

Sygn. akt: KIO 1650/18

WYROK
z dnia 5 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Monika Szymanowska**

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2018 r. przez wykonawcę Komputronik Biznes Sp. z o. o. w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Akademię Sztuki Wojennej w Warszawie

przy udziale wykonawcy OPTeam S.A. w Jasionce zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 4 z.n.k., z uwagi na jego uwzględnienie,

2. uwzględnia odwołanie i stwierdza naruszenie przez zamawiającego art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 p.z.p. i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym ponowne wezwanie wykonawcy OPTeam S.A. w Jasionce do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p.,
3. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala,
4. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Akademię Sztuki Wojennej w Warszawie i:
 - 4.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Komputronik Biznes Sp. z o. o. w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,
 - 4.2. zasądza od zamawiającego Akademii Sztuki Wojennej w Warszawie na rzecz wykonawcy Komputronik Biznes Sp. z o. o. w Poznaniu kwotę w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą 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 (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 5 września 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1650/18

Zamawiający Akademia Sztuki Wojennej z siedzibą przy al. Generała A. Chruściela 103 w Warszawie (00 – 910), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę wraz z instalacją sprzętu informatycznego dla Akademii Sztuki Wojennej w ramach projektu „Portal Bezpieczeństwa i Obronności Akademii Sztuki Wojennej”, realizowanego w ramach programu operacyjnego Polska Cyfrowa, o numerze nadanym przez zamawiającego 1/2018, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 lutego 2018 r. pod numerem 2018/S 030-064605, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), dalej jako „p.z.p.”

W dniu 6 sierpnia 2018 r. zamawiający przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. W dniu 16 sierpnia 2018 r. środek ochrony prawnej, wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, wniósł wykonawca Komputronik Biznes Sp. z o. o. z siedzibą przy ul. Wołczyńskiej 37 w Poznaniu (60-003), dalej zwany jako „odwołujący.”

W odwołaniu postawiono zamawiającemu następujące zarzuty (pisownia oryginalna):

1. naruszenia art. 8 ust. 1 - 3 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. z 2018 r., poz. 419, zwanej dalej „u.z.n.k.”), poprzez zaniechanie ujawnienia części wyjaśnień w/s rażąco niskiej ceny, udzielonych przez wykonawcę pismem z dnia 25 lipca 2018 r., pomimo iż informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, a wykonawca nie wykazał zasadności dokonanego zastrzeżenia, co skutkuje bezskutecznością tego zastrzeżenia,
2. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP oraz art. 90 ust. 3 PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty OPTeam S.A., pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz OPTeam S.A. w swoich wyjaśnieniach nie udowodnił i nie wyjaśnił, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska,

3. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty OPTeam S.A., pomimo iż treść tej oferty jest sprzeczna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (zwaną dalej „SIWZ”),
4. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP w zw. z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. w zw. z art. 7 ust. 1 PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty OPTeam S.A., pomimo że oferta ta zawiera niedopuszczalne tzw. przerzucanie kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami formularza ofertowego, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
5. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty OPTeam S.A., pomimo że oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny,
6. naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 PZP, poprzez zaniechanie wykluczenia OPTeam S.A., pomimo że wykonawca ten - w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa - przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, poprzez niezgodne z prawdą twierdzenie, że złożona oferta jest zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ oraz poprzez wywołanie u zamawiającego mylnego przekonania, iż oferta ta jest najkorzystniejsza spośród ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, co miało istotny wpływ na decyzje podjęte w postępowaniu przez zamawiającego, tj. skutkowało błędnym dokonaniem przez zamawiającego czynności wyboru oferty OPTeam S.A. jako najkorzystniejszej,
7. z daleko posuniętej ostrożności - naruszenia art. 90 ust. 3 PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty OPTeam S.A., pomimo że OPTeam S.A. nie udzielił wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego co do wyjaśnienia podejrzenia, że zaoferowana przez OPTeam S.A. jest rażąco niska.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ujawnienia części wyjaśnień kalkulacji ceny wykonawcy OPTeam S.A. zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, wykluczenie OPTeam S.A. z postępowania oraz dokonanie wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej. Odwołujący, w sposób ewentualny wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu, w tym odrzucenia oferty OPTeam S.A., jako sprzecznej z SIWZ oraz zawierającej rażąco niską cenę. Ponadto odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów powołanych w treści odwołania i przedstawionych na rozprawie, a także o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa prawnego.

Na wstępie uzasadnienia wniesienia środka ochrony prawnej odwołujący przytoczył stan faktyczny sprawy.

Następnie, w zakresie zarzutu oznaczonego nr 1 w odwołaniu, podniesionego jako naruszenie art. 8 ust. 1 - 3 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 4 z.n.k., poprzez zaniechanie ujawnienia części wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, udzielonych przez wykonawcę pismem z dnia 25 lipca 2018 r., pomimo iż informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, a wykonawca nie wykazał zasadności dokonanego zastrzeżenia, co skutkuje bezskutecznością tego zastrzeżenia, odwołujący wskazał co następuje.

Pismem z dnia 8 sierpnia 2018 r. zamawiający przekazał odwołującemu wyjaśnienia, złożone przez OPTeam S.A. w odpowiedzi na wystosowane przez zamawiającego wezwanie do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny. W wyjaśnieniach tych wykonawca zastrzegł ich część jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie to zamawiający uznał za częściowo zasadne, a częściowo bezskuteczne, wskazując w piśmie przewodnim, iż po częściowym zniesieniu tajemnicy przedsiębiorstwa „nie zostały ujawnione dane identyfikujące kontrahenta, od którego wykonawca OPTeam S.A. otrzymał ofertę handlową i ceny elementów nie będących przedmiotem zapytania”. Powyższe działanie, w ocenie odwołującego, należy uznać za błędne i pozbawione podstaw prawnych.

Następnie odwołujący przytoczył zakres, który zamawiający odtajnił i podniósł, że skutecznie zastrzec można byłoby wyłącznie dane dostawcy - w pozostałym natomiast zakresie stwierdzić należy, że dane zastrzeżone przez wykonawcę i utajnione przez zamawiającego nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa i jako takie nie podlegają utajnieniu, w szczególności, że żadne spośród utajnionych elementów i ich cen, wskazanych w przedłożonej tabeli oferty cenowej, nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. W dalszej kolejności odwołujący przywołał treść art. 11 ust. 4 z.n.k. i powołał się na wyrok Sądu Najwyższego z 3.10.2000 r., sygn. akt I CKN 304/00 oraz zacytowano fragment wyjaśnień OPTeam S.A.

Odwołujący zaznaczył, że na poparcie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa zastrzeżonych informacji OPTeam S.A. nie przedłożył żadnego dowodu, pozostając przy oświadczeniu własnym, kiedy to na wykonawcy ciążył obowiązek wykazania, że spełnione zostały wszystkie przesłanki niezbędne dla uznania określonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący argumentował, że ujawnienie pozostałym wykonawcom poszczególnych elementów i ich cen nie powoduje ryzyka dla konkurencyjności OPTeam S.A., skoro bowiem pozostali wykonawcy nie będą mieli wiedzy, od kogo OPTeam S.A. nabywa towary, polemizując z treścią uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy. Ponadto przytoczono fragmenty wyroków Izby z 4.09.2017 r. sygn. akt KIO 1713/17, z 21.03.2012 r., sygn. akt KIO 457/12, z 5.03.2012 r., sygn. akt KIO 331/12, KIO 333/12, z 17.05.2017 r., sygn. akt KIO 864/17, KIO 872/17.

W ocenie odwołującego zastrzeżenie spornych informacji należy uznać za bezskuteczne, a bezpodstawne utajnienie przez zamawiającego: ww. elementów i ich cen,

zawartych w tabeli oferty cenowej dostawcy, ceny łącznej omawianego zakresu, a także części opisanej jako „tajemnica przedsiębiorstwa - koniec - zniesiona” stanowi istotne naruszenie prawa przez zamawiającego, które powoduje brak możliwości należytej i właściwej weryfikacji przez konkurencyjnych wykonawców ceny zaoferowanej przez OPTeam S.A., co z kolei znacząco ogranicza odwołującemu możliwość skutecznego zakwestionowania i wykazania niezgodności czynności zamawiającego z przepisami p.z.p.

Zarzut nr 2 - naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. oraz art. 90 ust. 3 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty OPTeam S.A., pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz OPTeam S.A. w swoich wyjaśnieniach nie udowodnił i nie wyjaśnił, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, oraz zarzut nr 7 - naruszenia art. 90 ust. 3 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty OPTeam S.A., pomimo że OPTeam S.A. nie udzielił wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego co do wyjaśnienia podejrzenia, że zaoferowana przez OPTeam S.A. jest rażąco niska, odwołujący uzasadnił w sposób następujący.

W wyjaśnieniach wykonawca OPTeam S.A. podnosi, iż art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., będący podstawą odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny, „odnosi się wyłącznie do ceny globalnej, a nie istotnej części składowej” (str. 14 wyjaśnień, akapit 1). Wykonawca wskazuje również, że „zgodnie z rozdziałem XII opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert - kryterium oceny ofert stanowiła cena całkowita oferty nie zaś ceny jednostkowe poszczególnych elementów składowych świadczenia” (str. 8 wyjaśnień).

Z powyższą argumentacją, według odwołującego, nie sposób się zgodzić. Zgodnie z aktualnie obowiązującym brzmieniem art. 90 ust. 1 p.z.p. ocenie pod kątem rażąco niskiej ceny podlega nie tylko cena całej oferty, lecz także wszystkie istotne części składowe. Przepis ten został bowiem znowelizowany na mocy art. 1 pkt 93 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r., poz. 1020), która weszła w życie z dniem 28 lipca 2016 r. W aktualnym brzmieniu w art. 90 ust. 1 p.z.p. wprost odnosi się do „zaoferowanej ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych”.

W ocenie odwołującego, za całkowicie nieistotny należy uznać podnoszony przez OPTeam S.A. argument, zgodnie z którym „Umowa nie przewiduje odbioru niekompletnego przedmiot zamówienia jak również nie przewiduje płatności częściowych za poszczególne elementy składowe zamówienia. (...) przedmiot zamówienia miał charakter kompleksowy a wycena ofertowa charakter zryczałtowany, tj. odnoszący się do całkowitej ceny za kompletny przedmiot zamówienia. Sam fakt, że formularz ofertowy zawierał ceny jednostkowe nie może stanowić dowodu, że rozliczenie miałoby mieć charakter

kosztorysowy. Powyższe ustalenie ma istotne znaczenie w procesie badania rażąco niskiej ceny" (str. 8 - 9 wyjaśnień). Zdaniem odwołującego w niniejszej sprawie brak płatności częściowych oraz ryczałtowy, a nie kosztorysowy charakter wynagrodzenia, pozostają bezsporne i wbrew twierdzeniom wykonawcy, ustalenie to nie ma żadnego znaczenia w badaniu wyceny przedmiotowej oferty pod kątem przesłanek rażąco niskiej ceny.

Na poparcie swojego stanowiska odwołujący zacytował wyroki Izby z 18.04.2017 r. sygn. akt KIO 613/17 i z 31.05.2017 r. sygn. akt KIO 1001/17 i opinię Prezesa UZP - badanie rażąco niskiej ceny po nowelizacji.

W dalszej części uzasadnienia odwołujący podniósł, iż zgodnie z art. 90 ust. 1 p.z.p., omawiane pojęcie „istotnej części składowej” odnosić należy do ceny oferty, a nie samego przedmiotu zamówienia. Mamy tu więc do czynienia z obowiązkiem badania istotności składnika cenowego, a nie rzeczowego. Istotna będzie zatem taka część składowa ceny, która w znacznym stopniu wpływa na koszty ponoszone przez wykonawcę. O powyższym nie może jednak przesądzać - jak twierdzi OPTeam S.A. - sama tylko wartość procentowa zaoferowanej ceny danej pozycji w stosunku do ceny całej oferty. Znacząca jest bowiem również sama kwota, która podlega badaniu. Dla zobrazowania powyższego odwołujący przywołał przykład: gdyby cena całej oferty wynosiła 10 000 000,00 zł, a cena określonego elementu wynosiłaby 100 000,00 zł, to stanowiłoby to 1% ceny całej oferty, pomimo tego, nie sposób przyjąć, by kwota 100 000,00 zł (jako cena elementu) nie stanowiło istotnej części składowej. Co więcej, w ocenie odwołującego, dla uznania określonej części ceny za istotną należy wziąć pod uwagę nie tylko cenę elementu zaoferowaną przez danego wykonawcę (w sposób zaniżony), lecz cenę rzeczywistą, rynkową. Istotną częścią składową ceny będzie zatem nie tylko ta część (kwota), która jest znacząca w złożonej ofercie, lecz również ta, która powinna być znacząca w aktualnych warunkach rynkowych, lecz została w ofercie sztucznie zaniżona.

Następnie odwołujący wskazał, iż cena elementu wskazana w poz. 4 formularza ofertowego OPTeam S.A. wynosi 17 280,00 zł, tymczasem ceny właściwe rynkowo, wskazane przez pozostałych wykonawców, wynoszą odpowiednio 215 888,00 zł, 113 300,00 zł oraz 116 387,52 zł. W ocenie odwołującego nie sposób zatem uznać, aby kwoty te, stanowiące cenę poz. 4 formularza ofertowego, nie stanowiły istotnej części składowej ceny oferty. Nadto zważyć również należy, iż dla oceny istotności znaczenie ma również to, z ilu części składowych składa się dane zamówienie. Gdyby bowiem zamówienie składało się jedynie z kilku części składowych, wówczas dla uznania jednej z nich za istotną, jej wartość musiałaby być znacznie wyższa niż w przypadku zamówienia, które składa się z wielu części składowych, a z takim właśnie mamy do czynienia w niniejszej sprawie. W takim bowiem przypadku uznać należy, że kilkuprocentowy, a w niektórych przypadkach nawet jednoprocenowy udział danego elementu w cenie całej oferty może stanowić istotną

część składową ceny ofertowej. Przyjęcie przeciwnego stanowiska mogłoby prowadzić do nieakceptowanej sytuacji, w której w wieloelementowym zamówieniu, rażąco niska wycena większości elementów nie mogłaby prowadzić do odrzucenia oferty, gdyż żaden z tych elementów z osobna nie stanowiłby istotnej części ceny całej oferty.

O istotności przedmiotowej części składowej ceny świadczy, zdaniem odwołującego, również fakt wyodrębnienia przełączników rdzeniowych przez zamawiającego jako osobnej pozycji w formularzu ofertowym - całość przedmiotu zamówienia obejmuje wiele elementów, opisanych szczegółowo w SIWZ, spośród których jedynie 10 zostało wyodrębnionych w formularzu ofertowym. Niewątpliwie zatem, tworząc wzór formularza, zamawiający kierował się istotnością poszczególnych elementów z punktu widzenia ceny całości zamówienia. Trudno uznać, by racjonalnie działający i profesjonalny zamawiający żądał od wykonawców biorących udział w postępowaniu wskazywania cen tych części przedmiotu zamówienia, których wartości są mało istotne i stanowią jedynie znikomy – z punktu widzenia ceny całego zamówienia - element. Powyższe potwierdził sam zamawiający, który - jak wynika z treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę (str. 6, akapit 2) - „W wezwaniu (...) podkreślił, że wycena wskazanych przełączników dotyczy istotnego elementu składowego wyceny ofertowej”.

Ponadto, według odwołującego, podkreślenia wymaga, że badanie ceny zaoferowanej w określonej pozycji nie służy samemu w sobie badaniu ceny danego składnika, lecz zmierza bezpośrednio do wyjaśnienia ceny oferty. Skoro bowiem przepisy p.z.p. nakładają na zamawiającego obowiązek badania, czy istotne części składowe ceny oferty nie są rażąco niskie, to obowiązek ten został nałożony w konkretnym celu, którym jest właśnie zbadanie ceny całej oferty.

Za nieuprawnione, w opinii odwołującego, należy uznać twierdzenie OPTeam S.A., zgodnie z którym „wartości poszczególnych pozycji formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ należy traktować wyłącznie jako wartości szacunkowe” (str. 14 wyjaśnień). Odwołujący podkreślił, iż wykonawcy zobowiązani są uwzględnić w wycenie oferty wszelkie wymagania określone przez zamawiającego w SIWZ, w tym celu niezbędne jest dokładne wyliczenie wszelkich kosztów, jakie wykonawcy będą musieli ponieść w celu realizacji tych wymagań. Powyższe, w ocenie odwołującego, jest istotne w przypadku zamówień, w których wynagrodzenie określone jest jako ryczałtowe (jak ma to miejsce w niniejszym przypadku), bowiem nieuwzględnienie któregoś z wymagań zamawiającego lub jego niedoszacowanie, może powodować istotne zwiększenie kosztów po stronie danego wykonawcy, powodując utratę zysku, a nawet stratę. Specyfika ryczałtu powoduje bowiem, iż ryzyko wynikające dla wykonawców z dokonania nieprawidłowej wyceny jest szczególnie wysokie, jako że wynagrodzenie to ma charakter stały i z góry określony.

Odwołujący podniósł również, że na skutek odwołania uprzednio wniesionego przez odwołującego i jego częściowego uwzględnienia przez zamawiającego oraz unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej - zamawiający dokonał wymaganego przez art. 90 ust. 1 p.z.p. wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu – jednak stwierdzić należy, iż w oparciu o wyjaśnienia i dowody, złożone przez OPTeam S.A. pismem z dnia 25 lipca 2018 r., wykonawca ten nie wykazał, iż oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wręcz przeciwnie, z wyjaśnień tych wyraźnie wynika, że zaoferowana cena jest rażąco niska, co winno skutkować odrzuceniem oferty OPTeam S.A.

W pkt 4 formularza ofertowego (załącznik nr 1 do SIWZ) wykonawca OPTeam S.A. wycenił dwie jednostki przełącznika rdzeniowego HPE 5700 40 XG na kwotę 17 280,00 zł, zaś wymagania zamawiającego w tym zakresie zostały przedstawione w pkt 4 załącznika 1A do SIWZ - poza dwoma przełącznikami zamawiający wymagał dostarczenia dodatkowo przynajmniej 8 wkładek SFP+ (MM), 1 wkładki QSFP+ (SM) oraz niezbędnego okablowania.

Odwołujący przytoczył treść dokumentacji postępowania w tym zakresie i podniósł, że przedstawiona przez wykonawcę w poz. 4 formularza ofertowego cena 17 280,00 zł stanowi cenę rażąco niską w rozumieniu przepisów p.z.p. i bezsprzecznie nie zapewnia spełnienia wszystkim wymagań, przewidzianych w tym zakresie przez zamawiającego w SIWZ. Odwołujący podkreślił, że te same przełączniki zostały zaproponowane w przedmiotowym postępowaniu również przez innych wykonawców, w tym przez: a) odwołującego, który w poz. 4 formularza ofertowego określił cenę przedmiotowych przełączników rdzeniowych HPE 5700 40XG na poziomie 215 888,00 zł, a więc ponad dwunastokrotnie drożej niż OPTeam S.A. i b) A.P.N. Promise S.A oraz MATIC S.A., którzy również określili cenę przełączników rdzeniowych na poziomie znacznie wyższym od OPTeam S.A., tj. odpowiednio w kwocie 113 300,00 zł oraz 116 387,52 zł, a więc na poziomie ponad sześciokrotnie wyższym niż OPTeam S.A.

Według Odwołującego już samo powyższe zestawienie, niezależnie od innych okoliczności, wskazuje, iż cena zaproponowana przez wykonawcę OPTeam S.A. jest rażąco niska i znacznie odbiega od cen zaproponowanych w tej pozycji przez innych wykonawców. Dalej odwołujący argumentował, że dzięki temu, iż w swojej ofercie zaproponował tożsame przełączniki rdzeniowe HPE 5700 40XG, jest doskonale zorientowany w ich aktualnych cenach rynkowych oraz warunkach zakupu. Zgodnie z polityką producenta tego sprzętu, cena rynkowa przedmiotowych przełączników wynosi 36 160,00 zł za sztukę. Biorąc zatem pod uwagę, że jeden przełącznik to koszt rzędu 36 160,00 zł, cena za dwa wymagane przełączniki (i to - co należy podkreślić - same przełączniki, bez elementów dodatkowych) nie może być niższa niż 72 320,40 zł. Tymczasem oferta OPTeam S.A. zakłada w tej pozycji

kwotę niemal czterokrotnie niższa od minimalnej, tj. kwotę 17 280,00 zł, co według odwołującego nie pozwala na zakup wystarczającej liczby przełączników rdzeniowych.

Odwołujący dodał, że z SIWZ wynika obowiązek zapewnienia wkładek do przełączników, o których mowa w pkt 4 załącznika 1A do SIWZ. Wykonawcy byli zobowiązani do ujęcia w ofercie kosztów przynajmniej 8 wkładek SFP+ (MM), 1 wkładki QSFP+ (SM) (zwanymi dalej „wkładkami”) oraz niezbędnego okablowania. Zakup wkładek i okablowania niesie zatem za sobą dodatkowy koszt, który powinien zostać uwzględniony w ofercie wykonawcy. Jak wynika z posiadanych przez odwołującego ofert sprzedażowych, wkładki pochodzące od producenta przełącznika to koszt ok. 70 000,00 zł. Nawet gdyby przyjąć - co dopuszcza SIWZ - że OPTeam S.A. nie zakupiłby oryginalnych wkładek od producenta przełącznika, to i tak ich koszt - biorąc pod uwagę ceny rynkowe - wynosiłby około 4 500,00 dolarów za wyposażenie do obu przełączników, co w przeliczeniu (wg średniego kursu dolara opublikowanego przez NBP na dzień sporządzenia niniejszego odwołania, tj. 14.08.2018 r. - 1 USD = 3,7768 zł) - wynosi 16 995,60 zł. Koszt ten, obejmujący wyposażenie do przełączników, jest bliskim ceną, jaką OPTeam S.A. zaoferował za same przełączniki. Ponadto, w ocenie odwołującego, podkreślenia wymaga również, że zgodnie z SIWZ, konieczne jest też zapewnienie dla przełączników gwarancji producenta, której cena rynkowa wynosi ok. 4 350,00 zł za gwarancję dla 1 szt. przełącznika. Zapewnienie gwarancji stanowi zatem kolejny koszt, który wykonawca zobowiązany był uwzględnić przy kalkulacji ceny. Bezsprzecznie jednak koszt wkładek i przełączników nie został ujęty przez OPTeam S.A. w cenie oferty, w szczególności w pozycji 4 formularza ofertowego.

W związku z powyższym, konieczność doliczenia do kwoty zakupu przełączników rdzeniowych kosztu wkładek i okablowania stanowi dodatkowe potwierdzenie, zdaniem odwołującego, że cena oferty OPTeam S.A. w przedstawionym zakresie jest rażąco niska i uniemożliwia spełnienie wszystkich wymagań SIWZ. Zdaniem odwołującego, w świetle aktualnych cen rynkowych, nie ma możliwości, aby w kwocie 17 280,00 zł OPTeam S.A. mógł zapewnić dwa przełączniki rdzeniowe wraz z wkładkami i okablowaniem, gdyż cena ta w żaden sposób nie przystaje do przedstawionych przez odwołującego cen rynkowych, co jest równoznaczne z ceną rażąco niską oraz brakiem zapewnienia realizacji wymogów SIWZ.

Odwołujący stwierdził również, iż w wyjaśnieniach złożonych w piśmie z dnia 25 lipca 2018 r. wykonawca OPTeam S.A. w żaden sposób nie wykazał i nie udowodnił, iż wskazana przez niego cena jest ceną rynkową i realną, ani też że możliwe jest spełnienie w tej cenie wymagań zamawiającego określonych w SIWZ. Wręcz przeciwnie, wyjaśnienia te wprost wskazują na to, iż cena zaoferowana przez wykonawcę jest ceną rażąco niską, w szczególności w poz. 4, co wynika z przedstawionych poniżej okoliczności.

W ocenie odwołującego zważyć należy, iż w przeważającej części swoich wyjaśnień wykonawca koncentruje się na próbie wykazania, że cena poz. 4 formularza ofertowego nie stanowi istotnej części składowej ceny całej oferty, w związku z czym - jak twierdzi wykonawca - nie może ona stanowić o rażąco niskiej cenie całkowitej oferty, z czym nie sposób się zgodzić. Natomiast w zakresie meritum, tj. wykazania, że cena omawianej pozycji jest ceną rynkową i nie stanowi ceny rażąco niskiej OPTeam S.A. ograniczył się niemal wyłącznie do przedłożenia tabeli - oferty cenowej, uzyskanej od dostawcy. Zaznaczenia przy tym wymaga, iż wniosek taki (tj. o braku wyjaśnień i dowodów szerszych niż przywołane w niniejszym odwołaniu) odwołujący formułuje na podstawie udostępnionej mu treści wyjaśnień, która jednak jest niepełna, z uwagi na błędne uznanie przez zamawiającego za skuteczne dokonane przez wykonawcę zastrzeżenia części informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący przytoczył fragment utajnionej oferty cenowej i stwierdził, że tabela ta bezsprzecznie zawiera ceny przełączników oraz jedynie niektórych (a nie - wszystkich) elementów z nimi związanych. Co więcej, błędnie utajnione zostały nie tylko opisy i ceny poszczególnych elementów oraz łączna ich cena, lecz także łączna cena oferty dostawcy w omawianym zakresie, tj. łączna cena przełączników i elementów instalacyjnych (pole „RAZEM”).

Pomimo powyższego, bazując na samych tylko przekazanych danych, zdaniem odwołującego stwierdzić należy, iż dane te jednoznacznie potwierdzają, że cena zaoferowana w tej pozycji przez wykonawcę OPTeam S.A. jest rażąco niska. Suma samych tylko widocznych wartości wynosi 11 620,00 USD (5 020,00 + 1 900,00 + 2 400,00 + 300,00 + 2 000,00). Przy czym wartości w ofercie dostawcy przedstawione zostały nie w złotych, lecz w dolarach amerykańskich. W przeliczeniu na złote polskie (wg kursu na dzień sporządzenia niniejszego odwołania, 14.08.2018 r.) wartość poz. 4 wynikająca ze złożonych wyjaśnień wyniesie 43 886,416 zł. Kwota ta jest zatem 2,5 - krotnie wyższa od ceny wskazanej przez wykonawcę OPTeam S.A. w poz. 4 formularza ofertowego (17 280,00 zł). Oznacza to, zdaniem odwołującego, że treść wyjaśnień jest sprzeczna z treścią oferty, a także, iż wykonawca OPTeam S.A. wycenił ofertę w tej pozycji na kwotę niższą niż koszty zakupu (tym bardziej, że - jak już wyżej wskazano - kwota ta nie obejmuje wartości utajnionych), co pozostaje niedopuszczalne na gruncie p.z.p.

Za rażąco nisko wycenione należy również uznać, w opinii odwołującego, wkładki GBIC QSFP+(SM), które zostały wycenione po 150,00 USD, tj. 566,52 zł. Cena ta znacząco odbiega bowiem od cen rynkowych, wynoszących średnio ok. 3 270,00 USD, tj. 12 350,13 zł. Nie jest zatem możliwe zapewnienie wymaganych przez zamawiającego wkładek w cenie zaoferowanej przez OPTeam S.A.

Dodatkowym potwierdzeniem prawidłowości stanowiska odwołującego, w jego ocenie, jest treść odpowiedzi zamawiającego z dnia 11 lipca 2018 r. na poprzednio wniesione odwołanie, w której to odpowiedzi zamawiający częściowo uwzględnił zarzuty odwołującego, m.in. dotyczące rażąco niskiej ceny oferty OPTeam S.A. W piśmie tym (str. 2) zamawiający wskazał, iż „Po powtórny zbadaniu rynku zdaniem zamawiającego cena za ww. przełącznik jest ceną rażąco niską w stosunku do jego wartości”. Powyższe sugeruje odwołującemu, że na tym etapie zamawiający nie miał w tym zakresie żadnych wątpliwości, lecz był przekonany co do zaoferowania przez wykonawcę ceny rażąco niskiej. Odwołujący stwierdził też, że działania zamawiającego należy uznać za wewnętrznie sprzeczne - pomimo cytowanego wyżej stanowiska, po ponownej ocenie ofert zamawiający powtórnie wybrał ofertę OPTeam S.A. jako najkorzystniejszą, mimo iż stwierdzenie rażąco niskiej ceny winno prowadzić do jej odrzucenia.

Następnie odwołujący podniósł, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę OPTeam S.A., w jego ocenie, pozostają sprzeczne z treścią oferty, jak również zawierają wewnętrzne sprzeczności i niespójności. Wykonawca wskazał bowiem: a) na str. 13 wyjaśnień - „fragment ceny wyposażenia przełącznika z pozycji nr 4 (wkładki, kable, szyny, wentylatory, zasilacze, instalacja i gwarancja) to kwota 6 600 USD”, kwota ta, po dodaniu kwoty przełączników, daje sumę 11 620,00 USD, tj. kwotę zgodną z sumą odtajnionych kwot wskazanych w tabeli oferty cenowej dostawcy przedłożonej przez wykonawcę w wyjaśnieniach do poz. 4, co wskazuje, że wkładki, kable, szyny, wentylatory, zasilacze, instalacja i gwarancja wycenione zostały w poz. 4; b) w pkt II wyjaśnień (str. 14), że: „Pozostałe elementy instalacyjne przełącznika takie jak: szyny, wkładki SPF+, kable, wentylatory, zasilacze, wymagane instalacje i gwarancje zawarte są, jak i dokonana jest wycena tych elementów, w formularzu ofertowym w pozycji zbiorczej nr 8 - opisanej jako: instalacja i konfiguracja. Zatem według odwołującego w wymienionych wyżej dwóch częściach wyjaśnień, w odniesieniu do tych samych elementów instalacyjnych przełącznika OPTeam S.A. wskazał dwie rozbieżne pozycje, w których elementy te miały zostać wycenione, tj. pozycji 4 oraz pozycji 8.

Dalej odwołujący argumentował, że gdyby przyjąć, iż w cytowanym wyżej pkt II wyjaśnień (str. 14) powoływane elementy instalacyjne przełącznika oraz gwarancje, wycenione zostały w pozycji 8, to stwierdzić należy, iż wykonawca OPTeam S.A. dopuścił się kolejnych naruszeń: niedopuszczalnego przerzucania kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami formularza ofertowego (o czym będzie mowa w pkt 4 niniejszego uzasadnienia) oraz rażąco niskiej wyceny również tej pozycji formularza ofertowego, tj. pozycji 8. W swojej ofercie OPTeam S.A. wycenił bowiem tę pozycję na kwotę 53 136,00 zł i jeśli od kwoty tej odjąć cenę wyposażenia przełącznika, określoną przez wykonawcę na 6 600,00 USD (str. 13 odwołania), czyli 24 926,88 zł (wg kursu dolara na dzień sporządzenia odwołania,

14.08.2018 r.) oraz cenę gwarancji, wynoszącą 8 700,00 zł, na wykonanie pozostałej części tej pozycji ofertowej pozostałaby kwota w wysokości 19 509,12 zł. Tymczasem wartość ta jest nierealna, nierynkowa i uniemożliwia spełnienie w tej cenie wszystkich wymagań zamawiającego, określonych dla tej pozycji w załączniku 1a do SIWZ. Następnie odwołujący zacytował treść pozycji 8 z załącznika 1a do SIWZ i stwierdził, że dla porównania wskazuje, że w swojej ofercie wycenił tę pozycję na kwotę 46 115,16 zł, wykonawca MATIC S.A. wycenił ją na kwotę 59516,01 zł, natomiast wykonawca A.P.N. Promise S.A. na kwotę 92 803,50 zł.

W ocenie odwołującego, niezależnie od powyższych okoliczności, dotyczących badania istotnych części składowych ceny oferty, zgodnie z art. 90 ust. 1 p.z.p. oraz z ugruntowanym orzecznictwem, wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny zobowiązany jest do przedłożenia szczegółowych i wyczerpujących informacji oraz dowodów, które potwierdzać będą realność zaoferowanej przez niego ceny oferty. Oznacza to, iż złożone wyjaśnienia i dowody nie mogą ograniczać się wyłącznie do elementów wskazanych w wezwaniu przez zamawiającego, lecz winny być wyczerpujące obejmować wszelkie elementy istotnie wpływające na cenę globalną oferty i dowodzić jej realności. W tym celu konieczne jest uwzględnienie wszelkich aspektów wpływających na wyliczenie ceny oferty, wśród których art. 90 ust. 1 p.z.p. jedynie przykładowo wskazuje m.in. oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, dostępne dla danego wykonawcy wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia, pomoc publiczną etc. Temu służy wprowadzenie przez ustawodawcę możliwości (a wręcz obowiązku) badania przez zamawiającego istotnych elementów ceny oferty. Niewątpliwie w praktyce często wezwania wystosowywane przez zamawiających zawierają odniesienia do konkretnych elementów, których cena wzbudziła u zamawiającego wątpliwości co do jej realności. W stosunku do takich elementów wykonawca winien oczywiście przedstawić szczegółowe wyjaśnienia i potwierdzające je dowody. Nie oznacza to jednak, iż powyższe stanowi jakiegokolwiek ograniczenie dla zakresu, w jakim wykonawca zobowiązany jest przedstawić wyjaśnienia oraz dowody.

Według odwołującego złożenie i udokumentowanie wyjaśnień oraz ich ocena dokonywana przez zamawiającego ma na celu ustalenie, czy zaoferowana przez wykonawcę cena została rzetelnie skalkulowana oraz czy zapewnia możliwość należytego wykonania zamówienia, zgodnie z wszelkimi wymaganiami zamawiającego, a jednocześnie zapewnia osiągnięcie przez wykonawcę zysku. Wykonawca zobowiązany jest zatem do przedłożenia wszelkich wyjaśnień i dowodów, potwierdzających prawidłowość i realność zaoferowanej ceny, tj. wyceny całej oferty oraz wszelkich istotnych części składowych. Tymczasem w przedmiotowej sprawie, w treści udostępnionych odwołującemu wyjaśnień z dnia 25 lipca 2018 r. OPTeam S.A. odniósł się wyłącznie do powołanej poz. 4 formularza ofertowego oraz,

fragmentarycznie, do poz. 8. W żaden sposób nie odniósł się natomiast ani też nie udokumentował pozostałych elementów wyceny oraz ich wpływu na możliwość zaoferowania przez wykonawcę wyjątkowo niskiej ceny oferty.

Konkludując powyższe odwołujący stwierdził, że w świetle przedstawionych okoliczności przyjął, że OPTeam S.A. zamierza pokrywać część kosztów związanych z realizacją zamówienia w ramach niedopuszczalnego subsydiowania skrośnego. Odwołujący podniósł, że takie działania stanowią czyn nieuczciwej konkurencji, ponieważ żaden wykonawca nie jest uprawniony do pokrywania kosztów zamówienia z przychodów pozyskiwanych z innych umów. Wobec powyższego zaoferowaną przez OPTeam S.A. cenę należy uznać za rażąco niską w rozumieniu przepisów p.z.p., nieadekwatną, nierealną, za którą nie można wykonać zamówienia we wskazanych zakresach. Jednocześnie, cena oferowana przez OPTeam S.A. odbiega swoją wartością in minus od rynkowej wartości przedmiotu zamówienia, a także jest na nierealnie niskim poziomie, który świadczy o jej oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych. Ponadto zdaniem odwołującego w wykonawca OPTeam S.A. nie uczynił zadość wezwaniu zamawiającego, tj. nie wykazał i nie przedstawił dowodów, które mogłyby istotnie wpłynąć na możliwość obniżenia ceny oferty w omawianej pozycji – kiedy to wykonawca winien był wykazać, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, jako że na gruncie obecnie obowiązujących przepisów p.z.p. to na nim spoczywa ciężar dowodu w tym zakresie, co wynika z treści art. 90 ust. 2 p.z.p.

Powyższe stanowisko potwierdzone zostało, według odwołującego, w doktrynie i orzecznictwie, na potwierdzenie czego zacytował on fragmenty wyroków Izby i Sądów Okręgowych.

Odwołujący wskazał również, iż pismo z wyjaśnieniami wykonawcy, przekazane mu przez zamawiającego (przekazana wersja, nie w pełni odtajniona) nie zawiera podpisu. Zatem budzi to jego wątpliwość czy wyjaśnienia zostały złożone przez osobę umocowaną do występowania w imieniu wykonawcy w zakresie składania wyjaśnień, a także czy wyjaśnienia te można uznać za złożone skutecznie i stwierdził, że „odwołujący zatem – z daleko posuniętej ostrożności - zarzuca zamawiającemu naruszenie art. 90 ust. 3 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty OPTeam S.A., jeśli wyjaśnienia złożone przez wykonawcę nie zostały podpisane lub zostały podpisane przez osobę nieupoważnioną, to w ocenie odwołującego brak jest możliwości uznania, że zostały złożone.”

Naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty OPTeam S.A., pomimo iż treść tej oferty jest sprzeczna z SIWZ, będące zarzutem nr 3 odwołania, odwołujący uzasadnij jak niżej.

- a) w zakresie rozdziału VIII SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny” - pkt 2, 3 i 6

Zgodnie z pkt 2 rozdziału VIII SIWZ „Cenę oferty należy podać w złotych, cyfrowo i słownie”, zaś w pkt 3 wskazano, że „Cena oferty, to wartość wyrażona w złotych, jaką zamawiający będzie obowiązany zapłacić wykonawcy za wykonanie przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem podatku VAT oraz podatku akcyzowego, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym”. Zatem zgodnie z SIWZ, cenę oferty należało wyrazić w złotych polskich. Co więcej, konsekwencją powyższego był także obowiązek wskazania w złotych polskich również wartości/cen poszczególnych pozycji ofertowych, wskazanych w formularzu ofertowym, jako że cena oferty brutto, wskazana w formularzu ofertowym (i wyrażona w złotych) stanowi sumę wartości poszczególnych pozycji ofertowych, wyszczególnionych powyżej w formularzu. Powyższe potwierdza również fakt, iż w formularzu oferty przedostatnia kolumna (wypełniana odrębnie dla każdej pozycji formularza) określona została jako wartość brutto/cena oferty. Zatem również w tym miejscu, tj. w odniesieniu do poszczególnych pozycji ofertowych, zamawiający posłużył się pojęciem „ceny oferty”, tym samym, które w rozdziale VIII pkt 3 SIWZ zostało zdefiniowane jako „wartość wyrażona w złotych”.

Tymczasem, zdaniem odwołującego, wyjaśnienia złożone przez OPTeam S.A. w piśmie z dnia 25 lipca 2018 r. wskazują na to, że najprawdopodobniej kwota wskazana w poz. 4 formularza ofertowego 17 280,00 to wartość, która była wynikiem wyceny dokonywanej przez wykonawcę w innej walucie, w dolarach amerykańskich i nie została przewalutowana na złote polskie. Odwołujący zaznaczył, iż jednoznaczne wykazanie powyższego w niniejszym odwołaniu nie jest możliwe, z uwagi na błędne utajnienie przez zamawiającego części danych zawartych w przedłożonej przez wykonawcę z wyjaśnieniami ofercie cenowej otrzymanej przez niego od dostawcy, pomimo tego, stanowisko odwołującego potwierdzają opisane poniżej okoliczności.

Po pierwsze, zdaniem odwołującego, omawiana oferta dostawcy zawiera ceny wyrażone w USD. Suma kwot odtajnionych wynosi 11 620,00 USD. W pozycji 4 formularza ofertowego OPTeam S.A. wskazał wartość 17 280,00. Część pozycji w ofercie dostawcy została jednak utajniona - część elementów instalacyjnych wraz z ich cenami, suma wartości elementów instalacyjnych, a także łączna suma wszystkich pozycji oferty dostawcy (pole „RAZEM”). Z dużym prawdopodobieństwem można więc przypuszczać, że po dodaniu utajnionych pozycji, łączna wartość oferty dostawcy wynosiłaby właśnie 17 280,00, czyli wartość z poz. 4 formularza ofertowego. Różnica między tymi wartościami wynosi 5 660,00 (17 280,00 – 11 620,00) i najprawdopodobniej odpowiada ona wartości pozycji utajnionych w ofercie dostawcy.

Po drugie, w ocenie odwołującego, suma samych tylko odtajnionych kwot z oferty dostawcy (11 620,00 USD) w przeliczeniu na złote polskie wynosi ok. 43 886,42 zł (wg kursu

na dzień sporządzenia odwołania, 14.08.2018 r.). Kwota ta jest zatem 2,5 - krotnie wyższa od ceny wskazanej przez OPTeam S.A. w poz. 4 formularza ofertowego (17 280,00 zł). Niespójność wyjaśnień z treścią złożonej oferty zdaje się więc potwierdzać, że wskazana w poz. 4 formularza ofertowego wartość 17 280,00 to kwota wyceny wyrażona w dolarach, a nie w złotych polskich, co pozostaje sprzeczne z pkt 2 i 3 rozdziału VIII SIWZ.

Z kolei w pkt 6 ww. rozdziału VIII SIWZ wskazano, że „Cena całkowita oferty (cena oferty) musi obejmować w kalkulacji wszystkie koszty i składniki, niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia”. Tymczasem, jak wynika z wcześniej podniesionych argumentów odwołującego, całkowita cena oferty OPTeam S.A. niewątpliwie nie obejmuje wszystkich kosztów i składników, niezbędnych do wykonania przedmiotowego zamówienia. Cena zaproponowana w ofercie OPTeam S.A. jest bowiem ceną nierealną i nie jest wystarczająca dla pokrycia kosztów zakupu wszystkich wymaganych przez zamawiającego elementów (tym bardziej zatem wyklucza osiągnięcie przez wykonawcę zysku z tej pozycji).

b) w zakresie rozdziału IV pkt 7 SIWZ - gwarancji producenta

Według odwołującego dla przełączników rdzeniowych wykonawca OPTeam S.A. nie uwzględnił w cenie oferty kosztów gwarancji producenta, wymaganej przez zamawiającego w rozdziale IV pkt 7 SIWZ, w konsekwencji uznać należy, iż oferta wykonawcy nie obejmuje zapewnienia ww. gwarancji, a zatem nie spełnia w tym zakresie wymogów SIWZ.

c) w zakresie rozdziału VII pkt 1 SIWZ oraz załącznika nr 1 do SIWZ - formularza ofertowego

Załącznikiem nr 1 do SIWZ jest wzór formularza ofertowego, który - zgodnie z pkt 1 rozdziału VII SIWZ jest elementem niezbędnym każdej oferty, tj. który winien wypełnić oraz przedłożyć każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. W pkt 1 rozdziału VII zamawiający wprost wskazał, iż formularz ofertowy musi być „sporządzony zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ”. Oznacza to, że treść (wzór) formularza jest określany wyłącznie przez zamawiającego, a wykonawcy nie są uprawnieni do dokonywania jakiegokolwiek ingerencji we wzór formularza załączony do SIWZ, zatem stanowiący integralny element SIWZ.

Odwołujący przywołał treść formularza cenowego z SIWZ i dwie pozycje – nr 9 i 10 z formularza cenowego OPTeam S.A. oraz stwierdził, że wykonawca OPTeam S.A. przedłożył formularz ofertowy, którego treść została zmieniona względem wzoru określonego w załączniku nr 1 do SIWZ, co należy uznać za niedopuszczalne. W ocenie odwołującego opracowanie treści SIWZ wraz z wszelkimi niezbędnymi załącznikami należy do obowiązków zamawiającego, stanowiąc jednocześnie jego wyłączną kompetencję. Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 12 p.z.p., jednym z niezbędnych elementów SIWZ jest opis sposobu obliczenia ceny. W treści formularza zamawiający wskazuje wybrane przez siebie elementy, jednostki miary, ceny jednostkowe, wartość etc., będące podstawą obliczenia ceny oferty. Wykonawcy są

zatem zobowiązani dokonywać kalkulacja ceny oferty ściśle według wytycznych zawartych w treści formularza oraz w pozostałej treści SIWZ. Powyższe ma na celu ujednoczenie sposobu dokonywania kalkulacji przez wykonawców, w celu uzyskania porównywalności złożonych ofert. Wzór formularza ofertowego jest zatem nienaruszalny, a ingerencja w jego treść - niedopuszczalna.

Według odwołującego dokonanie przez wykonawcę zmian w treści wzoru formularza oferty prowadzi zatem do sytuacji, w której złożony przez niego formularz pozostaje sprzeczny z SIWZ (z załącznikiem nr 1 do SIWZ), co stanowi przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. Co więcej, efektem dokonania takiej zmiany może być również brak możliwości prawidłowego porównania nieprawidłowej oferty z ofertami złożonymi przez konkurencyjnych wykonawców. Zdaniem odwołującego opisana sytuacja nie kwalifikuje się również do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., jako że nie mamy tutaj do czynienia z tzw. omyłką w ofercie, prowadzącą do jej niezgodności z SIWZ, której poprawienie nie powodowałoby istotnych zmian w treści oferty.

Odwołujący argumentował również, że pozycja 9 i 10 formularza ofertowego wykonawcy OPTeam S.A. zawiera błędy i nieścisłości. Dla pozycji 9 - serwer dyskowy quorum - oferowany sprzęt/oprogramowanie to „Tecnosteel 42U SZAFKA Progress Server - 42U 800x1200 (nazwa producenta, model)”. W pozycji dotyczącej serwera dyskowego wskazano urządzenie, które nie jest serwerem, lecz szafą rack. Dla poz. 10 - szafy rack - wskazano „QSAN Technology XCubeSAN XS1212D-EU (nazwa producenta, model)”, które to urządzenie nie jest szafą rack, lecz serwerem dyskowym.

Dla odwołującego wynika z powyższego, że opis urządzeń proponowanych w realizacji poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia został błędnie zamieniony, tj. dla omawianych poz. 9 i 10 proponowane urządzenia zostały wskazane na odwrót. Podobnie błędnie zostały wskazane obowiązujące stawki podatku VAT. Zatem według odwołującego zaistniały dodatkowe wątpliwości, co do rzeczywiście oferowanych przez OPTeam S.A. ilości sztuk poszczególnych urządzeń oraz zgodności tych ilości z SIWZ, a także prawidłowości ich wyceny. Powyższe stanowi kolejne błędy i nieścisłości w ofercie wykonawcy, potwierdzające jej wadliwość.

Odwołujący zwrócił uwagę, że na dzień sporządzenia odwołania nie posiada dokumentów, z których wynikałoby, iż w ww. kwestii wykonawca składał wyjaśnienia i nawet gdyby wyjaśnienia takie zostały złożone, nie jest możliwe, aby doprowadziły one do zgodności oferty OPTeam S.A. z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ, gdyż niemożliwym jest zmian w treści formularza ofertowego, jako że prowadziłyby to do niedopuszczalnej na gruncie p.z.p. zmiany treści oferty.

Odwołujący następnie podniósł, że zgodnie z treścią § 2 ust. 10 załącznika nr 10 do SIWZ - wzoru umowy, „urządzenia muszą pochodzić z legalnego kanału sprzedaży

producenta urządzenia na terenie Unii Europejskiej", natomiast oferta otrzymana przez OPTeam S.A. od dostawcy (którego dane zostały utajnione) zawiera ceny wyrażone w dolarach amerykańskich. Powyższe powoduje istotne wątpliwości co do źródła pochodzenia i dystrybucji urządzeń oferowanych przez OPTeam S.A, nie jest bowiem typowe, aby dystrybutorzy sprzętu działający legalnie na terenie Unii Europejskiej oferowali urządzenia w cenach wyrażonych w dolarach amerykańskich.

Uzasadniając zarzut nr 4 dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty OPTeam S.A., pomimo że oferta ta zawiera niedopuszczalne tzw. przerzucanie kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami formularza ofertowego, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, odwołujący powołał się na wcześniejsze okoliczności opisane w odwołaniu - w pkt II wyjaśnień (str. 14) wykonawca OPTeam S.A. wskazał, że dokonał wyceny elementów instalacyjnych przełącznika rdzeniowego (szyn, wkładki SPF+, kabli, wentylatorów, zasilaczy, wymaganych instalacji i gwarancji) w poz. 8 formularza ofertowego (co - jak już wyżej wskazywano - pozostaje sprzeczne z twierdzeniami zawartymi na str. 13 wyjaśnień).

Następnie odwołujący argumentował, że niezależnie od tej rozbieżności, dokonanie wyceny powoływanych elementów instalacyjnych przełącznika w poz. 8 należy uznać za tzw. przerzucanie kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami formularza ofertowego, gdyż omawiane elementy instalacyjne dotyczą przełącznika rdzeniowego, wskazanego w poz. 4 formularza, dla którego w rubryce 4 wprost wskazano, iż j.m. tego elementu przedmiotu zamówienia jest „komplet”. Ponadto załącznik 1a do SIWZ stanowiący opis przedmiotu zamówienia, został tak skonstruowany, iż odnosi się do poszczególnych pozycji formularza ofertowego - wskazując poszczególne wymagane dla danej pozycji komponenty oraz wymagane dla nich minimalne parametry techniczne, w pkt 4 tego załącznika, dotyczącym przełącznika rdzeniowego, wymienione zostały omawiane elementy instalacyjne - jako „wyposażenie” przełącznika rdzeniowego.

Zatem mając na uwadze powyższe, według odwołującego, zamawiający wymagał wycenienia ww. elementów instalacyjnych w poz. 4, natomiast ich wycenienie przez OPTeam S.A. w poz. 8 należy zatem uznać za tzw. przerzucanie kosztów, które na gruncie zamówień publicznych jest niedopuszczalne. Odwołujący zacytował fragmenty wyroków Izby: z 24.09.2014 r. sygn. akt KIO 1844/14 i z 6.09.2014 r. sygn. akt KIO 1049/14.

W odniesieniu do powyższego odwołujący stwierdził, że działanie takie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Następnie odwołujący zaznaczył, że zgodnie z art. 3 ust. 1 u.z.n.k., „czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”, natomiast na podstawie z art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę, jeżeli jej złożenie

stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Oznacza to, iż dokonując oceny ofert zamawiający każdorazowo zobowiązany jest do zbadania, czy złożenie danej oferty nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ww. definicji zawartej w u.z.n.k.

W dalszej części uzasadnienia odwołujący zacytował fragmenty wyroków Izby z 14.11.2016 r. sygn. akt KIO 2038/16 i z 19.02.2014 r. sygn. akt KIO 216/14 i stwierdził, że działanie OPTeam S.A. należy uznać za czyn nieuczciwej konkurencji, który zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. winien skutkować odrzuceniem oferty.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty OPTeam S.A., pomimo że oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny, oznaczony nr 5 w odwołaniu, odwołujący uzasadnił w poniższy sposób.

Jeśli kwota 17 280,00 wskazana w poz. 4 formularza ofertowego, w rzeczywistości stanowi wartość wyceny OPTeam S.A. dokonywanej w innej walucie - dolarach amerykańskich (na podstawie wyrażonej w tej samej walucie ceny oferty dostawcy) i kwota ta nie została przewalutowana na złote polskie, to stwierdzić należy, że wykonawca błędnie obliczył zarówno cenę tej pozycji ofertowej, jak również cenę globalną całej oferty.

W ocenie odwołującego powyższy błąd w obliczeniu ceny (brak przewalutowania) jest szczególnie istotny dla wyniku przedmiotowego postępowania. Gdyby bowiem w cenie całej oferty - zamiast kwoty 17 280,00 (podanej błędnie jako kwota w złotych, podczas gdy wartość ta najprawdopodobniej dotyczyła kwoty w dolarach) - ujęto dla poz. 4 prawidłowo przeliczenie tej wartości na złote, tj. 65 263,10 zł (wg kursu na dzień sporządzenia niniejszego odwołania, 14.08.2018 r.), to łączna cena oferty OPTeam S.A. wynosiłaby nie 1 602 644,00 zł lecz 1 650 627,10 zł. Cena ta byłaby zatem o 3 460,06 zł droższa od ceny oferty złożonej przez odwołującego, wynoszącej 1 647 167,04 zł. Oznacza to, iż oferta najkorzystniejszą, która winna zostać wybrana przez zamawiającego, była nie oferta OPTeam S.A., lecz oferta Komputronik Biznes.

Ponadto, w ocenie odwołującego, błąd w obliczeniu ceny oferty potwierdza treść załączonej do wyjaśnień oferta cenowa dostawcy. Suma samych tylko widocznych wartości oferty dostawcy (tj. bez kwot utajnionych) wynosi 11 620,00 USD, co w przeliczeniu na złote polskie wyniesie ok. 43 886,42 zł (wg kursu na dzień sporządzenia odwołania), tj. 2,5 - krotnie więcej niż cena poz. 4, wskazana przez OPTeam S.A. w formularzu ofertowym jako 17 280,00 zł.

Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji legalnej błędu. Natomiast zgodnie z art. 14 ust. 1 p.z.p. do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 2017 r. poz. 459, 933 i 1132 [powoływanej dalej jako „k.c.” -

przyp. odwołującego], jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Dalej odwołujący przywołał fragmenty komentarzy do p.z.p. i stwierdził, że dla poz. 4 OPTeam S.A. zastosował niewłaściwą walutę, tj. wartość wyrażoną w dolarach amerykańskich, bez jej uprzedniego przewalutowania. W konsekwencji cena poz. 4 formularza ofertowego, a także cena całej oferty wykonawcy została obliczona niezgodnie z wymaganiami zamawiającego, uregulowanymi w SIWZ.

Następnie odwołujący podsumował, że wpływ błędu w obliczeniu elementu ceny na ustalenie ostatecznej ceny oferty przesądza o zaistnieniu przesłanki odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p. Twierdzenia te poparto fragmentem wyroku Izby z 16.02.2018 r. o sygn. akt KIO 206/18.

Naruszenie przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p., podniesione w zarzucie nr 6 - sformułowanym przez odwołującego jako zaniechanie wykluczenia OPTeam S.A. pomimo że wykonawca ten, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, poprzez niezgodne z prawdą twierdzenie, że złożona oferta jest zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ oraz poprzez wywołanie u zamawiającego mylnego przekonania, iż oferta ta jest najkorzystniejsza spośród ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, co miało istotny wpływ na decyzje podjęte w postępowaniu przez zamawiającego, tj. skutkowało błędnym dokonaniem przez zamawiającego czynności wyboru oferty OPTeam S.A. jako najkorzystniejszej – odwołujący uzasadnił jak następuje.

W ocenie odwołującego, działanie OPTeam S.A. spowodowało wprowadzenie zamawiającego w błąd, w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., co winno skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Zarówno w samej ofercie, jak i w wyjaśnieniach złożonych w piśmie z 25 lipca 2018 r., wykonawca oświadczył i zapewnił zamawiającego, że złożona przez niego oferta w pełni uwzględnia wszystkie wymagania SIWZ oraz zapewnia wykonanie zamówienia zgodnie z tymi wymaganiami, w zaoferowanej cenie. W samych tylko wyjaśnieniach stwierdzenie takie pada kilkakrotnie, w tym: „Potwierdzamy, że w cenie naszej oferty zostały uwzględnione wszystkie wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz że cena naszej oferty jest ceną realną i za taką cenę jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia” (str. 4 wyjaśnień), „uwzględnia ona [cena oferty - przyp. odwołującego] wszystkie koszty związane z prawidłową realizacją przedmiotu zamówienia przy uwzględnieniu niezbędnych czynników mających wpływ na wysokość ceny oferty, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, zawartym w SIWZ, oraz wzorem umowy” (str. 12 wyjaśnień). Tymczasem w niniejszym odwołaniu odwołujący jednoznacznie wykazał, że oferta złożona przez OPTeam S.A. jest niezgodna z SIWZ, zawiera liczne błędy i nieścisłości oraz została wyceniona rażąco nisko, co powoduje brak możliwości należytej realizacji

zamówienia przez wykonawcę. Naruszenia, których dopuścił się OPTeam, były powodem powstania po stronie zamawiającego mylnego przeświadczenia, iż oferta ta jest najkorzystniejsza spośród wszystkich ofert, które zostały złożone w postępowaniu.

Odwołujący następnie podniósł, że dla uznania określonego działania za wprowadzenie zamawiającego w błąd nie jest konieczne, aby działanie to było świadomie podejmowane przez wykonawcę właśnie w tym celu. Wprowadzenie w błąd może bowiem nastąpić również poprzez niedbalstwo, a nawet lekkomyślność. Taka właśnie sytuacja wystąpiła w niniejszym przypadku, jako że liczne błędy i nieścisłości w złożonych przez wykonawcę ofercie i wyjaśnieniach należy uznać za wynikające z braku zachowania należytej staranności przy formułowaniu i wycenie oferty, a także przy udzielaniu wyjaśnień.

Dodatkowo odwołujący zwrócił uwagę, że działanie wykonawcy miało istotny wpływ na decyzje podjęte przez zamawiającego w postępowaniu, błędne przekonanie zamawiającego, iż oferta OPTeam S.A. jest zgodna z wymaganiami SIWZ oraz najkorzystniejsza spośród złożonych ofert doprowadziło bowiem bezpośrednio do podjęcia przez zamawiającego czynności w postaci wyboru oferty OPTeam S.A. jako oferty najkorzystniejszej. Na poparcie swojego stanowiska odwołujący zacytował orzecznictwo Izby w postaci fragmentów wyroków: z 8.01.2018 r. sygn. akt KIO 2681/17, z 18.12.2017 r. sygn. akt KIO 2543/17 i z 24.04.2018 r. sygn. akt KIO 648/18.

Następnie odwołujący, ze wskazaniem na daleko idącą ostrożność proceduralną, podniósł, że na gruncie przedmiotowego stanu faktycznego nie może znaleźć zastosowania procedura tzw. self - cleaningu, jako że posłużenie się nieprawdą stoi na przeszkodzie dopuszczalności zastosowania self - cleaningu, zgodnie z wyrokiem Izby z 22.08.2017 r., sygn. akt KIO 1638/17.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający uwzględnił odwołanie w części dotyczącej:

1. naruszenia art. 8 ust. 1 - 3 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. z 2018 r., poz. 419 zwanej dalej u.z.n.k.), poprzez zaniechanie odtajnienia części wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, udzielonych przez wykonawcę OPTeam S.A., 36 - 002 Jasionka, Tajęcina 113 zwanego dalej OPTeam, w części dotyczącej braku odtajnienia całości tabeli zawierającej ofertę cenową zakupu przełączników, pomimo, iż informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa,
2. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. oraz art. 90 ust. 3 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty OPTeam, pomimo, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz OPTeam w swoich wyjaśnieniach nie udowodnił i nie

wyjaśnił, że oferowana cena nie jest rażąco niska.

Zamawiający stwierdził, że po powtórным przeanalizowaniu zarzutów odwołania w ww. zakresie są one zasadne.

W zakresie pkt 1 zamawiający podniósł, iż wykonawca OPTeam w złożonych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny zastrzegł ich fragment. Zamawiający w toku postępowania odtajnił ich część, pozostawiając jako nieodtajnione dane kontrahenta od którego OPTeam uzyskał ofertę handlową oraz ceny elementów nie będących przedmiotem zamówienia. Po ponownej analizie zamawiający stoi na stanowisku, że odtajnieniu powinny podlegać także ceny elementów nie będących przedmiotem zamówienia, tzn. całość oferty cenowej z tabelą zawierającą wycenę, ponieważ dane te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu obowiązujących przepisów. A biorąc pod uwagę utajnienie danych kontrahenta nie mogą być w żaden sposób zagrożeniem dla interesów wykonawcy. Zamawiający zwrócił uwagę, że kalkulacja cen elementów oferty nie stanowi autorskiej koncepcji wykonawców, każdy z wykonawców działający w ogólnie pojętej branży informatycznej jest profesjonalistą w tej dziedzinie, a wiedza potrzebna do kalkulacji i doboru sprzętu wydaje się być wiedzą konieczną i podstawową dla każdego z nich. Biorąc powyższe pod uwagę, w ocenie zamawiającego, nie mogą one stanowić dla OPTeam żadnej wartości gospodarczej.

Natomiast, zdaniem zamawiającego, dane kontrahenta od którego wykonawca OPTeam pozyskał ofertę handlową posiadają wartość gospodarczą i ich odtajnienie spowodowałoby ryzyko dla wykonawcy OPTeam oraz zagrożenie w postaci możliwości nawiązania kontaktu z dostawcą i ewentualne próby uzyskania podobnych cen, co mogłoby wpłynąć negatywnie na konkurencyjność OPTeam. Jak słusznie wskazał OPTeam w swoich wyjaśnieniach: „niewątpliwie wyszukanie i nawiązanie korzystnych kontaktów handlowych, wypracowanie własnych procedur w toku realizacji zamówienia - wymagało zaangażowania czasowego i poniesienia nakładów po stronie wykonawcy, które jako wartości gospodarcze ma prawo chronić”.

Ponadto, w opinii zamawiającego, wykonawca skutecznie wykazał, iż informacje te posiadają istotną wartość gospodarczą, nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej oraz podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. OPTeam w swoich wyjaśnieniach wykazał powyższe tj. m.in. dostęp do poszczególnych części tych informacji ma wąski krąg osób związanych z ich wytworzeniem, zaś całość znana jest wyłącznie ścisłemu kierownictwu i osobom zobowiązanym do zachowania poufności w zawartych umowach współpracy, także podmiot, który dokonał wyceny, wymaga zachowania jej poufności. Wszystkie wymienione osoby zostały powiadomione o traktowaniu tych informacji jako poufne, a także otrzymały instrukcje w sprawie postępowania na wypadek, gdyby osoby niepowołane próbowały uzyskać dostęp do tych informacji. Biorąc powyższe pod uwagę OPTeam w swoich wyjaśnieniach dokonał skutecznego zastrzeżenia

tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczącego danych kontrahenta od którego pozyskał ofertę handlową.

Mając na uwadze powyższe zamawiający stwierdził, iż odtajnieniu powinny ulec częściowo utajnione elementy oferty cenowej kontrahenta, stanowiącą ofertę handlową dla OPTeam, jednocześnie zamawiający poinformował, iż strona 13 i 14 wyjaśnień rażąco niskiej ceny została odtajniona i przekazana odwołującemu w całości (str. 13 zawiera treść do połowy, a str. 14 składa się tylko z jednego akapitu).

W stosunku co do pkt 2 zamawiający przypomniał, że wykonawca Opteam zaoferował w poz. 4 formularza ofertowego przełącznik rdzeniowy HPE 5700 40 XG z ceną 17 280,00 zł. W ocenie zamawiającego, po powtórny zbadaniu rynku cena za ww. przełącznik jest ceną rażąco niską w stosunku do jego wartości, w związku z czym zamawiający wezwał Opteam do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny jej istotnej części składowej, tj. przełącznika rdzeniowego. Wykonawca OPTeam w wyznaczonym terminie udzielił stosownych wyjaśnień. Natomiast po powtórnej analizie złożonych wyjaśnień zamawiający stwierdził, iż są one ogólne, lakoniczne a w elemencie zaoferowanej ceny za przełącznik rdzeniowy HPE 5700 40XG potwierdzają, iż jest ona rażąco niska.

W złożonych wyjaśnieniach na stronie 14 OPTeam oświadczył, iż wartość w poz. 4 formularza ofertowego zawiera wyłącznie koszty kompletu wyposażenia standardowego przełącznika, tj. obudowa do instalacji w standardowej szafie rack o wysokości maksymalnej 1U, procesor i pamięć 512 MB flash, 2 GB SDRAM, 40 portów 10 Gb SFP+ i 2 porty QSFP+ 40 Gb, zaś pozostałe elementy instalacyjne, tj. szyny, wkładki SFP+, kable, wentylatory, zasilacze, wymagane instalacje i konfiguracje, jak i ich wycena zawarte są w poz. 8 formularza ofertowego „instalacja i konfiguracja”.

W pozycji 4 formularza ofertowego wykonawca wycenił 2 komplety przełączników rdzeniowych na kwotę 17 280,00 złotych, zaś zgodnie z oświadczeniem OPTeam w złożonych wyjaśnieniach, kalkulacja i cena tego elementu oparta została na podstawie załączonej do wyjaśnień oferty zakupowej. W ofercie zakupowej oferowane przez OPTeam przełączniki rdzeniowe HPE 5700 40XG opiewają na kwotę 5 020,00 dolarów amerykańskich. Stosując przelicznik zawarty przez OPTeam w złożonych wyjaśnieniach na stronie 13 (11 620,00 USD zostało przeliczone na 42 761,60 PLN, co daje kurs przeliczeniowy w wysokości 3,68) wartość przełączników rdzeniowych z oferty handlowej wynosi 18 473,60 złotych (5 020,00 USD x 3,68).

Reasumując, według zamawiającego, OPTeam w poz. 4 formularza ofertowego zaproponował cenę za przełączniki rdzeniowe niższą o 1 193,60 PLN od oferty zakupowej na podstawie której, zgodnie z przytoczonym wcześniej twierdzeniem została dokonana jej wycena i kalkulacja.

Powyższy fakt, zdaniem zamawiającego, jednoznacznie potwierdza, iż istotna składowa część ceny (poz. 4 formularza ofertowego) zawiera rażąco niską cenę w stosunku do cen rynkowych tego produktu.

Zamawiający dodał, że z treści wyjaśnień nie jest w stanie określić i porównać cen pozostałych elementów instalacyjnych z oferty zakupowej w stosunku do złożonej oferty, ponieważ w wyjaśnieniach OPTeam lakonicznie określił, iż „pozostałe elementy instalacyjne przełącznika (...) zawarte są, jak i dokonana jest wycena tych elementów, w formularzu ofertowym w pozycji zbiorczej nr 8 - opisanej jako „instalacja i konfiguracja”. Według zamawiającego takie twierdzenie wykonawcy, biorąc pod uwagę jasne i precyzyjne zapisy SIWZ w tym zakresie tzn. zamawiający określił swoje wymagania w tym zakresie w pkt 4 załącznika 1A do siwz, gdzie wskazał, iż przełączniki mają zawierać wyposażenie w postaci przynajmniej 8 wkładek SFP+ (MM), 1 wkładkę QSFP+(SM) oraz niezbędne okablowanie, a OPTeam ujął część wyceny wyposażenia przełącznika w innej pozycji formularza ofertowego, to na wykonawcy ciążył obowiązek objęcia wyjaśnieniami również części poz. 8 formularza ofertowego, w której to biorąc pod uwagę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny ujęta została część wyceny ww. przełączników.

Według zamawiającego wykonawca OPTeam nie sprostował także ciężącemu na nim obowiązkowi wykazania, że zaoferowana cena przełącznika rdzeniowego nie jest w sposób celowy zaniżona. Wykonawca złożył ogólne, lakoniczne wyjaśnienia i w żaden sposób nie udowodnił realności zaoferowanej ceny i w żaden sposób nie wykazał, że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat. W ocenie zamawiającego złożone wyjaśnienia nie potwierdzają, iż złożona oferta została rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana, a wręcz potwierdzają, iż w poz. 4 formularza ofertowego jest ona rażąco niska.

Ponadto, w opinii zamawiającego, wykonawca w swoich wyjaśnieniach podnosi, że przepis art. 89 ust. 1 p.z.p., będący podstawą odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny, „odnosi się do ceny globalnej a nie istotnej części składowej” oraz, że w przedmiotowej sprawie nie można mówić o istotnej części składowej ceny. Argumentacja OPTeam w tym zakresie w ocenie zamawiającego wydaje się być chybiona i pozostaje w oderwaniu od aktualnego brzmienia art. 90 ust. 1 p.z.p., który traktuje, iż dopuszczalne jest odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. w wyniku negatywnej oceny przez zamawiającego otrzymanych wyjaśnień dotyczących istotnych części składowych ceny oferty, pogląd ten potwierdzony został m.in. w wyroku KIO 1001/17.

Następnie zamawiający zacytował ust 4 i 5 z rozdziału VIII SIWZ opisu sposobu obliczenia ceny, po czym stwierdził, że w poszczególnych elementach składowych ceny oferty, zgodnie z ust. 8 ww. rozdziału siwz zostały określone, różne stawki VAT.

Powyższe, według zamawiającego, bezspornie świadczy o fakcie, iż zamawiający oczekiwał i wymagał racjonalnego i rzetelnego wycenienia poszczególnych elementów składowych ceny oferty, a przedmiot zamówienia składał się z elementów, które to celowo zostały przez zamawiającego jako gospodarza postępowania wyodrębnione. Trudno także, zdaniem zamawiającego, odejmować któremukolwiek z nich waloru istotności, biorąc pod uwagę niewielką ilość elementów wyceny (osiem) oraz ich precyzyjne i jednoznaczne wyartykułowanie przez zamawiającego w treści siwz.

Zamawiający stwierdził również, że nieuprawnionym jest argumentacja wykonawcy OPTeam, iż wartości poszczególnych pozycji formularza ofertowego należy traktować jako wartości szacunkowe, zamawiający nie określił tego w SIWZ, wręcz przeciwnie wskazał precyzyjnie sposób obliczenia ceny w tym zakresie (patrz rozdział VIII ust. 4 i 5). Gdyby uznać twierdzenie OPTeam za prawidłowe, wykonawcy mogliby manipulować cenami poszczególnych elementów składowych ceny, oferując wartości większe w pozycjach ze stawką VAT 0% i mniejsze w pozycjach ze stawką VAT 23%, uzyskując w ten sposób mniejszą cenę za cały przedmiot zamówienia, co mogłoby mieć znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Przy czym znaczącym dla zamawiającego wydaje się także fakt, iż na wcześniejszej rozprawie (KIO 1309/18) OPTeam jako przystępujący nie zgłosił sprzeciwu od decyzji Zamawiającego o uznaniu części zarzutów w postaci konieczności wezwania OPTeam do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny istotnej części składowej tj. przełącznika rdzeniowego.

Zamawiający wskazał również, że treść wezwania jest zgodna z przepisami p.z.p., jest jasna i nie może budzić jakichkolwiek wątpliwości co do tego, jakie wyjaśnienia OPTeam powinien złożyć oraz jakie niezbędne elementy powinny one zawierać, nadto zamawiający zaznaczył, iż wykonawca może wskazać inne czynniki, niż wymienione w wezwaniu, a także stany faktyczne, które wpłynęły na przedstawioną przez niego cenę przełącznika. W szczególnych okolicznościach jest możliwe dopytanie przez zamawiającego, np. gdy chodzi o kwestie, co do których wezwania nie zawierało wzmianki, a potrzeba wyjaśnienia pojawiła się w związku z otrzymanymi rzetelnymi wyjaśnieniami. Jednak w okolicznościach przedmiotowej sprawy, zdaniem zamawiającego taka sytuacja nie występuje, wykonawca bowiem zlekceważył treść stanowczego wezwania i w żaden sposób nie odniósł się do żądań zamawiającego w zakresie wykazania, że cena przełącznika rdzeniowego oraz uzyskane z tego tytułu wynagrodzenie nie będzie powodowało u wykonawcy strat (OPTeam ograniczył się do lakonicznego stwierdzenia, iż cena oferty pozwala na osiągnięcie godziwego zysku).

Zamawiający dodał, że wykonawca OPTeam w złożonych wyjaśnieniach wskazał jako czynniki powodujące obniżenie ceny wieloletnie doświadczenie w zakresie przedmiotu zamówienia oraz różnorodność kontaktów z dostawcami poszczególnych komponentów

zamówienia, co z kolei w szczególności pozwala na uzyskanie wynegocjowanie wysokich upustów cenowych, jednocześnie nie odnosząc do precyzyjnego żądania zamawiającego i wykazania w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na obniżenie ceny w postaci kalkulacji. Biorąc powyższe pod uwagę ponowne wezwanie OPTeam do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w tym samym zakresie prowadziłyby do naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. Zatem zamawiający stoi na stanowisku, iż oferta OPTeam powinna podlegać odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę.

W dalszej kolejności zamawiający stwierdził, że w pozostałej części zamawiający nie zgadza się z zarzutami odwołania, tj.

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty OPTeam pomimo, iż jej treść jest sprzeczna ze siwz;
2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty OPTeam pomimo, iż zawiera niedopuszczalne tzw. przerzucanie kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami formularza ofertowego co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
3. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty OPTeam pomimo, iż zawiera błąd w obliczeniu ceny;
4. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p., poprzez zaniechanie wykluczenia OPTeam pomimo, iż wykonawca ten – w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa - przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd poprzez niezgodne z prawdą twierdzenie, iż złożona oferta jest zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w siwz oraz poprzez wywołanie u zamawiającego mylnego przekonania, iż oferta ta jest najkorzystniejsza spośród ofert złożonych w niniejszym postępowaniu, co miało istotny wpływ na decyzje podjęte w postępowaniu przez zamawiającego, tj. skutkowało błędnym dokonaniem przez zamawiającego czynności wyboru oferty OPTeam jako najkorzystniejszej;
5. naruszenie art. 90 ust. 3 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty OPTeam S.A. pomimo, iż nie udzielił on wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Bezzasadność określonych w pkt 1 - 5 zarzutów odwołania zamawiający uzasadnił w sposób następujący.

Ad pkt 1 zarzut odwołującego, w ocenie zamawiającego, wydaje się być pozbawiony słuszności. OPTeam w złożonej ofercie przedstawił ceny poszczególnych elementów w postaci liczbowej, uzyskując łączną cenę oferty 1 602 644,40. Zamawiający w toku postępowania dokonał sprawdzenia rachunkowego oferty. Wykonawca prawidłowo zsumował ceny jednostkowe i uzyskał prawidłową łączną cenę oferty, potwierdzając ją

zapisem słownym, w którym została określona waluta, tj. złoty. Zarzuty odwołującego oparte są na domniemaniu, iż OPTeam dokonał podania wartości przełącznika rdzeniowego w dolarach amerykańskich, tymczasem w żadnym miejscu formularza ofertowego nie widnieje informacja zaoferowaniu przedmiotu zamówienia w dolarach amerykańskich, także w złożonym wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny OPTeam oświadcza, iż oferta została złożona na podstawie m.in. uzyskanej oferty handlowej sporządzonej w dolarach amerykańskich po przeliczeniu na złote.

Zatem zarzut odwołującego w postaci nieuwzględnienia przez OPTeam w swojej ofercie kosztów gwarancji producenta wydaje się, według zamawiającego, być bezzasadny. Odwołujący opiera się jedynie na swojej wiedzy i znajomości rynku, bagatelizując zawarte na stronach 5 - 6 wyjaśnień rażąco niskiej ceny oświadczenia OPTeam, iż „w szczególności przełączniki posiadają następujące cechy: (...) Minimum 36 miesięczna gwarancja producenta (...)”. Potwierdzenie tego zostało wskazane w ofercie handlowej na którą powołuje się OPTeam w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny w pozycji: dodatkowe elementy instalacyjne (kable, szyny, rezerwowe zasilacze, dodatkowe gwarancje).

Bezspornie OPTeam dokonał modyfikacji formularza ofertowego poprzez dodanie dwóch pozycji. Jednakże w ocenie zamawiającego modyfikacja, polegająca na dodaniu dwóch pozycji (serwer dyskowy 4000 oraz szafa rack), zawiera elementy, które stanowią przedmiot zamówienia. Elementy te są zgodne z przedmiotem zamówienia i stanowią jego część, nie zawierają elementów, które to nie stanowią przedmiotu zamówienia. Odrzucenie oferty pozostającej w zgodności pod względem merytorycznym z postanowieniami siwz i wymaganiami zamawiającego, stanowiłoby przejaw zbytniego formalizmu, a w konsekwencji naruszało przepisy p.z.p.

Zamawiający dodał, że bezspornie OPTeam omyłkowo w poz. 9 i 10 w kolumnach dotyczącym nazwy producenta i modelu wykonawca wpisał dane serwera i szafy rack. Omyłka ta, w opinii zamawiającego, jest omyłką oczywistą, nie wymagającą ingerencji ze strony wykonawcy, nie powoduje także zmiany treści oferty i w ocenie zamawiającego, co najwyżej powinna zostać poprawiona zgodnie z dyspozycją przepisu art. 87 ust. 1 pkt 1 p.z.p., ewentualnie zgodnie z dyspozycją przepisu art. 87 ust. 1 pkt 3 p.z.p.

Ponadto, zamawiający podniósł, że bezzasadnym jest także oparty wyłącznie na domniemaniu, iż oferta handlowa sporządzona w dolarach świadczy o niemożności zaoferowania urządzeń pochodzących z legalnego kanału sprzedaży producenta na terenie Unii Europejskiej. To, że wycena została dokonana w dolarach, a w opinii odwołującego nie jest typowa, nie może przesadzać o fakcie oferowania urządzeń z ze źródła innego niż legalne.

Ad pkt 2 w ocenie zamawiającego bezspornie OPTeam dokonał przerzucenia części kosztów między pozycjami, jednakże w opinii zamawiającego, może to być wynikiem

niedbalstwa lub błędnej interpretacji zapisów siwz ze strony OPTeam, nie zaś działaniem celowym mającym na celu utrudnianie uczciwej konkurencji. Czynność ta bowiem nie nosi znamion czynu nieuczciwej konkurencji, ponieważ wykonawca OPTeam w wyniku ujęcia części kosztów przełącznika rdzeniowego z poz. 4 ze stawką VAT 0% w poz. 8 ze stawką VAT 23% spowodował jedynie zwiększenie łącznej ceny oferty.

Ad pkt 3 zarzut odwołującego, w ocenie zamawiającego, wydaje się być pozbawiony słuszności. OPTeam w złożonej ofercie przedstawił ceny poszczególnych elementów w postaci liczbowej, uzyskując łączną cenę oferty 1 602 644,40. Zamawiający w toku postępowania dokonał sprawdzenia rachunkowego oferty. Wykonawca prawidłowo zsumował ceny jednostkowe i uzyskał prawidłową łączną cenę oferty, potwierdzając ją zapisem słownym, w którym została określona waluta, tj. złoty. Zarzuty odwołującego oparte są na domniemaniu, iż OPTeam dokonał podania wartości przełącznika rdzeniowego w dolarach amerykańskich. Tymczasem w żadnym miejscu formularza ofertowego nie widnieje informacja o zaoferowaniu przedmiotu zamówienia w dolarach amerykańskich, także w złożonym wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny OPTeam S.A. oświadcza, iż oferta została złożona na podstawie m.in. uzyskanej oferty handlowej sporządzonej w dolarach amerykańskich po przeliczeniu na złote. OPTeam dokonał także w sposób zgodny z zapisami SIWZ (rozdział VIII) obliczenia ceny.

Ad pkt 4 w opinii zamawiającego oferta jest zgodna z treścią siwz, powinna podlegać natomiast odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę. W związku z tym niewłaściwym wydaje się być twierdzenie odwołującego, iż OPTeam wprowadził w błąd zamawiającego swoim oświadczeniem o zgodności z wymaganiami siwz.

Ad pkt 5 zarzut odwołującego, jakoby wyjaśnienia OPTeam S.A. nie zawierały podpisu osoby umocowanej do ich złożenia jest bezpodstawny, ponieważ treść złożonych przez OPTeam wyjaśnień na stronie 15 zawiera podpis R. R., prawidłowo umocowanego do dokonania tej czynności na podstawie pełnomocnictwa załączonego do oferty.

Zamawiający dodał również, że uwzględniając część zarzutów wniesionych w odwołaniu spełnił żądania odwołującego poprzez unieważnienie wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, odtajnienie całości tabeli zawierającej ofertę cenową zakupu przełączników, która stanowi część wyjaśnień rażąco niskiej ceny i odrzucił ofertę przystępującego, jako zawierającą rażąco niską cenę. Natomiast pozostałe zarzuty odwołania zamawiający uznał za bezzasadne i wniósł o ich oddalenie.

W toku postępowania odwoławczego, wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 p.z.p. oraz braku zgłoszenia opozycji stron, dopuszczono do udziału w sprawie - po stronie zamawiającego - wykonawcę OPTeam S.A. z siedzibą przy ul. Tajęcina 113 w Jasionce (36-002), zwanego dalej jako „przystępujący”.

Przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. oraz art. 90 ust. 3 p.z.p., sformułowanego jako zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz przystępujący w swoich wyjaśnieniach nie udowodnił, że oferowana cena nie jest rażąco niska. Nie wniesiono natomiast sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1, 2 i 3 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 4 z.n.k. co do zaniechania odtajnienia całości tabeli z oferty cenowej, z wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny przystępującego.

Tak określone na podstawie art. 180 ust. 3 p.z.p. zarzuty i stanowiska stron określiły zakres sporu objętego kognicją Krajowej Izby Odwoławczej w ramach przedmiotowego postępowania. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 p.z.p. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu, a zatem *a contrario* musi orzec co do tych zarzutów, które w odwołaniu zostały zawarte.

Krajowa Izba Odwoławcza jest zatem związana przedstawionymi zarzutami i co do zasady nie może orzekać w zakresie szerszym niż wskazano w odwołaniu, co jednak nie oznacza związania Izby podstawą prawną wskazaną przy dokonywaniu kwalifikacji naruszenia prawa przez zamawiającego. Izba jest zatem uprawniona do orzekania w sytuacji, gdy okoliczności faktyczne podniesione w zarzutach odwołania, a także opis czynności lub zaniechania zamawiającego wskazują na faktyczne naruszenie przepisów ustawy i nie budzą jakichkolwiek wątpliwości (*vide* wyrok KIO z 26.04.2012 r., sygn. akt KIO 711/12). Zakres kognicji Krajowej Izby Odwoławczej i związane go bezpośrednio z zarzutami, które odwołujący stawia zachowaniu zamawiającego był wielokrotnie potwierdzany przez orzecznictwo samej Izby (tak KIO w wyrokach: z 08.12.2015 r., sygn. akt KIO 2598/15, z 09.09.2016 r., sygn. akt KIO 1610/16) jak i Sądów powszechnych i Sądu Najwyższego (tak Sąd Najwyższy w Uchwale z dnia 17.02.2016 r. w sprawie o sygn. akt III CZP 111/15).

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedstawioną w kopii uwierzytelnionej przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu oraz treścią siwz, złożonymi ofertami, korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy zamawiającym, a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku

rozprawy, gdzie odwołujący podtrzymał zarzuty odwołania, zamawiający przedstawił odpowiedź na odwołanie, zaś przystępujący poparł stanowisko zamawiającego, w zakresie w którym nie wniósł sprzeciwu przeciwko częściowemu uwzględnieniu odwołania, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż niniejsza sprawa, w zakresie zarzutów podniesionych przez odwołującego, mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p. i że odwołanie, które ją zainicjowało zostało wniesione przez podmiot uprawniony oraz dotyczy materii określonej w art. 179 ust. 1 p.z.p. oraz art. 180 ust. 1 p.z.p., a więc podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Ponadto Izba ustaliła, że odwołanie podlega rozpoznaniu na podstawie art. 187 ust. 1 p.z.p. i że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania *meritum* sprawy.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek materialnoprawnych wskazanych w art. 179 ust. 1 p.z.p., które warunkują możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej przez odwołującego. Jak podniósł odwołujący, w wyniku bezprawnych czynności zamawiającego został on pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia i osiągnięcia z tego tytułu zysku. Oferta wykonawcy Komputronik Biznes Sp. z o. o. pozostaje bowiem ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu i jako taka winna zostać wybrana przez zamawiającego. Ponadto, w związku z dokonaniem naruszenia prawa, odwołujący poniósł i może ponieść dodatkową szkodę w postaci kosztów przygotowania oferty.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał, a zamawiający nie zakwestionował interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia, przejawiającego się możliwością poniesienia przez odwołującego szkody, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów p.z.p.

Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że: "Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia".

Uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności ustalenia poczynione na podstawie dokumentacji postępowania dostarczonej przez zamawiającego oraz zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują częściowe oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie z powodu naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 3 w zw. z art.

90 ust. 1 p.z.p., co miało bezpośredni wpływ na wynik postępowania, gdyż wadliwe czynności zamawiającego spowodowały przedwczesny wybór oferty najkorzystniejszej.

Konsekwencją uwzględnienia odwołania jest nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym ponowne wezwanie wykonawcy OPTeam S.A. w Jasionce do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p.

Zarzut oznaczony nr 1 w *petitum* odwołania, dotyczący naruszenia art. 8 ust. 1, 2 i 3 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 4 z.n.k., został przez zamawiającego uwzględniony w zakresie zaniechania odtajnienia całości oferty cenowej z tabelą zawierającą wycenę przystępującego, zaś wobec braku sprzeciwu wykonawcy przystępującego po stronie zamawiającego orzekanie w tym zakresie stało się bezprzedmiotowe. Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w tym przedmiocie, co znalazło odzwierciedlenie w pkt 1 sentencji wyroku.

Natomiast co do danych kontrahenta przystępującego nie było pomiędzy stronami sporu, że dane te ze względu na ich charakter i nieujawnienie do wiadomości publicznej można skutecznie objąć tajemnicą przedsiębiorstwa. Odwołujący podnosił jedynie, iż nie wykazano w stosunku do tych informacji, że wykonawca podjął co do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Izba zweryfikowała okoliczność sporną i podzieliła w tym zakresie trafną argumentację zamawiającego, wskazaną w odpowiedzi na odwołanie.

W ocenie składu orzekającego działania podjęte przez przedsiębiorcę w celu utrzymania poufności określonych informacji muszą mieć charakter „niezbędnych”. Oznacza to spełnienie rozsądnych i adekwatnych wymagań w zakresie ochrony informacji, na określonym polu pozyskiwania danych. Jak ujął to Sąd Najwyższy, „podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony” (wyrok Sądu Najwyższego z 3.10.2000 r. sygn. akt I CKN 304/00).

Ze względu na charakter poufnych informacji – dane kontrahenta z wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny w ofercie dostawcy - należy uznać, że wykonawca wykazał, iż podjął w stosunku do tych informacji adekwatne i niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności. W uzasadnieniu objęcia tajemnicy wskazano na szczegółowe kroki organizacyjne, techniczne i prawne, jakie podjęto aby stan tajemnicy zachować. Dodatkowo działanie przystępującego, który zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofertę dostawcy, dodatkowo potwierdza, że przystępujący podejmuje niezbędne środki do zachowania poufności.

Powyższe jednoznacznie wskazuje, że przystępujący wykazał, iż dostęp do informacji objętych tajemnicą jest kontrolowany i przez to ograniczony, zaś konkurencja została skutecznie pozbawiona prawa posiadania i korzystania z informacji objętych przez przystępującego tajemnicą gospodarczą, gdyż osoby spoza kręgu podmiotów wtajemniczonych przez samego dysponenta tajemnicy takiego akcesu nie mają, zatem wykazano, że spełniono przesłankę formalną, tj. przystępujący podjął niezbędne działania w celu zachowanie poufności informacji, adekwatne do charakteru zastrzeganych informacji, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej, zatem zarzut ten należało oddalić.

W zakresie zarzutów nr 2 – 7 w *petitum* odwołania Izba ustaliła, w oparciu o określone we wcześniejszej części uzasadnienia akta sprawy odwoławczej, następujące okoliczności faktyczne istotne dla rozstrzygnięcia sprawy:

- I. Przedmiot zamówienia obejmuje dostawę sprzętu informatycznego, który:
 - 1) zgodnie z rozdziałem IV SIWZ – przedmiot zamówienia, termin i miejsce wykonania zamówienia:
 - a) został opisany w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia i wymagań związanych z realizacją przedmiotu zamówienia – załącznik nr 10 do SIWZ – wzór umowy (rozdział XIII SIWZ) oraz w załączniku nr 1a do SIWZ – opis przedmiotu zamówienia, przy czym zaoferowany asortyment musi spełniać wymagania techniczne funkcjonalne i użytkowe takie same lub wyższe niż opisane w załączniku nr 1a do SIWZ (arkusz danych oferowanych urządzeń - opis przedmiotu zamówienia) - na podstawie pkt 1, 2 rozdziału IV;
 - b) w pkt 3 zamawiający zawarł ogólny zakres prac do realizacji przez wykonawcę w ramach zamówienia.
- II. Zamawiający żądał od wykonawców aby z ofertą złożyli formularz ofertowy z tabelą cenową.
 - 1) Zgodnie z rozdziałem VII SIWZ – oferta oraz wykaz oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak wykluczenia, w pkt 1 zamawiający wskazał, że oferta musi zawierać – formularz cenowy – sporządzony zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ, zawierający ofertę cenową, wpisując także nazwy producenta i model proponowanych urządzeń;
 - 2) Zgodnie z rozdziałem IX SIWZ – sposób przygotowania oferty, w pkt 1 ofertę cenową należy sporządzić wg wzoru z załącznika nr 1 do SIWZ - formularz oferty.
- III. Opis sposobu obliczenia ceny zawarto w rozdziale VIII SIWZ.
- IV. Przystępujący złożył ofertę z ceną brutto 1 602 644,40 zł. Zgodnie ze złożonym przez przystępującego formularzem ofertowym:

- 1) w pozycji 4 formularza ofertowego – przełącznik rdzeniowy, 2 szt., cena jednostkowa netto 8 640,00 zł, wartość netto 17 280,00 zł, VAT 0%, wartość brutto 17 280,00 zł, HPE5700 40XG;
- 2) w pozycji 8 formularza ofertowego – instalacja i konfiguracja, cena jednostkowa netto 43 200,00 zł, wartość netto 43 200,00 zł, VAT 0%, wartość brutto 53 136,00 zł;
- 3) formularz ofertowy rozszerzono o dwie dodatkowe pozycje, w stosunku do 8 pozycji wymaganych przez zamawiającego, dodano pozycję:
 - a) nr 9 - serwer dyskowy quorum, cena jednostkowa netto 38 340,00 zł, wartość netto 38 340,00 zł, VAT 0%, wartość brutto 38 340,00 zł, TecnoSteel 42U szafa progress server 42U 800x1200;
 - b) nr 10 – szafy rack, cena jednostkowa netto 3 240,00 zł, wartość netto 6 480,00 zł, VAT 23%, wartość brutto 7 970,40 zł, QSAN technology XCabeSan XS1212D-EU.

V. Pismem z 20.07.2018 r. zamawiający wezwał przystępującego „do złożenia wyjaśnień, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (...)”.

- 1) W uzasadnieniu wezwania zamawiający powołał się na art. 90 ust. 1 p.z.p. i wskazał „zamawiający zwraca się do wykonawcy OPTeam S.A. o złożenie wyjaśnień w kwestii rażąco niskiej ceny w odniesieniu do pozycji 4 formularza ofertowego – przełącznik rdzeniowy HPE 5700 40 XG – 2 sztuki. Wykonawca wycenił 2 sztuki przełączników na kwotę 17 280,00 zł (cena jednego przełącznika 8 640,00 zł). W ocenie zamawiającego cena przełącznika rdzeniowego zaoferowana przez wykonawcę wydaje się rażąco niska w stosunku do cen rynkowych tego produktu co nasuwa wątpliwości, czy zaoferowany przełącznik spełnia wszystkie wymagania jakie zamawiający określił w załączniku nr 1a do SIWZ w pkt 4” , który zamawiający zacytował;
- 2) Ponadto zamawiający wskazał, że wyjaśnienie wykonawcy będzie poddane obiektywnym czynnikom, o których mowa w art. 90 ust. 1 p.z.p., a także, iż „Wyjaśnienia powinny być poparte stosownymi dowodami, z których będzie wynikało (...), że przedstawiona w ofercie cena przełącznika rdzeniowego HPE 5700 40 XG nie jest w sposób zamierzony zaniżona i przełącznik spełnia wszystkie wymagania zamawiającego określone w załączniku nr 1a do SIWZ pkt 4 (...)”.

VI. W odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący pismem z dnia 25.07.2018 r. przedstawił zamawiającemu wyjaśnienia wraz z załącznikiem, w postaci oferty.

- 1) W treści wyjaśnień przystępujący potwierdził, że uwzględnił w cenie oferty wszystkie wymagania SIWZ, zaś jego cena jest realna i za nią możliwe jest

wykonanie przedmiotu zamówienia. Powołano się na wieloletnie doświadczenie w realizacji podobnych zamówień, co umożliwiło rzetelne przygotowanie oferty, znajomość rynku i technologii wykonania, a także posiadanie bazy dostawców poszczególnych komponentów zamówienia, co w szczególności pozwala na uzyskanie wynegocjowanych upustów cenowych od cen regularnych.

- 2) W wyjaśnieniach szczegółowych, dotyczących przełącznika rdzeniowego przystępujący wskazał, że w pozycji 4 jego oferty wycenił koszty kompletu standardowego wyposażenia przełącznika, które wyszczególnił, zaś elementy instalacyjne, które wyliczył, zawarł w pozycji nr 8 – instalacja i konfiguracja. Natomiast na potwierdzenie realności ceny przystępujący przedłożył dowód w postaci oferty, która jak stwierdził - stanowi kalkulację ww. elementu składowej ceny. Oferta zawiera 2 pozycje dotyczące 6 przełączników i 6 pozycji dotyczących elementów instalacyjnych, w tym pozycję w zakresie elementów dodatkowych.

Na wstępie rozważań należy zaznaczyć, że odwołujący przedstawił okoliczności faktyczne sprawy inaczej, niż miały one miejsce w rzeczywistości. Znacząca część jego argumentacji została oparta na nieuprawnionym założeniu, że formularz ofertowy został przez zamawiającego ustalony w sposób sztywny, bez możliwości dokonywania jego modyfikacji, w tym w szczególności bez możliwości wycenienia przez wykonawców przedmiotu zamówienia z części pozycji 4 formularza (czy opisu przedmiotu zamówienia) pn. przełącznik rdzeniowy w pozycji 8 pn. instalacja i konfiguracja, czyli przenoszenia części przedmiotów zamówienia z jednej pozycji składnika kalkulacji formularza ofertowego do innej.

Odwołujący skupił się w odwołaniu na wskazywaniu zaistniałych w jego ocenie naruszeń prawa materialnego, pomijając, że pierwszym elementem, w szczególności, gdy wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, jest ustalenie, jaki charakter ma tabela cenowa w formularzu ofertowym, którego złożenia wraz z ofertą żądał zamawiający. Takie jednoznaczne ustalenie, opierające się na klarownych postanowieniach treści SIWZ jest pierwszym i koniecznym elementem stanu faktycznego sprawy, od którego można rozpocząć dokonywanie weryfikacji, czy przy ocenie oferty doszło do naruszenia prawa przez zamawiającego. W odwołaniu poświęcono wiele uwagi na twierdzenia w zakresie wadliwej wyceny przez przystępującego pozycji 4 tabeli cenowej, co w konsekwencji miało stanowić o rażąco niskiej cenie oferty, nieuprawnionym przerzucaniu kosztów czy nawet subsydiowaniu skrośnym (pokrywaniu kosztów na jednym polu działalności przychodami z innego pola działalności), jednakże umknęło uwadze odwołującego, że wskazywane przez niego zarzuty muszą oprzeć się na wyraźnym zakazie dokonywania zmian w tabeli cenowej, w formularzu ofertowym, bezpośrednio wynikającym z dokumentacji postępowania.

Izba ustaliła, że w żadnym miejscu dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie znajduje się treść wskazująca na zakaz ustanowiony przez zamawiającego, który wyklucza możliwość wyceny części przedmiotów z pozycji obejmującej przełącznik rdzeniowy w pozycji instalacja i konfiguracja. Odwołujący też takiej treści SIWZ nie wskazał.

Zawarta w odwołaniu próba dokonywania wybiórczej i pozakontekstowej wykładni fragmentów SIWZ i wnioski, które odwołujący oparł głównie na – jak wyjaśniono na rozprawie – „sposobie budowy formularza ofertowego”, są w ocenie Izby niezgodne z literalną treścią dokumentacji i jako takie nieuprawnione. Jednocześnie odwołujący pominął całkowicie, że w pkt IX SIWZ, w którym zamawiający określił sposób przygotowania oferty, jednoznacznie wskazano, że formularz oferty (załącznik nr 1 do SIWZ) stanowi jedynie wzór. Zatem zgodnie z dokumentacją postępowania formularz ofertowy można było modyfikować, w tym dostosować do potrzeb wykonawców, tak jak to uczynił przystępujący, natomiast odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej. Przy czym warto nadmienić, że określony przez zamawiającego w pkt IX SIWZ sposób przygotowania oferty, nie spowodował niejasności czy trudności dla wykonawców, którzy sporządzali oferty, w tym wypełniali formularze ofertowe, gdyż brak jest w tym przedmiocie wniosków o wyjaśnienie czy doprecyzowanie dokumentacji, zatem można przyjąć, że okoliczność ta nie budziła wątpliwości wykonawców, którzy jako podmioty prowadzące działalność o zawodowym charakterze, w przypadku wątpliwości mają obowiązek wyjaśnienia treści dokumentacji postępowania przez zadawanie pytań zamawiającemu (*vide* wyrok Sądu Najwyższego z 5.06.2014 r., sygn. akt IV CSK 626/13).

Zatem skoro nie ma w dokumentacji postępowania stanowczych postanowień zakazujących wycenienie elementów przedmiotu zamówienia z jednej pozycji formularza w drugiej, to takie działanie wykonawcy było uprawnione. Tym bardziej, że jak wskazał przystępujący pozycja nr 4 kalkulacji dotycząca przełącznika rdzeniowego ma stawkę VAT 0% i część przedmiotów - będących elementami instalacyjnymi, które z przełącznikami należy dostarczyć - posiadają stawkę VAT 23%, więc przeniesienie ich do pozycji 8 kalkulacji - w której są elementy instalacji i konfiguracji - ze stawką VAT 23% jest logiczne i wiarygodne, w szczególności mając na uwadze, że stawki podatku od towarów i usług, co do poszczególnych pozycji formularza ofertowego zostały przez zamawiającego narzucone (rozdział VIII sposób obliczenia ceny, pkt 8 SIWZ).

Podkreślenia również wymaga, że dokonana przez przystępującego uprawniona wycena elementów instalacyjnych z pozycji przełącznik rdzeniowy w pozycji instalacja i konfiguracja w tabeli cenowej, nie powoduje, że oferty są nieporównywalne. Argumentacja, zarówno odwołującego jak i zamawiającego w tym przedmiocie, jest w ocenie Izby nieprzekonująca. Zgodnie z rozdziałem XII pkt 3 SIWZ zamawiający w kryteriach oceniał

cenę oferty brutto – czyli cenę całkowitą, będącą wynikową tabeli cenowej, a nie jej poszczególne składniki, co jest zbieżne z postanowieniami SIWZ o ustanowieniu tabeli cenowej jako wzoru. Ponadto, na podstawie zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, Izba ustaliła, że zamawiający nie miał żadnych trudności w porównaniu złożonych w postępowaniu ofert.

Skład orzekający stwierdził, że twierdzenia odwołującego o zakazie możliwości wyceny części przedmiotów z pozycji składnika kalkulacji obejmującej przełącznik rdzeniowy w pozycji instalacja i konfiguracja, pozostały gołosłowne, zmierzały wyłącznie do poprawy sytuacji procesowej strony, nadto są sprzeczne z ustalonym stanem faktycznym sprawy i jako takie nie mogły stanowić podstawy do stwierdzenia wadliwych czynności czy zaniechań zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. oraz art. 90 ust. 3 p.z.p., postawiony jako zaniechanie odrzucenia oferty OPTeam S.A., pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz OPTeam S.A. w swoich wyjaśnieniach nie udowodnił i nie wyjaśnił, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 p.z.p., przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż na podstawie 90 ust. 3 p.z.p. „zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.”

Wyjaśnienia, o których mowa w art. 90 ust. 3 p.z.p., zostały przez Ustawodawcę uregulowane w art. 90 ust. 1 p.z.p., gdzie unormowano wezwanie do złożenia wyjaśnień, określane przez pryzmat wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami, w brzmieniu normy: „Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy

z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2017 r. poz. 847);

- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.”

Zaznaczyć przy tym należy, że art. 90 ust. 1 p.z.p. nie zawiera wskazania co do ilości czynności podejmowanych w ramach wyjaśnienia ceny ofertowej. Mając na uwadze literalne brzmienie normy, posiłkując się jej systemowym osadzeniem w systemie prawa zamówień publicznych, celem oraz funkcją, należy stwierdzić, iż racjonalny Ustawodawca takiego ograniczenia nie przewidział, ponieważ w każdej indywidualnej sytuacji konieczne może okazać się wyjaśnienie innych okoliczności – w tym wyjaśnienie faktów ujawnionych w toku wyjaśnień – zwłaszcza w sytuacji, w której na podstawie ustalonego jeszcze w sposób niepełny stanu faktycznego nie sposób będzie wyciągnąć jednoznacznych wniosków, co okazało się szczególnie istotne w rozpoznawanej sprawie.

W związku z powyższym zamawiający, a na etapie postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza oceniając czynności i zaniechania dokonane przez zamawiającego, musi przez pryzmat cytowanej normy dokonać konkretyzacji oceny w przedmiocie tego, czy cena ofertowa została dostatecznie wyjaśniona czy też nie, a dopiero po ustaleniu, że wyjaśnienie było pełne może ocenić to, czy cena ta jest rażąco niska. Stwierdzić należy, że oczywistym celem przyświecającym Ustawodawcy przy formułowaniu ww. normy było doprowadzenie do stanu, w którym cena zostanie wyjaśniona na tyle wyczerpująco, że będzie możliwa jednoznaczna ocena czy jest ona realna i rynkowa, czy też rażąco niska. Należy zatem przyjąć słuszne zapatrywanie Ustawodawcy, że nie sposób jest ocenić cenę jako rynkową bądź rażąco niską, jeśli okoliczności jej zaoferowania nie zostały dostatecznie wyjaśnione – taki proces nie byłby bowiem procesem oceny, a wyboru, w sposób w zasadzie losowy, dowolnego wniosku spośród tych, które wydają się w jakiś sposób prawdopodobne.

Warto również zaznaczyć, że z powyższej przyczyny, zmierzając do zapewnienia skuteczności wymienionych przepisów, jako pozwalających na ustalenie obiektywnego, weryfikowalnego miernika staranności zamawiającego, orzecznictwo Izby wskazuje na kryterium rzetelności w udzielaniu wyjaśnień, jako decydujące o dopuszczalności kolejnego wezwania. Oczywiście w sposób nierozłączny związana jest z tym kwestia treści samego wezwania do złożenia wyjaśnień. Oceniając bowiem, czy konkretne wyjaśnienia są rzetelne, czy nie, nie sposób nie odnieść się do treści tegoż wezwania. To wezwanie powinno

determinować treść udzielonych wyjaśnień. Trudno zatem uznać za nierzetelne te wyjaśnienia, w których nie uwzględniono kwestii, o jakie zamawiający nie pytał w sposób jasny i klarowny, bądź nie pytał w ogóle.

Odwołując się do wyводу w zakresie braku ograniczenia ilościowego i zakresowego w uregulowaniach dotyczących art. 90 ust. 1 p.z.p. dotyczącego procedury wezwania do wyjaśnień stwierdzić należy, iż jest możliwe, a w niektórych sytuacjach wręcz konieczne, pozyskanie przez zamawiającego wiedzy jak w danej konkretnej sytuacji wykonawca dokonuje kalkulacji, aby rozpocząć proces wyjaśniania i skierować do wykonawcy następane – bardziej precyzyjne wezwanie ze wskazaniem na konkretne elementy budzące wątpliwości zamawiającego.

Ponadto, wskazać należy, że z uwagi na treść art. 90 ust. 3 p.z.p. sankcja odrzucenia jest bezpośrednio związana z procedurą wezwania, unormowaną w art. 90 ust. 1 p.z.p., a także obowiązkiem wykonawcy wynikającym z art. 90 ust. 2 p.z.p. - "obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy." - którego niewykonanie skutkuje odrzuceniem oferty również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., gdyż z uwagi na treść art. 90 ust. 1 p.z.p. dopuszczalne jest odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. - który stanowi, iż „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.” - w wyniku negatywnej oceny przez zamawiającego otrzymanych wyjaśnień dotyczących istotnych części składowych ceny oferty (*vide* wyrok Izby z 31.05.2017 r. sygn. akt KIO 1001/17).

Tym niemniej należy wyraźnie podkreślić, że ocena ta zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta zawiera cenę rażąco niską (por. wyrok Izby z 28.03.2017 r. sygn. akt KIO 466/17).

Izba zaznacza również, że ustawa p.z.p. nie zawiera definicji legalnej rażąco niskiej ceny i nie budzi wątpliwości fakt, że zarówno te przepisy, jak i wiążące ustawodawstwo Unii Europejskiej, pozostawiają rozwinięcie tego pojęcia, jako klauzuli generalnej, orzecznictwu. Dlatego też, w każdym przypadku przeprowadzenia procedury udzielenia zamówienia publicznego, jeżeli jest ku temu potrzeba, należy kwestę rażąco niskiej ceny badać *ad casum* (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt XXIII Ga 1072/15).

Zatem skoro samo pojęcie rażąco niskiej ceny każdorazowo wymaga w indywidualnej, ustalonej sytuacji konkretyzacji, zaś ustawa p.z.p. nie posiada ustawowo określonego procentowego poziomu, na podstawie którego można uznać automatycznie, kiedy mamy do czynienia z zaferowaniem rażąco niskiej ceny, każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji, wartość zamówienia oraz uwarunkowania danego rynku, należy oceniać indywidualnie (por. postanowienie Sądu Okręgowego z Poznania z 17.01.2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05). W szczególności

orzecznictwo zwraca uwagę, że „dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Po drugie, podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny "rażąco niskiej", a nie ceny "niskiej." Te dwa pojęcia nie są tożsame.” (por. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 21.06.2010 r., sygn. akt XIX Ga 175/10). Skład orzekający w niniejszej sprawie powyższe poglądy podziela i przyjmuje za własne.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt postępowania zainicjowanego odwołaniem należy uznać, że odwołujący nie wykazał, że cena zaoferowana przez przystępującego jest ceną rażąco niską, a także, aby złożone przez przystępującego wyjaśnienia stanowisko odwołującego potwierdzały. Również twierdzenia zamawiającego, który uwzględnił omawiany zarzut, nie dowodzą, że przystępujący zaoferował cenę nierealną, niekonkurencyjną i nierzetelnie skalkulowaną.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że nie podziela argumentacji, że o tym, iż cena przystępującego jest rażąco niska świadczy porównanie ceny oferty przystępującego z cenami innych wykonawców, w tym porównanie pozycji 4 w złożonych wraz z ofertami formularzach ofertowych.

Okolicznością notoryjną, a więc nie wymagającą żadnego dowodu jest fakt, że na cenę oferty ma wpływ cały szereg okoliczności i czynników indywidualnie dotyczących każdego przedsiębiorcy. Zestawienie wartości stanowiących różnicę w zaoferowanych cenach czy porównywanie średniej arytmetycznej cen, nie może stanowić dowodu, że cena jednego przedsiębiorcy jest realna, gdyż ma wartość zbliżoną do cen innych wykonawców, a każda niższa cena, odbiegająca od średniej, jest ceną nierynkową. Różne podmioty, o różnej historii na rynku, różnej wiarygodności finansowej, różnych relacjach handlowych, odmiennej siatce dostawców i innej specyfice pracy oraz doświadczeniu, uzyskają różne ceny ofertowe od potencjalnych dostawców w zakresie oferowanego towaru i różnice te, jak dyktuje doświadczenie, potrafią być dużo wyższe niż zaistniałe w niniejszym postępowaniu. Nie świadczy to natomiast o oferowaniu ceny rażąco niskiej, a o prawidłowym funkcjonowaniu konkurencyjnej gospodarki. Argumentacja ta wydaje się być tym bardziej aktualna w niniejszym postępowaniu, mając na uwadze, że cena przystępującego wynosi 1 602 644,40 zł, a odwołującego 1 647 167,04 zł, czyli różnica w kalkulacji jest niewielka i wynosi niemalże 45 000,00 zł, tj. mniej niż 3%.

Wyżej wskazane okoliczności mają też bezpośrednie przełożenie na wartość poszczególnych składników cenowych, ofertowanych przez przedsiębiorców i za chybioną należy uznać argumentację, o zaoferowaniu nieekwiwalentnej ceny za przełącznik rdzeniowy wraz z elementami instalacyjnymi przystępującego (opisany w załączniku nr 1a w pozycji

4 SIWZ), wobec wyższych cen zaoferowanych przez wykonawców, którzy złożyli w postępowaniu oferty.

Nie bez znaczenia jest również fakt, że odwołujący w sposób nieuzasadniony porównywał pozycje z nr 4 formularzy cenowych poszczególnych wykonawców i wyciągał z tych porównań korzystne dla siebie wnioski, kiedy formularz ofertowy stanowi wzór i każdy z wykonawców mógł go zmieniać. Odwołujący całkowicie pominął przy tym, że część elementów zamówienia dotyczących przełącznika rdzeniowego przystępujący wycenił w pozycji 8 swojego formularza.

Powyższe dotyczy również różnic jakie strony wskazywały pomiędzy ofertą przystępującego, złożoną podczas badania rynku, kiedy zamawiający szacował wartość przedmiotu zamówienia – strony nie wykazały, że można bezpośrednio porównywać przedmioty z pozycji 4 dotyczące przełącznika rdzeniowego z obu ofert przystępującego, czy faktu, że w ogóle oferty dotyczą tych samych przedmiotów. Przy czym należy zaznaczyć, że oferta złożona podczas badania rynku składana była dużo wcześniej i cena w niej zawarta w żaden sposób nie obliguje przystępującego do zaoferowania tej samej ceny w postępowaniu, tym bardziej, że ceny sprzętu informatycznego nie są stałe, a przeciwnie – potrafią radykalnie zmieniać się na osi czasu.

Następnie, w ocenie Izby, postępowanie wyjaśniające, przeprowadzone przez zamawiającego, w wyniku uwzględnienia odwołania w sprawie sygn. akt KIO 1309/18, zgodnie z treścią wezwania do wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny (*vide* pkt V istotnych okoliczności), dotyczyło pozycji 4 formularza ofertowego przystępującego – 2 sztuk przełącznika rdzeniowego HPE za cenę 17 280,00 zł, których cena wydała się zamawiającemu rażąco niska w stosunku do cen rynkowych produktu, w korelacji z wymaganiami zamawiającego z pkt 4 załącznika nr 1a.

Na tak sformułowane wezwanie przystępujący przedstawił stosowne wyjaśnienia, obejmujące czynniki, które pozwoliły mu zaoferować cenę na skalkulowanym poziomie – w szczególności w zakresie warunków współpracy z dostawcami. Wątpliwość zamawiającego, co do zawartości pozycji 4 z załącznika 1a i pozycji 4 tabeli cenowej przystępującego z oferty, została przez przystępującego wyjaśniona - przystępujący stwierdził, że skalkulował część elementów z pozycji 4 tabeli cenowej w pozycji 8 tabeli, na co jego zdaniem pozwalała treść dokumentacji. Rzeczone składniki cenowe zostały przez przystępującego podane. Wyjaśnienia zostały poparte adekwatnym do ich treści dowodem, w postaci oferty od kontrahenta przystępującego z elementami pozycji 4 i 8 formularza cenowego przystępującego (*vide* pkt VI istotnych okoliczności).

Powyższe, w ocenie Izby, jednoznacznie wskazuje, że wywody stron o ogólnych, lakonicznych wyjaśnieniach, bez udowodnienia realności zaoferowanej ceny nie znajdują oparcia w ustalonym stanie sprawy. Ponadto, wbrew twierdzeniom stron, wyjaśnienia

odnoszą się również do elementów instalacyjnych przełączników rdzeniowych, co wynika bezpośrednio z ich treści, a także zawierają odpowiedź na wątpliwości zamawiającego, zgodnie z treścią wezwania, zaś przystępujący przedstawił również stosowny dowód, wobec czego uczyniono zadość obowiązkowi określonemu w art. 90 ust. 2 p.z.p.

Tym niemniej, biorąc pod uwagę twierdzenia zamawiającego, że na przystępującym ciążył obowiązek jeszcze bardziej szczegółowego, niż przedłożone, wyjaśnienia pozycji 8 formularza cenowego, to w ocenie Izby zamawiający swoje wątpliwości w tym zakresie powinien przystępującemu przedstawić i zamiast dokonywać wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, kontynuować postępowanie wyjaśniające. Wezwanie do wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny oferty rodziło po stronie przystępującego obowiązek wyjaśnienia aspektów, które wywarły wpływ na skalkulowaną przez niego pozycję 4 formularza ofertowego i część pozycji 8, co z treści wyjaśnień wynikało.

Przystępujący, w ocenie składu orzekającego, uczynił zadość treści wezwania, a w sytuacji, gdy zamawiający uznał, że pozycja 8 formularza ofertowego dotyczące instalacji i konfiguracji, w tym elementy instalacyjne z pozycji 4 i inne elementy z pozycji 8, wymagają dalszego doprecyzowania, to zamawiający miał obowiązek - ze względu na doniosłe skutki, jakie może wywołać procedura wyjaśniania rażąco niskiej ceny w postaci odrzucenia oferty - postępowanie wyjaśniające kontynuować. Wykonawcy nie mogą domyślać się podstaw skierowanego wezwania, przeciwnie – treść wezwania do złożenia wyjaśnień powinna pozwolić wykonawcy na dobór odpowiedniej argumentacji i ewentualnie dowodów, które łącznie pozwolą przekonać zamawiającego o braku podstaw do odrzucenia oferty. Zamawiający przekonywał, że z treści wyjaśnień przystępującego nie jest w stanie określić i porównać cen pozostałych elementów instalacyjnych z oferty zakupowej w stosunku do złożonej oferty, jednakże nie da się nie zauważyć, że zamawiający nie mógł mieć takiej wiedzy, gdyż o to przystępującego podczas postępowania wyjaśniającego cenę nie zapytał.

W ustalonym stanie rzeczy argumentacja zamawiającego na podstawie której uwzględnił on zarzut odrzucenia oferty, w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. i 90 ust. 3 p.z.p., w sposób jednoznaczny potwierdza, że zamawiający w sposób wadliwy przeprowadził postępowanie wyjaśniające – zamiast dopytać wykonawcę o wątpliwości powstałe po lekturze jego wyjaśnień przyjęto, że wykonawca miał, w oparciu o art. 90 ust. 2 p.z.p., wątpliwości te rozwiązać, chociaż o nich nie wiedział, gdyż powstały one dopiero w postępowaniu odwoławczym przed Izbą.

W dalszej kolejności Izba uznała, że nieuprawnionym jest twierdzenie odwołującego, że wykonawca winien w postępowaniu wyjaśniającym wykazać cenę całkowitą oferty i wszystkie elementy mające na nią wpływ, gdyż materię składanych wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny oferty wyznacza treść zapytania zamawiającego - skoro zamawiający pytał

o jeden ze składników ceny, nie ma podstaw do żądania od wykonawcy, aby wyjaśnił wszystkie jej elementy, w szczególności te, które wątpliwości zamawiającego, na kanwie art. 90 ust. 1 p.z.p., nie budziły.

Następnie Izba stwierdziła, że postawione przez odwołującego zarzuty opierające się na twierdzeniach strony co według odwołującego zostało, a co nie zostało zawarte w ofercie przystępującego, szczególne w pozycji 4 i 8 kalkulacji cenowej, są błędne i bezpodstawne. Odwołujący zamiast skupić się na treści wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, w sposób subiektywny dokonał własnej analizy, co w cenie zdaniem odwołującego przystępujący wycenił, a czego w cenie nie ujął. Odwołujący w sposób hipotetyczny zakładał i wyliczał składniki cenowe, na podstawie wartości cen, które sam przyjął. Uszło przy tym uwadze odwołującego, że sposób kalkulacji ceny został już przez przystępującego wyjaśniony, zatem w sprawie wiadomym jest co się w pozycjach 4 i 8 formularza ofertowego przystępującego zawiera i spekulacje odwołującego w tym zakresie nie mogły odnieść pozytywnego skutku. Zaznaczyć również należy, że założenie odwołującego, że nie można było dokonywać modyfikacji formularza cenowego nie znalazło potwierdzenia w treści SIWZ, wobec czego fakt, że w pozycji 4 formularza ofertowego przystępujący nie wycenił składników instalacyjnych przełącznika, nie powoduje, że cena oferty jest rażąco niska, czy że doszło do nieuprawnionego przerzucania kosztów czy subsydiowania skrośnego, co wadliwie zarzucał odwołujący.

W ocenie składu orzekającego argumentacja odwołującego pomija również fakt, że zamawiający dopuścił zastosowanie rozwiązań równoważnych, zatem można było zaoferować produkty producenta, bądź zamienniki porównywalnej jakości. Z doświadczenia życiowego wynika, że produkty oryginalne są droższe, więc o ile odniesienie do cen przełączników przy zaoferowaniu przez przystępującego i innych wykonawców modelu HPE mogłoby być w jakiś sposób uzasadnione, (pomimo, że odwołujący pominął, że każdy podmiot ma indywidualne uwarunkowania przy kalkulacji ceny oferty), to elementy instalacyjne mogą być również zamiennikami, czego odwołujący w swych twierdzeniach nie uwzględnił.

Dalej Izba wskazuje, że stanowisko odwołującego, że oferta cenowa przystępującego nie zawiera wszystkich elementów związanych z przełącznikami rdzeniowymi, wobec braku wskazania, których to konkretnie według odwołującego elementów ta oferta nie zawiera, uniemożliwia faktyczną weryfikację tak postawionego zarzutu, ze względu na to, że nie ma go z czym skonfrontować.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołujący w uzasadnieniu odwołania dokonał przewalutowania, zgodnie z jego twierdzeniami, danych z oferty cenowej przystępującego, z dolarów amerykańskich na polski złoty, wywodząc, że treść wyjaśnień jest sprzeczna z treścią oferty cenowej i powoduje wycenę poniżej kosztu zakupu oraz wprost cenę rażąco

niską. Kurs wymiany walut został przyjęty przez odwołującego na dzień sporządzenia odwołania, czyli 14 sierpnia 2018 r. Jednakże odwołujący zdaje się nie dostrzegać faktu, że oferty były przez wykonawców składane do 09.04.2018 r., zatem kalkulacji oferowanych zamawiającemu przedmiotów odwołujący i inni wykonawcy dokonywali niemal 5 miesięcy wcześniej. Odwołujący przy tym nie zawarł w odwołaniu twierdzeń, które by tłumaczyły dlaczego akurat dzień wniesienia odwołania jest dniem z którego kurs należy przyjąć.

Jest okolicznością notoryjną, że kursy walut ulegają wahaniom. Zmienność ta jest zjawiskiem powszechnym i ogólnie znanym, na co wskazują kursy wymiany oferowane przez kantory czy banki. Brak uwzględnienia koniecznego elementu stanu faktycznego, jakim jest fakt, że wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny dotyczą stanu wyceny sprzed momentu złożenia ofert i jest to data o kilka miesięcy wcześniejsza, niż przyjęty przez odwołującego do przewalutowania dzień (złożenia odwołania) powoduje, że twierdzenia odwołującego są gołosłowne i *de facto* oderwane od *meritum* sprawy.

Odwołujący nie uwzględnił również faktu, że dyspozycja art. 353¹ k.c. nie prekluduje objęcia kursu przeliczenia waluty uzgodnieniami kontrahentów stosunku cywilnego. Tak jak rabat, marża czy termin realizacji świadczenia, kurs po jakim zostanie zapłacona cena jest kwestią uzgodnień stron umowy. Odwołujący zatem nie może skutecznie powołać się na błędne przeliczenie walut, nie wykazując jakie uzgodnienia stron stosunku cywilnoprawnego leżały u podstaw przyjęcia konkretnego kursu w odniesieniu do konkretnej umowy cywilnoprawnej. Nie sposób przy tym nie zauważyć, że informacji takich (odnośnie indywidualnych warunków stosunków cywilnoprawnych pomiędzy przystępującym, a jego kontrahentami) nie uzyskał w postępowaniu zamawiający – w związku z tym, wszelkie twierdzenia co do źródła obliczenia kursów walutowych obracają się w sferze hipotez, nie zaś faktów – co prowadzić musi do negatywnej oceny staranności zamawiającego w zakresie procesu pozyskiwania informacji na potrzeby oceny realności zaoferowanej przez przystępującego ceny.

Dziwi zatem, że przeliczenia wartości z oferty cenowej przystępującego z dolarów amerykańskich na polski złoty dokonał również zamawiający. Dokonana przez zamawiającego „kalkulacja” uprawdopodobniła, że przyjęty przez przystępującego kurs jest okolicznością, którą należy dokładnie wyjaśnić.

Izba zweryfikowała wyjaśnienia przystępującego w tym zakresie i doszła do przekonania, że na dzień wyrokowania, na ich podstawie nie można jednoznacznie stwierdzić, jaką wartość kursu do przeliczenia przyjął przystępujący w swojej ofercie, ani nawet, czy była to jedna wartość czy więcej i z czego one wynikały. Na stronie 13 wyjaśnień, na którą powołał się zamawiający, przystępujący użył w złożonych wyjaśnieniach trybu przypuszczającego, poprzez sformułowanie „powstałaby” kwota, co wskazuje, że brak jest podstaw do uznania za uprawnioną jednoznaczną interpretację zamawiającego.

Skoro w wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny co do przeliczenia wartości został przez przystępującego użyty tryb przypuszczający, to w ocenie Izby tym bardziej wyjaśnienia wymagało, co konkretnie przystępujący twierdzi w tym przedmiocie – zwłaszcza, że zamawiający z wyjaśnień tych wyciągał dalej idące wnioski w zakresie, o który nie pytał. Zamawiający tymczasem te nasuwające się wątpliwości, znajdujące się poza przedmiotem, który wyjaśniał, postanowił sam rozstrzygnąć - najpierw na korzyść, a następnie na niekorzyść przystępującego.

Założenie zamawiającego, że wszelkie wartości podane w dolarach amerykańskich należy w dokumentach przedstawionych przez przystępującego przeliczyć wedle tego samego kursu i jest to przelicznik w wysokości 3,68 zł, nie znajduje stanowczego oparcia w złożonych wyjaśnieniach przystępującego i ewidentnie, jak zauważył sam zamawiający te kursy dla niektórych przedmiotów są różne. W szczególności, że w wyjaśnieniach brak jest okoliczności, które jednoznacznie wskazywałyby jak przystępujący i jego kontrahenci przeliczają złotówki na dolary amerykańskie – znajdziemy tam informację, że „faktura w PLN po kursie średnim NBP”, zatem można ustalić, że kursem obowiązującym strony będzie kurs średni, jednakże jest on ustalany na konkretny dzień. Z wyjaśnień nie wynika jaka to będzie data - termin płatności wynosi do 45 dni od daty realizacji, która zaś wynosi od 2 do 6 tygodni, jest to spektrum obejmujące okres dwóch i pół miesiąca, który zacznie biec od momentu złożenia zamówienia. Natomiast jak już wcześniej wskazano kursy walut są wartościami zmiennymi.

Zamiast zatem przyjmować założenia, że wyjaśnienia zostały wyliczone nieprawidłowo, pierwszym logicznym krokiem było ustalenie skąd ta możliwa różnica wynika, jest bowiem oczywiste, że istnieje co najmniej kilka przyczyn, które mogłyby ją wyjaśnić, poza założeniem, że cena została zaniżona. Nie wydaje się więc uprawnione twierdzenie zamawiającego polegające na przyjęciu w sposób dowolny jednej spośród kilku prawdopodobnych możliwości wyjaśnienia różnicy ceny za przełączniki rdzeniowe, akurat tej, która pasowała do przyjętej tezy, w sytuacji, w której dostępne jest zamawiającemu narzędzie do usunięcia dokładnie tychże wątpliwości, w postaci zadania pytania wykonawcy.

W ocenie Izby odwołujący również w sposób niezasadny uznał, że ciężar dowodowy przerzucony na wykonawcę, którego cena ofertowa jest kwestionowana, ma charakter absolutny i wystarczającym jest samo zakwestionowanie danej pozycji kosztów tak, jak gdyby nie była ona wcześniej wyjaśniana. Izba stwierdziła, że przedłożone przez odwołującego dowody nie mogły w sposób skuteczny zakwestionować oferty cenowej przystępującego, która jest bezpośrednio powiązana z wymaganiami zamawiającego i złożonymi wyjaśnieniami.

W poczet materiału dowodowego sprawy zostały włączone złożone przez odwołującego dowody (nr 1, 2, 3) w postaci wydruków ze stron internetowych z różnymi

wycenami dotyczącymi przełącznika HPE. Jednakże jak wskazał sam odwołujący przedstawione oferty sprzedaży przełącznika nie spełniają wymogów zamawiającego, określonych w SIWZ, a stanowią internetowe oferty sprzedaży przełączników. Dowody te okazały się nieprzydatne do wykazania tezy, na którą zostały powołane, pozostają one bowiem bez związku z przedstawionym zarzutem - jest okolicznością notoryjną, że w zbiorze podmiotów oferujących konkretnego typu przełącznik zawsze wystąpi pewna pula dostawców, którzy oferują produkty w wysokiej cenie, w szczególności zaznaczyć należy, iż przedstawione oferty nie były spersonalizowane, pochodziły z internetu i nie zostały powiązane z wymaganiami zamawiającego, określonymi w opisie przedmiotu zamówienia. Ponadto niespersonalizowane cenniki nie są wiarygodnym źródłem ceny, gdyż pochodzą z 30.08.2018 r., kiedy oferta była składana 09.04.2018 r., zatem wyceny przedmiotów wykonawcy dokonywali niemal 5 miesięcy wcześniej. Wydruki ze stron internetowych nie zostały podpisane, zatem nie można stwierdzić, czy w ogóle posiadają wiążący charakter, co budzi dodatkowe wątpliwości w zakresie ich wiarygodności.

Tożsama ocena dotyczy dowodów nr 10 i 11 w postaci wydruków ze stron internetowych, dotyczących ceny za gwarancje dla przełączników. Dowody te również okazały się nieprzydatne dla rozstrzygnięcia. Tak samo jak pozostałe wydruki nie zostały one powiązane z wymaganiami zamawiającego, są niespersonalizowane i niepodpisane, co powoduje, że nie są wiarygodne. Dowody te pochodzą z 29.08.2018 r., co znacząco odbiega od daty złożenia ofert przez wykonawców. Ponadto, dowody te są nieprzydatne do wykazania tezy, na którą zostały powołane, pozostają one bowiem bez związku z przedstawionym zarzutem, ze względu, że okolicznością powszechnie znaną jest, że w zbiorze podmiotów oferujących konkretnego typu gwarancje zawsze znajdzie się spektrum dostawców, którzy oferują produkty w wysokiej cenie, w szczególności, że ceny w ofertach internetowych skierowane do ogółu - kiedy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty złożyli przedsiębiorcy, którzy jak przystępujący posiadają specjalne marże i zniżki, co wynika bezpośrednio z dowodu przedłożonego przez przystępującego, w postaci spersonalizowanej oferty cenowej.

Pozostałe złożone przez przystępującego dowody (nr 4 - 9) w postaci dokumentów nie spełniają wymogu określonego w § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092). Zgodnie ze wskazaną normą ustawodawca określił, iż wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona lub uczestnik postępowania, który się na nie powołuje, przedstawia tłumaczenie na język polski i wobec braku spełnienia wymogu rozporządzenia, zostały one przez Izbę pominięte. Na marginesie Izba wskazuje, że Ustawodawca nie dopuścił postulowanej przez

odwołującego możliwości dokonania tłumaczenia dowodów w formie ustnej do protokołu, w omawianej normie mowa jest o dokumentach, a stanowisko ustne takiej formy nie stanowi.

Konkludując powyższe w stanie ustalonym w sprawie nie można obecnie zastosować art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., gdyż jego dyspozycja wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta zawiera cenę rażąco niską. Izba stanęła na stanowisku, iż nie można dokonać subsumpcji zaistniałego w sprawie stanu faktycznego pod normę art. 89 ust. 1 pkt. 4 p.z.p. i 90 ust. 3 p.z.p. i zamawiający prawidłowo nie zastosował sankcji w postaci odrzucenia oferty wykonawcy OPTeam S.A., co spowodowało, że nie było podstaw, aby uwzględnił on zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego.

Podstawą do stwierdzenia przez Izbę, że ustalony w sprawie stan faktycznym doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 p.z.p. było stwierdzenie, że wyjaśnienia przystępującego odpowiadają żądaniu zamawiającego, jednakże jedynie zapoczątkowały one proces mogący w przyszłości doprowadzić do pełnego wyjaśnienia zaoferowanej przez przystępującego ceny i dokonania jej kwalifikacji jako rażąco niskiej lub nie. W związku z tym nie budzi wątpliwości Izby, że w niniejszej sprawie, uwzględniając jej indywidualny stan na moment orzekania, istnieje potrzeba doprecyzowania elementów składających się na kalkulację ceny oferty i wobec treści wyjaśnień, a także argumentacji ze stanowiska zamawiającego, w przedmiocie uwzględnienia zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego - zamawiający był zobowiązany do ponownego wezwania przystępującego do wyjaśnienia najistotniejszych i budzących wątpliwości kwestii. Sprecyzowanie wątpliwości i oczekiwań ze strony zamawiającego, umożliwiłoby wykonawcy odniesienie się do nich na odpowiednim poziomie szczegółowości, a zatem dostarczenia zamawiającego na tyle precyzyjnego materiału dowodowego i wyjaśnień, aby uczynić proces kwalifikacji ceny jako rynkowej bądź rażąco niskiej procesem realnym i zgodnym z wymogami ustawy p.z.p.

Postępowanie wyjaśniające sposobu kalkulacji ceny, które przeprowadza zamawiający, umożliwia wezwanemu wykonawcy wykazanie, że prawidłowo skalkulował cenę, w oparciu o indywidualne uwarunkowania, zaś zamawiającemu oraz konkurencji poznanie i zweryfikowanie sposobu wyliczenia ceny oferty, co umożliwia, znajdującą merytoryczne podstawy, uzasadnioną analizę w przedmiocie tego, czy w toku składania ofert nie zostały naruszone przepisy prawa. Brak wyjaśnienia wątpliwości w sytuacji, w której takowe pojawiłyby się po stronie racjonalnie analizującego zaistniałą sytuację zamawiającego, skutkuje wytrąceniem postępowania z prawidłowych torów i operowanie w obszarze, gdzie żadna ze stron nie jest pewna, czy zostanie zapewniona prawidłowa realizacja zamówienia publicznego i zostanie spełniony jego cel. Z uwagi na to, zbyt pochopne lub nieuzasadnione zaniechanie czynności wyjaśniających, prowadzi do

zaburzenia prawidłowego badania i oceny ofert oraz naruszenia prawa, a także niesie ze sobą ryzyko, że środki publiczne nie będą wydatkowane poprawnie, a realizacja zamówienia napotka przeszkody, których – w przypadku prawidłowego i pełnego badania ofert – można byłoby z łatwością uniknąć. Zamawiający zainicjował postępowania wyjaśniające w oparciu o art. 90 ust. 1 p.z.p., jednakże ocena złożonych wyjaśnień, której dokonuje zamawiający, na kanwie art. 90 ust. 3 p.z.p., winna prowadzić do potwierdzenia, że zaoferowana cena jest ekwiwalentna bądź nierealna, w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego i wskazanych podstaw prawnych, na chwilę wyrokowania nie ma podstaw do przyjęcia, że przystępujący nie złożył wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p., ani że wyjaśnienia te są na tyle lakoniczne i gołosłowne, aby przyjąć, że nie zostały złożone. Ponadto, informacje podane w wyjaśnieniach nie potwierdzają w sposób jednoznaczny, że oferta wykonawcy zawiera cenę rażąco niską. W ocenie Izby zamawiający naruszył przepisy ustawy, ponieważ zapoczątkował jedynie proces wyjaśnienia ceny zaoferowanej przez przystępującego, natomiast z niezrozumiałych przyczyn przerwał go, dokonał czynności oceny ofert, a następnie podczas postępowania odwoławczego się z niej wycofał, stwierdzając, że cena oferty jest rażąco niska. Przy czym argumentacja zamawiającego, która w jego ocenie przekonuje, że cena jest nierealna prowadzi do wniosku, że naturalną konsekwencją analizy wyjaśnień przystępującego z dnia 25 lipca 2018 r. powinno być zmierzanie do usunięcia pojawiających się w wyniku pierwszych wyjaśnień wątpliwości – nie zaś wybór oferty najkorzystniejszej.

W związku z powyższym uprawnione jest stwierdzenie, że zamawiający nie dokonał oceny tych wyjaśnień w sposób pozwalający na ustalenie czy oferta została skalkulowana w sposób rzetelny. Wyjaśnienia złożone przez przystępującego, w ocenie Izby, powinny być zostać przez zamawiającego krytycznie przeanalizowane co do kosztów wskazanych w wyjaśnieniach, tj. w zakresie w jakim zamawiający chciałby wyjaśnić pozycję 8 formularza ofertowego dotyczącą instalacji i konfiguracji oraz uszczegółowienia co do kursu wymiany dolarów amerykańskich na złoty polski, jaki został przez przystępującego przyjęty. W ocenie Izby nie można również obecnie wykluczyć potrzeby dalszego doprecyzowania co do innych elementów, w zależności od ponownej oceny dokonanej przez zamawiającego.

Tym niemniej zaniechanie pełnego wyjaśnienia okoliczności wskazanych w sposobie kalkulacji ceny przystępującego doprowadziło do przedwczesnej oceny wyjaśnień wykonawcy jako kompletnych pomimo, iż – co oczywiste w zestawieniu z treścią argumentacji zamawiającego powodującej, że uwzględnił on zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny – nie były one do dokonania tej oceny wystarczające. Całość omawianych okoliczności powoduje, że zamawiający naruszył art. 90 ust. 3 p.z.p., który nakłada na niego obowiązek rzetelnej oceny wyjaśnień co do sposobu kalkulacji ceny oferty, uzyskanych na podstawie art. 90 ust. 1 p.z.p. i w konsekwencji należało przyjąć, że zamawiający zapoczątkował

proces właściwego wyjaśnienia zaofferowanej przez przystępującego ceny, jednakże pomimo nakazu art. 90 ust. 3 p.z.p. go nie zakończył, a zatem Izba nakazała zamawiającemu ponowienie czynności wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny.

Należy mieć przy tym na względzie utrwalone poglądy Krajowej Izby Odwoławczej o możliwości, a w niektórych przypadkach konieczności ponownego zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienia ceny na podstawie art. 90 ust. 1 p.z.p., wyrażone wielokrotnie w wyrokach z 11.01.2017 r. sygn. akt 2446/16, z 24.01.2017 r., sygn. akt: KIO 70/17, z 7.03.2017 r. sygn. akt: KIO 321/17, z 16.10.2017 r. sygn. akt KIO 2030/17, z 4.12.2017 r. sygn. akt KIO 2411/17 r., z dnia 6.12.2017 r. sygn. akt KIO 2358/17, które Izba w składzie orzekającym w niniejszej sprawie popiera i przyjmuje za własne.

Sankcja odrzucenia oferty przystępującego jest w ustalonym stanie sprawy nieadekwatna dla realizacji celu ustawy, jakim jest wybór oferty najkorzystniejszej, a taką jeszcze może okazać się oferta OPTeam S.A., tym bardziej, że ani zamawiający, ani odwołujący nie wykazali, aby z treści wyjaśnień wynikało, że cena jest nierealna, nierynkowa czy rażąco niska.

Wspomnieć należy również o wypracowanej w orzecznictwie Izby zasadzie jednokrotnego wzywania do wyjaśnienia w zakresie kalkulacji ceny na podstawie art. 90 ust. 1 p.z.p. Zaznaczyć jednak należy, zgodnie z celnym wywodem zawartym w wyroku Izby z 29.01.2018 r. sygn. akt. KIO 2717/17, którego wnioski Izba w składzie orzekającym w przedmiotowej sprawie podziela, że zasada jednokrotnego wezwania „znajduje zasadniczo zastosowanie w sytuacjach, w których wezwanie precyzyjnie wskazywało okoliczności, które należy wyjaśnić. W takiej sytuacji, w braku wyczerpującej odpowiedzi ze strony wykonawcy, nie należy ponownie wzywać go do złożenia wyjaśnień, a jedynie stwierdzić, że wykonawca nie podołał wynikającemu z art. 90 ust. 2 p.z.p. obowiązkowi wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu.” Zatem zasada jednokrotnego wezwania, w ocenie Izby, nie znajduje zastosowania w ustalonym stanie rzeczy rozpoznawanej sprawy.

Izba oddaliła zarzut oznaczony nr 7 w *petitum* odwołania – naruszenie przez zamawiającego art. 90 ust. 3 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty OPTeam S.A., pomimo że OPTeam S.A. nie udzielił wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego co do wyjaśnienia podejrzenia, że zaofferowana przez OPTeam S.A. jest rażąco niska.

Odwołujący nie wykazał okoliczności faktycznej na której oparto zarzut, tj. nie wykazano, że wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny przystępującego nie posiadają podpisu lub zostały podpisane przez osobę nieupoważnioną. Twierdzenia te nie znajdują również potwierdzenia w ustalonym stanie rzeczy, zatem zarzut jako bezpodstawny należało oddalić.

Nie potwierdził się zarzut odwołania sformułowany przez odwołującego jako naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty OPTeam S.A., pomimo iż treść tej oferty jest sprzeczna z SIWZ.

Wypełniając wymóg art. 196 ust. 4 p.z.p. i przytaczając przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, Izba wskazuje, że art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie Sądów Okręgowych i Izby. Podsumowując zawarte tam interpretacje normy wynikającej z art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. Rzeczona niezgodność dotyczyć powinna sfery merytorycznej zobowiązania określonego w SIWZ oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę, bądź polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ, z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy. Ponadto należy wykazać na czym konkretnie ta niezgodność polega, poprzez jednoznacznie wskazanie w ofercie co nie jest zgodne i w jaki sposób ta niezgodność występuje, w konfrontacji z klarownie wskazanymi i ustalonymi fragmentami SIWZ, dotyczącymi kwantyfikowalnych właściwości przedmiotu zamówienia, ewentualnie również z uzupełniającymi treść SIWZ modyfikacjami i wyjaśnieniami zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze można przyjąć, iż niezgodność oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ, ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie, oraz podania wszystkich wymaganych informacji z nim związanych (nawet przy jego rzeczywistej materialnej zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego). Natomiast zastosowanie przez zamawiającego odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. możliwe jest jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ - na podstawie art. 87 ust. 1 p.z.p., z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w treści oferty, wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu, lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian

w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. (por. wyrok KIO z 23.09.15 r., sygn. akt KIO 1974/17).

Tym samym punktem wyjścia dla ustalenia i stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia sporządzonej w danym postępowaniu.

Ogólnie wskazać w tym zakresie należy, podzielając stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z 28.05.2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Udostępnienie SIWZ jest bowiem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy określonego w SIWZ i po otwarciu ofert zamawiający nie może tych warunków zmienić ani od nich odstąpić. Natomiast powyższe warunki winny być interpretowane w miarę możliwości literalnie i ściśle – stanowi to gwarancję pewności obrotu i przez ograniczenie uznaniowości zamawiającego warunek realizacji zasady równego traktowania wykonawców, wyrażony w art. 7 ust. 1 p.z.p.

Przenosząc powyższy wywód na kanwę rozpoznawanej sprawy skład orzekający stwierdził, co zostało omówione we wcześniejszej części uzasadnienia, że odwołujący nie wykazał, aby w treści dokumentacji postępowania zamawiający zakazał wykonawcom dokonywania modyfikacji we wzorze formularza ofertowego.

Zatem skoro odwołujący nie wskazał treści SIWZ, która zabraniałaby ingerencji we wzór formularza cenowego, to *a priori* nie mogło dojść do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., z powodu dodania przez przystępującego pozycji 9 i 10 do tabeli cenowej formularza ofertowego (vide ppkt 3 pkt IV istotnych okoliczności). Izba podzieliła stanowisko zamawiającego w tym zakresie, iż dodatkowe pozycje zawierają elementy stanowiące przedmiot zamówienia, co ma odzwierciedlenie w dokumentacji postępowania, zatem nie doszło tu do merytorycznej niezgodności oferowanego zobowiązania w ofercie, w stosunku do opisanego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej.

Dodatkowo, Izba podzieliła wyjaśnienia zamawiającego i przystępującego, iż w pkt 9 i 10 formularza ofertowego przystępującego doszło do technicznej zamiany pozycji i jest to oczywista omyłka, co bezpośrednio wynika z zawartości obu pozycji, w korelacji ze stawkami VAT. Tym niemniej nie jest to błąd, jak wywodził odwołujący, powodujący niezgodność oferty z treścią SIWZ, a omyłka pisarska, która nie ma wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W zakresie rzekomej niezgodności treści oferty przystępującego z rozdziałem IV pkt 7 SIWZ uzasadnianej przez odwołującego jako brak zapewnienia w cenie przystępującego gwarancji producenta, Izba stwierdziła, że w tym przedmiocie odwołujący również nie sprostął ciężącemu na nim ciężarowi dowodowemu, a dodatkowo jak słusznie argumentował zamawiający odwołujący całkowicie pominął, że zawarcie w cenie wymaganej przez zamawiającego gwarancji wprost wynika z wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny przystępującego i złożonego wraz z nią dowodu.

Nie znalazły potwierdzenia w dokumentacji postępowania wywody odwołującego o niezgodności oferty przystępującego z § 2 ust. 10 załącznika nr 10 do SIWZ, z powodu pochodzenia urządzeń przystępującego spoza terenu Unii Europejskiej, które to odwołujący oparł na tezie, iż skoro oferta zakupowa przedstawiona przez przystępującego jest wyrażona w dolarach, to urządzenia przystępującego nie pochodzą z UE, nadto istnieje wątpliwość czy źródło to jest legalne. Odwołujący nie wykazał twierdzeń, z których wywodził korzystne dla siebie skutki prawne, pozostawiając je w sferze gołosłownych założeń. Ponadto Izba stwierdziła, że oferta zakupowa złożona przez przystępującego pochodzi z państwa członkowskiego UE, co dodatkowo powoduje, że spekulacje odwołującego są nieuzasadnione.

Co do rzekomej niezgodności oferty przystępującego z pkt 2, 3 i 6 rozdziału VIII SIWZ, Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał okoliczności, na których oparł zarzut, tj. odwołującego nie wykazał, że przystępujący złożył ofertę wyrażoną w dolarach amerykańskich. Teza postawiona przez odwołującego wydaje się bardziej być nawiązaniem do zarzutu związanego z kursem walutowym, ponieważ sama w sobie jest w oczywisty sposób niezgodna z ofertą przystępującego, która jest wyrażona w złotych polskich. Ponadto Izba podzieliła w tym zakresie trafne stanowisko zamawiającego, zawarte w odpowiedzi na odwołanie. Odwołujący nie wykazał również, że cena przystępującego nie obejmuje wszystkich kosztów i składników, niezbędnych do wykonania zamówienia, co miałyby być niezgodne z pkt 6 rozdziału VIII SIWZ. Twierdzenia odwołującego pozostały gołosłowne.

Powyższe powoduje również, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty OPTeam S.A., pomimo że oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny.

W ocenie Izby, w stanie ustalonym w sprawie, nie można zastosować art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p. o treści „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu”, ponieważ odwołujący nie wykazał aby taki błąd przystępujący popełnił, kiedy dyspozycja normy wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości istnienia niezgodności oferty w stosunku co do wymagań zamawiającego.

Natomiast, jak Izba stwierdziła we wcześniejszej części uzasadnienia, odwołujący nie wykazał ani tezy, iż oferta przystępującego została sporządzona w dolarach amerykańskich, czy, że została wadliwie przewalutowana, ani twierdzeń, że oferta zakupowa dostawcy przystępującego jest sprzeczna z ofertą przystępującego, złożoną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, czy żeby treść wyjaśnień potwierdzała, że doszło do błędu. Zatem nie wykazano, aby jakkolwiek błąd w obliczeniu ceny przystępujący popełnił, zarówno co do ceny całkowitej oferty, jak i w stosunku co do ceny elementu kalkulacji z pozycji 4 formularza ofertowego przystępującego.

Reasumując, odwołujący nie sprostął ciężącemu na nim ciężarowi dowodowemu, jako wykazanie podniesionych tez. Zgodnie z dyspozycją art. 190 ust. 1 p.z.p. obowiązkiem stron jest wskazanie dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Izby) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (*vide* wyrok Sądu Najwyższego, sygn. akt II CSK 293/07).

W konsekwencji powyższego zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. oraz zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p. został przez Krajową Izbę Odwoławczą oddalony.

Izba uznała również za chybioną argumentację odwołującego dotyczącą naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 z.n.k. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty OPTeam S.A., pomimo że oferta ta zawiera niedopuszczalne tzw. przerzucanie kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami formularza ofertowego, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, zatem zarzut ten został przez Izbę oddalony.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.” Należy zwrócić uwagę, że nie jest to podstawa samoistna, a zastosowanie odrzucenia oferty na kanwie omawianej normy wymaga wykazania przez stronę jakim czynem stypizowanym w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2018 r. poz. 419 ze zm.) - dalej jako „z.n.k.”, mamy do czynienia i na czym on w okolicznościach konkretnej sprawy polega.

Odwołujący w treści odwołania podniósł, że przystępujący dokonuje nieuprawnionego przerzucania kosztów pomiędzy pozycjami formularza ofertowego, co w jego ocenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji określony w klauzuli generalnej, w postaci w art. 3 ust. 1 z.n.k.

zgodnie z którym „czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”.

Jednakże, wobec braku wykazania przez odwołującego, że zamawiający w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zakazał dokonania wyceny elementów instalacyjnych przełącznika rdzeniowego w pozycji kalkulacji pn. instalacja i konfiguracji, co wywiedziono we wcześniejszej części uzasadnienia, do nieuprawnionego „przerzucania kosztów” a *priori* nie mogło dojść. Zatem zarzuty odwołującego w tym zakresie nie mogły doprowadzić do przyjęcia naruszenia prawa przez zamawiającego, co uczyniło je bezzasadnymi.

Izba oddaliła zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p. - poprzez zaniechanie wykluczenia OPTeam S.A., pomimo że wykonawca ten, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, poprzez niezgodne z prawdą twierdzenie, że złożona oferta jest zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ oraz poprzez wywołanie u zamawiającego mylnego przekonania, iż oferta ta jest najkorzystniejsza spośród ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, co miało istotny wpływ na decyzje podjęte w postępowaniu przez zamawiającego, tj. skutkowało błędnym dokonaniem przez zamawiającego czynności wyboru oferty OPTeam S.A. jako najkorzystniejszej - oznaczony w odwołaniu jako nr 6, wobec stwierdzenia przez Izbę, że zarzut ten nie posiada uzasadnionych podstaw.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej kryteriami selekcji, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Natomiast na kanwie art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z jednolitą linią orzecniczą, celnie określoną m.in. w wyrokach z 14.03.2017 r. sygn. akt 348/17, z 18.04.2018 r. sygn. akt 576/18, z 12.05.2017 r. sygn. akt KIO 836/17, z 19.06.2017 r. sygn. akt KIO 1058/17, z 10.07.2017 r. sygn. akt KIO 1257/17, skład orzekający wskazuje co następuje.

Dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. muszą zostać kumulatywnie spełnione następujące przesłanki:

1. przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd,
2. błąd polegał na przyjęciu przez zamawiającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu,
3. przedstawienie informacji jest wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa;

natomiast art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. dla jego zastosowania wymaga łącznego zaistnienia poniższych przesłanek:

1. przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd,
2. przedstawienie informacji jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa,
3. informacja ma lub może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Na wstępie rozważań Izba zaznacza, w zakresie interakcji pomiędzy mającymi zastosowanie podstawami wykluczenia, że hipoteza art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p., będąca kwalifikowanym wprowadzeniem zamawiającego w błąd, absorbuje hipotezę art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy p.z.p.

Następnie Izba wskazuje, że pierwszą i wspólną przesłanką stwierdzenia, że zastosowanie znajdzie sankcja połączona z wyczerpaniem hipotezy obu ww. przepisów jest wprowadzenie zamawiającego w błąd, które polega na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę, a rzeczywistością. Stan ten zaistnieje, gdy przedstawione zostaną informacje niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji zamawiający zostaje wprowadzony w błąd, czyli nabiera mylnego wyobrażenia o stanie faktycznym lub też skutkuje to po jego stronie brakiem jakiegokolwiek wyobrażenia o nim.

Wobec braku wykazania przez odwołującego, że przystępujący zamawiającego wprowadził w błąd, w tym z powodu braku potwierdzenia się zarzutów odwołania, wskazanych przez odwołującego w pkt 2 – 5 i 7 *petitum* odwołania, nie mógł zostać również uwzględniony przez Izbę zarzut oznaczony pkt 6. Zatem Izba uznała za chybiony zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p.

W konsekwencji powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 p.z.p., orzeczono jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, który należy rozumieć przez pryzmat pojęcia tego postępowania zdefiniowanego w art. 2 pkt 7a p.z.p., a więc jako akt wyboru oferty tego

wykonawcy z którym zamawiający zawrze umowę (*vide* postanowienie Sądu Najwyższego z 12.02.2014 r. sygn. akt IV CSK 291/13).

Stwierdzenie naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 p.z.p. powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p., gdyż wadliwe czynności zamawiającego miały bezpośredni wpływ na przedwczesny wybór oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 5 ust. 4 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), obciążając zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego w postaci wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, zgodnie ze złożoną fakturą VAT.

Przewodniczący:

.....