

Sygn. akt: KIO 70/17

**WYROK**  
**z dnia 24 stycznia 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 stycznia 2017 r. przez wykonawcę: **T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa - Najwyższa Izba Kontroli, ul. Filtrowa 57, 02-056 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy: **Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa, i:**
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający, Najwyższa Izba Kontroli w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług transmisji danych w Sieci WAN dostępu do Internetu”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2016/S 162-293163 w dniu 24 sierpnia 2016 r.

W dniu 30 grudnia 2016 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty. Za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez wykonawcę Netia S.A., a oferta złożona przez T-Mobile Polska S.A. została odrzucona.

Wykonawca T-Mobile Polska S.A. wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że jej treść odpowiada treści SIWZ;
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że zaoferowana przez Odwołującego cena nie jest ceną rażąco niską, co potwierdzają wyjaśnienia w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty oraz załączone do nich dowody;  
ewentualnie: art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie ponownego wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;
3. art. 7 ust 1 i 3 Pzp, poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy) oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, a także inne przepisy wskazane lub wynikające z uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;  
ewentualnie: wezwanie Odwołującego do udzielenia wyjaśnień;
3. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

### **I. Odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.**

Zamawiający pismem z dnia 2 listopada 2016 r. wezwał Odwołującego do złożenia

wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. W ocenie Zamawiającego, część informacji przedstawionych przez Odwołującego w wyjaśnieniach z dnia 14 listopada 2016 r., w tym nazwa i typ routera nie były podane w ofercie. Zdaniem Zamawiającego, podane przez Odwołującego w wyjaśnieniach, a więc również te niepodane w ofercie, typy elementów montowanych Routera CE oraz Serwera do systemu monitoringu nie mają charakteru standardowego, gdyż przez elementy standardowe należy rozumieć takie elementy, które producent oferowanego urządzenia zapewnia w wersji podstawowej.

Zdaniem Odwołującego, odrzucenie jego oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jest nieuzasadnione, gdyż treść złożonej przez niego oferty odpowiada treści SIWZ, a Odwołujący w załączniku do formularza oferty, sporządzonym zgodnie z załącznikiem nr 1b do SIWZ, potwierdził spełnianie przez oferowane rozwiązania wszystkich wymagań Zamawiającego.

Odnosząc się do powyższego zarzutu Odwołujący wskazał, że w wezwaniu z dnia 2 listopada 2016 r. Zamawiający wezwał Odwołującego m.in. do wskazania, która z wymienionych w pkt V.1 Formularza oferty nazw jest nazwą oferowanego Routera CE (pkt 1 ppkt 1 wezwania). Zamawiający nie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie typu routera. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, zarówno nazwa, jak i typ routera były podane w ofercie, co potwierdzają złożone przez Odwołującego wyjaśnienia, w których wskazał on, które konkretnie z podanego przez niego ciągu znaków oznaczają nazwę producenta i nazwę routera.

Zgodnie z instrukcją zawartą w pkt V formularza oferty, odnośnie routera: „Wykonawca zobowiązany jest podać nazwę producenta i typ wszystkich tych elementów montowanych w routerze, które nie są jego standardowym wyposażeniem. Wykonawca zobowiązany jest również podać informację o nazwie i wersji zastosowanego oprogramowania (IOS) routera.” Odnośnie serwera do systemu monitoringu: „Wykonawca zobowiązany jest podać nazwę producenta i typ wszystkich tych elementów montowanych w serwerze systemu monitoringu, które nie są jego standardowym wyposażeniem.”

Zamawiający w żadnym miejscu SIWZ lub formularza oferty nie wskazał, co należy rozumieć pod sformułowaniem „standardowe wyposażenie”. Z przytoczonego powyżej opisu wynikało jedynie, że wykonawca nie ma obowiązku wskazywać nazwy producenta i typu wszystkich tych elementów, które nie są standardowym wyposażeniem routera lub systemu monitoringu.

Pozostała argumentacja w zakresie omawianego zarzutu została przedstawiona w załączniku nr 1 do odwołania, zawierającego informacje objęte zastrzeżeniem jako tajemnica przedsiębiorstwa.

## **II. Odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 Pzp.**

Zaoferowana przez Odwołującego cena nie jest ceną rażąco niską, co zostało wykazane w złożonych wyjaśnieniach elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oraz w załączonych dowodach. Cena zaoferowana przez Odwołującego jest ceną realną i rynkową, za którą możliwe jest należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Cena ta obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, a także gwarantuje osiągnięcie godziwego zysku, co potwierdzają wyjaśnienia złożone w dniu 14 listopada 2016 r., w których wskazano obiektywne czynniki mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oraz załączono dowody.

Oceniając złożone wyjaśnienia należy mieć na uwadze, iż wezwanie podyktowane było różnicą ceny złożonej oferty w stosunku do wartości, które nie stanowią realnego punktu odniesienia dla rzeczywistych kosztów realizacji zamówienia. Wartość średnia złożonych ofert uległa zawyżeniu ze względu na rażąco wysoką cenę oferty Orange Polska S.A., która istotnie odbiega od cen pozostałych dwóch ofert, jak również przekracza wartość zamówienia oszacowaną przez Zamawiającego. Cena zaoferowana przez Odwołującego nie odbiega w sposób znaczący od ceny zaoferowanej przez wykonawcę Netia S.A. Różnica ta jest przejawem konkurencji panującej na wysoce konkurencyjnym rynku usług telekomunikacyjnych.

Jeżeli przy badaniu złożonych wyjaśnień, Zamawiający uznał, iż są one niepełne lub budzą wątpliwości, zobowiązany był do ponownego wezwania T-Mobile do wyjaśnienia tych kwestii. Odwołujący wobec ogólnikowej treści wezwania do udzielenia wyjaśnień, złożył je w dobrej wierze i w sposób, który w jego ocenie jest wystarczający dla wykazania realności zaoferowanej ceny. Dopiero dookreślenie oczekiwań ze strony Zamawiającego umożliwiłoby wykonawcy zidentyfikowanie, które elementy są dla Zamawiającego istotne i odniesienie się do nich na odpowiednim poziomie szczegółowości. Już chociażby z tego powodu, odrzucenie oferty T-Mobile należy uznać za przedwczesne. W orzecznictwie sądów powszechnych potwierdzona jest możliwość kilkakrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art 90 ust. 1 Pzp, tak m.in. w wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 9 grudnia 2010 r., sygn. akt V Ga 122/10. Dopuszczalność ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp została również potwierdzona w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Zbieżny pogląd został również wyrażony w zamieszczonej w Informatorze UZP nr 11/2013 opinii pt. „Badanie oferty pod kątem rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

Odrzucenie *a priori* oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp z uwagi na wątpliwości Zamawiającego związane z analizą odpowiedzi Odwołującego na wezwanie do wyjaśnienia ceny należy uznać za bezzasadne oraz naruszające w szczególności art. 89

ust. 1 pkt 4 Pzp, art. 90 ust. 1-3 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp. Wątpliwości Zamawiającego związane z analizą złożonych przez Odwołującego wyjaśnień powinny prowadzić ewentualnie do ponownego wezwania wykonawcy do wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a nie do odrzucenia oferty jako zawierającej cenę rażąco niską.

Szczegółowa argumentacja merytoryczna w powyższym zakresie została przedstawiona w załączniku nr 1 do odwołania, którego treść została zastrzeżona jako zawierająca informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący wniósł o nieudostępnienie treści załącznika nr 1 do odwołania innym podmiotom oraz rozpoznanie odwołania w tym zakresie z wyłączeniem jawności.

Wykonawca: Netia S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający, pismem z dnia 20 stycznia 2017 r., złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości. W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Zamawiający wyjaśnił, że w ofercie Odwołującego zostały wskazane nazwy bez określenia jakich elementów one dotyczą (pkt V.1 oferty), wobec czego nie było wiadome, które z podanych nazw dotyczą oferowanych urządzeń i ich elementów. W dniu 2 listopada 2016 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy o wyjaśnienie treści oferty w powyższym zakresie. Odwołujący złożył wyjaśnienia, w których podał nazwy i typy elementów, a także nazwę i typ routera, które nie były podane w ofercie. Podane elementy miały charakter niestandardowy. W ocenie Zamawiającego, w ofercie zostały podane nazwy oprogramowania zastosowanego w oferowanym urządzeniu, a nie nazwa i typ samego routera. Wskazując na prawidłowość przyjętego rozumienia pojęcia „elementów standardowych”, Zamawiający powołał się na definicję słownikową i powszechne rozumienie tego pojęcia w języku branżowym. Zdaniem Zamawiającego, potwierdza je również fakt, że pozostali wykonawcy prawidłowo odczytali znaczenie tego pojęcia i prawidłowo wypełnili pkt V formularza ofertowego. Prawidłowość przyjętego rozumienia pojęcia „elementów standardowych” potwierdził także sam Odwołujący, składając wraz z wyjaśnieniami ofertę na trzy urządzenia o tej samej nazwie, ale posiadające różne elementy wyposażenia. Zamawiający wskazał, że producenci oferowanych urządzeń nie posiadają w swojej ofercie gotowych rozwiązań, w całości zgodnych z wymaganiami Zamawiającego, a umożliwiają jedynie składanie urządzeń z gotowych modułów, stosownie do wymagań specyfikacji, co Odwołujący sam wskazał w wyjaśnieniach. Do elementów standardowych tego rodzaju urządzeń należą tylko elementy niezmiennie: obudowa, płyta główna i zasilacz. Wszystkie dobierane elementy: pamięć, dyski, karta graficzna, karty sieciowe, procesor są elementami niestandardowymi. Brak podania w ofercie wymaganych informacji nie może podlegać

sanowaniu na etapie badania ofert i uzupełnieniu w oparciu o złożone wyjaśnienia, co naruszałoby art. 87 ust. 1 Pzp. Zamawiający wyjaśnił także, że na podstawie danych z oferty nie było możliwości oceny, czy dostarczone urządzenia będą tożsame z zaoferowanymi. Zamawiający wyjaśnił, że Odwołujący nie skorzystał z możliwości wskazania w załączniku nr 1b do SIWZ (w kolumnie „d”), w którym miejscu dokumentacji technicznej znajduje się potwierdzenie spełnienia minimalnych wymagań (parametrów) określonych w SIWZ. Brak określenia w ofercie elementów składających się na przedmiot zamówienia i dodatkowo niepodanie nazwy i stron dokumentacji powoduje, że niemożliwe jest stwierdzenie, czy zaoferowane urządzenia spełniają parametry techniczne określone przez Zamawiającego.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, Zamawiający wyjaśnił, że cena oferty Odwołującego jest niższa o 66% od wartości zamówienia oraz o 40% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, co stanowiło podstawę do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący nie przedstawił przekonywujących wyjaśnień, pomimo wystarczającego czasu na przygotowanie wyjaśnień (na prośbę wykonawcy Zamawiający przedłużył termin do 12 dni). Zamawiający zwrócił uwagę na różnicę w cenie oferty Odwołującego i wykonawcy Netia S.A., który świadczy dla Zamawiającego usługę transmisji danych jako dotychczasowy wykonawca. Posiada on niezbędną dla Zamawiającego infrastrukturę. Odwołujący jest natomiast zmuszony do wykonania, ewentualnie odpłatnego uzyskania dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej do siedemnastu lokalizacji Zamawiającego, co stanowi najistotniejszy koszt, który powinien zostać uwzględniony w ofercie Odwołującego. Odwołujący zaniechał wyjaśnienia rozmiarów koniecznych inwestycji oraz ich kosztów w złożonych wyjaśnieniach. Nie wskazał ilości linii i przyłączy do wykonania, w związku z czym nie jest możliwa ocena realności podanej w tym zakresie kwoty. Nie podano też kosztu jednostki światłowodowej i przyłącza. W wyjaśnieniach brak jest informacji, czy wykonawca posiada jakąkolwiek gotową infrastrukturę umożliwiającą mu wykonanie zamówienia lub w jaki sposób uzyska do niej dostęp. Dopiero w odwołaniu wykonawca podał dodatkowe informacje, jednak nadal są one zbyt ogólne i nie zostały udowodnione przez Odwołującego. Zamawiający wskazał także, że całkowite wynagrodzenie netto w ofercie i w wyjaśnieniach nie pokrywają się. Wykonawca odmiennie policzył tę wartość niż w ofercie. Podobnie w przypadku systemu monitoringu, w wyjaśnieniach Odwołujący nie wskazał pozycji dotyczących oprogramowania, licencji na oprogramowanie i kosztów wdrożenia oprogramowania. Próba uwzględnienia tych kosztów w tabeli nr 2 na str. 9 wyjaśnień stanowi próbę ukrycia błędów w kosztorysie. Ponadto, wyjaśnienia zawierają elementy niezgodne ze specyfikacją (pkt 10.2.2-10.2.4 załącznika nr 1A do SIWZ i drugi myślnik pod tabelą nr 2 lit. b na str. 10 wyjaśnień). Wykonawca wskazał inny sposób komunikacji w systemie monitoringu niż wymagany przez Zamawiającego - bramka SMS z kartą SIM. Zdaniem Zamawiającego,

błędne jest też podanie całej kwoty usługi pod tabelą nr 3 lit.c myślnik czwarty, wliczonej w koszt zamówienia, bez jakiegokolwiek komentarza.

Ponadto, w wyjaśnieniach nie wskazano dowodów potwierdzających uwzględnienie kosztów utrzymania w ruchu usług dostępu do Internetu wraz z kosztami towarzyszącymi, tj. usługi DDoS i DNS ani dowodów potwierdzających uwzględnienie kosztów związanych z utrzymaniem w ruchu usług transmisji danych w sieci WAN i dostępu do Internetu w okresie 36 miesięcy realizacji zamówienia. Wykonawca, przedstawiając koszty w tabeli nr 5 wyjaśnień (pkt lit.e), wskazał przykładowy otwarty katalog składników, co oznacza, że nie jest możliwe dokonanie wiarygodnej oceny podanej kwoty. Niewiarygodne jest również wyjaśnienie wykonawcy dotyczące źródła pozyskania niektórych urządzeń, w sytuacji niewykazania jaki to sprzęt, w jaki sposób i od kiedy odwołujący będzie nim dysponował oraz jaki będzie faktyczny koszt związany z alokacją tych urządzeń na rzecz Zamawiającego (nad tabelą nr 3 lit. b ostatni akapit wyjaśnień).

**Krajowa Izba Odwoławcza**, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie zostało rozpoznane w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r. i ma zastosowanie w niniejszej sprawie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący złożył ofertę, która w przypadku uwzględnienia odwołania w zakresie zarzutów dotyczących odrzucenia oferty Odwołującego, podlegałaby uznaniu za najkorzystniejszą.

Izba uznała za skuteczne przystąpienie wykonawcy Netia S.A. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.



Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług transmisji danych w Sieci WAN dostępu do Internetu. Opis przedmiotu zamówienia został opisany w pkt III SIWZ, przy czym w ppkt 5, wskazane zostały dokumenty zawierające szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, tj. załącznik nr 1 do SIWZ – Warunki realizacji, Załącznik nr 1b do SIWZ – Zestawienie parametrów technicznych dla Routera CE oraz Serwera systemu monitoringu. Dokument ten określa minimalne wymagania Zamawiającego dla oferowanego sprzętu oraz Załącznik nr 2 do SIWZ – Wzór umowy, zgodnie z którym wykonawca jest zobowiązany wykonać zamówienie na zasadach i warunkach opisanych we wzorze Umowy wraz z załącznikami.

W zakres przedmiotu zamówienia, oprócz usług opisanych w pkt III.1.1 – III.1.4 oraz III.1.6 – III.1.9, wchodzi także roboty budowlane (pkt III.1.5) – niezbędne do uruchomienia i świadczenia usług, o których mowa w pkt III.1.1 – III.1.3.

Zgodnie z wzorem Formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ, Zamawiający wymagał przedstawienia ceny ofertowej zgodnie z wypełnioną tabelą nr 1 (pkt IV.2 Formularza ofertowego) „Wyliczenie ceny ofertowej” zawierającą 6 pozycji, ze wskazaniem wartości netto, zastosowanej stawki podatku VAT i wartości brutto.

Zgodnie z pkt IV.4 Formularza ofertowego, poszczególne wartości brutto z tabeli nr 1 miały odpowiadać sumie wartości brutto odpowiednich wierszy zawartych w tabeli nr 2, zawierającej „Szczegółowe zestawienie należności za świadczenie usługi transmisji danych w Sieci WAN, dostępu do Internetu i serwisu pogwarancyjnego Routerów CE w ujęciu miesięcznym”.

W pkt V Formularza ofertowego Zamawiający wymagał złożenia przez wykonawców oświadczenia, że zgodnie z załączonym do Formularza ofertowego wypełnionym „Zestawieniem parametrów technicznych Routera CE oraz serwera do systemu monitoringu” (załącznik nr 1b do SIWZ) wykonawca oferuje; w pkt 1. Router CE dla dostępu do Internetu w siedzibie Zamawiającego w Warszawie (...) oraz w pkt 2. Serwer dla systemu monitoringu (...).

