

Sygn. akt: KIO 340/13

WYROK

z dnia 6 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 marca 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lutego 2013 r. przez wykonawcę INGRIFO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k., 02-605 Warszawa, ul. Ursynowska 72, w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa, Ministerstwo Sprawiedliwości, 00-950 Warszawa, Al. Ujazdowskie 11,

przy udziale wykonawcy IT.expert Sp. z o. o., 02-486 Warszawa, al. Jerozolimskie 176 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę INGRIFO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k., 02-605 Warszawa, ul. Ursynowska 72 i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę INGRIFO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k., 02-605 Warszawa, ul. Ursynowska 72 tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy INGRIFO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k., 02-605 Warszawa, ul. Ursynowska 72 na rzecz zamawiającego Skarbu Państwa, Ministerstwa Sprawiedliwości, 00-950 Warszawa, Al. Ujazdowskie 1 kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Skarb Państwa – Ministerstwo Sprawiedliwości prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „uruchomienie wybranych procesów i narzędzia do zarządzania usługami IT, zakup oprogramowania, licencji oraz 5 sztuk serwerów do Ministerstwa Sprawiedliwości”.

Pismem z dnia 8 lutego 2013 r., zamawiający poinformował o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy IT.expert Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie. Jednocześnie zamawiający wskazał, iż działając na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 2, 3, 8 i 9 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej także, jako „Pzp”], wykluczył z przedmiotowego postępowania wykonawcę Ingrifo Sp. z o. o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie oraz odrzucił ofertę tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, art. 90 ust. 3 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Wobec powyższych działań zamawiającego w dniu 15 lutego 2013 r., odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej złożył wykonawca Ingrifo Sp. z o. o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie przedmiotowego postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w szczególności odnoszący się do badania i oceny oferty złożonej przez odwołującego;
- 2) art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru wykonawcy IT.expert w postępowaniu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp;
- 3) art. 8 ust. 3 ustawy Pzp poprzez odtajnienie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, jako nie zawierających informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z powodu zawierania rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia pomimo wykazania przez Odwołującego, iż zaoferowana przez niego cena zapewnia należyte wykonanie przedmiotowego zamówienia i nie nosi znamion ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 5) art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania wobec IT.expert i nie wezwanie do złożenia wyjaśnień potwierdzających, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska;

- 6) art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez nieuznanie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, jako wyjaśnień potwierdzających, że zaoferowana przez Odwołującego cena nie stanowi ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, przy uwzględnieniu obiektywnych czynników kształtujących cenę zaoferowaną przez Odwołującego;
- 7) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty IT.expert, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu oraz w rozumieniu ustawy Pzp oraz zaniechanie dokonania tej czynności wobec oferty Odwołującego.

Ponadto Odwołujący z ostrożności zarzucił również naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 22 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 2, 3, 8 i 9 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione uznanie, iż złożone wraz z ofertą Odwołującego dokumenty nie potwierdzały spełniania warunków udziałów w postępowaniu z powodu złożenia ich w niewłaściwej formie;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione uznawanie oferty Odwołującego za odrzuconą;
- 4) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego nie zastosowanie w przypadku uznania, iż dokumenty zawarte w ofercie Odwołującego zostały złożone w niewłaściwej formie.

Odwołujący wnosił o nakazanie:

- 1) unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty IT.expert jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
- 2) unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego;
- 3) unieważnienia czynności uznania oferty Odwołującego, jako odrzuconej;
- 4) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;
- 5) unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
- 6) powtórzenia (dokonania) czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- 7) unieważnienia czynności uznania wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, jako wyjaśnień potwierdzających, że zaoferowana przez Odwołującego cena stanowi cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 8) uznania udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień za wyjaśnienia, zgodnie z którymi oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 9) dokonania czynności wyboru oferty złożonej przez Odwołującego, jako najkorzystniejszej w postępowaniu;

10) dokonania czynności wezwania INGRIFO do uzupełnienia oferty w zakresie oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP, w przypadku uznania, iż dokumenty zawarte w ofercie Odwołującego zostały złożone w niewłaściwej formie.

