wyjaśnień treści oferty i dotyczących rażąco niskiej ceny wykonawcy S&T.

Uzasadniając zarzuty odwołania, Odwołujący wskazał, że w trakcie postępowania Zamawiający trzykrotnie wzywał go do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Wskazał, że odpowiadając na powyższe wezwania podał szczegółowe wyliczenia związane z konstruowaniem ceny oferty. Jednocześnie wyjaśnił, że wyjaśnienia te zostały przez niego objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Wskazał, że w postępowaniu wpłynęły 2 oferty: Konsorcjum wykonawców S&T na kwotę: 5 001 318,87 zł brutto oraz Odwołującego na kwotę: 3 342 663,99zł brutto. Zdaniem Odwołującego uwzględniając stosunek cen złożonych ofert w stosunku do szacowania dokonanego przez Zamawiającego na poziomie 7 832 454,84zł brutto potwierdza nieprawidłowość dokonanego przez Zamawiającego szacowania. Odwołujący podkreślił, że cena oferty konsorcjum S&T (który zadanie wykonywał bezprzerwowo od kilku lat), z którego jeden z członków świadczy bez przerwy usługę – wynosi 63% wartości szacowania, a cena oferty wykonawcy bezpieczne.it wynosi 43% wartości szacowania. Pokazuje to, że szacowanie wartości zamówienia było zbyt wysokie a rynek zweryfikował założenia postawione przez Zamawiającego, również poprzez złożenie dużo tańszej oferty niż

szacowana wartość przez Wykonawcę, który realizuje od kilku lat tę usługę na rzecz Zamawiającemu. Zamawiający nie odnosił się do średniej arytmetycznej, która wynosi 4 171 991,43 zł. Różnica ceny zaoferowanej przez Odwołującego wyniesie wówczas 19,9% wyliczonej średniej złożonych ofert, a w konsekwencji nie przedstawia się już jako oferta tak dalece odbiegająca od wartości rynkowej oferowanej usługi. W ocenie Odwołującego nie można lekceważyć tego wyniku.

Kolejno Odwołujący stwierdził, że wartość zamówienia oszacowana przez Zamawiającego jest oparta na nierynkowej wartości usług i w związku z tym Zamawiający opierając się jedynie na wartości szacunkowej nie powinien na tej podstawie (w odniesieniu do szacowanej ceny) arbitralnie oceniać oferty pod kątem rażąco niskiej ceny nie uwzględniając zdarzeń w trakcie trwania postępowania.

Odwołujący stwierdził także, że zniżenie ceny ofertowej względem wartości rynkowej przedmiotu zamówienia jest pierwszym i koniecznym warunkiem zastosowania procedury wyjaśniającej cenę, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, tym samym, w przypadku braku takiego zniżenia zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jako przesłanki odrzucenia oferty będzie nieuprawnione, a jakiegokolwiek ustalanie indywidualnych kosztów wykonawcy czy innych czynników pozwalających mu zaoferować cenę na danym poziomie, jest właściwie bezprzedmiotowe.

Odwołujący zarzucił, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie wyjaśnił, w których miejscach oferty czy poszczególnych elementów cenotwórczych doszło do zniżenia przez niego ceny oferty, czy poszczególnych cen, które miałyby wpływ na cenę globalną oferty. Poza wskazaniem, że oferta zostaje odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie ma żadnego wskazania, że zawiera ona rażąco niską cenę. Zamawiający nie wyjaśnił, czemu niewystarczające były poszczególne wyliczenia podane przez Odwołującego, które wartości podane są nierealne i które pozycje z opisu przedmiotu zamówienia nie zostały uwzględnione w cenie oferty Wykonawcy Odwołującego. Zamawiający pominął całkowicie analizę ceny oferty Wykonawcy pod kątem złożonych wyjaśnień, co powinno być elementem uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Wykonawcy.

Wskazał, że Zamawiający wymagał określenia kwoty jako cenę realizacji zamówienia poprzez wskazanie w Formularzu ofertowym sporządzonym wg wzoru stanowiącego Załączniki nr 3 do SIWZ łącznej ceny ofertowej brutto za realizację całości przedmiotu zamówienia oraz ceny brutto za poszczególne pozycje określone w ww. Formularzu ofertowym, przy czym łączna cena ofertowa brutto miała uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz wzorem umowy określonym w SIWZ.

Zamawiający przewidział zastosowanie opcji w zakresie rozpoczęcia i zakończenia świadczenia usług. W zakresie rozpoczęcia świadczenia usługi znajduje się przyjęcie odpowiedzialności za utrzymanie od innego podmiotu (w szczególności od Zamawiającego) i rozpoczęcie świadczenia usług. W zakresie zakończenia usługi znajduje się przekazanie odpowiedzialności za utrzymanie Zamawiającemu (w szczególności innemu podmiotowi) i zakończenie świadczenia usług. Dodatkowo Zamawiający zastrzegł, że zlecenie przez Zamawiającego zamówień opcjonalnych, o których mowa w § 2 Umowy, jest uprawnieniem Zamawiającego, z którego skorzystanie rodzi po stronie wykonawcy obowiązek realizacji zamówienia opcjonalnego, a także że wykonawcy nie przysługuje roszczenie finansowe w przypadku nie skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji lub skorzystania w niepełnym zakresie. Dodatkowym zastrzeżeniem Zamawiającego było oświadczenie, że zamówienia opcjonalne mogą być zlecane, realizowane i rozliczane wyłącznie w terminie wykonania umowy.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący złożył ofertę w oparciu o dokumenty ogólnie dostępne na stronie Zamawiającego, opublikowaną dokumentację przetargową oraz pytania i odpowiedzi udzielane przez Zamawiającego w trakcie trwania postępowania, a także własne doświadczenia zdobyte podczas wykonywania zleceń dla Zamawiającego. Powyższe ujął w wyjaśnieniach wykonawcy w pismach z 1 i 12 października (pierwsza i druga odpowiedź wykonawcy).

Dla Wykonawcy te ogólnie dostępne informacje miały znaczenie doniosłe o tyle, że w odpowiedzi na zadawane pytania o pracochłonność, statystyki lub bardziej szczegółowe informacje dotyczące realizowania przedmiotu zamówienia Zamawiający stwierdzał, że statystyk nie prowadzi, odpowiadał ogólnikami, nie odpowiadał w ogóle, lub też informował, że informacji tych udzieli po udostępnieniu informacji po podpisaniu umowy.

Do tej kwestii Odwołujący odniósł się w sposób szczegółowy w odpowiedzi z dnia 1 października w punkcie II (pierwsza odpowiedź), w odpowiedzi z dnia 12 października w punkcie II i w punkcie IV (druga odpowiedź) oraz III odpowiedź.

Niemniej jednak, w tym konkretnym przypadku analiza zapisów SIWZ i wymagań Zamawiającego precyzowanych już po otrzymaniu przez Zamawiającego pierwszej odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny (wymóg tabeli) jest bardzo istotna dla wykonawcy, gdyż złożenia oferty w formie takiej tabeli Zamawiający w zapisach SIWZ nie wymagał, natomiast żądanie tabeli sprowadziło się do wymogu postawionego przez Zamawiającego po złożeniu oferty, przedstawienia przez Odwołującego statystyki prac i pracochłonności prac w formie przyjętej przez Zamawiającego w stosunku do zagadnień, których jak oświadczył sam Zamawiający w udzielonych odpowiedziach Zamawiający, statystyki sam nie prowadzi.

Odwołujący w odwołaniu przytoczył treść pytań i odpowiedzi Zamawiającego z dnia 11 września 2018 r. i wskazał, że Zamawiający wymagał na etapie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny podania przez Wykonawcę informacji, których sam nie miał – co do których nie byłby w stanie ocenić ani ich wiarygodności, ani rzetelności przygotowania. Wskazać można w konsekwencji, że Zamawiający zażądał od Wykonawcy podania danych do oceny ceny oferty, których sam nie miał na etapie opisu przedmiotu zamówienia i szacowania wartości zamówienia.

Zamawiający poprzez żądanie tabeli z konkretnymi danymi – nieznanymi jemu samemu – uniemożliwił przedstawienia sposobu przygotowania oferty przez samego Wykonawcę, narzucając w sposób nieuprawniony podanie skonkretyzowanych danych. Odwołujący podkreślił, że w wyjaśnieniach podał dokładnie sposób obliczenia ceny oferty powołując się na konkretne metodyki pracy, ustawienia personelu, współpracę z podwykonawcami, wreszcie koszty podane w sposób konkretny, oszacowane ryzyko, a także marżę. Żadnego z tych punktów Zamawiający nie podważył we wnioskowaniu o kolejne wyjaśnienia, Zamawiający nie wskazywał, które elementy pozostają dla niego poza wyceną, a jedynie upierał się, że wyliczenia mają być przygotowane i przedstawione w sposób tabelaryczny w tabeli Zamawiającego. Istotne jest, że wyjaśnienia zawierały wszystkie elementy cenotwórcze.

W toku badania ofert Zamawiający w dniu 24 września 2018 wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia ceny złożonej oferty. W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca w dniu 1 października 2018 na stronie nr 2 w punkcie nr II.1 opisał potencjał kadrowy podwykonawcy, który ma zasadnicze znaczenie w związku z wymogami stawianymi przez Zamawiającego w zakresie dysponowania specjalistami o kwalifikacjach opisanych w SIWZ – Zamawiający o udziale podwykonawcy wiedzę miał już z oferty, a złożone wyjaśnienia wraz z oświadczeniem podwykonawcy pozwoliły na doprecyzowanie przed Zamawiającym zasad współpracy, długofalowości tej współpracy i korzyści finansowych, jakie ta współpraca daje na tle konkretnego postępowania u Zamawiającego. W punkcie nr II.2 opisał sposób realizacji umowy a w punkcie II.3 odniósł się do złożoności usługi z uwzględnieniem doświadczeń samego wykonawcy zdobytych we wcześniejszej współpracy z Zamawiającym. W punkcie III wskazał, że przedstawił szczegółowe tabelaryczne wyliczenie ceny oferty z podziałem na grupy usług wskazując istotne czynniki ułatwiające realizację zamówienia. Ponadto wskazał na cenę za usługi USL 20 i 21 w swojej ofercie w stosunku do zaniżonych cen podanych przez wykonawcę S&T, który przykładowo w zakresie usługi ULS 20 - dla której czas realizacji jest ściśle określony w OPZ na 15 roboczo dni - podał kwotę 2 459,94 zł brutto, gdy tymczasem on podał za tę samą usługę kwotę 18 450zł. W ocenie Odwołującego cena tej usługi wskazana przez wykonawcę S&T jest nierealnie niska i wynosi jedynie 13% ceny usługi podanej przez niego. Następnie wskazał, że na stronie nr 3 w sposób tabelaryczny ujął miesięczne i całkowite

zestawienie poszczególnych elementów oferty uwzględniając szczegółowość wymaganą przez Zamawiającego w SIWZ. Poniżej tej tabeli na stronie nr 3 podał elementy składowe usługi USL 19, którą wykonawcy muszą nabyć u podmiotów zewnętrznych, tzn. zakup wsparcia do oprogramowania będącego w posiadaniu Zamawiającego. Z dwóch ostatnich wierszy tabeli wynika minimalna marża na tej usłudze tzn. zysk brutto uwzględniający koszty zakupu i koszty ogólne przypisane do tej usługi. Dodatkowo pod opisaną tabelą na stronie nr 3 podał sposób wyliczenia pozostałych usług stanowiących część składową oferty. Wyjaśnił, że w układzie miesięcznym wyodrębnił nieprzewidziane koszty dodatkowe (rezerwa) a także wskazał marżę, zysk brutto generowany na pozostałych częściach zamówienia, co już samo przez się pokazuje, że usługa nie będzie realizowana poniżej kosztów, jakie Wykonawca zobowiązany będzie ponieść. Kolejno wskazał, że podał też przewidywany procentowy zysk dla całości zamówienia wyliczony przy wykorzystaniu na rzecz Zamawiającego całości uwzględnionych przez niego określonych jako miesięczne nieprzewidziane koszty dodatkowe tzn. rezerwa. Dodatkowo w części IV na stronie nr 3 oświadczył, że jego oferta zawiera cenę rynkową i zawiera wszelkie składniki kosztowe. Na stronie nr 5 przedłożył jako dowód oświadczenie podwykonawcy potwierdzające parametry złożonej przez wykonawcę niego oferty oraz złożonych wyjaśnień.

Odwołujący następnie wskazał, że Zamawiający w dniu 5 października 2018r. wezwał go ponownie do złożenia wyjaśnień i zobowiązał do wypełnienia stworzonej przez niego tabeli xls. W odpowiedzi na powyższe wezwanie pismem z dnia 21 października 2018r. na stronie 2 ponownie dokonał rozliczenia elementów składowych ceny. Oświadczył, że cena zawiera wszystkie koszty, jakie ponosi Zamawiający w przypadku wyboru oferty a także wskazał, że cena oferty jest ceną ryczałtową i jest wyliczana na podstawie własnej kalkulacji wykonawcy i przyjętej przez niego metodyki pracy, która nie musi być zbieżna z nieokreśloną na etapie opisu przedmiotu zamówienia metodyką pracy przyjętą przez Zamawiającego na potrzeby wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Dodatkowo na stronie nr 3 wskazał, że Zamawiający w opisaniej przez siebie tabeli wymaga formatu i podziału, którego on nie używał w swojej wycenie. Format tabeli jest charakterystyczny dla wykonawcy, który traktuje rozłącznie systemy objęte jedną usługą, przez jeden zespół wykonawczy zupełnie inaczej niż funkcjonuje to u Odwołującego. Wykonawca wskazał, że charakter zamówienia nie traktuje poszczególnych systemów w taki sposób, aby miały być realizowane oddzielnie przez oddzielne zespoły specjalistów oraz że sam Zamawiający dopuszczał w SIWZ własny sposób realizacji usług. Wykonawca wskazał, że zgodnie z własną organizacją pracy usługi wykonywane w ramach tych samych czynności oraz wyszczególnił pozycję ryzyka w wartości liczbowej i procentowej w rozliczeniu miesięcznym podanej na stronie nr 4 jako tzw. rezerwę tj. koszt prac dodatkowych oraz uzasadnił, że rozbieżność na pozycje poszczególnych grup usług w ramach trzech systemów gdy



te będą wykonywane przez ten sam zespół specjalistów powiększy trzykrotnie wartość rezerwy do pozycji wskazanej w trzecim wierszu od dołu na stronie nr 4 a taka niedokładność spowoduje że szacunki będą obarczone błędem, który pozbawi sensu ich analizę. Wskazał ponadto, że Zamawiający w ogóle nie wymagał w ofercie takiego przedstawienia kosztów. Gdyby takiego zestawienia wymagał Zamawiający w ofercie, wykonawca mógłby takie zastawienie albo zaskarżyć, albo żądać jego doszczegółowienia. Niezależnie od tego na wezwanie Zamawiającego, zmodyfikował on tabelę odzwierciedlając tym samym przyjętą do realizacji tego zamówienia organizację pracy oraz ją rozbudował o kolumny i wiersze, które pozwoliły na bardziej szczegółowe niż wymagał Zamawiający określenie wszystkich elementów składowych kalkulacji ceny. Tabela taka została dodana do wyjaśnień wykonawcy z dnia 12 października 2018r. oraz ostatniej odpowiedzi z dnia 21 października 2018r.

Wyjaśnił ponadto, że przedstawił w tabeli układ kosztowy z podziałem na poszczególne usługi stosując nie układ roboczo-dni jak wskazał w swoim wezwaniu Zamawiający ale w układzie roboczogodzin, gdyż uznał, że układ roboczo-dni jest układem nie odzwierciedlającym rzetelnie nakładu czasowego poszczególnych zadań tym bardziej, że sam Zamawiający w OPZ dla tej grupy usług posługiwał się miarą roboczogodzin a nie roboczo-dni. Dodatkowo wyjaśnił, że w zestawieniu wprowadził zgodnie z przyjętą przez siebie organizacją pracy podział specjalistów na 4 grupy różniące pod względem kwalifikacji i kosztów, a żeby to odzwierciedlić rozszerzył tabelę Zamawiającego o nowe kolumny: H, I, J, K. Dodatkowo w kolumnach H, I, J, K podał stawki za roboczogodzinę dla każdej z grup specjalistów. Cały układ kosztów ujął w układzie pionowym zgodnie ze sownymi wyjaśnieniem, z którego wynika, że poszczególne zidentyfikowane przez Zamawiającego usługi będą wykonywane przez ten sam zespół specjalistów w tym samym miejscu. Dodatkowo do tabeli Zamawiającego wprowadził kolumnę L w której podał sumaryczną ilość roboczogodzin przewidywaną do wykonania w miesiącu w ramach grupy poszczególnych usług. Ponadto wprowadził kolumnę M w której zapisał uwagi do pozycji, które wg niego mogłyby stanowić wątpliwości w zakresie oceny rzetelności wypełnienia tabeli. Pod tabelą opisaną przez Zamawiającego umieścił kolejne wiersze w których podał szacowany miesięczny udział specjalistów poszczególnych grup wg określonej kategorii, liczony w roboczogodzinach na miesiąc. W kolejnym wierszu podał miesięczny szacunkowy koszt pracy dla poszczególnych grup specjalistów. Następnie wprowadził dwa wiersze oznaczone kolorem czerwonym, w których podał szacowaną przez siebie miesięczną liczbę godzin w ramach prac nieprzewidywalnych lub prac pozostałych dla każdej z klas specjalistów tzw. rezerwę, a w kolejnym wierszu podał wyliczony koszt pracy w ramach tzw. rezerwy. W kolejnym wierszu ujął łączny miesięczny koszt pracy dla każdej z klas specjalistów razem z rezerwą oraz przyjęty zysk (brutto) miesięcznie oraz podsumowujący wiersz z miesięczną sumą roboczogodzin w poszczególnych klasach specjalistów (razem z rezerwą). Analizując ilość zawartych danych należy wskazać, że Wykonawca dostarczył

Zamawiającemu ponad 330 różnych danych liczbowych dotyczących rozliczenia kosztów przypadających na każdy miesiąc świadczonej usługi. Powyższe w jego ocenie potwierdza, że w wyjaśnieniach zastosował dużo większą dokładność wyceny własnej oferty niż wymagał sam Zamawiający.

Odwołujący odnosząc się do trzeciego wezwania Zamawiającego z dnia 19 października 2018 r. wskazał, iż zażądał on wyszczególnienia pozycji Pozostałe prace z uwagi na odrębne zapisy umowy, w tym koszty administracyjne, zarządu itd., tak by można było odnieść się do poszczególnych (odrębnych) pozycji. Ponadto, Zamawiający prosił o rozdzielenie kosztów w zakresie marży oraz ryzyka, tak jak zostało to określone w tabeli z dnia 5 października 2018. W odpowiedzi ponownie wyjaśnił przyjęty sposób realizacji zamówienia, który wynika i odpowiada układowi przedstawionej przez siebie tabeli w piśmie z dnia 21 października 2018r. Wyjaśnił że poszczególne usługi mogą być realizowane łącznie, a na stronie nr 5 podał za przykład pozycję nr 224 w tabeli, która w rozbiciu dla poszczególnych systemów spowoduje sztuczne rozbicie tych samych kosztów.

Podsumowując Odwołujący stwierdził, że strategia kalkulacji ceny jest uprawnieniem wykonawcy składającego ofertę i tylko ten wykonawca ma wyłącznie decydujące zdanie w kwestii ustalania tej strategii. W tej kwestii wielokrotnie wypowiedziała się również KIO, wskazując m.in., że „W ramach tego prawa wykonawca na potrzeby każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może przyjąć swoją strategię budowy ceny (KIO 1068/13). W szczególności przy cenie ryczałtowej, wykonawca nie ma obowiązku kalkulacji każdego jednego elementu składowego wyceny robot na poziomie rentowności. Cena całkowita oferty ma bowiem być skalkulowana w ten sposób, aby pokryć koszty wykonanych robót oraz przynieść wykonawcy zysk, dla osiągnięcia którego złożył ofertę i podjął się realizacji zadania.”

Odwołujący odnosząc się kolejno do pisma Zamawiającego z dnia 5 listopada 2018 r., w którym Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty wskazał, że w uzasadnieniu faktycznym jest brak podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia, bowiem poza przytoczeniem wyroków, z których wynika, że ciężar udowodnienia braku rażąco niskiej ceny leży po stronie Wykonawcy i stwierdzenia, że wyjaśnienia są „ogólnikowe”, „gołosłowne” i brak w nich dowodów nie ma żadnego odniesienia się do argumentów i wyliczeń Wykonawcy. Odrzucenie nie wskazuje, czego konkretnie Wykonawca nie udowodnił, ani też jakie dowody Zamawiający uznał za ogólnikowe wyjaśnienia, niepoparte jakimikolwiek dowodami. Informacja ta nie zawiera żadnej polemiki w ramach zakwestionowanych dowodów, która uzasadniałaby stanowisko Zamawiającego. W żaden sposób nie została również poddana analizie informacja zawarta w tabeli wykonawcy. Przyjąć można czytając informację o odrzuceniu oferty, że Zamawiający mechanicznie uznał, że dane w wyjaśnieniach nie spełniają wymogu dokładności i rzetelności, jako niezawarte w tabeli przygotowanej przez Zamawiającego. W informacji o odrzuceniu brak jest także uzasadnienia, dla którego nie uznał

przedłożonego jako dowód oświadczenia podwykonawcy arbitralnie stwierdzając, iż nie stanowi ono dowodu. Odwołujący stwierdził, że uzasadnienie czynności odrzucenia ma doniosłe znaczenie, a obciążenie wykonawcy obowiązkiem wykazania prawidłowości ceny nie zwalnia z konieczności uzasadnienia, z jakich powodów i na jakich podstawach Zamawiający uznaje wyjaśnienia za niewystarczające, zwłaszcza w sytuacji, gdy przedmiotem zamówienia są usługi. Zamawiający w toku badania oferty wykonawcy nie zakwestionował ani sposobu organizacji pracy wskazujący na udział specjalistów różnej kategorii w ramach wykonywania poszczególnych usług, który to sposób jest powszechnie stosowany w organizacji IT, ani przeciętnych stawek godzinowych przewidzianych dla specjalistów poszczególnych kategorii, które są powszechnie znane i nie wymagają dowodzenia ani też szacowanej ilości roboczogodzin przewidzianych na realizację poszczególnych usług. W zakresie umowy z podwykonawcą, Zamawiający nie żądał jej okazania. Wskazał, że złożył w toku postępowania, jako dowód dokument na stronie 5 do pisma z dnia 21 października 2018r. z którego wynika, że poziom złożonych cen jest zgodny z umową. Ponadto w jego opinii, wobec braku zastrzeżeń Zamawiającego, co do faktów oczywistych tj. stawek roboczogodzin przyjętych na rynku przedłożenie umowy nic nie wniosło by do sprawy.

Kolejno wskazał, że przedmiotem umowy jest dostawa usług, w żaden sposób nie weryfikowalna na tym etapie zamówienia, gdyż o ocenie rażąco niskiej ceny nie przesądzają fragmentaryczne, niezgodne z oczekiwaniami Zamawiającego wyjaśnienia wykonawcy. Ogłaszający przetarg takie braki powinien zestawić z wyceną innych elementów i przedstawić ich wagę na tle całego przedmiotu zamówienia i jego wartości. Nie wskazano w dokumentach Zamawiającego, by w wyjaśnieniach nie ujęto pewnych pozycji z opisu przedmiotu zamówienia bądź by cena była niemożliwa do osiągnięcia z przyczyn innych niż rozbieżność z szacunkami Zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, że w sytuacji gdy wykonawca przedstawi szczegółową kalkulację cenową oferty, ciężar dowodu na okoliczność rażąco niskiej ceny przechodzi na Zamawiającego, który na mocy przepisu art. 90 ust.2 i 3 jest zobowiązany do wykazania, jaki jest charakter prawny zaoferowanej ceny, to jest musi odnieść się do każdej pozycji kalkulacyjnej i poszczególnych wyjaśnień z osobna, czego w niniejszym postępowaniu nie uczyniono.

Wskazał, że w ramach udzielania wyjaśnień złożył trzy pisma, które oprócz szczegółowych kalkulacji zawierały opis oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, ze szczególnym uwzględnieniem kosztów pracy. Odwołujący przedstawił szczegółowe wyjaśnienia zawierające cały zakres stanowiący przedmiot zamówienia wyliczony w taki sposób w jaki była kształtowana cena oferty. Wyjaśnienia składały się z części opisowej sytuacji biznesowej i

szczegółowych wyliczeń ceny. Co do oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu Odwołujący swoje wyjaśnienia opisał w pierwszej odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień Zamawiającego z dnia 1 października 2018 r. w punkcie II, na potwierdzenie przyjętych stawek przedkładając dowód zawarty na stronie 5 niniejszych wyjaśnień. Dalsze uszczegółowienie wyjaśnień nierozzerwalnie związanych z niniejszą kwestią zostało zawarte w drugiej odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień z dnia 12 października 2018 r. w punkcie III na stronie 2 i 3, która w ocenie Odwołującego wskazuje na jego wyjątkową sytuację. Odwołujący wskazał także, że wyjaśnienia należy uznawać jako całościowe, zawarte w trzech pismach przez niego złożonych na wezwanie Zamawiającego. Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego nie wskazał żadnych postanowień SIWZ, z których miałyby wynikać obowiązki traktowania usługi rozdzielnie, co więcej – nie wskazał by na etapie kalkulowania ceny oferty było to możliwe inaczej niż przez przyjęcie określonych założeń, nie podjął także żadnej polemiki z kalkulacją Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że w niniejszym postępowaniu podanie szczegółowych danych zawartych w kolejno składanych wyjaśnieniach pokazuje całościowo sposób skonstruowania metody realizacji usługi wpływający zasadniczo na cenę oferty. To właśnie logistyczne ustalenie zakresu pracy poszczególnych ludzi miało wpływ na cenę. Wydaje się, że w tym zakresie to metodyka pracy – niemożliwa do przedstawienia dowodowo – jest kluczowym elementem, który wpłynął na cenę i był przedmiotem oświadczenia Wykonawcy. Trudno też jednoznacznie przesądzać jaki dowód będzie wystarczający, a jaki nie, nie wiadomo też, jak dalece subiektywnie ocenę będą też wnioski płynące z analizy dowodów. Nie można więc z góry przesądzić czy w danym przypadku konieczne było przedstawianie wraz z wyjaśnieniami określonych, skonkretyzowanych dowodów czy też wystarczające było tylko podanie i powołanie określonych informacji, obrazującej konstrukcję realizacji umowy.

Odwołujący zauważył również, iż Zamawiający w trakcie oceny rażąco niskiej ceny oczekiwał wypełnienia tabeli w kształcie przez siebie narzuconym. Jednakże on uzasadnił, dlaczego w kształcie przyjętym przez Zamawiającego nie może uzupełnić tabeli i przeformatował ją uszczegóławiając w taki sposób, by wyszczególnić Zamawiającemu wszystkie składniki cenowe, które złożyły się na cenę oferty. Odwołujący podkreślił, że nie da się oddzielić sfery biznesowej wykonawców na realizowaną w oparciu o zamówienia publiczne i w pozostałym zakresie. Wskazał, że współpraca Odwołującego z podwykonawcą ma realny wpływ na ich możliwości finansowe, zdolność do prowadzenia inwestycji, a więc rozwój, a także na zapewnienie sobie większej konkurencyjności. Wykonawca nie ma wpływu na to, że to właśnie ta współpraca – potwierdzona stosownym dowodem – ma także decydujący wpływ na możliwość ustawienia schematu działania Wykonawcy przy realizacji umowy.

Jednocześnie należy zauważyć, że Zamawiający nie podał w uzasadnieniu odrzucenia oferty, jakie dowody w jego ocenie powinien przedstawić Wykonawca, które to dowody miałyby potwierdzić zawarte w wyjaśnieniach informacje. Wydaje się, że brak takich wskazań, przy jednoczesnym odrzuceniu oferty wobec „lakonicznych, ogólnikowych” wyjaśnień stanowi zasadniczy błąd Zamawiającego, uniemożliwiający w pewnym sensie polemikę z konkretnym zarzutem odnośnie wyjaśnień w ramach przedmiotowego odwołania. Być może przyczyną takiego stanu jest właśnie fakt, że mimo braku licznych załączników do wyjaśnień, cena została szczegółowo przeanalizowana i wnikliwie wyjaśniona na wielu stronach wyjaśnień, które zostały złożone i dokładnie pokazano w nich, które elementy kalkulacji miały wpływ na cenę oferty, bez konieczności składania dalszych dowodów.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający całkowicie pominął, że Wykonawca pozostaje z podwykonawcą w stałych stosunkach gospodarczych. W żaden sposób nie wskazał też m.in. tego, z jakich konkretnie względów wyjaśnienia Odwołującego dotyczące wysokości zaoferowanej ceny uznaje za niewystarczające i w jakim czyni to zakresie, a dodatkowo, dlaczego konkretne wyjaśnienia i przedłożone przez Odwołującego dokumenty (w tym m.in. oświadczenie podwykonawcy) uznaje za niewystarczające. Co więcej, zdaniem wykonawcy, do wyjaśnień i dokumentów przedstawionych przez Odwołującego, odnosi się w sposób wybiórczy i ogólnikowy, a nie kompleksowy i szczegółowy.

W ocenie Odwołującego, odrzucenie jego oferty zbudowane jest w oparciu o podstawowy błąd logiczny, mianowicie Zamawiający stara się po pierwsze, zrównać technicznie dwie nieporównywalne oferty, po drugie, poddać je ocenie w zakresie rażąco niskiej ceny w sposób arytmetyczny. Zamawiający zdaje się nie dostrzegać, że w SIWZ dał szeroką możliwość indywidualnego podejścia do realizacji zadania (co przecież przełożyło się na rzadko spotykany tak duży rozstrzał cen), tymczasem, ocenia ofertę Odwołującego jakby przedmiotem zamówienia była ustandaryzowana dostawa, nie zaś usługa rządząca się na rynku IT zupełnie innymi prawami. Już chociażby z tego powodu, oferty złożone w postępowaniu są ze sobą nieporównywalne i jednocześnie dla wykazania rażąco niskiej ceny zawodzi porównanie ich do wartości szacunkowej zamówienia. Zgodnie z orzecznictwem nawet jeżeli wyjaśnienia w swojej konstrukcji mają częściowo charakter ogólny, (częściowo gdyż stanowią uzupełnienie szczegółowej kalkulacji) powołując się na generalne czynniki, które miały znaczenie dla konstruowania ceny ofertowej, jak m.in. czynniki związane z pozycją opisane w wyjaśnieniach Wykonawcy które gwarantują konkurencyjność cenową wykonawcy, to takie wyjaśnienia, choć mające charakter generalny mają znaczenie i odniesienie do korzystnej sytuacji dla tego konkretnie wykonawcy, co odpowiada wytycznym z art. 90 ust. 2 Pzp. Co do zasady, przedmiotem wyjaśnień jest podawanie konkretnych informacji (np. co do sposobu kalkulacji kosztowej), z której Zamawiający może wnioskować o przygotowaniu ceny oferty. Postulat, aby w każdej pozycji formularza cenowego, za każdy element przedmiotu

zamówienia, żądano ceny obejmującej wszystkie koszty danej części zamówienia - tak jakby to było oddzielne zamówienie, oddzielnie kontraktowane i wykonywane bez jakiegokolwiek rzeczowego i finansowego związku z pozostałym zakresem zamówienia i w oderwaniu od innych realizowanych jednocześnie usług przez Wykonawcę o podobnym charakterze jest nieuzasadnione. Powyższe prowadziłoby do konieczności znacznego przeszacowania wartości zamówienia i do wielokrotnego liczenia tych samych kosztów w każdej części zamówienia, zamiast ich rozbicia i rozłożenia, co wyklucza jakąkolwiek optymalizację kosztów.

Odwołujący podkreślił, że działania Zamawiającego zmierzające do wyjaśnienia, czy zaproponowana w ofercie cena jest rażąco niska, nie mogą ograniczać się do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, i arbitralnego przekazania informacji o braku przekonania.

Odwołujący wskazał ponadto, że Zamawiający odmówił przedmiotowemu postępowaniu transparentności poprzez odmowę udostępnienia całości oferty Odwołującemu wskazując, iż wyjaśnienia treści oferty udostępnia się od momentu wyboru najkorzystniejszej oferty, gdy tymczasem wyjaśnienia oferty, wyjaśnienia rażąco niskiej ceny czy składane dokumenty stanowią integralną część oferty, jako element ją uzupełniający, a nie niezależny załącznik do protokołu.

**Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, dowody oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:**

**Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.**

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkująca odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał interes w złożeniu środka ochrony prawnej - odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia S&T Poland Sp. z o.o., S&T Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Stosownie do treści art. 90 ust. 1 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 oraz z 2018 r. poz. 650);

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.

Zgodnie z ust. 1a pkt 1 ustawy, w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od 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.

Stosownie do treści art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Zgodnie natomiast z ust. 3 ww. ustawy 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.

Wskazać również należy, że zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, Zamawiający ma bezwzględny obowiązek podania uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty wykonawcy. Przywołany przepis, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na Zamawiającego obowiązek podania wykonawcom podstaw faktycznych odrzucenia oferty jednocześnie z przekazaniem informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny

zamawiającego nie podziela, mógł - wnosząc odwołanie - ustosunkować się do wskazanych przez Zamawiającego uchybień. Podkreślić należy, że wykonawcy nie mogą domyślać się podstaw decyzji zamawiającego ani domniemywać zakresu stwierdzonych przez niego nieprawidłowości w ofertach.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy stwierdzić należy, że obowiązkowi przedstawienia wyczerpującego uzasadnienia odrzucenia oferty nie zmienia fakt, że zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Odrzucając ofertę ze względu na zaoferowanie rażąco niskiej ceny Zamawiający nadal jest związany dyspozycją art. art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp i musi w sposób pełny przedstawić podstawy swojej oceny, w tym wyczerpujące uzasadnienie faktyczne. Musi uzasadnić, dlaczego jego zdaniem wykonawca nie wykazał w złożonych wyjaśnieniach, że cena nie jest rażąco niska. Zamawiający nie może, powołując się na tak określony ciężar dowodu, poprzestać na ogólnym zanegowaniu ceny czy fragmentarycznym przytoczeniu podstaw faktycznych odrzucenia oferty.

W niniejszej sprawie Zamawiający, informując Odwołującego o odrzuceniu jego oferty podał jedynie podstawę prawną tej czynności oraz bardzo lakoniczne uzasadnienie faktyczne, stwierdzając, że: *„Wykonawca w żaden sposób nie wykazał, ani nawet nie uprawdopodobnił, że istnieją jakiegokolwiek obiektywne czynniki – jak oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy umożliwiające mu wykonanie zamówienia za cenę tak wyraźnie odbiegającą zarówno od wartości zamówienia, jak i od ceny oferty drugiego z Wykonawców ubiegających się o zamówienie. Za nieprzekonujące uznać należy wyjaśnienia Wykonawcy co do przyjętego przez niego sposobu realizacji zamówienia. Zakres świadczonych usług w każdym z systemów objętych przedmiotem zamówienia może i jest zbliżony, niemniej, wbrew twierdzeniom Wykonawcy systemy te różnią się zasadniczo co do technologii. Wyjaśnienia Wykonawcy są ogólnikowe i gołosłowne i nie uzasadniają przyjętych do kalkulacji ceny oferty wartości.”*

Istotne w niniejszej sprawie jest to, że Odwołujący na skutek trzykrotnych wezwań Zamawiającego do złożenia wyjaśnień przedstawił wyjaśnienia, w których wskazywał na konkretne rozwiązania techniczne, sprzyjające warunki realizacji zamówienia, sposób podejścia do realizacji zamówienia, wskazał na przewidywany miesięczny zysk oraz przeznaczenie konkretnej kwoty na nieprzewidziane dodatkowe koszty. Ponadto w odpowiedzi na drugie i trzecie przedłożył Zamawiającemu wraz z wyjaśnieniami tabelę, która jak wskazywał obejmowała ponad 330 pozycji kosztowych. Odwołujący w złożonej przez siebie tabeli wskazał również na konkretne pozycje kosztowe jak np. 168 h konsultacji, których nie obejmowała tabela przedłożona mu przez Zamawiającego.



Tymczasem Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty nie odniósł się do złożonych wyjaśnień, a tym bardziej nie zakwestionował żadnej pozycji kosztowej wskazanej w tabeli przedłożonej mu przez Odwołującego, nie wyjaśnił, dlaczego pomimo powoływania się przez wykonawcę na czynniki wpływające w jego opinii na oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępnych, uznał je za nieprzekonywujące i gołosłowne. Zamawiający nie wyjaśnił także dlaczego nieprawidłowe lub niedoszacowane były jakieś konkretne wyliczenia podane przez Odwołującego lub które wartości podane przez Odwołującego uznał za nierealne. Zamawiający pominął całkowicie analizę ceny oferty Wykonawcy pod kątem złożonych wyjaśnień, co powinno być elementem uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Wykonawcy.

Nie jest wypełnieniem dyspozycji art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp bardziej szczegółowe przedstawienie przyczyn odrzucenia dopiero w trakcie postępowania przed Izłą, tj. podczas rozprawy. Dopiero wtedy Zamawiający wskazał jakie konkretnie pozycje kosztowe tabeli wzbudziły jego wątpliwości, wskazał dlaczego zakwestionował dowód złożony przez Odwołującego, zakwestionował pozycję tabeli dotyczącą ilości godzin przeznaczonych na zarządzania incydentami. Odniósł się do pozycji dotyczących czasu pracy poszczególnych ekspertów i ich wynagrodzeń.

Odwołujący, podejmując decyzję o skorzystaniu ze środków ochrony prawnej, nie miał wiedzy, że taka ocena została przez Zamawiającego dokonana, a w konsekwencji nie miał możliwości podjęcia merytorycznej polemiki ze stanowiskiem Zamawiającego. Uzupelnienie uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty dopiero na rozprawie de facto pozbawiło wykonawcę możliwości przedstawienia pełnej argumentacji zmierzającej do wykazania prawidłowości złożonej oferty i wykazania realności zaoferowanej ceny. Polemika z tak uzupełnionym uzasadnieniem odrzucenia była podczas rozprawy przed Krajową Izłą Odwoławczą znacznie utrudniona, nie można bowiem oczekiwać, aby Odwołujący, poznając szczegółowe stanowisko Zamawiającego dopiero podczas posiedzenia, był w pełni przygotowany do odparcia twierdzeń Zamawiającego celem obrony swojej oferty.

Nie sposób podzielić stanowiska prezentowanego przez Przystępującego, że uzasadnienie o odrzuceniu należy czytać łącznie z treścią wezwań kierowanych przez Zamawiającego do Odwołującego. Wskazać należy, że po pierwsze pisma te były jedynie wezwaniem do złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących ceny ofert, a po drugie co bardziej istotne, z nich również nie wynika, jakie konkretnie pozycje tabeli, czy złożonych wyjaśnień budziły wątpliwości Zamawiającego.

Podkreślić należy, że skoro Odwołujący złożył dodatkowe wyjaśnienia to miał prawo zakładać, że albo zostaną one uwzględnione, albo Zamawiający wyjaśni, dlaczego i w jakim zakresie uznał je za niewystarczające, lakoniczne i gołosłowne. Tymczasem Zamawiający de

facto nie odniósł się do tych wyjaśnień, w żadnym miejscu nie odwołał się do złożonej przez Odwołującego tabeli zawierającej konkretne wyliczenia ceny oferty. Podkreślić należy, że skoro wyjaśnienia zostały udzielone, to jeśli nie były zdaniem Zamawiającego wystarczające lub wiarygodne, to musiało to znaleźć odzwierciedlenie w treści decyzji o odrzuceniu oferty, ze wskazaniem w jakim zakresie Zamawiający ich nie uwzględnił i dlaczego.

Podsumowując, należy stwierdzić, że aby dokonać odrzucenia oferty wykonawcy to Zamawiający, po pierwsze musi mieć pewność, że oferta podlega odrzuceniu z powodu jej rażąco niskiej ceny, a po drugie, Zamawiający musi swoje ustalenia w tym zakresie uzewnętrznić wykonawcy w postaci podania dokładnej argumentacji w oparciu o którą podjął czynność uznania, że oferta zawiera rażąco niską cenę i tym samym podlega odrzuceniu. Zamawiający nie czyniąc tego dopuścił się naruszenia przepisu art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, w stopniu mającym wpływ na wynik postępowania.

Podkreślić należy, że Izba ocenia prawidłowość czynności Zamawiającego na dzień jej dokonania. W niniejszej sprawie Izba uwzględniając treść złożonych wyjaśnień oraz przedłożone tabele zawierające konkretne wyliczenia stwierdziła, iż nie można uznać, że Odwołujący nie złożył wyjaśnień oraz że są one ogólnikowe, biorąc chociażby po uwagę ich obszerność.

Izba stwierdza, że Zamawiający nie wskazując konkretnych zastrzeżeń odnośnie ceny oferty Odwołującego, ani też nie podając dlaczego złożone wyjaśnienia uznał za gołosłowne i niewystarczające, uniemożliwił Izbie ocenę prawidłowości podjętej czynności. Rolą Izby nie jest dokonywanie za Zamawiającego, analizy całościowej zaoferowanej ceny ofertowej, ale dokonanie oceny zasadności czynności Zamawiającego w tym zakresie, uzewnętrznionej w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty i objętej zarzutami odwołania. Wskazać należy, że wskazane podstawy podjęcia przez Zamawiającego określonej czynności – tutaj odrzucenia oferty, determinują zakres podniesionych w odwołaniu zarzutów. Wskazanie częściowo takich podstaw dopiero na rozprawie jest niewystarczające, gdyż Odwołujący nie mógł wskazywanej argumentacji zakwestionować we wniesionym odwołaniu. Z tego względu skład orzekający uznał, iż brak wskazania podstaw uznania, że zaoferowana cena jest rażąco niska, powodowało brak możliwości oceny, czy oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w zakresie elementów składowych, jakie za podstawę odrzucenia oferty przyjął Zamawiający.

Podkreślić również należy, że istotnym dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy były działania Zamawiającego, o których poinformował przed otwarciem rozprawy, kiedy oświadczył, że dokonał unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz oceny ofert i unieważnił postępowanie w dniu 27 listopada 2018r. Jednocześnie z treści pisma z dnia 27 listopada 2018 r. wynikało, że Zamawiający nie unieważnił czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Nadto a na moment rozstrzygania niniejszego sporu czynność Zamawiającego o unieważnieniu postępowania nie była jeszcze decyzją prawomocną – termin na jej

zaskarżenie upływał w dniu 7 grudnia 2018 r. Jednocześnie Zamawiający i Przystępujący wywodzili, że orzekanie przez Krajową Izbę Odwoławczą w zakresie czynności odrzucenia oferty Odwołującego nie będzie miało wpływu na wynik tego postępowania, gdyż Zamawiający unieważnił całe postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 oraz pkt 7 ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła powyższego stanowiska Przystępującego oraz Zamawiającego. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W niniejszym stanie faktycznym niewątpliwie naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp może mieć wpływ na wynik tego postępowania, z uwagi na fakt, że decyzja o unieważnieniu postępowania, nie jest na moment orzekania decyzją prawomocną, a Zamawiający – co jest istotne w tej sprawie – nie unieważnił czynności odrzucenia oferty Odwołującego - pozostawiając tę czynność w postępowaniu - w przeciwieństwie do czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. W konsekwencji Izba wobec brzmienia art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, zobowiązana była do rozpatrzenia merytorycznie zarzutów odnoszących się do odrzucenia oferty Odwołującego, gdyż czynność odrzucenia oferty Odwołującego nie została unieważniona przez Zamawiającego. Tym samym na chwilę orzekania dalej istniał substrat zaskarżenia w postaci odrzucenia oferty, a Izba nie dokonując badania zarzutów merytorycznie mogłaby - w przypadku ewentualnego zaskarżenia czynności unieważnienia postępowania ze skutkiem pozytywnym dla Odwołującego – doprowadzić do sytuacji, w której wykonawca po wzruszeniu czynności unieważnienia postępowania pozbawiony byłby możliwości skarżenia czynności odrzucenia swojej oferty na późniejszym etapie, np. na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Dlatego też Izba rozpoznała zarzuty odnoszące się do odrzucenia oferty Odwołującego i uwzględniając odwołanie zobowiązała Zamawiającego do unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w dotychczasowym orzecznictwie Izby np. wyroku KIO z dnia 17 października 2018 r., sygn. akt KIO 1994/18.

Izba wskazuje ponadto, że w sytuacji wzruszenia przez Izbę czynności unieważnienia postępowania, Zamawiający zobligowany będzie ponownie dokonać oceny i badania oferty Odwołującego.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, iż wobec oświadczenia Odwołującego złożonego na rozprawie w dniu 6 grudnia 2018 r., iż Zamawiający udostępnił mu treść oferty i dokumenty złożone przez Przystępującego, zarzut ten stał się bezprzedmiotowy.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

**Sygn. akt KIO 2354/18**

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 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 (Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

**Przewodniczący:** .....