Zgodnie z instrukcją zawartą poniżej (w pkt V Formularza oferty) odnośnie routera Zamawiający wskazał, że „Wykonawca zobowiązany jest podać nazwę producenta i typ wszystkich tych elementów montowanych w routerze, które nie są jego standardowym wyposażeniem. Wykonawca zobowiązany jest również podać informację o nazwie i wersji zastosowanego oprogramowania (IOS) routera.” Odnośnie serwera systemu monitoringu, wykonawcy zostali zobowiązani natomiast w następującym zakresie: „Wykonawca zobowiązany jest podać nazwę producenta i typ wszystkich tych elementów montowanych w serwerze systemu monitoringu, które nie są jego standardowym wyposażeniem.”

**Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty złożonej Odwołującego, której treść nie odpowiada treści SIWZ.**

W złożonym w ofercie Odwołującego Formularzu ofertowym, którego treść została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa, Odwołujący wypełnił wymagane pozycje w pkt V ppkt 1 i 2 w zakresie Routera CE i serwera systemu monitoringu. W pierwszej pozycji podano ciągi znaków oddzielone przecinkami i średnikiem, natomiast w drugiej pozycji – nazwę producenta i nazwę serwera.

Zamawiający, pismem z dnia 2 listopada 2016 r., wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie powyższych elementów oferty. Zamawiający wezwał Odwołującego m.in. do wskazania, która z wymienionych w pkt V.1 Formularza oferty nazw jest nazwą oferowanego Routera CE (pkt 1 ppkt 1 wezwania).

Odwołujący złożył wyjaśnienia w dniu 14 listopada 2016 r. Jak wynika z treści złożonych wyjaśnień, część informacji przedstawionych przez Odwołującego w wyjaśnieniach, w tym nazwa i typ oferowanego routera nie były podane w ofercie. Wbrew twierdzeniom Odwołującego zawartym w odwołaniu, w jego ofercie nie podano nazwy ani typu routera. Potwierdzają to złożone przez Odwołującego wyjaśnienia, w których wykonawca podał nazwę routera, która nie ma swojego odpowiednika w ciągu znaków podanych w ofercie. Na rozprawie Odwołujący wyjaśnił ponadto, że poszczególne części ciągu znaków w ofercie w pkt V.1 oznaczają nazwy oprogramowania i licencji, co potwierdza, że nie są to nazwy urządzenia i jego elementów, ani producenta.

Ponadto, w wyjaśnieniach Odwołujący opisał typy elementów montowanych w routerze i serwerze do systemu monitoringu, wskazując m.in., że mają one w jego ocenie charakter standardowy. W oparciu o treść wyjaśnień złożonych przez Odwołującego można stwierdzić, że przedstawione w wyjaśnieniach elementy Routera CE oraz Serwera do systemu monitoringu, wbrew wymaganiom Zamawiającego określonym w SIWZ (jak wyżej), nie zostały podane w ofercie Odwołującego, choć nie są ich standardowym wyposażeniem. W ocenie Izby, treść wyjaśnień potwierdza, że powyższe urządzenia są konfigurowane odpowiednio do wymaganych funkcjonalności, a zatem poszczególne elementy tych urządzeń są odpowiednio dobierane i komponowane w zależności od wymagań odbiorcy. Dlatego, w ocenie Izby, w świetle wyjaśnień złożonych przez Strony postępowania, nie budzi wątpliwości fakt, że elementy te nie są takie same (tj. standardowe) dla każdego urządzenia o danej nazwie. Potwierdzają ten fakt również oferty załączone przez Odwołującego do wyjaśnień.

Choć Odwołujący w załączniku do Formularza oferty, zgodnie z Załącznikiem nr 1b do SIWZ, potwierdził spełnianie przez oferowane rozwiązania wszystkich wymagań, to nie wypełnił kolumny „d” tej tabeli, w której mógł wskazać miejsca w dokumentacji technicznej potwierdzające spełnienie wymagań Zamawiającego. Wobec powyższego nie możliwe

ustalenie przez Zamawiającego czy oferowane urządzenia rzeczywiście spełniają minimalne wymagania SIWZ.

Brak podania przez Odwołującego w ofercie wymaganych informacji w tych okolicznościach nie stanowi jedynie braku formalnego, gdyż wobec braku informacji charakteryzujących od strony technicznej oferowane urządzenia Zamawiający nie może dokonać prawidłowej oceny, jakie faktycznie urządzenia zostały zaoferowane oraz czy i w jakim ewentualnie stopniu spełniają one wymagania SIWZ. Jednocześnie należy podkreślić, że nie jest możliwe uzupełnienie tych informacji na podstawie złożonych wyjaśnień, gdyż stanowiłoby to niedozwoloną w świetle art. 87 ust. 1 Pzp zmianę treści oferty.

W tych okolicznościach Izba uznała, że odrzucenie oferty Odwołującego w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jest uzasadnione, gdyż treść złożonej oferty nie odpowiada treści SIWZ, co potwierdziły wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę.

**Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, ewentualnie naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie ponownego wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.**

Jak ustalono w postępowaniu, cena oferty Odwołującego jest niższa o 66% od wartości zamówienia oraz o 40% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, co stanowiło podstawę do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Cena zaoferowana przez Odwołującego nie odbiega w sposób znaczący od ceny zaoferowanej przez wykonawcę Netia S.A., który uzyskał drugą pozycję w rankingu ofert. Różnica występująca pomiędzy ceną zaoferowaną przez Odwołującego, a Netia choć nie jest znaczna, to biorąc pod uwagę fakt, że wykonawca Netia posiada część niezbędną do świadczenia tych usług infrastruktury, może budzić istotne wątpliwości, które powinny być dogłębnie wyjaśnione w ofercie Odwołującego.

Zamawiający skierował do Odwołującego w dniu 2 listopada 2016 r. wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, podyktowane różnicą ceny złożonej oferty w stosunku do wartości zamówienia oraz w stosunku do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Zamawiający sformułował wezwanie w sposób ogólny, nie żądając wyjaśnień w jakimś szczególnie określonym zakresie kosztów.

W złożonych wyjaśnieniach oraz w załączonych do nich dowodach (pismo z dnia 14 listopada 2016 r.) zastrzeżonych w części jako tajemnica przedsiębiorstwa, Odwołujący wskazał czynniki mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oraz przedstawił

poszczególne wartości elementów składających na pozycje kosztowe oferty.

Złożone wyjaśnienia nie mogą być uznane za pełne i przekonujące co do rynkowego charakteru ceny oferty Odwołującego. Słuszne jest w tym zakresie stanowisko Zamawiającego, że wyjaśnienia te budzą nadal wątpliwości. Skoro jednak złożone wyjaśnienia budzą dalsze wątpliwości, to nie stanowi to jednak wystarczającej podstawy do uznania, że cena oferty jest rażąco niska. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę muszą ten fakt potwierdzać, aby dana oferta mogła zostać odrzucona.

Zwrócić należy uwagę na fakt istotny w tej sprawie, tj. że wezwanie zostało sformułowane przez Zamawiającego w sposób ogólny, w oparciu o brzmienie przepisu. Zamawiający nie sformułował w tym wezwaniu swoich wątpliwości w jakimkolwiek zakresie. Wykonawca w odpowiedzi na tak ogólne wezwanie mógł przyjąć za wystarczające wyjaśnienia w takiej formie i w taki sposób, który w ocenie Odwołującego był wystarczający dla wykazania realności zaoferowanej ceny. Wobec dalszych wątpliwości wynikających z treści złożonych w tej formie wyjaśnień, Zamawiający był zobowiązany do ponownego wezwania T-Mobile do wyjaśnienia najistotniejszych i budzących jego wątpliwości kwestii. Sprecyzowanie wątpliwości i oczekiwań ze strony Zamawiającego, umożliwiłoby wykonawcy odniesienie się do nich na odpowiednim poziomie szczegółowości.

W związku z powyższym odrzucenie oferty T-Mobile na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1-3 Pzp należało uznać za przedwczesne. W konsekwencji należało też stwierdzić naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niezapewnienie w postępowaniu zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy.

Naruszenie przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp - art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1-3 90 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp, w świetle art. 192 ust. 2 Pzp, nie ma i nie może mieć wpływu na wynik postępowania, wobec faktu, że oferta Odwołującego podlega i tak odrzuceniu z innych przyczyn, tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Wobec powyższego, mimo stwierdzonego naruszenia przepisów ustawy Pzp odwołanie nie zostało uwzględnione.

Tym samym udzielenie zamówienia wykonawcy Netia S.A. w ustalonym stanie rzeczy nie jest niezgodne z przepisami ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

.....