W uzasadnieniu odwołujący podnosił, iż Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu skierował do Odwołującego 4 pisma, które zdaniem Odwołującego służyły wyłącznie wykluczeniu go z postępowania oraz odrzuceniu jego oferty. Dwa pierwsze pisma otrzymane przez Odwołującego dotyczyły zastrzeżonych przez Odwołującego informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Kolejnym z pism było wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 7 stycznia 2013 r. odnośnie jednej z osób wskazanych przez Odwołującego w wykazie osób na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Kolejnym pismem do Odwołującego było wezwanie z dnia 10 stycznia 2013 r. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Na podstawie odpowiedzi na to pismo Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego. Jednocześnie w piśmie z dnia 8 lutego 2013 r. Zamawiający poinformował, iż z powodu odrzucenia ofert Wykonawcy nie był on obowiązany do wzywania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący podnosił, iż w dniu 15 stycznia 2013 r. złożył szczegółowe wyjaśnienia jednoznacznie potwierdzające, iż zaoferowana cena ryczałtowa nie jest rażąco niska i uwzględnia wszystkie czynniki cenotwórcze. Wskazywał, iż w związku z otrzymanym wezwaniem dokonał ponownej analizy ceny oferty w relacji do kosztów i pracochłonności przewidzianej na realizację zamówienia oraz uznał, iż prawidłowo określił ryczałtową cenę oferty, o czym poinformował Zamawiającego w swoich wyjaśnieniach. Ponadto wskazał konkretne argumenty, które w ocenie Odwołującego uzasadniały atrakcyjną cenę oferty. Odwołujący podnosił, iż Zamawiający uznając jego ofertę za zawierającą rażąco niską cenę kierował się przede wszystkim szacunkową wartością zamówienia, co sam potwierdził w piśmie o odrzuceniu oferty. W ocenie Odwołującego takie działanie jest nieuprawnione, należy bowiem wskazać, iż szacunkowa wartość zamówienia może być co najwyżej pewną wskazówką interpretacyjną czy cena jaką zaoferował wykonawca w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest rażąco niska. Odwołujący w swoich wyjaśnieniach wskazał na posiadany przez siebie najwyższy możliwy status partnerski Hewlett Packard Polska Sp. z o.o., zwanego dalej „HP Polska”, co w znaczący sposób pozwoliło skalkulować zaoferowaną cenę oferty na poziomie niższym niż pozostali wykonawcy biorący udział w przedmiotowym postępowaniu i co stanowi bez wątpienia czynnik obiektywny w rozumieniu art. 90 ust. 2 ustawy PZP. Zatem nieuprawnione są zdaniem Odwołującego twierdzenia Zamawiającego, który oceniając wyjaśnienia złożone przez niego stwierdził, iż korzystne rabaty, który uzyskało INGRIFO od HP nie mają

charakteru obiektywnego z racji na niemożność ich weryfikacji. Dalej odwołujący wskazywał, iż często rozwiązanie konkretnego wykonawcy na zrealizowanie danego zamówienia w specyficznej technologii spełniającej wymogi SIWZ daje możliwość realizacji zamówienia wielokrotnie taniej niż szacuje to Zamawiający. Wobec czego z punktu widzenia branży, której dotyczyło przedmiotowe postępowanie, różnice cen w stosunku do kwoty szacowanej przez Zamawiającego absolutnie nie są różnicami rażącymi. Zdaniem Odwołującego Zamawiający dokonując oceny wyjaśnień złożonych przez INGRIFO w arbitralny i niczym nieuzasadniony sposób stwierdził, iż jego zdaniem Odwołujący nie uwzględnił w kalkulacji kosztów problemów, zwiększonego nakładu pracy i nie wycenił zagrożeń związanych z realizacją niniejszej umowy, które mogą generować dodatkowe koszty. W ocenie Odwołującego, Zamawiający kwestionował również w sposób nieuprawniony informacje odnoszące się do formy prowadzenia działalności gospodarczej przez Odwołującego zarzucając im ogólnikowy charakter. Odwołujący również w tym zakresie nie podzielił argumentacji Zamawiającego i wskazywał, iż przedstawione czynniki odnoszą się wyłącznie do sytuacji Odwołującego, a nie innego wykonawcy biorącego udział w przedmiotowym postępowaniu. Niezależnie od powyższego. Odwołujący wskazywał, iż Zamawiający w nieuprawniony sposób zaniechał uzyskania wyjaśnień odnośnie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny od pozostałych wykonawców biorących udział w niniejszym postępowaniu w szczególności wykonawcy IT.expert, gdyż wykonawca ten zaoferował również cenę znacząco odbiegającą od szacunkowej wartości zamówienia, co winno wzbudzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego.

Odnośnie odtajnienia przez zamawiającego wyjaśnień odwołującego w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny odwołujący wskazywał, iż informacje te spełniały wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), aby można było je uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający naraził tym samym Odwołującego na możliwość poniesienia szkody. W wyniku działań Zamawiającego może dojść do uszczerbku w majątku Odwołującego. Rodzi to po Stronie Odwołującego konieczność przeciwstawienia się tego typu bezprawnym działaniom Zamawiającego, jako godzącym w jego interes ekonomiczny.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający Skarb Państwa – Ministerstwo Sprawiedliwości prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „uruchomienie wybranych procesów i narzędzia do zarządzania usługami IT, zakup oprogramowania, licencji oraz 5 sztuk serwerów do Ministerstwa Sprawiedliwości”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 września 2012 r., pod numerem 2012/S 184-302512.

Zgodnie z protokołem postępowania wartość zamówienia oszacowano na kwotę 1.681.300,81 zł netto.

Do upływu terminu składania ofert, oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Ingrifo Sp. z o. o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie na kwotę 795.810.00 zł,
- 2) IT.expert Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na kwotę 1.198.622,70 zł,
- 3) Atos Services Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie na kwotę 1.593.995,46 zł,
- 4) Konsorcjum firm: B3System S.A. (lider) oraz ITSM Group Sp. z o.o. (członek z siedzibą dla lidera w Warszawie na kwotę 1.229.970,92 zł.

Pismem z dnia 10 stycznia 2013 r., zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę Ingrifo Sp. z o. o. Sp. k. do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

W odpowiedzi na wezwanie, pismem z dnia 15 stycznia 2013 r., wykonawca wyjaśnił, iż: „(...) zaoferowana łączna ryczałtowa cena oferty w niniejszym postępowaniu uwzględnia wszystkie elementy cenotwórcze niezbędne do należytego wykonania przedmiotu niniejszego zamówienia zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia. Wykonawca Ingrifo pragnie wskazać, iż w swojej ofercie zaproponował rozwiązanie firmy Hewlett Packard Polska Sp. z o.o. (zwanej dalej „HP”) co pozwoliło na skalkulowanie korzystnej dla zamawiającego ceny oferty, a jednocześnie osiągnięcie przez Ingrifo zysku w przypadku wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu. Ingrifo z racji na ugruntowaną współpracę z firmą HP posiada możliwość uzyskania korzystnych rabatów od firmy HP. Firma Ingrifo posiada najwyższy możliwy status partnerski HP. Jest jedynym w Polsce partnerem technologicznym posiadającym status Service Integrator (SVI) oraz jednocześnie Partner Gold. Pozwala to między innymi na dodatkowe, nieosiągalne dla innych partnerów upusty cenowe zarówno dla oprogramowania jak i pakietów serwisowych. (...) Pozostali Wykonawcy biorący udział w przedmiotowym postępowaniu prawdopodobnie zastosowali rozwiązania innych firm lub inaczej niż Ingrifo dobrali konfigurację proponowanego narzędzia. Ingrifo dokonało szczegółowej analizy dostępnych na rynku narzędzi i oceniło, że zaproponowane rozwiązanie odpowiada optymalnie w sensie kosztów licencji wymaganiom Zamawiającego sformułowanych w SIWZ. Dobrany przez Wykonawcę zestaw licencji w pełni odpowiada wymaganiom Zamawiającemu a dzięki unikalnemu statusowi partnerskiemu udało się Wykonawcy zaproponować najniższą osiągalną na rynku cenę licencji i wsparcia. Ze względu na to, że wyjściowa cena licencji i wsparcia jest znaczącym składnikiem ceny zawartej w Ofercie, Wykonawca był w stanie zaproponować cenę konkurencyjną w stosunku do innych ofert.”.

