

Sygn. akt: KIO 2516/18

**WYROK**

**z dnia 21 grudnia 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Aleksandra Patyk**

**Protokolant: Marcin Jakóbczyk**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 grudnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 grudnia 2018 r. przez wykonawcę **ATM S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Ośrodek Przetwarzania Informacji – Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie**,

przy udziale:

- A. wykonawcy **NETIA S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2516/18 po stronie Zamawiającego,
- B. wykonawcy „**INFOMEX**” Sp. z o.o. z siedzibą w **Żywcu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2516/18 po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu – **Ośrodkowi Przetwarzania Informacji – Państwowemu Instytutowi Badawczemu w Warszawie** unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawców „**INFOMEX**” Sp. z o.o. z siedzibą w **Żywcu** oraz **NETIA S.A. z siedzibą w Warszawie** na podstawie art. 90 ust. 1 i ust. 1a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty, w tym ceny wskazanej w pozycji „serwer” tabeli z pkt. 1 formularza oferty;
2. Pozostałe zarzuty odwołania uznaje za niezasadnione.
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – **Ośrodek Przetwarzania Informacji – Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie** i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawcę **ATM S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Zamawiającego – **Ośrodka Przetwarzania Informacji – Państwowego Instytutu Badawczego w Warszawie** na rzecz Odwołującego – wykonawcy **ATM S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) 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:** .....

**Sygn. akt: KIO 2516/18**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Ośrodek Przetwarzania Informacji – Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *świadczenie usług obliczeniowych z wykorzystaniem serwerów Wykonawcy oraz opieki serwisowej i technicznej* (znak postępowania: usługa obliczeniowa-260-2018).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 września 2018 r. pod numerem 2018/S 184 – 416279.

W dniu 6 grudnia 2018 r. wykonawca ATM S.A. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący” lub „ATM”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert INFOMEX i NETIA, pomimo, że oferty te zawierają rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

2. art. 90 ust. 1 i 1a pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się do INFOMEX i NETIA z wezwaniem do złożenia wyjaśnień dot. ceny oferty w sytuacji, gdy cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego oraz w sytuacji gdy cena całkowita ofert wykonawców INFOMEX i NETIA i jest niższa o co najmniej 30% od: wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, a rozbieżność nie wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

3. art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. z 2018 r., poz. 419 ze zm., dalej „uznk”) poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców INFOMEX i NETIA, pomimo że ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru INFOMEX i dokonanie ponownego badania i oceny ofert;
2. odrzucenia oferty INFOMEX;
3. odrzucenia oferty NETIA;
4. wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;
5. ewentualnie - wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny dot. ofert wykonawców INFOMEX i NETIA, wraz z żądaniem wykazania realności ceny jednostkowej brutto za serwer w ujęciu miesięcznym.

W zakresie zarzutu pierwszego Odwołujący wskazał, iż przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług obliczeniowych z wykorzystaniem serwerów obliczeniowych oraz opieki serwisowej i technicznej. Treść Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ”) stanowiąca Załącznik Nr 1 do SIWZ wyraźnie wskazuje, że przedmiot zamówienia składa się z dwóch komponentów: infrastruktury sprzętowej oraz z komponentu utrzymania infrastruktury. Powyższe znajduje również swoje odzwierciedlenie w treści formularza ofertowego, w którym Zamawiający wymagał wskazania przez wykonawców oddzielnie ceny brutto za utrzymanie infrastruktury sprzętowo - systemowej w ujęciu miesięcznym i ceny jednostkowej brutto za utrzymanie serwera w ujęciu miesięcznym. Zamawiający w treści OPZ w pkt. 2 wskazał minimalne wymagania techniczne dla komponentów sprzętowych, zaś w pkt. 3 wskazał szczegółowe wymagania techniczne dla komponentów sprzętowych. Na podstawie tych

wymagań wykonawcy obowiązani byli skalkulować z zyskiem cenę w zł brutto za miesiąc za jeden serwer, która następnie zostanie pomnożona przez liczbę miesięcy niezbędną do świadczenia usługi oraz liczbę 40 serwerów wymaganych przez Zamawiającego w postępowaniu. Nadto, zgodnie z odpowiedzią z dnia 29 października 2018 r. Nr 4 na pytanie jednego z wykonawców Zamawiający wskazał, że „*dopuszcza, aby sprzęt, na którym będzie świadczona usługa nie był fabrycznie nowy, ale jednocześnie nie może on być wyprodukowany wcześniej niż 12 miesięcy przed podpisaniem umowy w wyniku niniejszego postępowania.*” Zdaniem Odwołującego powyższe wskazuje, że celem przygotowania oferty w części dot. ceny brutto za serwer w ujęciu za 1 miesiąc każdy z wykonawców winien pozyskać oferty i wycenić wszystkie komponenty składające się na całość w postaci serwera, przy czym odpowiedź Nr 4 wskazuje, iż będą to ceny za komponenty nowe, bo nawet gdyby przyjąć, iż któryś z wykonawców celem wykonania przedmiotu zamówienia oferuje sprzęt, który był już używany to i tak jego wartość jest porównywalna z wartością nowych urządzeń.

Zamawiający oszacował wartość przedmiotu zamówienia na kwotę 5 788 421,70 zł brutto, ta sama kwota została podana przez Zamawiającego na otwarciu ofert, jako kwota, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W postępowaniu oferty złożyło 3 wykonawców:

- INFOMEX, który złożył ofertę o wartości 2 134 824,48 zł brutto (36,88% szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia brutto), przy czym za miesiąc Utrzymania infrastruktury sprzętowej przyjął wartość 82 304,22 zł, zaś jako cenę jednostkową za serwer w ujęciu miesięcznym wykonawca ten wskazał kwotę 166,17 zł;
- NETIA, który złożył ofertę o wartości 3 382 283,52 zł brutto (58,43% szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia brutto), przy czym za miesiąc Utrzymania infrastruktury sprzętowej przyjął wartość 140 436,48 zł, zaś jako cenę jednostkową za serwer w ujęciu miesięcznym wykonawca ten wskazał kwotę 12,30 zł;
- ATM, który złożył ofertę o wartości 3 382 283,52 zł brutto (63,18% szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia brutto), przy czym za miesiąc Utrzymania infrastruktury sprzętowej przyjął wartość 117 932,40 zł, zaś jako cenę jednostkową za serwer w ujęciu miesięcznym wykonawca ten wskazał kwotę 861,00 zł.

Zdaniem Odwołującego powyższe zestawienie wskazuje na kilka kwestii: a) oferty wszystkich wykonawców są niższe o więcej niż 30% od wartości szacunkowej brutto zamówienia, przy czym ceny ofert brutto 3 wykonawców nie są w żaden sposób do siebie zbliżone; b) istnieje ogromna rozbieżność pomiędzy wartością miesięczną za serwer przyjętą przez ATM, a pomiędzy ceną miesięczną za serwer przyjętą przez pozostałych wykonawców, tzn. ceną wskazaną przez ATM - 861 zł, a ceną wskazaną przez INFOMEX 166,17 zł (wartość 5,17 x niższa od ceny ATM), a ceną wskazaną przez NETIA (wartość 70 x niższa od ceny ATM). Powyższa rozbieżność z całą pewnością winna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego

co do cen jednostkowych wskazanych przez wykonawców NETIA i INFOMEX, zwłaszcza biorąc pod uwagę, że oferty obu wykonawców są niższe o więcej niż 30% od szacunkowej wartości brutto zamówienia.

Odwołujący wskazał, że nawet gdyby przyjąć, co pewnie pozostali wykonawcy założyli kalkulując swoją ofertę, że wartość zakupionych dla tego postępowania urządzeń/komponentów może być wykorzystana po okresie użytkowania wynoszącym 24 miesiące, to i tak biorąc pod uwagę, że cykl życia takich urządzeń jak macierze, serwery wynoszący od 5-7 lat - na co wskazywała również Izba w wydanym orzeczeniu (sygn. akt: KIO 1449/16, KIO 1501/16), nie jest możliwym przyjęcie, iż cena serwera przyjęta przez INFOMEX i NETIA amortyzuje się w takim okresie.

W ocenie Odwołującego, sama rozbieżność cen za serwer w ujęciu miesięcznym winna skłonić Zamawiającego do powzięcia wątpliwości co do wystąpienia rażąco niskiej ceny jednostkowej za serwer. Powyższe wskazuje, że wykonawcy NETIA i INFOMEX celowo zaniżyli, bądź nie uwzględnili kosztów serwera w ujęciu miesięcznym, co po przemnożeniu przez ilość miesięcy oraz ilość serwerów ma istotny wpływ również na cenę końcową oferty czyniąc ją nierealną. Z uwagi na powyższe, oferty wykonawców NETIA oraz INFOMEX winny zostać odrzucone z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na to, że zawierają rażąco niski koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu drugiego Odwołujący przywołał fragment notatki Zamawiającego z dnia 13 listopada 2018 r. W ocenie Odwołującego obydwie założenia, które legły u podstaw decyzji Zamawiającego o odstąpieniu od wezwania wykonawców do wyjaśnień rażąco niskiej ceny są w przedmiotowym przypadku błędne. Po pierwsze, wbrew twierdzeniom Zamawiającego nie można się zgodzić z twierdzeniem Zamawiającego, że oferty wykonawców są na porównywalnym poziomie, co wskazuje porównanie wartości ofert brutto. Sama różnica pomiędzy wartością oferty INFOMEX, a ofertą ATM wynosi 26,3%. Nadto, jak wskazał Odwołujący w pkt. 1.4 lit. b) odwołania cena jednostkowa za serwer w ujęciu miesięcznym INFOMEX jest o 5,7 x niższa, zaś NETIA jest aż o 70 x niższa niż cena jednostkowa wskazana w ofercie przez ATM. Choćby powyższe matematyczne wyliczenia wskazują, iż oferty na pierwszy rzut oka nie są z sobą porównywalne, a Zamawiający co najmniej winien powziąć wątpliwości co do ich realności. Z udostępnionego Odwołującemu drogą elektroniczną dnia 5 grudnia 2018 r. w odpowiedzi na drugi wniosek o wgląd dokumentu w postaci dokumentu ustalenie wartości szacunkowej zamówienia z dnia 18.09.2018 r. wynika, iż Zamawiający nie uwzględnił wszystkich czynników kosztotwórczych potrzebnych do wyceny przedmiotu zamówienia. I tak z pobieżnej analizy tego dokumentu wynika, że: 1) wycena nie wskazuje, że sprzęt wskazanych dostawców jest zgodnie z wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego sprzętem nowym, lub nie starszym niż 12 miesięcy (zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego

Nr 4 z dnia 29 października 2018 r.); 2) wycena nie obejmuje zarządzania oraz monitoringu; 3) wycena nie obejmuje usług Backupu - 20TB; 4) wycena nie uwzględnia łącz - w przypadku wskazanych dostawców należy wycenić transfer przychodzący i wchodzący w trakcie kontraktu - wymaganie mówiło o braku limitu przesłanych danych; 5) zgodnie z treścią 3.4. OPZ wymagane przez Zamawiającego macierze dyskowe i serwery miały być wyposażone w interfejsy Infiniband - żadna z wycen, będąca podstawą oszacowania wartości przedmiotu zamówienia nie uwzględnia tego wymagania. Co więcej, macierz miała być fizycznie wydzielona dla Zamawiającego - w przypadku przedstawionej wyceny zasoby są współdzielone oraz 6) w wycenie brak jest tuneli IPsec VPN. Biorąc pod uwagę wielość czynników wpływających na cenę za utrzymanie infrastruktury sprzętowo - systemowej w opinii wykonawcy nie istnieją kalkulatory online, które można by uznać za miarodajne pod kątem szacowania wartości przedmiotu zamówienia. Reasumując, Zamawiający nie miał żadnych merytorycznych podstaw do stwierdzenia, że rozbieżność pomiędzy cenami ofert, a ustaloną przez niego wartością szacunkową zamówienia wynika z okoliczności, które nie wymagają wyjaśnienia, tym samym nie było jakichkolwiek merytorycznych podstaw do odstąpienia od wzywania wykonawców do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, zwłaszcza, że w świetle treści art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający ma taki ustawowy obowiązek w przypadku, gdy cena całkowita oferty wykonawcy 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. Odwołujący dalej argumentował, iż biorąc pod uwagę treść twierdzenia wysuniętego przez Zamawiającego, które Odwołujący przytoczył w pkt. 2.1 pkt 2) odwołania można dojść do wniosku, iż u podstaw błędu popełnionego przez Zamawiającego tkwiła niezajomość systematyki ustawy, bezzasadne przeświadczenie, iż jego subiektywne odczucia są elementem decydującym, czy wzywać, czy nie wzywać wykonawców do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, pomimo rozbieżności pomiędzy cenami ofert, a przede wszystkim pomimo różnicy pomiędzy szacunkową wartością przedmiotu zamówienia, a ceną ofert wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu. Odwołujący na poparcie prezentowanego stanowiska przywołał wyrok KIO z dnia 19 lipca 2017 r. sygn. akt: KIO 1356/17 oraz wyrok KIO z dnia 20 marca 2017 r. sygn. akt: KIO 367/17. Konkludując Odwołujący podał, że biorąc pod uwagę całokształt okoliczności przytoczonych przez Odwołującego nie istnieje żadna choćby subiektywna podstawa, która uprawniałaby Zamawiającego do odstąpienia od wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Nawiązując do treści notatki, nieprawidłowym w świetle charakteru wezwania z art. 90 ust. 1 lub ust. 1a jest twierdzenie, że Zamawiający wzywa do wyjaśnień rażąco niskiej ceny jedynie wtedy, gdy poweźmie wątpliwości w oparciu o szereg czynników, m.in. takich, jak doświadczenie nabyte przy udzielaniu tego rodzaju usług, znajomość na rynku cen, ceny innych ofert złożonych

w postępowaniu. Takie twierdzenie jest nieuprawnione zwłaszcza w przedmiotowym przypadku, gdyż Zamawiający sam wskazał niejako, że źle oszacował przedmiot zamówienia. Nie wskazał jednak na jakiej podstawie uważa, że przeszacował przedmiot zamówienia, zwłaszcza, że jak wykazał Odwołujący z udostępnionego dokumentu ustalenie wartości szacunkowej zamówienia z dnia 18.09.2018 r. wynika wniosek odwrotny, że Zamawiający szacując wartość przedmiotu zamówienia nie wziął pod uwagę kluczowych elementów zamówienia potrzebnych do jego wyceny. Punktem odniesienia dla Zamawiającego nie może być jedynie okoliczność, że wszystkie oferty wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu są niższe o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT. Co więcej, przytoczony przez Zamawiającego w Notatce wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. KIO 579/18, który zapadł w odmiennym stanie faktycznym do tego, którego dotyczy odwołanie należy rozpatrywać również w charakterze wyjątku, nie zaś reguły potwierdzającej zachowanie Zamawiającego. Warto przy tym zwrócić uwagę, iż w prowadzonym przez Izbę postępowaniu odwoławczym, które przytoczył Zamawiający w treści notatki, błąd w szacowaniu Zamawiającego był ewidentny, gdyż Zamawiający szacując wartość przedmiotu zamówienia oszacował wartość usługi na okres 12 miesięcy, podczas gdy okres wykonywania usługi trwał 9 miesięcy. Zatem była to okoliczność bezsporna i łatwa do ustalenia. Powyższe wskazuje, iż Zamawiający wbrew ciążącemu na nim obowiązкови, który w przedmiotowej sprawie jest niewątpliwy, zaniechał wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawców opierając się na bliżej nieskonkretyzowanych subiektywnych odczuciach. Skoro Zamawiający nie wie jak należy oszacować wartość przedmiotu zamówienia w sposób prawidłowy, to nie może być to okolicznością uzasadniającą brak powzięcia wątpliwości co do wystąpienia rażąco niskiej ceny w ofercie któregoś z wykonawców. W ocenie Odwołującego, w przedmiotowym stanie faktycznym naruszenie przez Zamawiającego art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp jest ewidentne.

W przedmiocie zarzutu trzeciego Odwołujący podniósł, że konstrukcja ofert INFOMEX i NETIA w zakresie zaoferowania nierealnej ceny za serwer stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W opinii ATM S.A. obaj wykonawcy celowo zaniżyli wartość ceny jednostkowej za serwer, pomimo, iż w standardowym okresie użytkowania serwera, który wynosi odpowiednio od 5-7 lat nie jest możliwym amortyzacja jego zakupu, biorąc pod uwagę minimalną wartość komponentów składających się na serwer. Jak już zaznaczono, wartości wskazane jako ceny jednostkowe za serwer (w wypadku NETIA - 12,30 zł, w wypadku INFOMEX - 166,17 zł), są wartościami istotnie zaniżonymi, nie mogącymi pokryć kosztów serwera, nawet z uwzględnieniem rozłożenia jego amortyzacji na kilkuletni okres. Obaj wykonawcy mając świadomość, iż wartość wynagrodzenia za serwer w ujęciu miesięcznym zależna jest od wartości średniego miesięcznego zużycia per serwer, a zatem jest wartością zmienną przerwali część kosztów z pozycji dot. ceny jednostkowej za serwer

do pozycji w pkt. 1 Oferty, w której wykonawcy winni wskazać cenę za utrzymanie infrastruktury sprzętowo - systemowej. Biorąc pod uwagę, iż Zamawiający przyjął w SIWZ, iż jedynym kryterium oceny jest cena o wadze 100%, z treści ofert obu wykonawców wynika, że celowo zaniżyli cenę jednostkową brutto za serwer w ujęciu miesięcznym, wiedząc, iż Zamawiający jest zobligowany do zapłaty stałej wartości co miesiąc za utrzymanie infrastruktury sprzętowo - systemowej, zaś wynagrodzenie za serwer jest zależne od wartość zużycia serwera.

Proceder manipulowania przez INFOMEX i NETIA zaoferowanymi cenami jednostkowymi za serwer stanowi działanie zmierzające do wyrządzenia deliktu w postaci opisanej w art. 15 ust. 2 pkt. 1 uznk, a także deliktu z klauzuli generalnej zawartej w art. 3 ust. 1 uznk. Odwołujący na poparcie ww. stanowiska przywołał wyrok KIO z dnia 3 marca 2018 r. sygn. akt KIO 309/15. Zdaniem Odwołującego niewątpliwie manipulacja ceną jednostkową na potrzeby uzyskania niższej ceny całkowitej brutto i wyższej punktacji w jedynym kryterium cena prowadzi do naruszenia: a) interesów wykonawcy ATM składającego ofertę na warunkach rynkowych i adekwatnych do charakteru przedmiotu zamówienia, jak również b) interesu zamawiającego w postaci wymuszania na zamawiającym zakupu utrzymania infrastruktury sprzętowo - systemowej po cenie wyższej, niż wynikająca z realnych kosztów utrzymania tej infrastruktury.

Nie ulega również wątpliwości, iż takie działanie wykonawców narusza dobre obyczaje kupieckie. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 24 sierpnia 2016 r. sygn. akt: KIO 1449/16, KIO 1501/16 *„Dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Prowadzenie przez przystępującego Andra działalności gospodarczej nie zwalnia tego wykonawcy od przestrzegania ww. reguł.”* Powyższe uzasadnienie można w pełni odnieść do zachowania wykonawców NETIA i INFOMEX. W ocenie Odwołującego powyższe potwierdza, iż złożenie ofert z celowo zaniżoną ceną jednostkową za serwer stanowi czyn nieuczciwej konkurencji naruszający dobre obyczaje kupieckie.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 17 grudnia 2018 r. wniósł o oddalenie odwołania.

W zakresie zarzutu pierwszego Zamawiający podał, iż istotne znaczenie miała cena całkowita zaoferowana za realizację przedmiotu zamówienia, a nie ceny za poszczególne komponenty zamówienia. Zamawiający w formularzu oferty rozdzielił dwa komponenty tylko po to, aby ułatwić potencjalnym wykonawcom prawidłową wycenę. Podział ceny na dwa elementy miał jedynie znaczenie techniczne, a nie - jak twierdzi Odwołujący - że wycena za każdy element zamówienia miała istotne znaczenie dla Zamawiającego. Dalej Zamawiający



podniósł, iż nie wymagał od wykonawców wskazywania w ofertach szczegółowego podziału ceny na czynniki kosztotwórcze potrzebne do wskazania całkowitej ceny. Nieuprawnione jest więc twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający nie uwzględnił wszystkich czynników kosztotwórczych potrzebnych do wyceny przedmiotu zamówienia.

Wykonawca INFOMEX Sp. z o.o. przedstawił ofertę ze specyfikacją techniczną oferowanej infrastruktury sprzętowo-systemowej, uwzględniającą wszelkie parametry Zamawiającego. Zamawiający podkreślał, że INFOMEX Sp. z o. o. zaproponował takie same parametry techniczne jak w analogicznym postępowaniu z 2017 r. Także koszt powyższej usługi zostanie poniesiony (jednorazowo przy uruchomieniu/zakupie, miesięcznie przy utrzymaniu) przez wykonawcę bez względu na to, czy Zamawiający będzie uruchamiał sesję obliczeniową i korzystał z zasobów procesora i pamięci każdego serwera, bez względu na to, w jakiej wysokości będzie miało miejsce wykorzystanie/eksploatacja zasobów procesora i pamięci każdego serwera. Cena za „Sesje obliczeniowe” w rozbiu za jeden serwer powinna być wynikiem kosztu poniesionego z tytułu korzystania przez Zamawiającego z jego mocy obliczeniowej (czyli eksploatacji serwerów).

Zamawiający wskazał, iż przekonanie, iż INFOMEX Sp. z o.o. zaproponował realną cenę brało się stąd, że wykonawca ten zaoferował cenę 166,17 zł za jeden serwer miesięcznie. Obecnie ta sama spółka INFOMEX Sp. z o. o. świadczy dla Zamawiającego usługę identyczną, na serwerach o parametrach tożsamy, za cenę 265,45 zł miesięcznie za jeden serwer. Mając na uwadze fakt, że aktualnie zamawiana usługa dotyczy liczby serwerów dwukrotnie wyższej od poprzedniego zamówienia i opiewa na dwa razy dłuższy okres, wykonawca mógł wskazać cenę niższą o około 100 złotych za sztukę. Ponadto, INFOMEX Sp. z o. o. zaoferował serwery o tożsamy parametrach technicznych - takich jak w 2017 r., a mając na uwadze szybki postęp techniczny i ciągłe wprowadzanie nowoczesnych technologii, rozwiązania sprzed roku są tańsze niż rozwiązania najnowszej generacji. Zamawiający uznał to więc za normalne prawa rynku.

Ponadto argumentował, że wykonawca może zakupić serwery w innych krajach, np. w takich, w których obowiązują niższe podatki, wpływające finalnie na ostateczną cenę. Ze względu na fakt, że obecnie INFOMEX Sp. z o.o. świadczy Zamawiającemu usługę analogiczną tylko na mniejszą liczbę serwerów, i usługa ta jest świadczona w sposób należyty, a zaoferowana cena jest porównywalną z ceną z oferty z 2017 r., Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości dotyczących ceny wskazanej przez wykonawcę INFOMEX Sp. z o.o. Odwołujący informację o tym fakcie pozyskał od Zamawiającego w trybie dostępu do informacji publicznej z dnia 22 listopada 2018 r.

Ponadto, Zamawiający nie miał wątpliwości dotyczących ceny całkowitej zaproponowanej przez NETIA S.A., gdyż była to cena wyższa od ceny INFOMEX Sp. z o.o. i zbliżona do ceny wskazanej przez Odwołującego. Należy zaznaczyć, że Odwołujący wiedział,

że dla Zmawiającego istotne znaczenie ma cena całkowita, a nie ceny za poszczególne elementy składające się na przedmiot zamówienia. Należy też wskazać, że w postępowaniu z 2017 r. Odwołujący wskazał cenę za usługę utrzymania infrastruktury za 1 miesiąc na kwotę 10 860,00 zł, zaś cenę za jeden serwer 1,23 zł. Była to więc cena 10 razy niższa niż zaoficerowana przez firmę NETIA S.A. w przedmiotowym postępowaniu.

W postępowaniu z 2017 r. również żaden wykonawca nie został odrzucony z powodu rażąco niskiej ceny, ponieważ dla Zamawiającego znaczenie miała cena za kompleksową usługę. Oferta złożona przez NETIA S.A. jest więc na porównywalnym poziomie cenowym z ofertą cenową Odwołującego. I dlatego też nie budziła wątpliwości Zamawiającego.

Zamawiający mając na uwadze orzeczenia KIO, na które powołuje się Odwołujący (wyrok KIO z 24 sierpnia 2016 r. KIO 1449/16, KIO 1501/16) zbadał wszystkie oferty pod kątem prawidłowości zaoficerowanej ceny i tego, czy wykonawca za taką cenę będzie w stanie wykonać przedmiot zamówienia, i czy cena została skalkulowana realnie, tzn. czy obejmuje wszystkie koszty opisane w opisie przedmiotu zamówienia.

W zakresie zarzutu drugiego Zamawiający argumentował, że miał świadomość, że szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia rzędu 5 mln złotych jest znacznie wyższa niż ceny zaproponowane w złożonych ofertach z kilku powodów: a) po pierwsze w okresie jej konstruowania znana była już informacja, że dla niektórych odbiorców prądu (dużych przedsiębiorców) ceny energii elektrycznej od 2019 r., wzrosną w granicach 50-100%. W październiku/listopadzie 2018 r. przedstawiciele rządu w wypowiedziach publicznych oświadczyli że „Rząd złagodzi skutki podwyżek prądu odbiorcom indywidualnym oraz małym i średnim przedsiębiorcom”, b) szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia była oparta na wycenach międzynarodowych globalnych koncernów, które dokonują wyceny w USD. W związku z faktem, iż w kalkulatorach online istniała możliwość wyceny usługi na 1 rok lub na 3 lata Zamawiający przyjął roczną wycenę i odpowiednio ją przeliczył. I tak, kalkulator Google wycenił dzierżawę 40 serwerów i macierzy na koszt rzędu 790 tys. USD na rok, co po przemnożeniu przez kurs USD i okres 2 lat, daje wartość ponad 5 mln złotych. Ceny innych dostawców oferujących rozwiązania „chmurowe” były zbliżone do ww. ceny. Dodatkowo, wysoki kurs dolara i fakt, iż przedsiębiorcy z kręgu dużych przedsiębiorców wkalkulowali w koszty usług podwyżki prądu w Polsce spowodowały, że wartość szacunkowa była wyższa niż ceny ofert złożonych przez małych i średnich przedsiębiorców mających siedzibę w Polsce, c) Formularze dostępne na stronach internetowych międzynarodowych dostawców chmurowych zasobów serwerowych AWS i GOOGLE służące do wyceny usługi uwzględniają znacznie lepsze parametry techniczne niż oczekiwał Zamawiający. W opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał oczekiwane parametry, a przedstawiciele Google i AWS wskazali brak idealnie dopasowanych do potrzeb Zamawiającego. Przedsiębiorcy w swej ofercie mają serwery przekraczające oczekiwania Zamawiającego, ale takie, które spełniają wymogi OPZ

(w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał minimalne parametry, które muszą być spełnione). Do tego, poziomy SLA u dostawców chmurowych są dużo wyższe niż oczekiwane w OPZ przez Zamawiającego oraz domyślnie mają wyższe poziomy zabezpieczenia danych niż wskazane przez Zamawiającego. Ponadto, serwery przedsiębiorców, od których została uzyskana wycena i na podstawie których ustalono wartość szacunkową przedmiotu zamówienia, posiadają serwery zlokalizowane na terenie Niemiec, gdzie jest znacznie droższy prąd i wyższe koszty pracy.

Podsumowując Zamawiający wskazał, iż uwzględnił wszystkie czynniki kosztotwórcze potrzebne do wyceny przedmiotu zamówienia. Wyżej opisane czynniki spowodowały, że szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia była wyższa niż ceny zaproponowane przez wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu. Dlatego też, mając na uwadze fakt, iż oferty złożyli polscy przedsiębiorcy z kategorii małych i średnich, a zaproponowane parametry są niższe niż te, które były podstawą do ustalenia szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia, Zamawiający nie potrzebował wyjaśniać tak dużych rozbieżności między szacunkową wartością przedmiotu zamówienia a ceną wskazaną w złożonych ofertach. Zamawiający podniósł, że otrzymał oferty zawierające realne ceny, w tym od INFOMEX Sp. z o.o., która świadczy obecnie dla Zamawiającego usługi analogiczne w sposób należyty i bez zastrzeżeń, a kalkulację cenową przygotowała w oparciu o analogiczny opis przedmiotu zamówienia. Konkludując, zgodnie z przytoczonym przez Odwołującego orzeczeniem KIO (wyrok z 19 lipca 2017 r. KIO 1356/17) Zamawiający nie wzywał wykonawców do wyjaśnień zakresie zaoferowanych cen, gdyż przedstawione ceny nie budziły jego wątpliwości.

Zamawiający na poparcie swojego stanowiska przywołał wyrok KIO z dnia 27 lutego 2017 r. sygn. akt: KIO 293/17 oraz z dnia 5 maja 2014 r. sygn. akt: KIO 778/14. Ponadto wskazał, iż nie widział podstaw do wzywania wykonawców do wyjaśnienia cen, które jego zdaniem były realne i rzeczywiste. INFOMEX Sp. z o.o. wykonuje należycie analogiczną usługę za podobną cenę, zaś ceny zaproponowane w ofertach Odwołującego i NETI S.A. są zbliżone cenowo (różnica ofert poniżej 5%). Wobec powyższego zarzut Odwołującego, że ceny wszystkich ofert poza jego są rażąco niskie, jest błędny.

Odnosnie zarzutu trzeciego Zamawiający podniósł, iż w przedmiotowym postępowaniu żadna z ofert nie jest obciążona czynem nieuczciwej konkurencji, a takie twierdzenia Odwołującego są w świetle opisanych powyżej faktów jest nieuprawnione i nieudowodnione. Wszyscy wykonawcy zaoferowali ceny realne, za które będą w stanie wykonać przedmiot zamówienia. Wykonawca INFOMEX Sp. z o.o. obecnie realizuje należycie za porównywalną cenę zamówienie tożsame, co dowodzi realności jego ceny. Cena oferty złożonej przez NETIA S.A. jest porównywalna z ceną oferty Odwołującego. Zamawiający

ponownie podkreśla, że dokonywał oceny wartości całkowitej za kompleksową usługę. Wyszczególnienie dwóch komponentów miało tylko pomóc wykonawcom wskazać, jak prawidłowo skalkulować całkowitą cenę oferty. Odwołujący wskazuje, że wykonawcy INFOMEX Sp. z o.o. i NETIA S.A. dopuścili się manipulacji w cenach jednostkowych za serwer i przerzucili część kosztów za serwer do usługi utrzymania. Zamawiający podkreślał, iż twierdzenia Odwołującego są bezpodstawne, zwłaszcza, że sam Odwołujący składając ofertę w postępowaniu na tożsamą usługę w 2017 r. wskazał jednostkową cenę za serwer na kwotę 1,23 zł. Wówczas nie uważał, że stanowi to zagrożenie interesów innych przedsiębiorców. W świetle takiego postępowania Odwołującego próba zarzucania innym wykonawcom braku etyki i moralności w prowadzonej działalności jest nieuzasadniona.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestników, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

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

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 6 grudnia 2018 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym, w charakterze Uczestników, wykonawców NETIA S.A. oraz „INFOMEX” Sp. z o.o. zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego w dniu 10 grudnia 2018 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego i potwierdzoną za zgodność z oryginałem, w szczególności wnioski o wszczęcie przedmiotowego postępowania z dnia 18 września 2018 r., ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia, oferty wykonawców NETIA S.A., „INFOMEX” Sp. z o.o. oraz ATM S.A., jak również notatkę Zamawiającego z dnia 13 listopada 2018 r. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron oraz Uczestników złożone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 19 grudnia 2018 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z treścią załącznika nr 1 do SIWZ, przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług obliczeniowych opartych na serwerach klasy HPC wraz z usługą zapewniającą ciągłość pracy infrastruktury sprzętowo – systemowej, oraz opieki technicznej i serwisowej. Ponadto zamówienie dotyczy usług świadczonych na podstawie umowy przez okres 2 lat przy płatności miesięcznej za dostarczaną moc obliczeniową na bazie serwerów obliczeniowych wraz z opieką techniczną i serwisową, o parametrach wyszczególnionych w punkcie 3. W punkcie 2 załącznika nr 1 do SIWZ, Zamawiający podał minimalne wymagania techniczne komponentów sprzętowych, tj.: serwery obliczeniowe: 40 sztuk (CPU 2, vCPU 24, RAM mem 256 GiB, SSD dyski o sumarycznej pojemności 480 GB netto w raidzie 1, networking: 2x10 Gigabit Ethernet, 2x56 Gigabit Infiniband) oraz przestrzeń dyskowa współdzielona 60 TB – SSD – Infiniband pomiędzy serwerami obliczeniowymi a macierzą. Z kolei w punkcie 3 opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający zawarł szczegółowe wymagania techniczne.

Wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia publicznego została oszacowana na kwotę 4 706 033,90 zł netto, co stanowi 5 788 421,70 zł brutto. Jak wynika z załącznika nr 2 do wniosku o wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia, podstawą oszacowania było rozpoznanie średnich cen rynkowych dokonane na podstawie dostępnych online kalkulatorów. Przyjęte przez Zamawiającego dane dla uśrednionej wartości szacunkowej zamówienia to kwoty: 5 517 956,78 zł (AWS – Amazon Web Services), 7 148 851,88 zł (Google Cloud) oraz 4 698 456,41 zł (Microsoft Azure). Zamawiający do ww. wyliczeń przyjął kurs NBP z dnia 29 sierpnia 2018 r. dla 1 USD w wysokości 3,6747 PLN oraz dla 1 EUR w wysokości 4,2871 PLN.

W punkcie 1 tabeli formularza ofertowego Zamawiający wymagał podania przez wykonawców m.in. ceny w zł brutto za miesiąc dla pozycji „utrzymanie infrastruktury sprzętowo – systemowej” oraz dla pozycji „serwer”.

W ww. postępowaniu oferty złożyło trzech wykonawców, tj. ATM S.A. z ceną 3 656 937,60 zł, NETIA S.A. z ceną 3 382 283,52 zł oraz „INFOMEX” Sp. z o.o. z ceną 2 134 824,48 zł. Ww. wykonawcy w pozycji „serwer” tabeli zawartej w punkcie 1 formularza oferty zaoferowali odpowiednio 861 zł, 12,30 zł oraz 166,17 zł za miesiąc. Z kolei w pozycji „utrzymanie infrastruktury sprzętowo – systemowej” ww. tabeli wykonawcy zaoferowali kolejno 117 932,40 zł, 140 436,48 zł oraz 82 304,22 zł w ujęciu miesięcznym.

Z powyższego wynika zatem, iż średnia arytmetyczna cen ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu wynosiła 3 058 015,20 zł. Zatem cena oferty wykonawcy „INFOMEX” Sp. z o.o. była niższa o 30,19% w stosunku do średniej arytmetycznej cen złożonych ofert oraz o 63,12% niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT. Z kolei oferta wykonawcy NETIA S.A. była niższa od ubruttowionej wartości

szacunkowej zamówienia o 41,57%, przekraczała natomiast kwotę stanowiącą średnią arytmetyczną cen ofert.

Zamawiający nie wzywał ww. wykonawców do wyjaśnienia ceny oferty w trybie art. 90 ust. 1 lub art. 90 ust. 1a ustawy Pzp.

Jak wynika z notatki z dnia 13 listopada 2018 r. komisja przetargowa odstąpiła od wezwania ww. wykonawców na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zamawiający wskazał, że mimo, iż ceny złożonych ofert odbiegają od wartości szacunkowej zamówienia o ponad 30%, nie budzą one wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia. Wszystkie złożone oferty są na porównywalnym poziomie, a wartość szacunkowa przygotowana na podstawie cen wyliczanych w ogólnie dostępnych kalkulatorach online jest faktycznie zawyżona co stanowi oczywistą okoliczność niewymagającą wyjaśnień.

Nadto Zamawiający wskazał, iż w odniesieniu do oferty wykonawcy INFOMEX, której cena odbiega o 30,19% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert komisja również nie ma wątpliwości, co do wykonania przedmiotu zamówienia i odstępuje od wezwania do wyjaśnień. Wykonawca obecnie realizuje dla Zamawiającego zamówienie na usługę jakościowo tożsamą, ilościowo mniejszą, w cenach odpowiednio do różnicy ilościowej niższych niż w przedmiotowym postępowaniu.

Jednocześnie, w treści notatki, Zamawiający uzasadniał, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej art. 90 ust. 1 oraz ust. 1a ustawy Pzp stanowi generalną zasadę wskazującą na podstawie wystąpienia przez Zamawiającego do konkretnego wykonawcy z żądaniem udzielenia wyjaśnień, odnoszących się do podejrzenia wystąpienia w jego ofercie rażąco niskiej ceny lub kosztu. Zgodnie z nią Zamawiający zobowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień oraz złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, jeżeli cena lub koszt oferty, lub ich istotne części składowe wydają się Zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Innymi słowy, obowiązek żądania wyjaśnień jest w pełni zależny od Zamawiającego i występuje w przypadku, gdy Zamawiający, oceniając oferty wykonawców poweźmie wątpliwości co do całej ceny lub kosztu oferty, lub ich istotnych części składowych. Zdaniem Zamawiającego analiza ww. przepisów pozwala stwierdzić, że zamawiający jest obowiązany żądać od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień każdorazowo, gdy poweźmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny, podejrzewając jej rażące zaniżenie. Zamawiający podkreślał, że sformułowanie budzą wątpliwości wskazuje na wrażenie Zamawiającego, a więc coś, co charakteryzuje się dużym stopniem subiektywności. Ustawa

w tym zakresie nie wymienia żadnych przesłanek uzasadniających konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Zamawiający może powziąć wątpliwości w oparciu o szereg czynników, m.in. doświadczenie nabyte przy udzielaniu tego rodzaju usług, znajomość obowiązujących na rynku cen, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu. Niemniej jednak czynność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień nie powinna być dokonana „na wszelki wypadek” czy też „z ostrożności”, ale opierać się na wystąpieniu okoliczności określonych w art. 90 ust. 1 lub 1a (KIO 579/18).

Zgodnie z punktem 17 SIWZ, kryterium oceny ofert w postępowaniu była cena oferty brutto.

W dniu 26 listopada 2018 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy „INFOMEX” Sp. z o.o. Na drugim miejscu w rankingu ofert uplasowała się oferta wykonawcy NETIA S.A., a na miejscu trzecim oferta Odwołującego.

#### Izba zważyła, co następuje:

W ocenie Izby odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 i 1a pkt 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie zwrócenia się do wykonawców „INFOMEX” Sp. z o.o. oraz NETIA S.A. z wezwaniem do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty, w tym ceny wskazanej w pozycji „serwer” tabeli z pkt. 1 formularza oferty.

W przedmiotowej sprawie bezspornym była okoliczność, iż ceny całkowite ofert zaoferowane przez wykonawców „INFOMEX” Sp. z o.o. oraz NETIA S.A. przekraczały określony w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp wskaźnik procentowy względem wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek VAT. Nadto cena oferty wykonawcy „INFOMEX” Sp. z o.o. była niższa o co najmniej 30% w stosunku do średniej arytmetycznej cen złożonych ofert. Niespornie Zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia nie wezwał ww. wykonawców do wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny oferty w świetle art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp. W notatce z dnia 13 listopada 2018 r. Zamawiający przedstawił jakie okoliczności brał pod uwagę podejmując decyzję o zaniechaniu wezwania, na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, ww. wykonawców do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Jednocześnie Zamawiający nie wezwał ww. wykonawców w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia elementu składowego ceny odnoszącego się do pozycji „serwer” tabeli z punktu 1 formularza oferty.

Odnosząc się do przywołanych wyżej okoliczności uzasadniających, w ocenie Zamawiającego, odstąpienie od wezwania ww. wykonawców do złożenia wyjaśnień całkowitej ceny oferty w pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż wykładnia przepisu art. 90

ust. 1 i 1a pkt 1 ustawy Pzp zawarta w notatce z dnia 13 listopada 2018 r., jak i prezentowana w toku rozprawy była nieprawidłowa. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaofferowana 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);
2. pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
3. wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązującym w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
4. wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska oraz
5. powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zdaniem Izby analiza art. 90 ust. 1 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, iż przepis ten zawiera generalną zasadę wskazującą na podstawę wystąpienia przez zamawiającego do wykonawców o udzielenie wyjaśnień oraz złożenie dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu oferty, lub ich istotnych części składowych. Z ww. przepisu nie wynika żaden wskaźnik matematyczny, od którego uzależnione byłoby wezwanie wykonawców do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami w przedmiocie ceny oferty. Jak wynika z omawianej regulacji, obowiązek wystąpienia do wykonawców o złożenie stosownych wyjaśnień popartych dowodami aktualizuje się w przypadku powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Tym samym na gruncie ww. przepisu zamawiający uprawniony jest wezwać wykonawców do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z dowodami, w każdej sytuacji gdy cena lub koszt oferty, lub ich istotne części składowe wzbudzą wątpliwości zamawiającego.

Ww. zasada została uszczegółowiona w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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. Z treści ww. przepisu wynika zatem wyraźny obowiązek Zamawiającego do wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień, o których mowa w ust. 1 art. 90 ustawy Pzp, w okolicznościach określonych w tym przepisie, tj. w przypadku wystąpienia ww. wskaźnika matematycznego. Zamawiający zwolniony jest z obowiązku wezwania wykonawców w zakresie rażąco niskiej ceny, w wyjątkowej sytuacji, tj. gdy rozbieżność pomiędzy ceną całkowitą oferty a ubрутtowioną wartością szacunkową zamówienia, ustaloną przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert, wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Za wyrokiem Izby z dnia 20 marca 2017 r. sygn. akt: KIO 367/17 podkreślić jednak należy, iż zwolnienie zamawiającego z nałożonego treścią art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp obowiązku nie może być traktowane rozszerzająco.

W świetle powyższego nie można podzielić sposobu interpretacji art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp prezentowanego przez Zamawiającego, jakoby zamawiający obowiązany był żądać od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień jedynie wówczas, gdy poweźmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny, podejrzewając jej rażące zaniżenie. W ocenie Izby przeczy temu treść ww. przepisu, zawierająca zwrot „zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień”.

Następnie Izba wskazuje, że w okolicznościach niniejszej sprawy, Zamawiający nie wykazał zaistnienia oczywistych okoliczności, niewymagających wyjaśnień, które uprawniałyby go do odstąpienia od wezwania wykonawców NETIA S.A. oraz „INFOMEX” Sp. z o.o. do wyjaśnienia ceny oferty.

Uwadze Izby nie umknęła okoliczność, iż Zamawiający w notatce z dnia 13 listopada 2018 r. stwierdził jedynie, że złożone oferty są na porównywalnym poziomie, a wartość szacunkowa zamówienia przygotowana na podstawie cen wyliczonych w ogólnie dostępnych kalkulatorach online jest faktycznie zawyżona, co stanowi oczywistą okoliczność niewymagającą wyjaśnień. Brak jest w treści notatki szerszego wyводу merytorycznego w ww. zakresie, w szczególności w kontekście przyjętej przez Zamawiającego metody kalkulacji szacunku zamówienia. Nie jest bowiem tak, że każda, znacząca rozbieżność pomiędzy wartością szacunkową zamówienia powiększoną o należny podatek VAT a cenami ofert złożonych w danym postępowaniu świadczyć będzie o przeszacowaniu wartości zamówienia. Nie sposób bowiem wykluczyć sytuacji, w której wszystkie oferty złożone w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia będą zawierały cenę rażąco niską.

Nadto w ocenie Izby, analiza cen ofert złożonych w niniejszym postępowaniu, nie pozwala zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego zawartym w ww. notatce, iż „wszystkie złożone oferty są na porównywalnym poziomie”. Powyższe stanowisko jest zresztą sprzeczne

z argumentacją Zamawiającego zawartą w odpowiedzi na odwołanie, w której Zamawiający wskazywał, iż jedynie cena zaoferowana przez wykonawcę NETIA S.A. jest zbliżona do ceny oferty Odwołującego, przez co Zamawiający nie miał wątpliwości dotyczących ceny oferty wykonawcy NETIA S.A. i odstąpił od wezwania tego wykonawcy do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Wskazana również w notatce z dnia 13 listopada 2018 r. okoliczność, iż wykonawca „INFOMEX” Sp. z o.o. realizuje na rzecz Zamawiającego inne usługi tożsame przedmiotowe, jednakże o mniejszym ilościowo zakresie nie potwierdza tego, że zaproponowana przez wykonawcę w tym postępowaniu cena za realizację zamówienia nie została rażąco zaniżona. W kontekście powyższego prawnie irrelevantna jest również okoliczność, iż zamówienie udzielone wykonawcy „INFOMEX” Sp. z o.o. w 2017 r. realizowane jest w sposób należyty.

Ponadto w ocenie Izby niewiarygodne były twierdzenia Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie z dnia 17 grudnia 2018 r., jakoby przeszacowanie wartości zamówienia miały potwierdzać zapowiadane podwyżki cen energii elektrycznej od 2019 r. oraz związane z tym rekompensaty dla odbiorców indywidualnych oraz małych i średnich przedsiębiorców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu. Zdaniem Zamawiającego oparta na wycenach międzynarodowych koncernów (Google, Amazon) wartość szacunkowa zamówienia oraz wysoki kurs dolara oraz fakt, że przedsiębiorcy z kręgu dużych przedsiębiorców w kalkulowali w koszty usług podwyżki prądu w Polsce spowodowały, że wartość szacunkowa była wyższa niż ceny ofert złożonych w niniejszym postępowaniu przez wykonawców mających siedziby na terenie Polski. Nadto Zamawiający argumentował, iż wartość szacunkowa niniejszego zamówienia została ustalona na podstawie dostępnych online kalkulatorów Google oraz Amazon uwzględniających znacznie lepsze parametry techniczne, aniżeli oczekiwał Zamawiający w niniejszym postępowaniu, co wpłynęło na wysokość wartości szacunkowej zamówienia.

W zakresie powyższego Izba wskazuje, że żadna z ww. okoliczności nie została ujęta przez Zamawiającego w notatce z dnia 13 listopada 2018 r. zawierającej przyczyny uzasadniające odstąpienie od wezwania wykonawców „INFOMEX” Sp. z o.o. oraz NETIA S.A. w zakresie ceny oferty, co podważa wiarygodność stanowiska Zamawiającego. Słusznie natomiast zdaniem składu orzekającego Izby argumentował Odwołujący, iż podnoszone przez Zamawiającego okoliczności (np., że wykonawca może zakupić serwery w innych krajach, np. w takich, w których obowiązują niższe podatki, wpływające finalnie na ostateczną cenę) w istocie stanowiły domniemania Zamawiającego co do sposobu kalkulacji ceny oferty przez ww. wykonawców, w przedmiocie którego Zamawiający nie posiadał żadnych informacji, wobec zaniechania wezwania wykonawców do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Nadto w ocenie Izby różnice w wycenie pozycji dotyczącej serwera winny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do sposobu kalkulacji tego elementu cenowego. Zauważyć bowiem należy, iż w świetle art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, badaniu podlega nie tylko cena całkowita oferty, ale również jej istotne części składowe, o ile ich zaniżenie może przekładać się na zaniżenie ceny całkowitej oferty, czyniąc niemożliwym prawidłowe wykonanie zamówienia na zaoferowaną cenę. Za Odwołującym zauważyć należy, iż rozbieżności pomiędzy wartością miesięczną za serwer przyjętą przez ATM S.A. (861 zł), a ceną miesięczną za serwer przyjętą przez pozostałych wykonawców, tj. ceną wskazaną przez „INFOMEX” Sp. z o.o. w wysokości 166,17 zł (wartość 5,17 x niższa od ceny ATM), a ceną wskazaną przez NETIA S.A. w wysokości 12,30 zł (wartość 70 x niższa od ceny ATM), były znaczne. Powyższe, w zestawieniu z okolicznością, iż ceny ofert wykonawców NETIA S.A. oraz „INFOMEX” Sp. z o.o. były niższe o ponad 30% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT, jak również wzięwszy pod uwagę, że oferta wykonawcy „INFOMEX” Sp. z o.o. była niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert winny skutkować powzięciem przez Zamawiającego wątpliwości, co do sposobu wyceny ww. elementu cenowego i wezwaniem wykonawców do złożenia wyjaśnień popartych dowodami w tym zakresie.

W tym miejscu wskazać również należy, iż prawidłowości kalkulacji ceny ofert wykonawców NETIA S.A. oraz „INFOMEX” Sp. z o.o. nie dowodzi okoliczność, iż Odwołujący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego w roku 2017 zaoferował za jeden serwer kwotę 1,23 zł.

W świetle powyższego Izba stwierdziła, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp wobec czego Zamawiający zobowiązany został do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wezwania wykonawców NETIA S.A. oraz „INFOMEX” Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 i 1a pkt 1 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców „INFOMEX” Sp. z o.o. oraz NETIA S.A., mimo że oferty ww. wykonawców zawierają rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zaniechanie odrzucenia ofert ww. wykonawców, których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, nie mógł zostać uwzględniony.

Odnosząc się do powyższego przede wszystkim zważyć, iż postawione przez Odwołującego zarzuty odwołania były ze sobą nierozzerwalnie związane w warstwie faktycznej,

gdyż dotyczyły sposobu kalkulacji ceny oferty wykonawców NETIA S.A. oraz „INFOMEX” Sp. z o.o., w tym jednego z jej składników dotyczącego serwera. A zatem dopiero po złożeniu przez ww. wykonawców wyjaśnień dotyczących ceny oferty i ich oceny przez Zamawiającego, możliwym będzie ewentualne stwierdzenie istnienia podstawy do odrzucenia ofert wykonawców NETIA S.A. oraz „INFOMEX” Sp. z o.o. Izba wskazuje, iż złożone przez ww. wykonawców wyjaśnienia dotyczące budowy ceny ich ofert, nie mogły zostać wzięte pod uwagę, jako złożone wyłącznie Izbie, w toku postępowania odwoławczego. Powyższe wyjaśnienia złożone przez Uczestników postępowania odwoławczego nie były oceniane przez Zamawiającego, tj. podmiot odpowiedzialny za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie jest natomiast rolą Izby zastępowanie Zamawiającego w czynności badania i oceny ofert, w tym w podjęciu decyzji co do ewentualnego odrzucenia danej oferty, a jedynie ocena prawidłowości czynności Zamawiającego dokonanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zważywszy, że Izba w sentencji orzeczenia nakazała Zamawiającemu wezwanie wykonawców NETIA S.A. oraz „INFOMEX” Sp. z o.o. na podstawie art. 90 ust. 1 i ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty, w tym ceny wskazanej w pozycji „serwer” tabeli z pkt. 1 formularza oferty, wyjaśnienia te winny zatem zostać przedstawione Zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i poddane rzetelnej ocenie. Dopiero wówczas będzie można mówić o prawidłowym wyborze oferty najkorzystniejszej będącym wynikiem prawidłowo przeprowadzonej procedury oceny i badania ofert.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku. Zgodnie zaś z § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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 t.j.), Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika stanowiące łącznie kwotę 18 600 zł.

**Przewodniczący:** .....