

Sygn. akt: KIO 67/18

**WYROK
z dnia 23 stycznia 2018 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 stycznia 2018 r. przez Odwołującego: Galaxy Systemy Informatyczne sp. z o.o., ul. Fabryczna 13/1, 65-410 Zielona Góra w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Warszawski Uniwersytet Medyczny, ul. Żwirki i Wigury 61, Warszawa 02-091

przy udziale wykonawcy Zakład Systemów Komputerowych ZSK sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 67/18 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o., ul. Fabryczna 13/1, 65-410 Zielona Góra i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego: Galaxy Systemy Informatyczne sp. z o.o., ul. Fabryczna 13/1, 65-410 Zielona Góra tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Warszawski Uniwersytet Medyczny, ul. Żwirki i Wigury 61, Warszawa 02-091 wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę oprogramowania do wsparcia procesu dydaktycznego i elektronicznego egzaminowania studentów - opracowanie projektu funkcjonalnego i technicznego systemu oraz jego implementacja”, numer zamówienia: AEZ/ S—123/ 2017.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 13 października 2017r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem Dz.U./S S197.

W dniu 2 stycznia 2018 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu: Galaxy Systemy Informatyczne sp. z o.o., ul. Fabryczna 13/1, 65-410 Zielona Góra informację o wyborze, jako najkorzystniejszej oferty spółki ZSK sp. z o.o. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Odwołujący w dniu 12 stycznia 2018r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579), zwanej dalej ustawą Pzp:

1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców; 2) art 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Zakład Systemów Komputerowych ZSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, zwanego dalej ZSK pomimo, iż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

3) art. 90 ust 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty spółki ZSK pomimo tego, że spółka nie udzieliła wyjaśnień i nie przedłożyła dowodów w sposób potwierdzający iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia;

4) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechania odrzucenia oferty spółki ZSK pomimo, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

5) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przez dokonanie wyboru oferty złożonej przez spółkę, jako oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy oferta ta podlega odrzuceniu, a to

oferta złożona przez Odwołującego powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza, z uwagi na to, że oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu, a jednocześnie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle postawionych kryteriów oceny ofert, spośród ofert niepodlegających odrzuceniu;

6) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy.

Ze względu na podniesione zarzuty Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru, jako najkorzystniejszej oferty spółki ZSK sp. z o.o.;
- 2) odrzucenia oferty spółki ZSK sp. z o.o.;
- 3) nakazanie ponownej oceny złożonych ofert i wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący stanął na stanowisku, iż Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez spółkę ZSK sp. z o.o. pomimo tego, że oferowana cena jest rażąco niska.

Zwrócił uwagę, że Zakład Systemów Komputerowych z siedzibą w Krakowie zaoferował w toku postępowanie realizację zamówienia za kwotę 712 643,00 zł brutto, zaś cena zaoferowana przez Odwołującego była na kwotę: 1 245 070,00 zł brutto.

Zauważył również, że Zamawiający wartość przedmiotu zamówienia ustalił na poziomie: 1 109 866,68 zł.

Odwołujący wskazał również, że pismem z dnia 11 grudnia 2017 r. Zamawiający na podstawie art. 90 ust 1 ustawy Pzp wezwał ZSK do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonanie zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy osób wskazanych do realizacji przedmiotu umowy, 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 minimalny wynagrodzeniu pracą (Dz.U. z 2017 poz. 847),
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów,

- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym obowiązujący w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie,
- 4) wynikający z przepisów prawa ochrony środowiska,
- 5) powierzenia wykonania zamówienia podwykonawcy,
- 6) innych elementów które zdaniem wykonawcy mają istotny wpływ na cenę oferty.

Zaznaczył przy tym, że Zamawiający podał wartość przedmiotu zamówienia powiększoną o należny podatek od towarów i usług, ustaloną przed wszczęciem postępowanie zgodnie z art. 35 ust 1 jako wynoszącą 1 109 866,68 zł. 70% tej wartości to 776 906,67 zł.

Podniósł również okoliczność poinformowania Zamawiającego, że zgodnie z art. 90 ust 2 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Odwołujący wyjaśnił, że pismem z dnia 13 grudnia 2017 r. Wykonawca konkurencyjny wskazał, że cena za wykonanie przedmiotu zamówienia została rzetelnie skalkulowana w oparciu o wiedzę i doświadczenie w realizacji projektów o podobnej złożoności. Zostały w niej ujęte wszelkie koszty związane z przygotowaniem oferty, nadzorem nad realizacją poszczególnych etapów zamówienia, dostawą sprzętu, wsparciem technicznym, zobowiązaniami wynikającymi z tytułu gwarancji rękojmi, a także koszty logistyczne, finansowania, wynagrodzenia pracowników delegowanych do obsługi zamówienia i satysfakcjonujący zysk (ok. 8%). Kalkulacja ceny oferty została oparta między innymi na podstawie przedstawionej przez podwykonawcę firmę BCODERS SA - wycenę wykonania oprogramowania/aplikacji oraz realizacji wsparcia technicznego w zakresie wymaganym przez zamawiającego.

Odwołujący również zwrócił uwagę, że Wykonawca wskazał również na upusty cenowe producenta oferowanego przez niego serwera. W treści pisma przedstawiono kalkulacją cenową, która obejmuje:

- 1) analizę przedwdrożeniową,
- 2) produkcję wdrożenie, środowisko testowe, środowisko produkcyjne, szkolenie, dokumentację i licencje, 24 miesiące gwarancji- bez dostawy serwera zgodnie SIWZ,
- 3) świadczenie usług wsparcia technicznego.

W związku z powyższymi wyjaśnieniami zarzucił, że do przedmiotowego pisma wykonawca nie załączył żadnych dokumentów wskazujących na poziom cen ustalony w kalkulacji, w tym w szczególności oferty podwykonawcy czy też dokumentów, z których

wynika poziom wynagrodzeń pracowników, cena serwera itd.

Zauważył, że informacje podane przez tego Wykonawcę charakteryzuje znaczący poziom ogólności oraz brak profesjonalizmu i rzetelności.

Zakwestionował również poziom wynagrodzenia ustalony za usługi wsparcia technicznego, gdzie cena jednostkowa zamyka się w kwocie: 277,50 zł w skali miesiąca.

W kontekście powyższego Odwołujący powołał się na postanowienia wzoru umowy, która stanowi załącznik do SIWZ, gdzie zgodnie z paragrafem 8 umowy:

1. „W okresie 18 miesięcy lub do dnia 30.04.2019r. (w zależności co nastąpi wcześniej) od dnia Odbioru Końcowego, Wykonawca zobowiązuje się, do świadczenia na rzecz Zamawiającego usług Wsparcia Technicznego w godzinach od 8:00 do 16:00 w dni robocze w ilości do 20 godzin w okresie każdego miesiąca, na zasadach określonych poniżej:

1) w ramach usług Wsparcia Technicznego:

a) Zapewnienia Wsparcia, którego celem jest pomoc pracownikom Zamawiającego w codziennej pracy z Oprogramowaniem,

b) Zapewnienia Ciągłości, którego celem jest utrzymanie w czasie pierwotnej funkcjonalności Oprogramowania oraz zapewnienie jego nieprzerwanego działania,

c) Zapewnienia Aktualności, którego cel określony został w ust. 8;

2. Realizacja usług określonych w ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) może przebiegać w formie kontaktu telefonicznego lub z użyciem innych technik audiowizualnych) wymaga pisemnej formy zgłoszenia zgodnie z ust. 3. Usługi Zapewnienia Wsparcia (ust. 1 pkt 1 lit. a) - na rzecz upoważnionych pracowników Zamawiającego, telefonicznie lub z użyciem innych technik audiowizualnych dostępnych technicznie dla obu Stron lub też z użyciem dostępnego dla Zamawiającego portalu internetowego - obejmują następujące czynności:

1) udzielanie wyjaśnień dotyczących użytkowania Oprogramowania,

2) udzielanie pomocy w korzystaniu z Oprogramowania,

3) udzielanie wsparcia w usuwaniu problemów (nie stanowiących Błędów) wykrytych w trakcie eksploatacji Oprogramowania,

4) udzielanie wsparcia w zakresie instalacji poprawek producenta do Oprogramowania, które nie wynikają z Usunięcia Błędu.

3. Usługi Zapewnienia Ciągłości (ust. 1 pkt 1 lit. b) obejmują następujące czynności:

1) bezpośrednie wsparcie ze strony konsultantów Wykonawcy w czynnościach eksploatacyjnych Oprogramowania,

2) realizowanie dodatkowych szkoleń dla pracowników Zamawiającego na wniosek Zamawiającego,

3) inne czynności na zlecenie Zamawiającego, mające na względzie cel usługi Zapewnienia Ciągłości.

4. Usługi Zapewnienia Aktualności (ust. 1 pkt 1 lit. c) obejmują czynności określone w ust. 8.

5. Wykonawca zobowiązuje się również, w ramach wynagrodzenia określonego w § 9 Umowy, do prowadzenia - we współpracy z Zamawiającym - prac analitycznych oraz wdrożeniowych mających na celu dostosowanie Oprogramowania do zmian powszechnie obowiązujących przepisów prawa, a także dostarczenie i instalowanie wszelkich zmian i uaktualnień Oprogramowania, stworzonych lub opracowanych przez Wykonawcę lub osoby trzecie (Modyfikacje).

6. Usługi w ramach Zapewnienia Aktualności podlegać będą odrębnym odbiorom, z odpowiednim zastosowaniem postanowień w § 6 Umowy, z tym że odbiór zostanie potwierdzony podpisaniem Protokołu Odbioru Modyfikacji/Innych Modyfikacji wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 5 do Umowy.

7. Wraz z odbiorem usługi w ramach Zapewnienia Aktualności Wykonawca przekaże Zamawiającemu zaktualizowaną dokumentację w formie elektronicznej dotyczącą tego Oprogramowania.

8. Czas realizacji zgłoszeń Zapewnienia Wsparcia nie będzie dłuższy niż 8 godzin od godziny zgłoszenia. Czas realizacji zgłoszeń Zapewnienia Ciągłości nie będzie dłuższy niż 1 dzień roboczy.”.

Mając na uwadze powyższe wymogi SIWZ – według Odwołującego - usługa wsparcia technicznego stanowi istotny element cenotwórczy ze względu na zakres i sposób jego realizacji (czas realizacji zgłoszeń).

Odwołujący podważał okoliczność, że przy takim zakresie usług satysfakcjonujący poziom wynagrodzenia to kwota 277,50 zł miesięcznie, bowiem z zasad doświadczenia życiowego i logiki wynika, iż usługi te wymagają zaangażowanie szeregu osób, w tym z wykształceniem prawniczym, programistów, analityków, wdrożeniowców w wymiarze od kilkunastu do kilkudziesięciu godzin w miesiącu.

Dalej, zaznaczył, że wykonawca konkurencyjny stwierdził, że otrzymał od producenta serwera wyjątkowo wysokie upusty, jednakże nie przedłożył wraz z wyjaśnieniami żadnych dokumentów potwierdzających tą okoliczność.

Zakwestionował również, że twierdzenia wykonawcy zawarte w wyjaśnieniach z dnia 13 grudnia 2017r., z których wynika, że podwykonawca zrealizuje przedmiot zamówienia w następującej części:

- wykonanie oprogramowania, aplikacje;
- realizacja wsparcia technicznego w zakresie wymaganym przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że z kalkulacji cenowej wynika, iż dostawa oprogramowania i jego wdrożenie kosztować będzie 386 000,00 zł, dostawa przygotowanie i uruchomienie środowiska testowego-35 000,00 zł, uruchomienie środowiska produkcyjnego - 34 000, 00 zł, przeprowadzenie szkoleń dla użytkowników -10 000,00 zł, przekazanie zamawiającemu dokumentacji, licencji oprogramowania, licencji o programowaniu osób trzecich - 5 000,00 zł. Po dodaniu 8% marży oraz wynagrodzenia za analizę przedwdrożeniową otrzymujemy kwotę wynagrodzenia wskazaną w punkcie 1 formularza cenowego.

Zdaniem Odwołującego - powyższe oznacza, że w wynagrodzeniu wbrew twierdzeniom wykonawcy nie zostały ujęte koszty zobowiązań z tytułu gwarancji i rękojmi, koszty logistyczne, finansowania, a także pracowników wykonawcy oddelegowanych do obsługi zamówienia.

W związku z tym powołał się na przepis art. 90 ust 1 a do ust 3 ustawy Pzp zgodnie z którym, w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Zwrócił przy tym uwagę, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, a Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze treść pisma Zamawiającego, skoro Wykonawca konkurencyjny na jego żądanie w piśmie z dnia 13.12.2017 r. nie ujął, nie mówiąc o udowodnieniu, podstawowych kosztów cenotwórczych (koszty wsparcia technicznego) oferty oczywistym dla Odwołującego jest, że wybierając ofertę najkorzystniejszą Zamawiający naruszył art. 90

ust 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust 1.

Podkreślił, że Zamawiający nie może zwolnić wykonawcy z obowiązku udowodnienia braku rażąco niskiej ceny.

W opinii Odwołującego taka sytuacja wystąpiła w niniejszym postępowaniu, gdzie Wykonawca formalnie odpowiedział, ale jak wynika z pisma Zamawiającego z dnia 13.12.2017 r. było to jedynie dopełnienie formalności bez podania informacji o najważniejszych elementach cenotwórczych. Wykonawca nie przedłożył jednak żadnych dowodów.

Podkreślił również, że postępowanie o udzielenie zamówienia cechuje się pewnym formalizmem, a decyzje podejmowane przez zamawiającego muszą być transparentne. Ponowne wzywanie do złożenia wyjaśnień oraz dowodów budzi uzasadnione wątpliwości.

Zdaniem Odwołującego istnieją również przesłanki do odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp w warunkach, gdy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Pismem z dnia 15 stycznia 2018r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Zakład Systemów Komputerowych ZSK sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, oferty Przystępującego, wezwania Zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 11 grudnia 2017r., odpowiedzi Przystępującego na powyższe wezwanie z dnia 13 grudnia 2017r. wraz z wyjaśnieniami i kalkulacją, protokołu postępowania, zawiadomienia Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 2 stycznia 2018r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 22 stycznia 2018r., pisma procesowego Przystępującego z dnia 23 stycznia 2018r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień i pism Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczoney, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1, art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4, art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Przystępującego z przedmiotowego przetargu z powodu rażąco niskiej ceny.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że zaoferowana przez Przystępującego w formularzu ofertowym cena brutto wynosiła kwotę 712 643,00 zł, zaś cena brutto zaproponowana przez Odwołującego wyniosła 1 245 070, 00zł.

Izba ustaliła również, że przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości brutto 1 109 866, 68 zł.

Przechodząc do rozpoznania zarzutu złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę Izba stanęła na stanowisku, że powołane na wstępie wyjaśnienia Przystępującego odnoszące się do rażąco niskiej ceny w części dotyczącej wyliczenia kosztu wsparcia technicznego nie dawały Zamawiającemu podstawy do potwierdzenia jej istnienia.

Izba uznała działanie Zamawiającego odnoszące się do badania rażąco niskiej ceny w stosunku do oferty Przystępującego za mieszczące się w dyspozycji przepisu art.90 ustawy Pzp.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 90 ust.1 cyt. wyżej ustawy Pzp, 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.

1a. W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

W związku z tym, że wzbudziły wątpliwości Zamawiającego pewne elementy kosztowe zaoferowanej przez Przystępującego ceny, a także wystąpiły powyższe przesłanki ustawowe Zamawiający miał podstawę prawną do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego rażąco niską cenę.

Izba dostrzegła, że w rozpoznawanej sprawie Zamawiający zmierzał przede wszystkim do wyjaśnienia poszczególnych kosztów serwera i oprogramowania oraz kosztów powierzenia wykonania zamówienia podwykonawcy.

Jednocześnie w takim przypadku stosownie do przepisu art.90 ust.2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Wymaga również wskazania, że w myśl przepisu art.90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W rozpoznawanej sprawie sytuacja braku udzielenia wyjaśnień w ogóle nie zaistniała.

Natomiast, według uznania Izby dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi przez Przystępującego dowodami będącymi jednocześnie wyjaśnieniami potwierdziła, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w tym także rażąco niskiego kosztu w części dotyczącej wyliczenia ceny w zakresie zaoferowanej usługi wsparcia technicznego.

Zdaniem Izby - przedłożone przez Przystępującego wyjaśnienia wraz dowodem w postaci kalkulacji cenowej 2017r., wykazały realność ceny w zakresie ceny/kosztu odnoszącego się do poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia.

W przekonaniu Izby Przystępujący udowodnił, że zaoferowana przez niego cena ma charakter rynkowy, bowiem powołane wyżej wyjaśnienia w tym zakresie zawierają stosowną kalkulację poszczególnych kosztów za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Należy wskazać, że Przystępujący w swojej kalkulacji podał koszty analizy przedwdrożeniowej przedmiotu zamówienia w Etapie I w wysokości 45 000, 00 zł.

Przedmiotowa kalkulacja zawierała również zestawienie kosztów produkcji/wdrożenia środowiska testowego i produkcyjnego, szkolenia, dokumentacji i licencji z 24 miesięczną gwarancją – bez dostawy serwera) w drugim Etapie.

Powyższe koszty, w szczególności obejmowały:

- 1) Dostawę oprogramowania i wdrożenia oprogramowania w zakresie funkcjonalnym opisanym w SIWZ – 386 000, 00 zł,
- 2) Dostawę, przygotowanie i uruchomienie środowiska testowego oprogramowania w celu przeprowadzenia testów, na platformie Zamawiającego – 35 000, 00 zł,
- 3) Uruchomienie środowiska produkcyjnego oprogramowania na platformie sprzętowej Zamawiającego – 34 000, 00 zł,
- 4) Przeprowadzenie szkoleń użytkowników i administratorów systemu – 10 000, zł,
- 5) Przekazanie Zamawiającemu dokumentacji, licencji oprogramowania lub licencji oprogramowania osób trzecich – 5 000, zł.

Jednocześnie, w swojej kalkulacji Przystępujący pokazał koszt dostawy serwera w wysokości 20 000, zł, co potwierdziła przedłożona przez niego na posiedzeniu oferta Dell sp. z o.o.

Ostatecznie, kalkulacja określała koszt świadczenia usługi wsparcia technicznego w kwocie 4 680, 00 zł. Z ustaleń Izby wynika, że podane ceny jednostkowe były kwotami netto.

W swoim odwołaniu Odwołujący nie podważał powyższych wyliczeń kalkulacyjnych, poza kosztami świadczenia usługi wsparcia technicznego.

Odnosząc się do powyższych wyjaśnień(dowodów) przedłożonych przez Przystępującego - według zapatrywania Izby - celem postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art.90 ustawy Pzp, jest ustalenie faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawców cena jest nierealna, niewiarygodna i nie zapewni prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia.

Izba przyjęła, że powyższa procedura wyjaśniająca musi zmierzać do wyjaśnienia zaoferowanej ceny, a także wątpliwych jej istotnych kosztów.

Według zapatrywania Izby – koszt wsparcia technicznego w ofercie Przystępującego pod względem wartościowym wynosił jedynie około 0,16 ceny całkowitej i ma pod tym względem znaczenie marginalne.

Nadto, z ustaleń Izby wynika, że okres świadczenia tej usługi jest około 3-4 miesięczny, co wpływa na zmniejszenie tych kosztów.

Jednocześnie, zdaniem Izby – obszerny opis we wzorze umowy obowiązków wykonawcy wynikający z usługi wsparcia technicznego nie jest równoznaczny z koniecznością jej wyceny na poziomie takim jak chce Odwołujący.

Przedłożone przez Odwołującego dwie oferty dotyczące kosztów wsparcia technicznego mogą, co najwyżej dowodzić możliwości i zdolności zakupu tego świadczenia w stosunku do Odwołującego i nie przesądzają o tych możliwościach u Przystępującego.

Powyższe potwierdza cena zaoferowana przez Odwołującego, która w sposób istotny przewyższa kwotę, którą Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia.

Dodatkowo, wymaga wskazania, że przepis art.90 ust.1 ustawy Pzp mówi o kosztach, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego.

Z oświadczeń Zamawiającego wynikało, że koszt usługi wsparcia technicznego nie budził jego wątpliwości w aspekcie jego wiedzy i doświadczenia związanego z przedmiotem zamówienia.

W wezwaniu Zamawiającego było wyraźne wskazanie, co do konieczności wyjaśnienia konkretnych kosztów elementów przedmiotu zamówienia, które wzbudziły jego wątpliwości, to jest przede wszystkim kosztów serwera i oprogramowania, co Przystępujący wykazał w swoich wyjaśnieniach i szczegółowej kalkulacji cenowej.

Jednocześnie należy zauważyć, że Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie wskazał wykonawcy jakie dowody uzna za wystarczające do oceny istnienia lub braku rażąco niskiej ceny, ani nie zażądał przedstawienia kalkulacji według określonej metodologii.

Odnosząc się do kosztów wykonania zamówienia przez podwykonawcę Izba oparła się na oświadczeniu podwykonawcy BCODERS S.A. ze strony 43-44 oferty Przystępującego o przekazaniu mu do dyspozycji 6 osób i na wyjaśnieniu Zamawiającego, że koszty osobowe znajdują się w kosztach w etapie pierwszym w pkt 1 oraz w etapie drugim w pkt 1-4 kalkulacji cenowej przedstawionej przez Przystępującego.

Izba przy tym zwróciła uwagę, że Odwołujący nie zakwestionował wysokości tych kosztów, lecz jedynie argumentował, że Przystępujący nie przedstawił dowodu wyceny sporządzonej przez podwykonawcę BCODERS S.A.

Dodatkowo, Izba wzięła pod uwagę wyjaśnienia Zamawiającego, że koszty delegacji nie wchodzi w rachubę, bowiem świadczenie usługi wsparcia technicznego będzie wykonywane zdalnie, poza siedzibą Zamawiającego.

Izba uznała również za prawidłowe ustalenia Zamawiającego w zakresie kosztów gwarancji i rękojmi jako mieszczących się w zakresie kosztów dostawy, jeżeli chodzi o koszty z tytułu gwarancji i rękojmi w zakresie oprogramowania i jego wdrożenia w kosztach etapu drugiego pkt 1 przedstawionej przez Przystępującego kalkulacji w kwocie 386 000 zł, zaś w zakresie kosztów z tytułu gwarancji i rękojmi mieszczących się w kosztach serwera wykazywanych przez Przystępującego w 2 tabeli pkt 1 w dostawie serwera w kwocie 20 000 zł.

Z powyższych względów należało przyjąć, że Zamawiający nie miał podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy na zasadzie art. 89 ust.1 pkt. 4 ustawy Pzp, w warunkach, gdy

dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami nie potwierdziła, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ostatecznie, Izba nie stwierdziła, że złożona oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a Odwołujący w tym zakresie nie przedstawił żadnej szczegółowej argumentacji.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:.....