Wykonawca Ingrifo wyjaśniał również, iż cena jego oferty została skalkulowana nie tylko w oparciu o zapisy SIWZ, ale przede wszystkim w oparciu o posiadane bogate doświadczenie osób wchodzących w skład zespołu przygotowującego Ofertę w części merytorycznej we wdrażaniu przedmiotowego oprogramowania. Doświadczenia nabyte w poprzednich projektach pozwoliły zespołowi osiągnąć biegłość w analizie merytorycznej oraz pracach wdrożeniowych. Zdaniem wykonawcy Ingrifo posiadał on niezbędną wiedzę i doświadczenie pozwalające mu na osiągnięcie większej skuteczności wdrożeniowej niż inni konkurenci, co stanowi jego know-how. Dodatkowo powołał się na wysokie standardy organizacyjne wdrożone w jego firmie polegające na tworzeniu zespołów odpowiedzialnych za dany projekt, które na etapie jego realizacji zajmują się nim w trybie full-time. Odwołujący wskazywał również na racjonalizację kosztów w firmie, co również wpłynęło na możliwość oferowania korzystnych cen w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Jako niezależna firma nie ma narzuconych standardów korporacyjnych, nie korzysta z usług drogich doradców i konsultantów, korzysta z niezależnych usług księgowych i prawniczych. Ponadto podnosił również, iż nie wynajmuje powierzchni biurowej w biurach gdzie stawki sięgają nawet 25 euro za metr kwadratowy najmu powierzchni, ale w niezależnym budynku biurowym. Reasumując stwierdził, iż „(...) zaoferowana kwota, za która zdecydowaliśmy się zrealizować ww. zamówienie, zawiera koszt zaoferowanych produktów oraz zysk Wykonawcy i wszelkie koszty poboczne związane z realizacją zamówienia tego typu. Oferowana cena zawiera wszystkie niezbędne składniki potrzebne do rzetelnego wykonania zadań opisanych w SIWZ.”.

Pismem z dnia 8 lutego 2013 r., zamawiający poinformował o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy IT.expert Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie. Jednocześnie zamawiający wskazał, iż działając na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 2, 3, 8 i 9 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, wykluczył z przedmiotowego postępowania wykonawcę Ingrifo Sp. z o. o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie oraz odrzucił ofertę tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, art. 90 ust. 3 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu swego stanowiska zamawiający odnosząc się do złożonych wyjaśnień wskazał m.in., iż status partnerski oczywiście jest czynnikiem mogącym mieć wpływ na kalkulację cenową jednak w przytoczonym przez Wykonawcę przykładzie nie może mieć uzasadnienia, gdyż Wykonawca nie złożył żadnych wyjaśnień pozwalających Zamawiającemu na dokonanie oceny wpływu tego czynnika na cenę oferty (nie załączył także żadnych dokumentów/dowodów w tym zakresie) a jedynie oświadczył o możliwości uzyskania stosownych rabatów wynikających ze statusu partnerskiego HP. Zamawiający wskazywał również na to, iż w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 10 stycznia 2013 r. Wykonawca jedynie oświadczył, iż cena jego oferty nie ma znamion rażąco niskiej. Wykonawca wskazał, iż oferta uwzględnia wszystkie elementy cenotwórcze

niezbędne do należytego wykonania przedmiotu niniejszego zamówienia zgodne z SIWZ. W ocenie zamawiającego, wykonawca, który składa wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinien wskazać co spowodowało obniżenie ceny jak również w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie. Udzielone wyjaśnienia mają potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana. Zdaniem zamawiającego argumenty użyte w wyjaśnieniach nie mogą zostać uznane za weryfikowalne. Za obiektywne czynniki w ocenie zamawiającego nie mogą być uznane zawarte w wyjaśnieniach ogólne stwierdzenia Wykonawcy, iż zaproponowana kwota zawiera wszystkie elementy określone w SIWZ. Nie sposób nadać im waloru obiektywności jak np. w zakresie dostępności tylko dla tego wykonawcy. Złożone wyjaśnienia to tylko ogólne stwierdzenia, nie wyjaśniają, czy i jaki wpływ mają poszczególne czynniki na konkretną wysokość zaoferowanej ceny.

Czynności te leżą bezpośrednio u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Ponadto Izba ustaliła, iż zamawiający w dniu 18 lutego 2013 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca IT.expert Sp. z o. o. z siedzibą w Gdańsku, stając się uczestnikiem przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść oferty Odwołującego, złożone przez niego wyjaśnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również Izba uznała, iż odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta może być uznana za najkorzystniejszą.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jak też zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, iż zarzuty te nie potwierdziły się. Należy wskazać, iż wszczęcie procedury określonej w art. 90 ust. 1 ustawy p.z.p. ustanawia

domniemanie zaferowania przez wykonawcę rażąco niskiej ceny. Izba stoi na stanowisku, że to na wykonawcy ciąży obowiązek obalenia tego domniemania. Bez wątpienia dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W ocenie Izby zaistnienie po stronie wykonawcy obiektywnych czynników wpływających na obniżenie ceny oferty powinno być udowodnione. Wykonawca, który składa wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinien bowiem wskazać co spowodowało obniżenie ceny, jak również w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie. Udzielone wyjaśnienia mają bowiem potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana.

Odnosząc się do przedmiotowej sprawy należy wskazać, iż zamawiający dokonał prawidłowej oceny złożonych przez odwołującego wyjaśnień, zgodnie z kryteriami określonymi przykładowo w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Ocena tych wyjaśnień stanowi bowiem podstawę do uznania za potwierdzony zarzut zaferowania rażąco niskiej ceny. Niewątpliwie norma prawna wynikająca z art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych skierowana jest do zamawiającego. Wykonawcy nie muszą w swoich wyjaśnieniach wymieniać wprost czynników, o których mowa w przywołanym przepisie. Wykonawcy wolno opisać dowolne przyczyny uzasadniające rzetelną kalkulację ceny ofertowej, jednak pod warunkiem, że mają one charakter obiektywny, dający się zweryfikować. W ocenie Izby w złożonych przez odwołującego wyjaśnieniach takich czynników brak. O ile odwołujący wskazywał, iż na atrakcyjne skalkulowanie ceny wpływ miało zaferowanie rozwiązań producenta Hewlett Packard Sp. z o. o., u którego odwołujący ma możliwość uzyskania korzystnych rabatów to brak jest jakichkolwiek informacji na temat wysokości udzielonych rabatów co pozwoliłoby na odniesienie się do zaferowanej ceny. Brak takich danych uniemożliwiło zamawiającemu ocenę wpływu udzielonych rabatów na wysokość zaproponowanej ceny. Powoływanie się przez odwołującego w wyjaśnieniach na ogólne sformułowania o posiadanych rabatach czy też statusie partnerskim nie pozwoliło zamawiającemu ocenić, jaki obiektywny wpływ miało to na wysokość zaproponowanej ceny. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, iż jeszcze dwaj inni wykonawcy zaproponowali rozwiązania firmy Hewlett Packard Sp. z o. o., przy czym ceny ich ofert znacząco odbiegały od ceny oferty odwołującego, natomiast możliwość uzyskania rabatów jest dostępna powszechnie. Również za obiektywne czynniki nie sposób uznać ogólnych stwierdzeń odwołującego, iż cena oferty została skalkulowana nie tylko w oparciu o zapisy SIWZ, ale przede wszystkim w oparciu o posiadane bogate doświadczenie osób wchodzących w skład zespołu przygotowującego ofertę w części merytorycznej we wdrażaniu przedmiotowego oprogramowania. Trudno uznać, aby tak opisany element mógł stanowić obiektywny czynnik dostępny wyłącznie wykonawcy. Za uzasadnione wyjaśnienia nie sposób również uznać powoływania się przez odwołującego na wysokie standardy

organizacyjne wdrożone w jego firmie czy też przykładowo racjonalizowanie kosztów. Należy zauważyć, iż przy tak ogólnych wyjaśnieniach brak jest jakiegokolwiek argumentacji, która wskazywałaby, w jaki sposób przykładowo racjonalizacja kosztów czy wysokie standardy organizacyjne przekładają się na zaproponowaną cenę jak też, iż są to czynniki obiektywne dostępne tylko dla tego wykonawcy. Za takie czynniki nie mogą być uznane zawarte w wyjaśnieniach stwierdzenia odwołującego, iż zaproponowana kwota zawiera wszystkie koszt zaoferowanych produktów oraz zysk wykonawcy i wszelkie koszty poboczne związane z realizacją zamówienia tego typu. W ocenie Izby poprzestając jedynie na złożeniu ogólnikowych wyjaśnień i odstępując od udowodnienia powoływanych przyczyn wykonawca czyni to na własne niebezpieczeństwo. Izba nie podzieliła poglądu odwołującego, że zamawiający nie dokonał rzetelnej i wyczerpującej oceny wyjaśnień. W ocenie Izby informacje zawarte w wyjaśnieniach odwołującego zawierają - wbrew dyspozycji art. 90 ust. 2 ustawy Pzp - tylko ogólne stwierdzenia i nie wyjaśniają, czy i jaki wpływ mają poszczególne czynniki na konkretną wysokość zaoferowanej ceny, ani nie wskazują żadnych dowodów na potwierdzenie prawidłowości wyliczenia ceny. W tej sytuacji zamawiający był zobowiązany odrzucić ofertę skarżącego, skoro złożone wyjaśnienia nie potwierdziły, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, co dawało podstawę do uznania, że cena oferty jest rażąco niska – zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Ciężar dowodu, że cena nie jest ceną rażąco niską, spoczywa na wykonawcy składającego ofertę, a nie na zamawiającym, który w dodatku nie musi „podpowiadać” wykonawcy, dlaczego uważa cenę za rażąco niską. Stanowisko takie znajduje uzasadnienie w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9 kwietnia 2010 r. (IV Ca 1299/2009).

Dodatkowo należy wskazać, iż późniejsze, po upływie wyznaczonego przez zamawiającego terminu, uzupełnienie złożonych wyjaśnień jest niedopuszczalne, w szczególności na etapie rozpoznawania środków ochrony prawnej. Dlatego też pod uwagę nie mogły być wzięte argumenty zgłaszane przez odwołującego na rozprawie. W konsekwencji, Izba biorąc pod uwagę złożone na rozprawie oświadczenia zarówno stron jak i przystępującego uznała, że odwołujący w przedmiotowej sprawie nie wykazał, iż znajduje się w korzystniejszej sytuacji od innych wykonawców, co uzasadniałoby cenę jego oferty. Dlatego też należało stwierdzić, iż zamawiający prawidłowo uczynił odrzucając jego ofertę na podstawie wskazanego przepisu. Tak udzielonych wyjaśnień nie można bowiem potraktować jako wystarczających w rozumieniu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy IT.expert do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny Izba uznała, iż zamawiający dokonując porównania ceny oferty przystępującego z cenami pozostałych ofert miał podstawy do odstąpienia od wezwania do

złożenia wyjaśnień. Cena oferty przystępującego nie odbiega w zasadniczy sposób od cen pozostałych dwóch ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu.

Uwzględniając stanowisko Izby co do poprzednich zarzutów nie sposób uznać, iż zamawiający naruszył dyspozycję art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż dokonał niewątpliwie wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryterium wskazanego w SIWZ. Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż zamawiający w ocenie Izby prowadzi postępowanie z poszanowaniem zasad w nim wyrażonych.

Wobec nie potwierdzenia się zarzutów dotyczących niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego brak jest również podstaw do uznania zarzutów dotyczących braku podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania i zaniechania wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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: