

Sygn. akt KIO 1201/21

**WYROK**

**z dnia 21 czerwca 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Anna Osiecka**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 czerwca 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego

do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 kwietnia 2021 r. przez wykonawcę **Suntar Professional Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Agencję Mienia Wojskowego z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **CyfroweSystemy Telekomunikacyjne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**
- Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **Suntar Professional Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawcę **Suntar Professional Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Agencja Mienia Wojskowego z siedzibą w Warszawie, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Modernizację posiadanej centrali VoIP*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 31 grudnia 2020 r. pod numerem 777112-N-2020.

W dniu 21 kwietnia 2021 r. wykonawca Suntar Professional Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na przyjęcie, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (bądź, że wykonawca nie wykazał, że cena oferty nie jest rażąco niska), ewentualnie przez zaniechanie wezwania Odwołującego do dalszych wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie nieobjętym pierwotnym wezwaniem.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, ponownego badania i oceny złożonych ofert wraz z ofertą Odwołującego, ewentualnie wezwania Odwołującego do dalszych wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie nieobjętym pierwotnym wezwaniem.

Odwołujący podnosił, iż Zamawiający bezzasadnie odrzucił jego ofertę, a wzywając Odwołującego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny ograniczył się jedynie do przytoczenia w wezwaniu literalnej treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego w dniu 26 kwietnia 2021 r. przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie, dalej „Przystępujący”, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający pismem z dnia 11 czerwca 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie,

wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na oddalenie.**

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty Odwołującego, wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, informacji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 17 czerwca 2021 r.

Izba postanowiła oddalić wniosek dowodowy Odwołującego jako nieprzydatny do rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, gdyż nie ma związku z wykazaniem, że oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020) do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019). Z uwagi na powyższe, Izba wydając wyrok w postępowaniu odwoławczym, wszczętym na skutek odwołania wniesionego w dniu 21 kwietnia 2021 r., zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej „ustawa nPzp”.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy nPzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto, Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy nPzp, rozpoznawane odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *Modernizacja posiadanej centrali VoIP*.

Zgodnie z pkt III specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ”, przedmiotem zamówienia jest: 1) Dostawa bezterminowej licencji Systemu telekomunikacyjnego VoIP, 2) Wdrożenie, konfiguracja Systemu telekomunikacyjnego VoIP wraz z migracją z obecnego systemu VoIP oraz instruktażem stanowiskowym, 3) Usługa wsparcia technicznego Systemu telekomunikacyjnego VoIP na okres 36 miesięcy. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia znajduje się w Załączniku nr 1 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia, dalej „OPZ”.

Zgodnie z §5 OPZ zakres wsparcia technicznego obejmować będzie: a) rozwiązywanie awarii oraz błędów oprogramowania Systemu telekomunikacyjnego VoIP, b) diagnozowanie nieprawidłowości w konfiguracji Systemu telekomunikacyjnego VoIP, c) aktualizację oprogramowania Systemu telekomunikacyjnego VoIP.

Zamawiający w formularzu oferty, stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ, dokonał podziału wyceny poszczególnych elementów cenotwórczych, składających się na wartość oferty, na 4 elementy: 1) Licencje centrali VoIP, 2) Wdrożenie i konfiguracja, 3) Instruktaż stanowiskowy, 4) Wsparcie powdrożeniowe. W odniesieniu do każdej pozycji należało podać cenę netto, kwotę podatku VAT oraz wartość brutto, a następnie całkowitą wartość oferty netto oraz całkowitą wartość oferty brutto.

Stosownie do §2 wzoru umowy wykonawca zobowiązuje się dostarczyć licencję bezterminową na korzystanie z oprogramowania, a także wdrożyć oraz skonfigurować dostarczone oprogramowania dla Systemu telekomunikacyjnego VoIP oraz przeprowadzić instruktaż stanowiskowy w terminie nie dłuższym niż 30 dni kalendarzowych od dnia zawarcia Umowy. Natomiast usługę wsparcia technicznego Systemu telekomunikacyjnego VoIP należy realizować w terminie 36 miesięcy od dnia podpisania bez uwag łącznego protokołu odbioru dostawy licencji Systemu telekomunikacyjnego VoIP, wdrożenia oraz konfiguracji dostarczonego oprogramowania dla Systemu telekomunikacyjnego VoIP oraz przeprowadzenia instruktażu stanowiskowego.

Zgodnie z §4 ust. 5 wzoru umowy wszelkie płatności wynikające z niniejszej Umowy będą dokonywane przez Zamawiającego przelewem, zgodnie z poniższym harmonogramem:

- 1) za dostawę licencji bezterminowej do oprogramowania systemu telekomunikacyjnego VoIP,
- 2) za usługę wdrożenia systemu telekomunikacyjnego VoIP wraz z migracją obecnego systemu Call-eX, konfigurację dostarczonego oprogramowania oraz za instruktaż stanowiskowy, zostanie zapłacone jednorazowo w terminie do 14 dni od dnia otrzymania przez Zamawiającego prawidłowo wystawionej faktury VAT i przedstawieniu podpisanego bez uwag przez Strony protokołu odbioru,
- 3) za wsparcie techniczne systemu telekomunikacyjnego VoIP, będzie płatne w miesięcznych ratach z dołu, w terminie do 14 dni od dnia otrzymania przez Zamawiającego prawidłowo wystawionej faktury VAT i przedstawieniu podpisanego przez Strony protokołu.

Zgodnie z §5 ust. 1 wzoru umowy Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne w przypadku:

- 1) uchybienia terminu wykonania dostawy licencji na korzystanie z oprogramowania o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 1) Umowy, w wysokości 0,4% całkowitego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1 Umowy, za każdy dzień zwłoki w stosunku do terminów wskazanych przez Wykonawcę w ofercie nie więcej jednak niż 10% tego wynagrodzenia,
- 2) uchybienia terminu określonego w § 2 ust. 1 pkt 2) Umowy na wdrożenie, konfigurację dostarczonego oprogramowania dla systemu telekomunikacyjnego VoIP oraz przeprowadzenie instruktażu stanowiskowego wskazanych w § 1 ust. 1 pkt 2 Umowy – w wysokości 0,3% całkowitego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1 Umowy, za każdy dzień zwłoki w stosunku do terminu określonego w § 2 ust. 1 pkt 2) Umowy,
- 3) zwłoki w dotrzymaniu terminu na przekazanie zapisu elektronicznego instruktażu stanowiskowego oraz materiałów instruktażowych, o których mowa w § 2 ust. 5 zdanie 2 Umowy – w wysokości 0,2% całkowitego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1 Umowy, za każdy dzień zwłoki w stosunku do terminu określonego w § 2 ust. 5 zdanie 2 Umowy, nie więcej jednak niż 10% tego wynagrodzenia,
- 4) zwłoki w dotrzymaniu terminu na rozwiązanie awarii lub błędu Systemu telefonicznego VoIP o którym mowa w § 5 ust.4 a) Opz stanowiącego Załącznik nr 1 do Umowy w wysokości 10% miesięcznego wynagrodzenia określonego w § 4 ust. 1 pkt 3 Umowy za każdą pełną godzinę zwłoki określonego w § 5 ust.4 a) Opz stanowiącego Załącznik nr 1,

5) zwłoki w dotrzymaniu terminu na rozwiązanie pozostałych problemów związanych z funkcjami Systemu telefonicznego VoIP, o którym mowa w § 5 ust.4 pkt b) Opz stanowiącego Załącznik nr 1 do Umowy w wysokości 10% miesięcznego wynagrodzenia określonego w § 4 ust. 1 pkt 3 Umowy za każdy 1 dzień (24 godziny) zwłoki określonego w § 5 ust.4 b) Opz stanowiącego Załącznik nr 1.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 397 089,70 zł, następnie przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 488 420,33 zł. Odwołujący podał w ofercie cenę 118 124,28 zł brutto, a w pozycji dotyczącej wsparcia powdrożeniowego podał cenę 36 zł netto i 44,28 zł brutto.

Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, pismem z 17 lutego 2021 r., w celu ustalenia czy złożona przez Odwołującego oferta zawiera rażąco niską, wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny. Poza wyjaśnieniami dotyczącymi wyliczenia ceny oferty, wskazanymi w ust. 1 i 2 pisma, Zamawiający wzywał do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej w ofercie ceny za usługę wsparcia powdrożeniowego, w szczególności sposobu wyliczenia ceny usługi wsparcia powdrożeniowego oraz wykazania, iż nie jest ona zaniżona.

Odwołujący 16 lutego 2021 r. udzielił wyjaśnień, w tym wskazał że *Przy kalkulowaniu ceny ofertowej Wykonawca wziął pod uwagę również inne wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia, w tym m.in. - brak dodatkowych kosztów Helpdesku (wykorzystanie bieżącego potencjału) oraz okoliczność skalkulowania kosztów wsparcia w cenie zakupu systemu telekomunikacyjnego. W załączniku nr 2 i 3 Wykonawca przedstawia oferty na zbliżony przedmiot zamówienia wskazujący na praktykę oferowania wsparcia dla systemu w ramach ceny zakupu licencji na system. Tym samym na potrzeby kalkulacji ofertowej w niniejszym postępowaniu Wykonawca przyjął analogiczny sposób wyceny jak oferuje swoim partnerom biznesowym. Powyższe skutkowało przyjęciem tylko na potrzeby oferty zaoferowania usług wsparcia w cenie 1,00 zł miesięcznie.*

Do wyjaśnień załączono: ofertę skierowaną do Suntar Sp. z o.o., ofertę skierowaną do Telekomfort Domin Sp. J. oraz kalkulację cenową, zawierającą elementy kosztowe wchodzące w skład projektu, z której wynika że w ramach elementu kosztowego nr 2 *Wdrożenie, konfiguracja systemu telekomunikacyjnego VoIP wraz z migracją z obecnego systemu VoIP* zostały zawarte m.in. takie usługi jak: *aktualizacja systemu do najnowszej wersji w czasie 36 miesięcy (cena: 960,00 zł netto), naprawy awarii lub błędu powstałe w trakcie działania systemu przez 36 miesięcy od uruchomienia (cena: 12 960,00 zł netto) oraz dodatkowe prace wdrożeniowy wynikłe w czasie realizacji projektu w okresie 36 miesięcy*

(cena: 2 160,00 zł netto). W ramach elementu kosztowego nr 3 *Usługa wsparcia technicznego* wycenioną usługę *wsparcia technicznego Systemu telekomunikacyjnego VoIP na okres 36 miesięcy* zgodnie z wymogami w Załącznik nr 1 do SIWZ OPZ 5, w szczególności *zgłaszanie nieprawidłowości drogą elektroniczną poprzez e-mail, telefonicznie na wskazany wcześniej numer. Dostępność zgłaszania awarii 24h/dobę 7dni w tygodniu* na kwotę 36 zł netto (jako ilość podano 36, a jako koszt jednostkowy 1,00 zł).

Zamawiający pismem z dnia 16 kwietnia 2021 r., poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, gdzie jako podstawę faktyczną odrzucenia oferty Odwołującego wskazał następujące okoliczności: brak wykazania adekwatności do realiów cen rynkowych usługi wsparcia powdrożeniowego; brak wykazania adekwatności do realiów cen rynkowych usługi wdrożenia i konfiguracji; brak dowodów na stosowanie praktyki realizowania wsparcia dla systemu w ramach ceny zakupu licencji na system.

Izba stwierdziła, że niezasadne są zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu. Izba doszła do przekonania, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. 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.

Zgodnie z art. 90 ustawy Pzp: *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 (...) 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 (...).*

Oznacza to, że zamawiający jest zobowiązany do żądania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w sytuacji określonej w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, tj. gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o



należy podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. W niniejszym stanie faktycznym cena całkowita oferty Odwołującego jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należy podatek od towarów i usług.

Profesjonalista, jakim niewątpliwie jest Odwołujący, ubiegający się i uzyskujący zamówienia publiczne zgodnie z procedurami określonymi w ustawie Pzp, winien mieć świadomość, iż kierowane do niego wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp oznacza konieczność wyjaśnienia w jak najszerszy sposób podstaw wyceny i kalkulacji całej ceny ofertowej i wykazania, że cena ta będzie pokrywała co najmniej wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia. To na wykonawcy, do którego jest kierowane takie wezwanie spoczywa ciężar wykazania powyższego Zamawiającemu. To także na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i to wykonawca ma najlepszą wiedzę, w jaki sposób kalkulował ofertę.

Izba ustaliła, że wezwanie Zamawiającego rzeczywiście było dość ogólne, przywoływało w pierwszej części treść przepisu, niemniej odnosiło się do złożenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny. Ponadto precyzowało, że należy złożyć wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej w ofercie ceny za usługę wsparcia powdrożeniowego, w szczególności sposób wyliczenia ceny usługi wsparcia powdrożeniowego oraz wykazać, iż nie jest ona zaniżona. Odwołujący udzielając odpowiedzi przedłożył kalkulację kosztów wykonania w zakresie pozycji wymienionych w zestawieniu cenowym, stanowiącym załącznik do oferty. Niemniej wykonawca winien dochować należytej staranności przy formułowaniu swoich wyjaśnień, uwzględniając także okoliczność, iż wskazanie poszczególnych kosztów, niepopartych dowodami, może istotnie wpłynąć na uznanie jego ceny za nierynkową.

Zgodnie z art. 537 pkt 1 ustawy nPzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. W konsekwencji należy przyjąć, że rolą odwołującego się wykonawcy, który kwestionuje prawidłowość oceny złożonych przez niego wyjaśnień, jest udowodnienie przed Izbą, że były one prawidłowe, a tym samym że decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty była błędna.

Biorąc pod uwagę, że wezwanie kierowane jest do profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, wobec które stosowany jest miernik podwyższonej staranności (art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego), Odwołujący winien zdawać sobie sprawę, że na potwierdzenie realności poszczególnych cen zobowiązany jest dołączyć dowody. Niewątpliwie działaniem błędnym jest kompletowanie dowodów na etapie postępowania odwoławczego, a nie

przesłanie ich w terminie wskazanym w wezwaniu do wyjaśnień. Wszelkie informacje przedstawione przez wykonawcę muszą być znane zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania, celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego odrzucenia oferty.

Odwołujący nie załączył żadnych dowodów, które potwierdzałyby, że jest w stanie wykonać prawidłowo usługę wsparcia powdrożeniowego za kwotę 1 zł netto miesięcznie oraz że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Ograniczył się jedynie do załączenia dwóch ofert na potwierdzenie stosowania praktyki realizowania wsparcia dla systemu w ramach ceny zakupu licencji na system, niemniej, jak słusznie zauważył Zamawiający, nie udowodnił faktu akceptacji tych ofert przez potencjalnych klientów i przyjęcia ich do realizacji. Ponadto, przedłożone dokumenty stanowią oferty, jakie zostały przedstawiona klientom, tym samym nie stanowią dowodu, że te oferty, w tym kształcie, zostały przyjęte, a więc, że jest to realizowana strategia biznesowa, akceptowana i stosowana na rynku.

Dodatkowo, z załączonej kalkulacji wynika, że Odwołujący ujął koszty usługi wsparcia powdrożeniowego w kosztach usługi wdrożenia. Kalkulacja cenowa Odwołującego jednoznacznie pokazuje, że w cenie elementu *Wdrożenie, konfiguracja Systemu telekomunikacyjnego VoIP wraz z migracją z obecnego systemu VoIP* Odwołujący zawarł takie elementy jak: aktualizacja systemu do najnowszej wersji w czasie 36 miesięcy, naprawy awarii lub błędów powstałe w trakcie działania systemu przez 36 miesięcy od uruchomienia oraz dodatkowe prace wdrożeniowe wynikłe w czasie realizacji projektu w okresie 36 miesięcy, co zgodnie z postanowieniami SIWZ należy uznać za część usługi wsparcia powdrożeniowego.

Powyższe wynika z postanowień opisu przedmiotu zamówienia oraz wzoru umowy, gdzie Zamawiający podzielił zakres działań dla każdej usługi wymienionej w formularzu ofertowym. Zamawiający opisał zakres świadczeń dla każdej ze wskazywanych usług (§3 OPZ dotyczy dostawy licencji Systemu telekomunikacyjnego VoIP, §4 i 6 OPZ dotyczy wdrożenia Systemu telekomunikacyjnego VoIP wraz z migracją z obecnego systemu VoIP oraz instruktażu stanowiskowego, §5 OPZ dotyczy usługi wsparcia technicznego Systemu telekomunikacyjnego VoIP). Terminy wykonania umowy zostały podane w §2 wzoru umowy. Postanowienia umowne zawierały także określenie sposobu płatności za wykonanie każdego elementu. Zamawiający przewidział osobne wynagrodzenie za licencję bezterminową dla oprogramowania systemu telekomunikacyjnego VoIP (§4 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy), wynagrodzenie za usługę wdrożenia systemu telekomunikacyjnego VoIP wraz z migracją obecnego systemu Call-eX, konfiguracją dostarczonego oprogramowania oraz przeprowadzenie instruktażu stanowiskowego (§4 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy) oraz wynagrodzenie za usługę wsparcia technicznego oprogramowania (§4 ust. 1 pkt 3 wzoru

umowy). Określono także różne metody płatności w §4 ust. 5 wzoru umowy oraz odmienne zasady naliczania kar umownych w §5 ust. 1 wzoru umowy.

Zdaniem Izby, koszt usługi wsparcia i konfiguracji oraz koszt wsparcia powdrożeniowego stanowią istotne części składowe ceny oferty. O powyższym przesądził Zamawiający dzieląc konsekwentnie formularz ofertowy na cztery części, co do których wymagał wskazania w zestawieniu cenowym, składanym wraz z ofertą, podania osobnych dla każdej z pozycji cen, które w sumie składają się na cenę oferty. Powyższe także potwierdzają postanowienia Rozdziału XII SIWZ, zgodnie z którymi w celu wyliczenia ceny oferty należy prawidłowo wypełnić Formularz „OFERTA” (Załącznik nr 2 do SIWZ), gdzie w tabeli formularza należy podać: a) Cenę netto licencji centrali VoIP wraz z wdrożeniem i instruktażem stanowiskowym administratorów, b) Kwotę podatku VAT licencji centrali VoIP wraz z wdrożeniem i instruktażem stanowiskowym administratorów, c) Cenę brutto licencji centrali VoIP wraz z wdrożeniem i instruktażem stanowiskowym administratorów, d) Cenę netto wsparcia powdrożeniowego, e) Wartość podatku VAT wsparcia powdrożeniowego, f) Cenę brutto wsparcia powdrożeniowego, g) Całkowitą łączną wartość netto zamówienia, h) całkowitą łączną wartość brutto zamówienia, która stanowi cenę oferty. Wykonawca był zobowiązany wypełnić wszystkie pozycje w tabeli w formularzu „Oferty”.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że Odwołujący nie udowodnił, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w szczególności nie przedstawił dowodów, świadczących jednoznacznie, iż zaoferowana cena za świadczenie usługi wsparcia technicznego (powdrożeniowego) nie jest rażąco niska oraz nie przedstawił dowodów, świadczących jednoznacznie, iż zaoferowana cena za świadczenie usługi wdrożenia i konfiguracji nie jest rażąco niska. Gdyby Odwołujący przyjął realną cenę za wykonanie usługi wdrożenia i konfiguracji oraz za wykonanie usługi wsparcia powdrożeniowego, to wartość ta zwiększałaby cenę całej jego oferty. Zatem ceny za powyższe elementy stanowią istotne części składowe ceny oferty Odwołującego i jako takie są rażąco niskie, co z kolei przekłada się na zniżenie całej ceny ofertowej. W konsekwencji Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego, który nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny oferty, gdyż nie był w stanie wykazać realności istotnych części składowych ceny oferty.

Izba podziela pogląd, że ustawodawca nie określił, ile razy zamawiający może ponawiać wezwania do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Wezwanie do złożenia wyjaśnień może być skierowane do wykonawcy nawet kilkakrotnie w sytuacji, gdy na podstawie złożonych wyjaśnień powstają dalsze kwestie i nowe wątpliwości wymagające wyjaśnienia. Niemniej, nie oznacza to, że zamawiający powinien przejmować za wykonawcę inicjatywę w dążeniu do udowodnienia realności elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zamawiający, będąc gospodarzem postępowania, winien przestrzegać

podstawowych zasad, takich jak chociażby zasady bezstronności, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Ponowne wezwania do wyjaśnienia w rzeczywistości tego samego zakresu informacji, przy zaniechaniu rzetelnego i starannego działania wykonawcy podczas złożenia wyjaśnień niepopartych dowodami, należałoby uznać za naruszenie nie tylko art. 90 ust. 1, ale również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Uwzględniając powyższe w ocenie Izby nie doszło też do naruszenia art. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba pominęła argumentację Zamawiającego oraz Przystępującego, że działanie Odwołującego może budzić uzasadnione podejrzenie popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, bowiem w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego próżno szukać podstawy z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone i powodach odrzucenia oferty, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Przywołany przepis nakłada na zamawiającego obowiązek zakomunikowania wykonawcom, dlaczego uznał, że dana oferta podlega odrzuceniu, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty. To na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. W związku z powyższym zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty. Ocena dokonywana przez skład orzekający w tym zakresie nie może więc wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego i polegać na badaniu istnienia innych podstaw do odrzucenia oferty, o których wspomina zamawiający dopiero na etapie postępowania odwoławczego.

Izba nie wzięła również pod uwagę stanowiska Zamawiającego oraz Przystępującego w zakresie obowiązku gospodarowania środkami publicznymi zgodnie z zasadą celowego i racjonalnego wydatkowania środków oraz zasadą przestrzegania dyscypliny finansów publicznych. Skład orzekający rozpatrując odwołanie, bada jedynie legalność działań zamawiającego, a nie celowe i racjonalne gospodarowanie środkami publicznymi. Izba uznała także za irrelevantną argumentację Przystępującego o braku doświadczenia Odwołującego w realizacji kontraktów o tożsamym przedmiocie zamówienia jako niemającą związku ze sprawą.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy nPzp oraz w oparciu o przepisy §8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....