

WYROK

z dnia 26 lipca 2013 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 22 i 26 lipca 2013 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lipca 2013 roku przez wykonawcę **TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od wykonawcy **TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego **Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie** 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 (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 8 lipca 2013 roku, na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), nazywanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie złożył wykonawca - TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na Nabycie serwerów na potrzeby Centrum Przetwarzania Danych, znak postępowania: ZP/2013/02/0027/PI prowadzi Zamawiający - Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano pod numerem 2013/S 070-116881 w dniu 10 kwietnia 2013 roku. Odwołujący powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do złożenia odwołania w dniu 28 czerwca 2013 roku za pomocą faksu i e-maila, po przekazaniu przez Zamawiającego informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący czynnościom Zamawiającego zarzuca:

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędną ocenę i nie odrzucenie oferty firmy Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o.,
- 2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 7 ust. 1 w związku z art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez błędną ocenę i nie odrzucenie oferty firmy Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o.

Powyższe naruszenia ustawy Pzp powodują naruszenie interesu Odwołującego. Błędna ocena oferty i wybór oferty niespełniającej wymagań SIWZ godzi w interes Odwołującego poprzez ograniczenie jego możliwości uzyskania zamówienia.

Odwołujący wnosił o: uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu przetargowym, nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej czynności oceny oferty Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. oraz jej odrzucenie.

Odwołujący w uzasadnieniu podniósł, że Zamawiający nie dochował należytej staranności przy ocenie oferty Wykonawcy Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o., jednocześnie dokonując wyboru oferty, która powinna podlegać odrzuceniu.

Oferta Wykonawcy ZSK powinna zostać odrzucona w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy Pzp, z uwagi na fakt, że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ i zawiera rażąco niską cenę.

Wskazano, że w dniu 28 maja 2013 roku, Wykonawca ZSK złożył w niniejszym postępowaniu przetargowym ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę całkowitą brutto wynoszącą 1 902 395,49 zł. Szacunkowa wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 3 690 000,00 zł brutto, co stanowi 194% wartości oferty ZSK. Wobec powyższego, Zamawiający powziął uzasadnione wątpliwości, czy zaoferowana cena za realizację przedmiotu zamówienia nie jest rażąco niska i w tym celu, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, pismem z dnia 31 maja 2013 roku wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny (elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny). W szczególności Zamawiający zwrócił się z prośbą o podanie szczegółowej kalkulacji ceny, tj. sposobu obliczenia łącznej ceny brutto z wymienieniem tych elementów oferty, które mają istotny wpływ na jej wysokość. Termin na złożenie wyjaśnień został wyznaczony na dzień 7 czerwca 2013 roku, godz. 12:00. W odpowiedzi na wezwanie, Wykonawca złożył lakoniczne wyjaśnienia, których treść nie potwierdziła, że cena oferty nie jest rażąco niska, w szczególności brak było wyjaśnień w formie szczegółowej kalkulacji ceny, tj. sposobu obliczenia łącznej ceny brutto z wymienieniem tych elementów oferty, które mają istotny wpływ na jej wysokość, do czego zobowiązany był Wykonawca w otrzymanym wezwaniu. Co więcej, wyjaśnienia złożone przez firmę ZSK potwierdziły, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Wykonawca wskazał, że cena została skalkulowana prawidłowo i nie zawiera błędów. Pomimo konieczności uznania, że oferta firmy ZSK zawiera rażąco niską cenę, Zamawiający w sposób nieuprawniony, pismem z dnia 12 czerwca 2013 roku ponownie wezwał firmę ZSK do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, jednocześnie wskazując treść tych wyjaśnień, oraz pouczył Wykonawcę o możliwości ich zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Takie działanie Zamawiającego w sposób niewątpliwy narusza zasadę równego traktowania Wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 6 kc, to na Wykonawcy ciąży obowiązek bezspornego udowodnienia, że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ, a jej cena nie jest rażąco niska. W związku z powyższym, wobec braku, w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, wymaganych wyjaśnień Wykonawcy potwierdzających, że cena oferty nie zawiera rażąco niskiej ceny, oferta firmy ZSK powinna zostać odrzucona w trybie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, bez ponownego wezwania do wyjaśnień tej samej okoliczności.

Zgodnie z wymaganiem SIWZ, cena całkowita powinna zostać skalkulowana przy uwzględnieniu trzech pozycji składających się na przedmiot zamówienia, tj. wynagrodzenie z tytułu dostawy, montażu i konfiguracji urządzeń, wynagrodzenie z tytułu wykonania czynności określonych w §1 ust. 1 pkt 1 i 2 do 6 wzoru umowy oraz wynagrodzenie z tytułu wykonania prawa opcji. Zgodnie z treścią § 1 ust. 1 wzoru umowy, wynagrodzenie ujęte w pozycji 2 tabeli obliczającej cenę całkowitą obejmować miało następujące czynności:

- a. przygotowanie projektu i harmonogramu prac (...), (dalej jako Projekt),
- b. wykonanie testów potwierdzających prawidłową konfigurację Urządzeń, (...) (dalej jako Testy),
- c. dostarczenie i sprzedaż niewyłącznych i bezterminowych licencji na oprogramowanie do korzystania z Urządzeń, w tym na oprogramowanie zarządzające (dalej jako Oprogramowanie) zgodnie z Załącznikiem nr 1 do Umowy dalej jako Licencje),
- d. dostarczenie dokumentacji powykonawczej po 2 (słownie: dwa) egzemplarze każda, przy czym jeden egzemplarz - oryginał w formie pisemnej, a drugi egzemplarz - kopię oryginału w wersji elektronicznej na płycie CD-ROM z możliwością jej odczytu w programie Adobe Reader (pliki zapisane w formacie PDF), (dalej jako Dokumentacja) wraz z przeniesieniem na Zamawiającego autorskich praw majątkowych do Dokumentacji,
- e. udzielenia gwarancji i świadczenia usług serwisu gwarancyjnego na Urządzenia zgodnie z Załącznikiem nr 3 do Umowy, przez okres 5 lat od dnia podpisania Protokołu odbioru końcowego (dalej jako Serwis gwarancyjny)

Wykonawca ZSK wycenił powyższe prace na kwotę 29 293,00 zł netto, która to cena jest nierealna i stoi w rażącej sprzeczności z rzeczywistą wartością oferowanych usług i produktów. Odwołujący podkreślił, że usługi ujęte w poz. 2 tabeli zostały wycenione przez innych Wykonawców, którzy złożyli swoje oferty w postępowaniu, na kwotę od ok. 200 000,00 zł do ponad 550 000,00 zł netto, co stanowi od 680% do 1870% ceny tej pozycji w ofercie ZSK. W związku z powyższym, analiza treści oferty Wykonawcy ZSK, prowadzi do wniosku, że Wykonawca ten zaoferował niepełny przedmiot zamówienia, realizowany w sposób odmienny niż wymagany przez Zamawiającego w SIWZ. W konsekwencji, oferta taka powinna zostać odrzucona w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Dodatkowo, taka nierealna i nierzeczywista cena potwierdza jednoznacznie, że Wykonawca zaoferował realizację przedmiotu zamówienia z rażąco niską ceną.

W zakresie niezgodności treści oferty Wykonawcy ZSK z treścią SIWZ, zaznaczono, że zgodnie z poz. III, pkt 1 ppkt 5, Załącznika nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” z uwzględnieniem odpowiedzi na pytania i dokonanych zmian, Zamawiający wymagał, by obudowy chassis wyposażone były w cztery przełączniki Ethernet charakteryzujące się parametrami określonymi szczegółowo w pkt a-n. Zgodnie z ofertą firmy ZSK (pkt 4 ppkt 5 Formularza „Oferta”, str. 6 oferty), Wykonawca ten zaoferował przełączniki Force 10 MXL 10/40 GbE firmy Dell. Z dostępnych informacji firmy Dell wynika jednoznacznie, że przełączniki te nie spełniają w całości wymagań Zamawiającego, w szczególności tych określonych w pkt III.1.5 ppkt f, i, j (tiret 2), k (tiret 3), m. Znajduje to potwierdzenie m.in. w dokumentacji technicznej zaoferowanego przez firmę ZSK przełącznika Force 10 MXL 10/40

GbE. Dlatego też zaoferowany przełącznik nie spełnia wymagań SIWZ, a w konsekwencji oferta firmy ZSK powinna zostać odrzucona w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

Mając powyższe Odwołujący wnosil jak we wstepie.

W dniu 12 lipca 2013 roku, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiajacego, do postepowania odwolawczego przystapienie po stronie Zamawiajacego zglosil wykonawca Zaklad Systemow Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedziba w Krakowie. Wskazal, ze posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzysc Zamawiajacego, bowiem jego oferta zostala uznana za najkorzystniejsza w postepowaniu. Ewentualne uwzględnienie odwołania moze uniemozliwic mu uzyskanie zamówienia. Wykonawca wnosil o oddalenie odwołania w calosci.

Co do zarzutu 1 i 2 dotyczacego razaco niskiej ceny zwrócono uwage, ze rynek informatyczny charakteryzuje sie znaczącym spadkiem cen, a wykonawcy przyjmują różne strategie budowania ofert i różne poziomy marzy. Wyjasnienia zlozone przez wykonawce potwierdzaja, ze oferowana cena zawiera wszelkie niezbedne czynniki zapewniajace osiagniecie zysku. Wyjasnienia dotyczace poziomu cen, w tym z pozycji 2 tabeli, obliczajacej cene calkowita zostaly zlozone Zamawiajacemu i przez niego zaakceptowane. Wezwanie do zlozenia dodatkowych wyjasnień w postaci uszczegolowienia wcześniejszych informacji bylo jedynie formalnoscia, nie zabrania tego art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W zakresie 3 zarzutu odwołania Wykonawca wskazal, ze dysponuje zapewnieniem producenta oferowanego sprzetu firmy DELL w postaci oświadczenia potwierdzajacego, iz oferowane przełączniki spełniają wymagania Zamawiajacego w postaci wymaganych parametrów i funkcji. Potwierdza to dodatkowo oświadczenie, które Wykonawca zlozyl w wyjasnieniach, ze oferowany sprzet i zakres uslug sa zgodne z wymogami SIWZ.

Zamawiajacy na rozprawie wnosil o oddalenie odwołania w calosci. Pozostali uczestnicy postepowania odwolawczego podtrzymali stanowiska wyrazone pisemnie.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentów złożonych w wyniku wezwania Zamawiajacego, wyjasnień zlozonych przez Wykonawców, zapytań i odpowiedzi do treści SIWZ, materiałów zlozonych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń stron i uczestnika postepowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, sklad orzekajacy lzby ustalil i zważyl, co nastepuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż w razie uwzględnienia zarzutów odwołania oferta Odwołującego mogłaby zostać w wyniku ponownego badania i oceny ofert uznana za najkorzystniejszą. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W postępowaniu ustalono następujący stan faktyczny:

Szacunkową wartość zamówienia ustalono na kwotę 3 000 000,00 zł netto na podstawie analizy rynku – internetowych cenników oraz średnich kosztów analogicznych usług IT (z protokołu postępowania ZP-PN). Cena całkowita brutto w ofercie wybranego wykonawcy wynosi 1 902 395,49 zł (z formularza ofertowego), w tym wynagrodzenie z tytułu dostawy, montażu oraz konfiguracji urządzeń zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy – załącznika nr 2 do SIWZ – 1 741 128,96 zł; wynagrodzenie z tytułu wykonania czynności, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 1 i 3-6 wzoru umowy – 36 030,39 zł; wynagrodzenie z tytułu wykonania prawa opcji zgodnie z § 1 ust. 3 wzoru umowy 125 236,14 zł.

W rozdziale XVII SIWZ wyznaczono opis sposobu obliczenia ceny, wskazując, że cena oferty stanowić ma cenę za przedmiot zamówienia określony w § 1 ust. 1 wzoru umowy, z uwzględnieniem wynagrodzenia tytułem dostawy, montażu oraz konfiguracji urządzeń, wynagrodzenia z tytułu wykonania czynności określonych w § 1 ust. 1 pkt 1 i 3-6 wzoru umowy. Cena za prawo opcji określone w § 1 ust. 3 wzoru umowy nie może zawierać się w cenie za przedmiot zamówienia. Cenę oferty należy rozumieć jako wynagrodzenie ryczałtowe. (...) Wynagrodzenie obejmować miało koszty i opłaty związane z wydaniem dokumentacji, udzieleniem gwarancji i świadczeniem serwisu, przeniesieniem autorskich praw majątkowych i udzieleniem licencji. (...). Wykonawcy nie przysługuje zwrot jakichkolwiek dodatkowych kosztów, opłat, ceł i podatków.

W toku badania i oceny ofert, w dniu 31 maja 2013 roku, Zamawiający wystosował do wykonawcy ZSK, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwanie o wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny całkowitej oferty za wykonanie zamówienia, w szczególności o podanie szczegółowej kalkulacji ceny, tj. sposobu obliczenia łącznej ceny brutto z wymienieniem tych elementów oferty, które mają istotny wpływ na jej

wysokość. Zamawiający poinformował, że szacunkowa wartość zamówienia została ustalona na poziomie 3 000 000 zł netto (3 690 000,00 zł brutto).

W dniu 7 czerwca wykonawca złożył wyjaśnienia, podnosząc że złożona oferta jest skalkulowana poprawnie i nie zawiera błędów. Uwzględnia ona wszystkie koszty niezbędne do pełnej realizacji zamówienia. Zaoferowany sprzęt i usługi są zgodne z wymogami SIWZ. Wykonawca zaznaczył, że podtrzymuje cenę wskazaną w ofercie i zobowiązuje się w jej ramach wykonać pełen zakres zamówienia. Szczegółowa kalkulacja, zgodnie z wymogami SIWZ, została ujęta w formularzu ofertowym, dołączonym do oferty. Kluczowy wpływ na wysokość ceny ma wieloletnia współpraca, status partnerstwa firmy u producenta – firmy DELL oraz związane z nimi dodatkowe upusty.

W dniu 12 czerwca 2013 roku Zamawiający ponownie wystosował do wykonawcy ZSK wezwanie do złożenia wyjaśnień dodatkowych w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny przez precyzyjne wskazanie w jaki sposób na wysokość ceny zaoferowanej przez wykonawcę wpływa wieloletnia współpraca, status partnerstwa oraz związane z nim dodatkowe upusty oraz wskazanie jaki zysk z tytułu realizacji zamówienia przewiduje osiągnąć wykonawca.

17 czerwca 2013 roku wykonawca złożył stosowane wyjaśnienia wraz z dwoma załącznikami i zastrzegł, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Z wyjaśnień wynika, w jakiej wysokości zysk zamierza osiągnąć wykonawca podczas realizacji przedmiotowego zamówienia, dodatkowo wskazano w jaki sposób i w jakiej wysokości została skalkulowana cena za poszczególne elementy zamówienia zgodnie z podziałem określonym i przyjętym w formularzu cenowym.

W dniu 28 czerwca 2013 roku Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, decydując, że jest nią oferta wykonawcy ZSK, która uzyskała za cenę 70 punktów, a za kryteria jakościowe 18,90 punktów, co łącznie dało 88,90 punktów. Oferta Odwołującego sklasyfikowana została na II miejscu, za cenę uzyskawszy 82,07 pkt, za kryteria jakościowe natomiast maksymalną liczbę punktów, to jest 30, za cenę 52,07 pkt.

Z formularza ofertowego Przystępującego wynika, że zaoferował on przełączniki ETHERNET Dell Force 10 MXL 10/40 GbE. Zamawiający nie wymagał załączania do oferty żadnych dokumentów odnoszących się do przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę zgromadzony materiał dowodowy, zarzuty podniesione w odwołaniu oraz poczynione ustalenia faktyczne, skład orzekający Izby uznał, iż odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

Zgodnie z dotychczas przyjętą linią orzecznictwa należy przyjąć, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną, w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Ceną rażąco niską będzie zatem cena znacząco odbiegająca od cen rynkowych przyjętych dla danego przedmiotu zamówienia, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy (wyrok ZA z 23 marca 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-297/07).

Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W celu upewnienia się, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty na podstawie przepisu dotyczącego rażąco niskiej ceny, Zamawiający powinien pozyskać jednoznaczne wyjaśnienia od Wykonawcy i dopiero w wyniku oceny tych wyjaśnień podjąć dalsze decyzje, w tym o wyborze oferty (sygn. akt UZP/ZO/0-564/06 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 8.04.2009 r., sygn. Akt XII Ca 59/09). Niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie (np. wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium) i odrzucanie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu, bez podania wykonawcom możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna (orzeczenie ETS z 22 czerwca 1989 r., C-103/88, Fratelli Constanzo SpA przeciwko Comune di Milano, ECR 1989, str 01839). Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub, jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

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

Jednoznacznie podkreślić należy, że wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie elementów mających wpływ na wysokość ceny stanowi domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej.

W przedmiotowym postępowaniu sporne między stronami jest nie tyle zagadnienie, czy cenę oferty Przystępującego można uznać za rażąco niską, o ile czy złożone pierwotne

wyjaśnienia przez tego Wykonawcę były wystarczające do uznania, że z rażąco niską ceną nie mamy do czynienia i czy uprawnione jest ponowne wzywanie wykonawcy przez Zamawiającego do złożenia dodatkowych wyjaśnień. Odwołujący bowiem z wysokości ceny nie dowodzi jej rażąco niskiego charakteru ale że oferta ZSK została sporządzona niezgodnie z treścią SIWZ, jest niekompletna i winna być w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odrzucona.

W zakresie wyjaśnień z 7 czerwca 2013 roku stwierdzić należy, że wykonawca ZSK w wyjaśnieniach przedstawił jedynie ogólnikowe stwierdzenia, nie poparte żadnymi dowodami. Jednocześnie nie można nie zauważyć, że równie ogólnikowe było wezwanie Zamawiającego do złożenia takich wyjaśnień. Zamawiający żądał przedstawienia szczegółowej kalkulacji, mianowicie sposobu obliczenia łącznej ceny brutto z wymienieniem tych elementów oferty, które mają istotny wpływ na jej wysokość. Dostrzeżenia w tym momencie wymaga okoliczność, że taką szczegółową kalkulację zawierał złożony z ofertą formularz ofertowy, którego sam Zamawiający był autorem. Choć cena w postępowaniu ma charakter ryczałtowy, to Zamawiający w formularzu nie wymagał podania jednej kwoty w rozbiciu na kwotę netto, kwotę brutto i podatek ale szczegółowo rozpiął pozycje wynagrodzenia za poszczególne elementy dostawy i realizację zamówienia, które sam uznał za istotne. Czy wzywając więc do złożenia wyjaśnień Zamawiający żądał jeszcze większego uszczegółowienia kwot ujętych w formularzu, podania jaka jest wysokość za poszczególne czynności określone § 1 ust. 1 pkt 1-6 i ust. 3 wzoru umowy? To z wystosowanego wezwania nie wynika. Trudno więc dziwić się Wykonawcy, że złożył takie a nie inne wyjaśnienia, skoro przedstawiając w formularzu cenę w rozbiciu na poszczególne wymagane składniki, jeszcze raz wzywano go do złożenia takich samych informacji. W ocenie składu orzekającego Wykonawca ZSK zachował się prawidłowo podkreślając, że szczegółowa kalkulacja ceny znajduje się w już ofercie. Jaki byłby cel ponownego składania dokumentu o takiej samej treści? Jeżeli jednak Zamawiający żądał bardziej szczegółowych informacji, to żądanie takie powinien był wyartykułować wprost, a nie posługiwać się określeniem użytym w formularzu i SIWZ – cenę za poszczególne czynności. Dodatkowo w wyjaśnieniach wskazano, że wpływ na wysokość ceny ma wieloletnia współpraca z producentem oferowanego sprzętu – firmą DELL i związane z nią dodatkowe upusty. Odwołano więc do indywidualnych uwarunkowań, uzasadniających wysokość zaoferowanej ceny. Jak zauważył na rozprawie sam Odwołujący postępowanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ma charakter wyjaśniający, nie zaś dowodowy. Nawet jeżeli Wykonawca powołał się na pewne fakty, to nie musiał jakichkolwiek dokumentów na potwierdzenie istnienia tych faktów składać. Należy zatem uznać, że wyjaśnienia spełniające wymagania przepisów ustawy Pzp zostały przez Wykonawcę w wyznaczony terminie prawidłowo złożone.

Nie negując stanowiska wyrażanego wielokrotnie w orzecznictwie Izby, iż wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ma charakter jednorazowy, to w przedmiotowym postępowaniu dostrzec należy, że od woli samego Zamawiającego należało więc działalnie polegające na skierowaniu do wykonawcy drugiego wezwania, jeżeli chciał on uzyskać wyjaśnienie w jaki sposób na cenę oferty przekłada się współpraca wykonawcy z producentem sprzętu, i czy w ramach realizacji zamówienia wykonawca osiągnie zysk. Być może powyższe podyktowane było okolicznością, że pierwsze wezwanie było sformułowane nieprawidłowo, zważywszy że informacje, których złożenia żądał Zamawiający znajdowały się już w ofercie Wykonawcy. Zauważyć należy, że na uszczegółowione wezwanie, Wykonawca zareagował w inny sposób i złożył szczegółowe wyjaśnienia wraz z dodatkowymi dokumentami.

Myli się Odwołujący twierdząc, że cena oferty Przystępującego jest nieprawidłowo skonstruowana, że nie obejmuje ona całości przedmiotu zamówienia. W złożonych wyjaśnieniach z dnia 17 czerwca 2013 roku Wykonawca ZSK pokazał w jaki sposób uzyskał cenę ofertową w rozbiciu na poszczególne składki zachowując systematykę formularza ofertowego i złożył dokumenty potwierdzające i wskazujące w jaki sposób możliwe było zaproponowanie ceny na takim poziomie. Skład orzekający Izby nie ma podstaw, aby nie dać wiary złożonym wyjaśnieniom lub podważyć wiarygodność złożonych dokumentów. Wykonawca zachował zatem należyłą staranność przy składaniu wyjaśnień. Ponadto Wykonawca Odwołujący w żaden sposób w odwołaniu, ani na rozprawie nie wskazał, w których elementach oferta ZSK jest niezgodna z treścią SIWZ. Ograniczono się jedynie do stwierdzenia, że Wykonawca ZSK zaoferował niepełny przedmiot zamówienia, realizowany w sposób odmienny niż wymagany przez Zamawiającego w SIWZ. Na powyższą okoliczność nie przedstawiono jednak żadnych dowodów. W ocenie Izby faktów tych nie może dowodzić jedynie wysokość ceny oferty, ponieważ jak słusznie zauważył Zamawiający oraz Przystępujący cena nie była jedynym kryterium oceny ofert w postępowaniu, a w przypadku oceny parametrów technicznych to Odwołujący uzyskał maksymalną punktację. Trudno więc dziwić, że cena oferty Przystępującego jest niższa, jeżeli zaproponował on sprzęt zgodny z opisem przedmiotu zamówienia ale w pewnych przypadkach odbiegający od maksymalnej wartości parametrów określonych w SIWZ, ale jednocześnie spełniający wymogi minimalne. W taki sposób zbudowana została przez Zamawiającego struktura opisu przedmiotu zamówienia, co pozwalało wykonawcom przyjąć różne strategie zbudowania oferty, w oparciu o sprzęt o różnych parametrach, pochodzący od różnych producentów, a to niewątpliwie przekładało się na cenę poszczególnych ofert.

W przypadku trzeciego zarzutu, dotyczącego zaoferowania przełączników ETHETNET niespełniających wymagań opisu przedmiot zamówienia, to w pierwszej

kolejności odnieść należy się do sposobu skonstruowania powyższego zarzutu w odwołaniu. Wykonawca Odwołujący przywołał jeden punkt z opisu przedmiotu zamówienia i lakonicznie stwierdził, że w wymienionych przez Niego podpunktach tego punktu oferta Przystępującego nie spełnia wymogów SIWZ, a potwierdza to dokumentacja techniczna zaoferowanego przełącznika firmy DELL. Takiego sformułowania, w ocenie składu orzekającego Izby, nie można uznać za zarzut. Są to bowiem nie poparte żadnymi dowodami bliżej nie sprecyzowane przemyślenia własne Odwołującego.

Nie wskazano jakiego rodzaju dokumentacja techniczna powyższe potwierdza. Co znamienne, w postępowaniu Zamawiający nie żądał dokumentów dotyczących przedmiotu zamówienia. Nie wymagano od wykonawców dokumentów potwierdzających zgodność - wskazanych przez nich rozwiązań - z opisem przedmiotu zamówienia. Wystarczającym było złożenie oświadczenia. Dodatkowo Wykonawca ZSK składając wyjaśnienia, potwierdził realizacja przedmiotu zamówienia odbywała będzie się zgodnie z zapisami SIWZ. Nie wiadomo więc na jakich dokumentach twierdzenia opierał Odwołujący, czy korzystał z oficjalnych dokumentów pochodzących od producenta sprzętu, a nawet jeżeli tak, to czy są to jedyne możliwe rozwiązania, które zaproponować może producent i jedyne dokumenty określające wszystkie cechy oferowanego sprzętu. Dostrzeżenia wymaga, że niewywiązanie się przez wykonawcę z zobowiązania zawartego w treści oferty skutkuje innymi konsekwencjami w postaci np. zapłaty kar umownych czy też innymi sankcjami przewidzianymi w przepisach prawa lub jak wspomniał na rozprawie Zamawiający – odmową odbioru zamówienia, co dla wykonawcy oznacza niewywiązanie się z zobowiązań kontraktowych. Czym innym jest etap badania i oceny ofert, którego to Zamawiający dokonuje w oparciu o wymagane oświadczenia czy też dokumenty, a czym innym jest etap realizacji zamówienia.

Dodatkowo Izba, odnosząc się do złożonych przez Odwołującego dowodów - informacji ze stron internetowych producenta uznała, że złożona ulotka nie jest na tyle wiarygodna, aby wobec złożonego przez Zamawiającego uzyskanego od producenta oświadczenia, na ich podstawie uznać, że oferta nie odpowiada treści SIWZ. Informacje takie mogą jedynie uprawdopodobniać fakt ewentualnej niezgodności oferowanego przedmiotu zamówienia. Nie wykazano, że strona internetowa zawiera komplet wszystkich informacji technicznych (z folderu wynika wręcz, że są to „główne” informacje), czy odnosi się do podstawowych parametrów i charakterystyki przełączników, uaktualnienie informacji datowane jest na czerwiec 2012 roku.

Podobne zastrzeżenia można odnieść do przedłożonej na rozprawie opinii sporządzonej przez dr inż. A..... S..... Opinia sporządzona została i przygotowana na zlecenie Odwołującego przez niezależnego eksperta. Opinia taka jako

dokument prywatny stanowi jedynie dowód tego, że osoba, która ją podpisała wyraziła zawarty w niej pogląd, nie korzysta natomiast z domniemania zgodności z prawdą zawartych w niej twierdzeń (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 czerwca 2001 r., sygn. akt I PKN 468/00, oraz wyrok z dnia 15 stycznia 2010 r., sygn. akt I CSK 199/09). Powyższe opracowanie nie wyjaśnia, czy przywołane w punkcie 3 opracowania materiały źródłowe są wszystkimi dostępnymi, czy wyczerpują materiał dowodowy, na podstawie którego można wnioskować o zgodności proponowanego przez Przystępującego sprzętu z opisem przedmiotu zamówienia. Dokonując oceny zgodności poszczególnych parametrów, ekspert ogranicza się jedynie do stwierdzenia, że właściwości wymaganej SIWZ nie posiada przełącznik zaofertowany w ofercie. Nie wyjaśnia w jaki sposób doszedł do takiego przekonania. Złożona opinia, dokument o charakterze prywatnym, nie mogła więc być podstawą uwzględnienia zarzutu, i to w dodatku zarzutu bliżej nie określonego.

W tym zakresie oddalono wniosek zgłoszony przez Odwołującego o przeprowadzenie opinii przez biegłego, jako złożony w celu przewlekłości postępowania odwoławczego. Nieprawidłowo sformułowany zarzut, brak dokumentacji do przekazania biegłemu, a także zgłoszenie wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w oparciu o okoliczność „składania na użytek innych postępowań odwoławczych przez producenta DELL oświadczeń o dowolnej treści, które odbiegają od oczywistego stanu faktycznego, (...) co wypacza wyniki postępowań w KIO” spowodowały, że powyższy wniosek nie mógł zostać uwzględniony z powodu nieprawidłowo sformułowanej tezy dowodowej i nieprzydatności opinii o wnioskowanym zakresie do rozstrzygnięcia sporu. Okoliczności postępowania producenta sprzętu w innych postępowaniach nie wymagają wiadomości specjalnych i wiedzy biegłego, nie mogą też być podstawą do sporządzenia opinii w zakresie zgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ.

Konkludując, zgromadzony materiał dowodowy oraz oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania nie potwierdziły okoliczności, że w postępowaniu mamy do czynienia ze złożeniem oferty zawierającej rażąco niską cenę lub której treść nie odpowiada treści SIWZ.

Powyższe okoliczności determinowały wniosek, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu. Z tych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) 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 stosownie do wyniku postępowania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: