

Sygn. akt: KIO 142/18

WYROK
z dnia 9 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel - Kowalczyk
Członkowie: Emil Kuriata
Piotr Kozłowski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie 6 lutego 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 26 stycznia 2018 r. przez Odwołującego – **Polcom S.A., ul. Krakowska 43, 32-050 Skawina**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Skarb Państwa – Ministerstwo Inwestycji i Rozwoju z siedzibą w Warszawie (00-507), pl. Trzech Krzyży 3/5**, w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Ośrodek przetwarzania danych na potrzeby CEIDG” (znak postępowania: BDG-V.2610.6.2017.PC)

przy udziale

przystępującego po stronie Zamawiającego — **Centrum Informatyki ZETO S.A., ul. Skorupska 9, 15-048 Białystok**,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Polcom S.A. z siedzibą w Skawinie**:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez **Polcom S.A. z siedzibą w Skawinie** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Odwołującego **Polcom S.A. z siedzibą w Skawinie**, na rzecz Zamawiającego **Skarb Państwa – Ministerstwo Inwestycji i Rozwoju 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 (j.t.. Dz.U.2017.1579, 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:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Ministerstwo Inwestycji i Rozwoju z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.), zwanej dalej „ustawa Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Ośrodek przetwarzania danych na potrzeby CEIDG” (znak postępowania: BDG-V.2610.6.2017.PC), (dalej: „Postępowanie”).

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 15 lipca 2017 r. pod nr. 2017/S 134-274657.

16 stycznia 2018 r. Zamawiający rozstrzygnął Postępowanie wybierając jako najkorzystniejszą ofertę Centrum Informatyki „ZETO” S.A. (dalej „CI ZETO”), jednocześnie zawiadamiając o odrzuceniu oferty Polcom S.A. W dniu 18 stycznia 2018 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 16 stycznia 2018 r., pozostawiając w mocy czynność odrzucenia oferty Polcom S.A. W dniu 25 stycznia 2018 r. Zamawiający ponownie dokonał wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty CI ZETO.

26 stycznia 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba”) wpłynęło odwołanie wykonawcy z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący”), w którym zarzucono Zamawiającemu:

- naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 92 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zamieszczenie w zawiadomieniu o wyborze oferty informacji o powodach odrzucenia oferty Odwołującego z których nie wynika dostatecznie, z jakiego powodu Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego oraz brak ich dostatecznego uzasadnienia prawnego i faktycznego;
- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na fakt, iż zawiera ona rażąco niską cenę, mimo braku przesłanek zastosowania przedmiotowych przepisów, albowiem cena zaoferowana przez

Odwołującego nie jest rażąco niska;

- naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty firmy CI ZETO S.A., mimo iż w świetle kryteriów oceny ofert i argumentów zawartych w odwołaniu nie stanowi ona oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a także
- b) nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu z uwzględnieniem zarzutów i argumentów zawartych w odwołaniu.

Odwołujący podał, że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ w przypadku uwzględnienia Odwołania, oferta Odwołującego winna zostać uznana za najkorzystniejszą. W efekcie Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy, albowiem zaskarżone działania i zaniechania Zamawiającego pozbawiają go szans na uzyskanie zamówienia.

Odwołujący przedstawiając argumentację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania przywołał podstawy odrzucenia oferty Odwołującego wskazane przez Zamawiającego. Podstawą tej decyzji był art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Jednocześnie w uzasadnieniu przedmiotowej decyzji Zamawiający z jednej strony stwierdził, że „Wykonawca dnia 13.11.2017 r. złożył wyjaśnienia, załączając obowiązujące cenniki, gdzie wskazane koszty miesięczne licencji nie pokrywały się z kwotami wskazanymi w załączniku do, wyjaśnień - cennikiem SPLA EU (Services Provider License Agreement), w jakim jest dostarczane oprogramowanie Microsoft. Wykonawca wskazał jedynie miesięczny koszt MS SQL Server 2014, nie wskazując konkretnej wersji licencji, a swe obliczenia oparł o cennik SPLA EU (załącznik nr 1). Zamawiający pismem z dnia 23.11.2017 r. wezwał Wykonawcę do złożenia kolejnych wyjaśnień w celu określenia, jaka wersja oprogramowania MS SQL 2014 zostanie wykorzystana do serwera bazy danych. Wykonawca pismem z dnia 30.11.2017 r. złożył wyjaśnienia, że do oszacowania wartości oferty została przyjęta droższa wersja oprogramowania MS SQL 2014 Enterprise. Zatem zbiorcza cena licencji przedstawiona w wyjaśnieniach z dnia 16.10.2017 r. została zaniżona w porównaniu z cennikiem z dnia 13.11.2017 r. Z drugiej strony w tym samym rozstrzygnięciu Zamawiający stwierdził, że „Pomimo trzykrotnego wezwania, Wykonawca przedstawił kalkulacje ceny ofertowej z niespójnymi obliczeniami względem załączonych dowodów w postaci obowiązujących cenników. W związku z powyższym przyjęcie przez

Zamawiającego wyjaśnień niepełnych lub niejasnych, naruszałoby zasadę równego traktowania Wykonawców oraz zasadę konkurencyjności. Mając na uwadze powyższe oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie przywołanego artykułu, ponieważ dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdziła, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia."

W świetle przedstawionych fragmentów uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, Odwołujący formułuje wątpliwość, która ze wskazanych przyczyn była rzeczywistym powodem odrzucenia oferty. Czy przyczyną tą było zaniżenie zbiorczej ceny licencji czy też kalkulacje ceny ofertowej z niespójnymi obliczeniami względem załączonych dowodów w postaci obowiązujących cenników? Jednocześnie Odwołujący zaznacza, że wątpliwość ta jest o tyle istotna i zasadna, że obie te przyczyny wskazane w rozstrzygnięciu Zamawiającego nie mogą zajść jednocześnie. Jeśli bowiem kalkulacje ceny ofertowej byłyby niespójne z obliczeniami względem załączonych dowodów w postaci obowiązujących cenników, to na jakiej podstawie Zamawiający ustalił, że w ofercie Odwołującego się miało miejsce zaniżenie zbiorczej ceny licencji. Jeśli natomiast Zamawiający był w stanie w oparciu o wyjaśnienia Odwołującego ustalić, że zbiorcza cena licencji jest zaniżona, to oznaczałoby, że kalkulacje ceny ofertowej nie były aż tak niespójne z obliczeniami względem załączonych dowodów w postaci obowiązujących cenników, jak stara się to przedstawić Zamawiający. Dodatkową trudność stanowi fakt, że w świetle sprzecznej argumentacji zawartej w uzasadnieniu rozstrzygnięcia Zamawiającego, Odwołujący nie jest w stanie ustalić, do którego ze stanowisk Zamawiającego winien odnieść się w odwołaniu. Z ostrożności więc Odwołujący odnosi się do obydwu zarzutów.

Jednocześnie Odwołujący wskazuje, że żaden z zarzutów nie został na tyle dokładnie uzasadniony, by można mu było przedstawić konkretną i jednoznaczną polemikę. W ocenie Odwołującego się, taki sposób uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o odrzuceniu oferty narusza treść art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w istocie nie zawiera prawidłowego i wyczerpującego uzasadnienia odrzucenia oferty, uniemożliwiając prawidłowe odniesienie się i polemikę z argumentacją Zamawiającego, któremu to celowi służy wymóg podania w rozstrzygnięciu uzasadnienia faktycznego i prawnego.

Odwołujący podnosi, że w stosunku do jego oferty nie zachodzi żadna z okoliczności wskazanych przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu z dnia 16 stycznia 2018 r.

Odwołujący nie zgadza się z tezą Zamawiającego, iż *„Pomimo trzykrotnego wezwania, Wykonawca przedstawił kalkulacje ceny ofertowej z niespójnymi obliczeniami względem załączonych dowodów w postaci obowiązujących cenników. W związku z powyższym przyjęcie przez Zamawiającego wyjaśnień niepełnych lub niejasnych, naruszałoby zasadę równego traktowania Wykonawców oraz zasadę konkurencyjności.”*

Odwołujący składając wyjaśnienia każdorazowo stosował się dokładnie do wezwania Zamawiającego przedstawiając wymagane przez niego informacje.

Odwołujący zauważa, że pytanie Zamawiającego i oczekiwana odpowiedź dotyczyła wyraźnie kwestii podania wersji oprogramowania MS SQL 2014 zostanie wykorzystana do serwera bazy danych. Zamawiający nie oczekiwał podania przez Odwołującego żadnych dodatkowych informacji czy wyjaśnień, które mogły zostać przedstawione przez odwołującego się, gdyby Zamawiający w którymkolwiek z pism wyraził takie oczekiwanie. Także stwierdzenie Zamawiającego że: *„wskazany koszt miesięczny licencji nie pokrywa się z cennikiem stanowiącym załącznik nr 1 do wyjaśnień”* zostało przez niego użyte w kontekście zapytania o oferowaną wersję oprogramowania. Zamawiający w żadnym momencie nie wskazał, że jego wątpliwości dotyczą kwestii zgodnie z którą - jak ujął to Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty - *„kalkulacje ceny ofertowej z niespójnymi obliczeniami względem załączonych dowodów w postaci obowiązujących cenników”*. Na podstawie tego stwierdzenia należy wnosić, że najprawdopodobniej Zamawiający nie był w stanie powiązać kalkulacji zawartej w załączniku nr 1 do wyjaśnień z dnia 16 października 2017 r. z cennikiem załączonym do wyjaśnień z dnia 13 listopada 2017 r. Jednak mimo to Zamawiający zapytał wyłącznie o przyjętą do kalkulacji wersję oprogramowania zamiast zwrócić się o wyjaśnienie sposobu kalkulacji kosztów licencji. Gdyby Zamawiający zwrócił się o taką informację otrzymałby stosowne wyjaśnienia, podobnie jak uzyskiwał je w przypadku wszystkich skierowanych wcześniej do Odwołującego zapytań. Odwołujący nie będąc świadomym wątpliwości Zamawiającego nie był w stanie przedstawić mu oczekiwanych przez Zamawiającego informacji, zwłaszcza że jeszcze w wyjaśnieniach z dnia 13 listopada 2017 r. Odwołujący wskazywał w opisie oferowanego rozwiązania na mechanizmy opracowania oferowanego rozwiązania.

Jak wynika z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, jednym z możliwych powodów tej czynności mogła być ocena Zamawiającego, zgodnie z którą zbiorcza cena licencji przedstawiona w wyjaśnieniach z dnia 16.10.2017 r. została zaniżona w porównaniu z cennikiem z dnia 13.11.2017 r. Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił ani nie przybliżył swojego stanowiska i sposobu przeprowadzenia swoich wyliczeń, które doprowadziły go do przedmiotowego wniosku. Odwołujący wskazuje, że jeśli Zamawiający stawia zarzut zaniżenia ceny licencji w stosunku do cennika, powinien ten zarzut uzasadnić w uzasadnieniu odrzucenia oferty. Bez takiego uzasadnienia i przedstawienia stosownych wyliczeń, zarzut jest w istocie nieuzasadniony, a samo odrzucenie narusza treść art 92 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na brak uzasadnienia faktycznego. Odwołujący przedstawia przyjęty przez siebie sposób kalkulacji kosztów licencji, objęty tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwołujący zauważył, że z argumentacji Zamawiającego nie wynika nawet o ile -

zdaniem Zamawiającego - Odwołujący zaniżył zbiorczą cenę licencji w stosunku do załączonego cennika. Tymczasem informacja ta ma krytyczne znaczenie dla oceny stanowiska Zamawiającego. Zamawiając zakwestionował bowiem jedynie jeden z elementów przedłożonej kalkulacji cenowej w postaci kosztów licencji i to najprawdopodobniej w odniesieniu tylko do jednego z oferowanych oprogramowań, tj. oprogramowania MS SQL 2014. Nie oznacza to jednak, że cała cena ofertowa jest ceną rażąco niską. Tymczasem z punktu widzenia przesłanek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp nie jest wystarczające zakwestionowanie jednej z pozycji stanowiącej podstawę kalkulacji wysokości ceny ofertowej. Zgodnie z powołanymi przepisami podstawą odrzucenia oferty jest bowiem wykazanie przez Zamawiającego, że to oferta zawiera rażąco niską cenę, a nie jeden z jej składników. Powyższy pogląd oparty na literalnym brzmieniu przepisów ustawy nie jest kwestionowany ani w orzecznictwie ani w literaturze. Zamawiający postawił zarzut zaniżenia zbiorczej ceny licencji w stosunku do załączonego cennika, nie wskazując nawet o jaki poziom zaniżenia chodzi, a także nawet nie próbując uzasadnić w jaki sposób ewentualnie zaniżenie to przekłada się na przedmiotową pozycję cenową oraz przede wszystkim czy zaniżenie to w jakikolwiek sposób (i w jaki) sprawia, że całościowa cena oferty jest *„nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładająca wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są...”*

Zamawiający przedłożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wniósł o oddalenie odwołania przedstawiając stosowną argumentację.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosiło CI ZETO wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba, wobec spełnienia przez CI ZETO przesłanek z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła dopuścić wykonawcę zgłaszającego przystąpienie (dalej również „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając całość dokumentacji przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności specyfikację istotnych warunków zamówienia (SIWZ), oferty wykonawców, korespondencję pomiędzy Zamawiającym i wykonawcami, odwołanie, jak również biorąc pod uwagę

oświadczenia, stanowiska stron i uczestników postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

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

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż przedstawiony przez strony i uczestników postępowania stan faktyczny sprawy, nie jest pomiędzy nimi sporny, jak i jest zgodny z dokumentacją Postępowania. W szczególności Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający wzywał Odwołującego, do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, trzykrotnie tj. 10 października 2017 r. (dalej „I wezwanie”), 6 listopada 2017 r. (dalej „II wezwanie”) oraz 23 listopada 2017 r. (III wezwanie).

Odwołujący w odpowiedzi na powyższe wezwania trzykrotnie składał wyjaśnienia tj. 16 października 2017 r. (dalej „I wyjaśnienia”), 13 listopada 2017 r. (dalej „II wyjaśnienia”), 30 listopada 2017 r. (dalej „III wyjaśnienia”).

Wszystkie informacje zawarte w wyjaśnieniach dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zostały przez Odwołującego objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zamawiający w dniu 21 grudnia 2017 r. zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty jednocześnie informując o przyznanej punktacji w ramach poszczególnych kryteriów oceny ofert oraz o łącznej uzyskanej punktacji oraz o ofertach odrzuconych.

Izba zważyła co następuje.

Izba uznała, że nie doszło w niniejszej sprawie do naruszenia przepisów powołanych w odwołaniu w sposób mający lub mogący mieć wpływ na wynik postępowania, a tylko w takim przypadku Izba zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp uwzględni odwołanie.

W toku postępowania o udzielenie zamówienia, podczas badania ofert, w związku z wystąpieniem ustawowych przesłanek (art. 90 ust. 1a ustawy Pzp) Zamawiający powziął wątpliwości co do tego, czy zaoferowana przez Odwołującego cena nie jest rażąco niska. Wyrazem tych wątpliwości było I wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Izba podkreśla, że z tym wezwaniem wiązały się określone konsekwencje prawne. Otóż konsekwencją takiego wezwania było powstanie domniemania faktycznego, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej ma jednak charakter wzruszalny - może zostać obalone przez złożenie stosownych wyjaśnień popartych dowodami przez wezwanego wykonawcę. W postępowaniu wyjaśniającym prowadzonym przez Zamawiającego ciężar dowodu spoczywa na wykonawcy udzielającym wyjaśnień. To wykonawca, a w tym konkretnym przypadku Odwołujący, obciążony został obowiązkiem wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny. Dlatego też wykonawca musi dochować szczególnej staranności przedkładając Zamawiającemu wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Jeśli nie sprostą spoczywającemu na nim ciężarowi dowodu w zakresie wykazania, że cena oferty została skonstruowana w sposób zapewniający należyłą realizację zamówienia, w mocy pozostaje domniemanie, że zaoferowana cena oferty jest ceną rażąco niską.

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający trzykrotnie wzywał Odwołującego do wyjaśnień w zakresie różnych aspektów zaoferowanej ceny. I wezwanie z 10 października 2017 r. wynikało z wypełnienia przesłanek określonych w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp. W związku z wątpliwościami co do I wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, Zamawiający wezwał do ich uszczegółowienia m.in. w spornym zakresie tj. zażądał złożenia dodatkowych wyjaśnień polegających na sporządzeniu szczegółowego wykazu licencji na oprogramowanie wraz z ich opisem oraz ceną per licencja. Wykonawca przedstawił stosowne wyjaśnienia w dn. 13 listopada 2018 r. II wyjaśnienia zawierały listę licencji oraz Załącznik nr 1 w postaci cennika oprogramowania oferowanego w modelu SPLA (Services Provider License Agreement), nie przedstawiając jednak w jaki sposób Odwołujący dokonał kalkulacji cen licencji wskazanych w wyjaśnieniach. Tym samym, przedłożony dowód w postaci cennika w niniejszej sprawie nie dowodził, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, a nawet wprost przeciwnie wpłynął na przekonanie Zamawiającego o tym, że gdyby wykonawca wprost uwzględnił w ofercie ceny oferowanych licencji, zgodnie z przedstawionym cennikiem, to potwierdza się znaczące zniżenie tego elementu ceny oferty w sposób mający wpływ na cenę całej oferty. Ostatecznie w dn. 23 listopada 2017 r. Zamawiający wystąpił z III wezwaniem, w którym wnosił o złożenie dodatkowych wyjaśnień jaka wersja oprogramowania MS SQL Server 2014 zostanie wykorzystana do serwera bazy danych. Wskazując jednocześnie, że z udzielonych wyjaśnień nie wynika jednoznacznie,

która wersja została przyjęta do kalkulacji, a wskazany koszt miesięczny licencji nie pokrywa się z cennikiem stanowiącym załącznik nr 1 do II wyjaśnień. W ocenie Izby, w tym żądaniu Zamawiający dał wyraz swoim wątpliwościom w zakresie wyceny licencji. Zamawiający, faktycznie wprost nie wyartykułował żądania do wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny licencji, lecz wobec wątpliwości wyrażonej poprzez użycie sformułowania cyt. „wskazany koszt miesięczny licencji nie pokrywa się z cennikiem stanowiącym załącznik nr 1 do wyjaśnień” , trudno uznać, że wykonawca składał szczegółowe wyjaśnienia w zakresie, o który Zamawiający pytał, nie odnosząc się natomiast do kwestii, w stosunku do których Zamawiający wątpliwości nie wyraził, gdyż taka wątpliwość została wyrażona. Wykonawca skupił się wyłącznie na określeniu wersji oprogramowania, co potwierdza również w złożonym odwołaniu. Niemożność powiązania przez Zamawiającego, kalkulacji zawartej w załączniku nr 1 do I wyjaśnień z cennikiem załączonym do II wyjaśnień obciąża Odwołującego. Odwołujący, w związku z treścią składanych wyjaśnień (II i III), wskazuje w nich na możliwość powstania po stronie Zamawiającego wątpliwości co do kalkulacji ceny, jednakże nie wyjaśnia szczegółowo jej elementów i nie wykazuje wystarczająco precyzyjnymi i wyczerpującymi w swej treści danymi uzasadnienia dla zaoferowania niskiej ceny. W ocenie Izby, działanie Wykonawcy nie zasługuje na aprobatę. Przedkładane wyjaśnienia dowodzą, że wykonawca miał świadomość co do wątpliwości Zamawiającego mogących się zrodzić w związku ze składanymi wyjaśnieniami i dowodami lecz ich nie usuwał. Taką próbę podjął dopiero w złożonym odwołaniu. Dlatego też wobec swoistej bierności Odwołującego w zakresie przedstawienia szczegółowej kalkulacji cen licencji prawidłowe są ustalenia Zamawiającego, że wyjaśnienia złożone przez Odwołującego nie czynią zadość obowiązkowi ustawowemu nałożonemu w tym zakresie na wykonawcę tj. wykonawca nie wykazał, że cena oferty została skalkulowana rzetelnie i umożliwiła należyłą realizację zamówienia. Ugruntowany jest pogląd, iż złożenie wyjaśnień nazbyt ogólnych, nieprecyzyjnych, takich, które nie pozwalają zamawiającemu na faktyczną ocenę rzetelności kalkulacji ceny wykonawcy, nakłada na Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, co nastąpiło w niniejszej sprawie.

Podkreślenia wymaga fakt, że co do zasady wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest jednokrotne, i tylko w szczególnych przypadkach zamawiający może wystąpić o dodatkowe wyjaśnienia np. gdy, tak jak w niniejszej sprawie w świetle złożonych wcześniej wyjaśnień pojawiły się u zamawiającego nowe wątpliwości. Jednakże ponawianie wezwań nie może stanowić ratowania oferty wówczas gdy wykonawca zdając sobie sprawę z

wątpliwości interpretacyjnych jakie mogą wystąpić u Zamawiającego w kontekście składanych wyjaśnień nie usuwa ich, wykonawca ma bowiem obowiązek dołożyć wszelkich starań, aby rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty. I wezwanie sformułowane przez Zamawiającego wobec ryczałtowego charakteru wynagrodzenia było dość ogólne i dopiero wyjaśnienia Odwołującego umożliwiły Zamawiającemu zapoznanie się z ogólnymi elementami składowymi zaoferowanej ceny. Następnie Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienia dotyczące elementów najbardziej cenotwórczych i w ocenie Izby nie uzyskał wyczerpujących informacji co do ich konstrukcji w sposób pozwalający na uznanie, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską.

Izba zwraca uwagę, że zakres żądanych informacji w ramach wyjaśniania rażąco niskiej ceny może przekraczać poziom szczegółowości określony w ofercie czy też specyfikacji istotnych warunków zamówienia („dalej SIWZ”). Taka sytuacja będzie miała miejsce, w szczególności, w przypadku oferowania ceny ryczałtowej za przedmiot zamówienia. Wyjaśnienia służą bowiem uzyskaniu dodatkowych informacji, które pozwolą ocenić realność zaoferowanej ceny. Wskazanie przez Odwołującego, że odpowiadał na pytania Zamawiającego do poziomu szczegółowości SIWZ nie ma wpływu na uznanie złożonych wyjaśnień za wyczerpujące. Wykonawca miał obowiązek udzielić wyjaśnień o wyższym stopniu szczegółowości niż informacje, które musiały znaleźć się w ofercie lub wynikały z SIWZ. Biorąc pod uwagę różnicę między ceną oferty Odwołującego a wartością szacunkową zamówienia i cenami innych ofert Odwołujący, aby wykazać realność ceny, powinien wskazać istnienie po jego stronie szczególnych okoliczności umożliwiających obniżenie ceny i ujawnić założenia przyjęte na etapie jej kalkulacji. Odwołujący, nie przedstawił jednak założeń poczynionych na etapie kalkulacji oferty w sposób umożliwiający Zamawiającemu stwierdzenie, że oferowana cena jest ceną realną.

Izba zauważa, że złożenie dodatkowych wyliczeń przez wykonawcę w zakresie prawidłowości kalkulacji ceny oferty dopiero w odwołaniu należy uznać za spóźnione. Przedmiotowe wyliczenia oraz sposób konstrukcji oferty przez Odwołującego powinny zostać przedstawione Zamawiającemu w odpowiedzi na jego wezwanie. Odwołujący był bowiem zobowiązany dowieść Zamawiającemu prawidłowości założeń kalkulacyjnych. Izba z kolei może oceniać jedynie prawidłowość czynności Zamawiającego. Prowadzone postępowanie odwoławcze służy weryfikacji działań i zaniechań w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego i zainteresowanych postępowaniem wykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza nie prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia i nie dokonuje oceny i weryfikacji ofert. W ocenie słuszności założeń ofertowych Krajowa Izba Odwoławcza nie zastępuje zamawiającego. Tym samym, prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej wykonawcy nie mogą potwierdzać kalkulacje zwarte w odwołaniu. Na etapie postępowania odwoławczego inicjatywa dowodowa Odwołującego powinna zmierzać nie do uzupełnienia złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień, a do wykazania, że ocena tych wyjaśnień dokonana przez Zamawiającego była nieprawidłowa i dlaczego. Odwołujący powinien zatem przekonać Izbę, że wyjaśnienia, które on złożył na żądanie Zamawiającego, były wystarczające dla uznania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska (por. wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dn. 13 marca 2015 r., o sygn. akt IX Ca 39/15). W ocenie Izby, wyjaśnienia składane przez Odwołującego, wobec braku informacji na temat sposobu kalkulacji budzących wątpliwości Zamawiającego elementów oferty, mających wpływ na cenę całej oferty, nie obaliły domniemania wystąpienia w ofercie Odwołującego rażąco niskiej ceny oferty, a tym samym Zamawiający prawidłowo ustalił, że oferta taką rażąco niską cenę zawiera.

Izba nie podziela wątpliwości Odwołującego, wyrażonej w odwołaniu, co do tego która ze wskazanych przyczyn była rzeczywistym powodem odrzucenia oferty. W ocenie Izby wobec występującej niespójności pomiędzy argumentacją Odwołującego zawartą w składanych wyjaśnieniach oraz przedstawianymi dowodami w postaci cenników, Zamawiający mógł dojść do wniosku, że zbiorcza cena licencji została w ofercie zaniżona w sposób skutkujący uznaniem zaoferowanej przez Odwołującego ceny całkowitej jako rażąco niskiej. Faktycznie, jak uzasadniał Odwołujący przyjęte przez Zamawiającego założenia nie były właściwe, jednakże w ocenie Izby okoliczność ta potwierdza jedynie, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia nie czyniły zadość wymaganiom stawianym im przez art. 90 ustawy Pzp. Tym samym, Zamawiający dokonał ich prawidłowej oceny i słusznie odrzucił ofertę Odwołującego, uznając, że zaoferowana cena oferty nosi znamiona rażąco niskiej.

Zatem nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba nie dopatrzyła się również naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 92 ust. 1 ustawy Pzp – Zamawiający przedstawił uzasadnienie prawne i faktyczne w stopniu umożliwiającym Odwołującemu powzięcie informacji o podstawach odrzucenia jego oferty. Zamawiający jako podstawę prawną odrzucenia oferty podał art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp tj. Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w

stosunku do przedmiotu zamówienia w zw. art. 90 ust. 3 ustawy Pzp tj. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który 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. Zamawiający wskazał również podstawy faktyczne dokonanej czynności.

Mając powyższe na uwadze, wobec nie potwierdzenia się zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, Izba stwierdza iż nie potwierdza się również zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty firmy CI ZETO S.A.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

Odnośnie kosztów poniesionych przez Przystępującego, oraz ich zwrotu na podstawie przedstawionego spisu kosztów Izba wskazuje, co następuje. Zgodnie z rozporządzeniem 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.2010.41.238 ze zm.), Izba zalicza do kosztów postępowania odwoławczego m.in. uzasadnione koszty stron. Stronami postępowania odwoławczego są Zamawiający, Odwołujący oraz Przystępujący będący uczestnikiem postępowania odwoławczego – jednakże tylko w przypadku gdy przystąpił po stronie zamawiającego oraz wniósł sprzeciw. W okolicznościach niniejsze spraw Przystępujący będący uczestnikiem postępowania odwoławczego, wobec braku uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego nie wnosił sprzeciwu, a tym samym nie stał się stroną postępowania odwoławczego uprawnioną do zasądzenia na jego rzecz kosztów. Ponadto Izba wskazuje, że zgodnie z par. 3 ust. 2 ww. rozporządzenia Izba zasądza uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Za taki nie można uznać spisu kosztów.

Mając powyższe na uwadze o kosztach postępowania rozstrzygnięto stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp

oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 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 (Dz.U.2010.41.238 ze zm.).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....