

WYROK
z dnia 4 lipca 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2019 r. przez wykonawcę SUNTAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Komendę Główną Policji z siedzibą w Warszawie

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Intaris Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Intaris Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie i MBA System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Innovation in Technology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Niekaninie i Towarzystwo Handlowe ALPLAST Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Niekaninie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- C. wykonawcy Immitis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- D. wykonawcy Galaxy Systemy Informatyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego SUNTAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego SUNTAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie na rzecz zamawiającego Komendy Głównej Policji z siedzibą w Warszawie kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego 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 2018 r., poz. 1986 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 Komenda Główna Policji z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zawarcie umowy ramowej na modernizację indywidualnej infrastruktury teleinformatycznej przeznaczonej dla funkcjonariuszy i pracowników cywilnych poprzez zakup komputerów.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18 lutego 2019 r. pod numerem 2019/S 034-076206. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 17 czerwca 2019 r. wykonawca SUNTAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

- a) czynności wyboru ofert złożonych przez wykonawców: Konsorcjum Innovation in Technology Sp. z o.o. oraz Towarzystwo Handlowe ALPLAST Sp. z o.o. Sp. k. („Konsorcjum Innovation”), Immitis Sp. z o.o. („Immitis”), Konsorcjum Intaris Sp. z o.o., Intaris Sp. z o.o. Sp. k. oraz MBA System Sp. z o.o. („Konsorcjum Intaris”) jako najkorzystniejszych w postępowaniu;
- b) czynności badania i oceny ofert złożonych przez wykonawców: Konsorcjum Innovation, Immitis, Konsorcjum Intaris, Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o. („Galaxy”) oraz NTT Technology Sp. z o.o. („NTT”);
- c) zaniechania czynności wezwania wykonawców wymienionych w pkt b) do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny;
- d) zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wymienionych w pkt b);
- e) zaniechania czynności dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych złożonych ofert.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wskazanych w uzasadnieniu wykonawców, mimo że ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
2. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy poprzez dokonanie wyboru ofert wykonawców: Konsorcjum Innovation, IMMITIS, Konsorcjum Intaris jako najkorzystniejszych,

ewentualnie

3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 90 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie czynności wezwania wskazanych w uzasadnieniu wykonawców, do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wyboru ofert wykonawców: Konsorcjum Innovation, IMMITIS, Konsorcjum Intaris jako najkorzystniejszych,
- b) dokonania ponownego badania i oceny oferty,
- c) dokonanie odrzucenia ofert wykonawców Konsorcjum Innovation, IMMITIS, Konsorcjum Intaris, GALAXY oraz NTT,
- d) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych złożonych w postępowaniu ofert,
- e) ewentualnie dokonania czynności wezwania wykonawców Konsorcjum Innovation, IMMITIS, Konsorcjum Intaris, GALAXY oraz NTT do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy.

Wykazując spełnienie przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący podniósł, iż niewątpliwie jest wykonawcą, który jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia i ma interes w uzyskaniu zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący może ponieść szkodę, bowiem oferta Odwołującego została sklasyfikowana w rankingu oceny ofert na ósmym miejscu, między innymi za ofertami wykonawców: Konsorcjum Innovation, IMMITIS, Konsorcjum Intaris, GALAXY oraz NTT. W wyniku odrzucenia ofert wykonawców: Konsorcjum Innovation, IMMITIS, Konsorcjum Intaris, GALAXY oraz NTT, oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza w pierwszej trójce wykonawców. Poprzez zaniechanie powyższych czynności Zamawiający doprowadził natomiast do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (*lucrum cessans*). Powyższe, zdaniem Odwołującego, stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy.

Odwołujący podniósł ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp niewątpliwie miało istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić odwołanie. Efektem wskazanych powyżej czynności i zaniechań Zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, co w istotny sposób wpłynęło na wynik postępowania.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („u.z.n.k.”) w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wskazanych w uzasadnieniu wykonawców, mimo że ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, Odwołujący wskazał, iż Zamawiający w treści SIWZ ustalił szczegółowy sposób przyznawania punktów. W zakresie Komputera PC typ 1 Zamawiający wskazał na następujące zasady przyznawania punktów:

Komputer PC typ 1

Lp.	Nazwa kryterium	Waga	Współczynnik do wyznaczenia liczby punktów uzyskanych przez Wykonawcę	Sposób oceny
1	K1- cena oferty brutto.	40%	40	Minimalizacja
2.	K2 - pojemność pamięci ram.	20%	20	Wg opisu
3.	K3 - termin gwarancji na sprzęt	20%	20	Wg opisu
4.	K4 - termin realizacji naprawy gwarancyjnej.	20%	20	Wg opisu

W zakresie ceny Zamawiający uszczegółowił, że przyzna wykonawcom punkty w następujący sposób:

Sposób obliczenia punktów w odniesieniu do kryterium „K1 - cena oferty brutto”:

K1 - waga 40 % (maksymalnie Wykonawca może otrzymać 40 punktów)

Cena wyższa od ceny najniższej oceniona zostanie w następujący sposób:

$$K1 = \frac{\text{najniższa cena brutto z przedłożonych ofert}}{\text{cena brutto oferty badanej}} \times 40$$

W ocenie Odwołującego wykonawcy: Konsorcjum Innovation, IMMITIS, Konsorcjum Intaris, GALAXY oraz NTT dokonali celowego zniżenia ceny ofertowej we wskazanym zakresie celem uzyskania przewagi konkurencyjnej, oferując cenę ofertową uniemożliwiającą im realizację przedmiotu zamówienia w tym zakresie. W ocenie Odwołującego celem wskazanych wykonawców było zawarcie z Zamawiającym umowy ramowej, w ramach której nie będą oni odpowiadać na zapytania Zamawiającego dotyczące Komputera PC typ 1, ofertując natomiast w całym pozostałym zakresie.

Odwołujący wskazał, iż 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. W jego ocenie niewątpliwie zniżenie ceny ofertowej jednego z elementów, który na późniejszym etapie nie będzie oferowany Zamawiającemu, stanowi działanie naruszające interes Zamawiającego oraz Odwołującego, które jest

sprzeczne z dobrymi obyczajami. Już tylko ta okoliczność powoduje, że oferty wskazanych wykonawców winny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Co więcej w ocenie Odwołującego działania wskazanych wykonawców wypełniają również przesłanki zakwalifikowania tego typu działania na podstawie art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k., w myśl którego czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Zaniżenie ceny ofertowej za Komputer PC typ 1 w ocenie Odwołującego nakierowane było na utrudnienie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w postaci możliwości zawarcia umowy ramowej poprzez zaoferowanie wskazanego elementu przedmiotu zamówienia poniżej kosztu zakupu w celu eliminacji innych wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, iż ceny ofertowe zaoferowane przez wykonawców: Konsorcjum Innovation, IMMITIS, Konsorcjum Intaris, GALAXY oraz NTT w zakresie Komputera PC typ 1 nie pozwalają na zrealizowanie przedmiotu zamówienia w tym zakresie. Podkreślił przy tym, że zgodnie z treścią SIWZ Zamawiający w przypadku zamówień realizacyjnych nie będzie zamawiał wszystkich elementów przedmiotu zamówienia objętych niniejszym postępowaniem. Co więcej brak złożenia oferty w ramach zamówienia realizacyjnego, który będzie obejmował Komputery PC typ 1, nie będzie niósł dla wykonawców jakichkolwiek negatywnych skutków. Tym samym wykonawcy ci będą mogli oferować pozostały zakres objęty przedmiotem zamówienia, mimo, że gdyby wycenili w sposób prawidłowy wszystkie elementy objęte niniejszym postępowaniem to w ogóle nie zostałaby zawarta z nimi umowa ramowa.

Powyższe okoliczności zdaniem Odwołującego jednoznacznie wskazują, że wykonawcy: Konsorcjum Innovation, IMMITIS, Konsorcjum Intaris, GALAXY oraz NTT złożyli oferty stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji i ich oferty winny podlegać odrzuceniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawców: Konsorcjum Innovation, Immitis, Konsorcjum Intaris, Galaxy oraz NTT do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, Odwołujący przytoczył brzmienie art. 90 ust 1 ustawy Pzp i wskazał na stanowisko wyrażone w opinii prawnej UZP „Badanie rażąco niskiej ceny oferty po nowelizacji” odnoszące się do możliwości wezwania wykonawcy do wyjaśnień w każdej sytuacji, w której wysokość ceny lub kosztu albo ich części składowe budzą wątpliwości zamawiającego. Odwołujący wskazał, iż jakkolwiek cena zaoferowana przez wykonawców Konsorcjum Innovation, IMMITIS, Konsorcjum Intaris, GALAXY oraz NTT nie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 ustawy lub średniej

arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (art. 91 ust. 1a ustawy), to okoliczność ta nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku zbadania tej oferty pod kątem rażąco niskiej ceny, w szczególności gdy cena za Komputer PC typ 1 jest rażąco zaniżona.

W jego ocenie z danych dotyczących cen ofert, podanych w trakcie otwarcia ofert, wynika wprost, iż cena ofert wskazanych wykonawców z uwagi na zaniżenie ceny za Komputer PC typ 1, w sposób znaczący odbiega nie tylko od wartości szacunkowej ustalonej przez Zamawiającego oraz od budżetu Zamawiającego, ale również od cen pozostałych ofert złożonych w niniejszym postępowaniu. W ocenie Odwołującego wykonawcy Konsorcjum Innovation, IMMITIS, Konsorcjum Intaris, GALAXY oraz NTT zaoferowali wykonanie zamówienia po cenie nierealnej, niepokrywającej faktycznych kosztów realizacji zamówienia. Zaoferowana cena powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, a w konsekwencji Zamawiający powinien wezwać wykonawców Konsorcjum Innovation, IMMITIS, Konsorcjum Intaris, GALAXY oraz NTT do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego Zamawiający powinien był powziąć wątpliwość co do ceny oferty wskazanych wykonawców, pomimo nieprzekroczenia progu 30 %, o którym mowa w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp. Odwołujący podkreślił, że przekroczenie tego progu jest tylko jednym z przypadków, w których Zamawiający zobligowany jest do zbadania, czy cena nie jest rażąco niska. Nie oznacza to, że w przypadku gdy cena oferty nie jest niższa o 30 % od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, Zamawiający może zaniechać badania oferty. Powyższe nie budziło wątpliwości jeszcze przed zmianą art. 90 ustawy dokonaną w dniu 28 lipca 2016 r. W szczególności Odwołujący wskazał za wyrokiem z dnia 24 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 858/15, iż przepis art. 90 ust. 1 ustawy nie przesądza o tym, że cena oferty nie jest rażąco niska, jeżeli nie jest niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Odwołujący w ramach argumentacji wskazał także na wyrok KIO z dnia 6 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 148/15, wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07, wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1441/07, wyrok KIO z dnia 14 lutego 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 73/08, KIO/UZP 74/08, wyrok KIO z dnia 9 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 258/08 oraz wyrok KIO/UZP 666/09 KIO/UZP 667/09 KIO/UZP 668/09 KIO/UZP 669/09 KIO/UZP 679/09 z dnia 10 czerwca 2009 r.

Odwołujący zwrócił ponadto uwagę, że wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu są profesjonalistami, którzy starają się zaoferować jak najniższe ceny. Jednocześnie rynek sprzętu komputerowego jest na tyle konkurencyjny, że niemożliwe są do osiągnięcia takie różnice cenowe jak w przypadku wymienionych wykonawców, porównując ich ceny do innych złożonych ofert w postępowaniu. Biorąc pod uwagę wątpliwości, jakie budzą oferty wykonawców Konsorcjum Innovation, IMMITIS, Konsorcjum Intaris, GALAXV

oraz NTT, a także ceny zaoferowane przez pozostałych wykonawców, jak również rynkową wartość zamówienia, uzasadnione są poważne wątpliwości dotyczące ceny zaoferowanej przez wykonawców Konsorcjum Innovation, IMMITIS, Konsorcjum Intaris, GALAXY oraz NTT za Komputer PC typ 1. Istniejące różnice powinny wzbudzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego, jako dysponenta środków publicznych. Gdyby w wyniku procedury wyjaśnień potwierdziłoby się zaoferowanie rażąco niskiej ceny, Zamawiający byłby zobowiązany do odrzucenia ofert wykonawców Konsorcjum Innovation, IMMITIS, Konsorcjum Intaris, GALAXY oraz NTT na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru ofert wykonawców: Konsorcjum Innovation, IMMITIS, Konsorcjum Intaris jako najkorzystniejszych, Odwołujący wskazał, iż zarzut ten jest konsekwencją zarzutów podniesionych i opisanych powyżej. Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponieważ, jak to zostało wykazane powyżej, oferty złożone przez wykonawców Konsorcjum Innovation, IMMITIS, Konsorcjum Intaris, GALAXY oraz NTT winny podlegać odrzuceniu, ewentualnie Zamawiający, w przypadku gdy np. wykonawcy nie złożą wyjaśnień rażąco niskiej ceny lub jeżeli dokonana ocena tych wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jako najkorzystniejszą ofertę winien wybrać ofertę Odwołującego, która jest najkorzystniejszą ofertą i jednocześnie ofertą niepodlegającą odrzuceniu.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie ustnie do protokołu rozprawy wnosząc o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Izba na posiedzeniu w dniu 1 lipca 2019 r. stwierdziła skuteczność zgłoszonych przez:

- a) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Intaris Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Intaris Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie i MBA System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Konsorcjum Intaris”),
- b) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Innovation in Technology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Niekaninie i Towarzystwo Handlowe ALPLAST Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Niekaninie (dalej jako „Konsorcjum Innovation”),
- c) wykonawcę Immitis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy (dalej jako „Immitis”),
- d) wykonawcę Galaxy Systemy Informatyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Zielonej Górze (dalej jako „Galaxy”), przystąpien do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp i dopuściła ich do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestników postępowania.

Przystępujący Konsorcjum Intaris na posiedzeniu złożył pismo procesowe, w którym zwrócił uwagę, iż Odwołujący w uzasadnieniu odwołania stwierdził, że Przystępujący Konsorcjum Intaris oraz pozostali wybrani wykonawcy „dokonali celowego zaniżenia ceny ofertowej we wskazanym zakresie celem uzyskania przewagi konkurencyjnej, oferując cenę ofertową uniemożliwiającą im realizację przedmiotu zamówienia w tym zakresie” oraz, iż „celem wskazanych wykonawców było zawarcie z Zamawiającym umowy ramowej, w ramach której nie będą oni odpowiadać na zapytania Zamawiającego dotyczące Komputera PC typ 1, oferując natomiast w całym pozostałym zakresie”. Powyższe sugestie i przewidywania Odwołującego w ocenie Przystępującego Konsorcjum Intaris są nieprawdą, a fakt niemożności udowodnienia lub uprawdopodobnienia przyszłych decyzji podejmowanych w trakcie realizacji umowy ramowej przez Przystępującego Konsorcjum Intaris i Zamawiającego czynią te zarzuty pomijalnymi. Żaden z wykonawców nie jest w stanie na tym etapie postępowania przewidzieć jakie zamówienia i na jakie ilości sprzętu zostaną złożone przez Zamawiającego.

Dalej wskazano, iż cena zaoferowana przez Przystępującego Konsorcjum Intaris nie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w postępowaniu. W związku z powyższym nie można mówić o naruszeniu art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, nakładającego na Zamawiającego obowiązek zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Natomiast sam art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje, iż tylko w przypadku 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 zamawiający może zwrócić się o taki wyjaśnienia. Przystępujący Konsorcjum Intaris zauważył, iż nie ma najmniejszych podstaw przypuszczać, że Zamawiający nie przeprowadził badania ofert pod kątem rażąco niskiej ceny, brak natomiast wezwania do wyjaśnień w tym zakresie wskazuje wyłącznie na brak wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp daje Zamawiającemu prawo a nie obowiązek wystąpienia do wykonawcy z żądaniem wyjaśnienia podejrzenia rażąco niskiej ceny, jeżeli uzna to za stosowne w określonych realiach. Odwołujący upatrując w swoim

działaniu możliwość eliminacji z postępowanie konkurencji i sprzedaży Zamawiającemu komputerów w wyższej cenie, w sposób desperacki próbuje swoim odwołaniem i przewidywanymi „czarnymi” scenariuszami ograniczyć możliwość swobodnego kalkulowania zysku, również w odniesieniu do kryteriów oceny ofert określonych w postępowaniu. Żaden z przepisów ustawy Pzp nie zakazuje konkurencji pomiędzy wykonawcami za pomocą kształtowania odmiennej polityki cenowej oraz marży dla poszczególnych składników oferty.

Następnie Przystępujący Konsorcjum Intaris wskazał, iż zgodnie z ukształtowanym w orzecznictwie poglądem jednym z czynników istotnych dla usunięcia wątpliwości w zakresie tego, czy dana oferta zawiera rażąco niską cenę, jest wykazanie, czy cena oferty pokrywa koszty realizacji robót oraz zapewnia wykonawcy nawet minimalny poziom zysku. Innymi słowy, istotne jest, aby z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności, wykonawca nie ponosił strat. W związku z powyższym, Przystępujący podtrzymał oświadczenie zawarte w ofercie i wskazał, iż zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe nie zawierają rażąco niskiej ceny oraz zostały przygotowane przy zachowaniu reguł rynkowych. W ramach konsorcjum firm Przystępujący dysponuje niezbędnym doświadczeniem w zakresie wykonywania dostaw podobnych do przedmiotu zamówienia, co pozwala mu dokładnie oszacować niezbędne koszty związane z wykonaniem zamówienia. Dysponuje wyspecjalizowaną, wysoko kwalifikowaną kadrą przygotowaną do realizacji zamówienia. Współpracuje z osobami posiadającymi wiedzę, doświadczenie i kwalifikacje potrzebne przy realizacji dostaw stanowiących przedmiot zamówienia. Ponadto realizacja przez Konsorcjum Intaris niemal identycznych dostaw do Zamawiającego powoduje wyjątkowość warunków wykonania przedmiotowego zamówienia. Bogate doświadczenie w realizacji podobnych zamówień pozwala na organicznie zbędnych kosztów, gdyż personel wykonawcy posiada wiedzę na temat specyfiki przedmiotu zamówienia i jest przygotowany na realizację podobnego projektu. Cena oferty została wyliczona rzetelnie, z uwzględnieniem poziomu aktualnych i przewidywalnych cen rynkowych, potencjalnych zmian poziomu inflacji w zakładanym okresie realizacji przedmiotu zamówienia. Cena oferty wynika z założonej konkurencyjności wykonawcy w ubieganiu się o zamówienia publiczne, pozwalającej wykonawcy na zaproponowanie ceny odpowiednio wyższej niż koszty wytworzenia przedmiotu zamówienia, a niższej od ceny innych wykonawców.

Przystępujący Konsorcjum Intaris oświadczył ponadto, że wycena dostawy stanowiącej przedmiot zamówienia została skalkulowana realistycznie i adekwatnie do zakresu dostawy oraz kosztów jej wykonania, a wynagrodzenie Przystępującego zostało skalkulowane w oparciu o aktualne stawki rynkowe, które wykonawca jako profesjonalista w swojej dziedzinie uznaje za najbardziej miarodajne i których przyjęcie jest niezbędne do uzyskania założonego zysku z przedsięwzięcia. Podkreślił, że celem Przystępującego jako podmiotu

gospodarczego jest wypracowywanie zysków z realizowanych kontraktów. Podana w ofercie cena opiera się więc na kalkulacji cenowej będącej wynikiem rzetelnej kalkulacji kosztów świadczenia zamawianej dostawy oraz przy założeniu niezbędnej marży, z której pokryte zostaną ewentualne koszty pracy oraz dojazdu pracownika konsorcjum w niezbędnym zakresie. Biorąc pod uwagę powyższe, mając na uwadze, iż w wyniku niniejszego postępowania zostanie zawarta umowa ramowa, na podstawie której zostaną zawarte umowy wykonawcze, zaoferowana przez Konsorcjum Intaris cena ofertowa w pełni pokrywa koszty realizacji zamówień składanych w ramach umów wykonawczych, zaś minimalna założona dla przedmiotowego zamówienia marża w przypadku przyznania Konsorcjum Intaris zamówienia może on zostać zoptymalizowana na wyższym poziomie.

Dodatkowo, na poparcie powyższych twierdzeń, w załączeniu do pisma Przystępujący Konsorcjum Intaris przedstawił sposób wyliczenia ceny oferty wraz z dowodami dotyczącymi wyliczenia ceny stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. W dalszej części pisma przedstawione zostało uzasadnienie dla objęcia tych informacji poufnością.

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

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 ustawy Pzp.

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego i Przystępujących Immitis, Konsorcjum Intaris i Konsorcjum Innovation o odrzucenie odwołania z uwagi na jego wniesienie po terminie.

W ocenie Izby Odwołujący nie uchybił terminowi na wniesienie odwołania, który należało w tym wypadku liczyć według zasad określonych w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającej stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 15 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Należy na uwadze, iż w momencie kiedy Odwołujący miał otwarty termin na wniesienie odwołania od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, o której Zamawiający poinformował wykonawców 31 maja 2019 r., czynność ta została przez Zamawiającego unieważniona. W konsekwencji odwołanie wniesione na ww. czynność wyboru oferty najkorzystniejszej byłoby bezprzedmiotowe. Okoliczność, że w następstwie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej

Zamawiający w ponownym zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 5 czerwca 2019 r. dokonał jedynie poprawy ceny oferty Konsorcjum Innovation, pozostaje bez wpływu na ocenę przedmiotowej sytuacji. Odwołujący nie może bowiem ponosić negatywnych konsekwencji działań Zamawiającego, który pierwotny wybór unieważnił w chwili kiedy nie upłynął jeszcze termin na wniesienie odwołania na tę czynność oraz przeprowadził ponowne badanie i ocenę ofert. Czynnością będącą przedmiotem zaskarżenia w przedmiotowej sprawie jest zatem wybór oferty najkorzystniejszej dokonany w dniu 5 czerwca 2019 r., wobec czego odwołanie wniesione w dniu 17 czerwca 2019 r. należy uznać za wniesione w terminie.

Następnie Izba dokonała oceny czy Odwołujący był legitymowany, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z ww. przepisem środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Należy zauważyć, iż oferta Odwołującego została sklasyfikowana na ósmym miejscu w rankingu ofert, przy czym zakresem zaskarżenia objął on oferty pięciu wyprzedzających go wykonawców. Skuteczność wniesionego odwołania mogłaby zatem prowadzić do istotnych zmian w rankingu ofert, powodujących, że oferta Odwołującego mogłaby znaleźć się w pierwszej trójce kwalifikującej się do zawarcia umowy ramowej. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców znajdujących się w klasyfikacji przed ofertą Odwołującego niewątpliwie powoduje, że potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia (podobnie m.in. wyrok KIO z dnia 22 października 2018 r., sygn. akt KIO 1991/18). W tym stanie rzeczy Izba uznała, iż materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp zostały przez Odwołującego wypełnione.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności specyfikację istotnych warunków zamówienia, wyjaśnienia jej treści oraz wprowadzone modyfikacje, informację z otwarcia ofert, oferty wykonawców, informację o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 30 maja 2019 r., pismo Zamawiającego z dnia 5 czerwca 2019 r. informujące o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz informację o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 5 czerwca 2019 r. Izba wzięła pod uwagę także stanowiska Stron i Uczestników postępowania przedstawione w złożonych pismach oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 1 lipca 2019 roku, jak również wnioskowane przez ww. podmioty dowody w postaci:

1. wyciągu z dokumentacji postępowania pn. „Zawarcie umowy ramowej na modernizację

- indywidualnej infrastruktury teleinformatycznej przeznaczonej dla funkcjonariuszy i pracowników cywilnych poprzez zakup komputerów, sprzętu teleinformatycznego i oprogramowania” (nr postępowania 103/BŁil/18/TG/PMP) zawierającego formularze ofertowe złożone przez wybranych wykonawców (Innovation in Technology Sp. z o.o., Immitis Sp. z o.o. oraz NTT Technology Sp. z o.o.), a także opis przedmiotu zamówienia - dowód złożony przez Odwołującego;
2. dokumentów dotyczących realizacji umowy ramowej zawartej w wyniku postępowania nr 103/BŁil/18/TG/PMP - dowód złożony przez Odwołującego;
 3. wyciągu z dokumentacji postępowania pn. „Modernizacja indywidualnej infrastruktury teleinformatycznej przeznaczonej dla funkcjonariuszy i pracowników cywilnych poprzez zakup komputerów, sprzętu teleinformatycznego i oprogramowania” (nr postępowania 12/BŁil/19/EZ/PMP) zawierającego ofertę konsorcjum firm Intaris Sp. z o.o., Intaris Sp. z o.o. Sp. k., MBA System Sp. z o.o., Immitis Sp. z o.o., ofertę Towarzystwa Handlowego Alplast Sp. z o.o. Sp. k., ofertę NTT Technology Sp. z o.o., a także informacje z dnia 22 lutego 2019 r. o wyborze ofert najkorzystniejszych w poszczególnych częściach zamówienia - dowód złożony przez Odwołującego;
 4. pisma HP Inc. Polska Sp. z o.o. z dnia 27 czerwca 2019 r. - dowód złożony przez Odwołującego;
 5. wydruk wiadomości e-mail z dnia 27 czerwca 2019 r. dotyczący oferty cenowej komputerów marki OPTIMUS - dowód złożony przez Odwołującego;
 6. wydruków ze strony www.komputronik.pl oraz www.databits24.pl - dowód złożony przez Zamawiającego;
 7. oświadczeń producentów zaoferowanych komputerów i monitorów (zastrzeżonych częściowo jako tajemnica przedsiębiorstwa zgodnie z pismem Przystępującego Immitis złożonym na rozprawie) – dowody złożone przez Przystępującego Immitis;
 8. wydruków ze strony www.amd.com/en/where-to-buy/commercial-systems w zakresie przetłumaczonym na język polski oraz wydruku ze strony www.dell.com.pl dotyczącego komputera OptiPlex 5055 - dowód złożony przez Przystępującego Immitis;
 9. oświadczenia Konsorcjum Innovation z dnia 28 czerwca 2019 r. - dowód złożony przez Przystępującego Konsorcjum Innovation;
 10. dowodów potwierdzających wyliczenia ceny (objętych tajemnicą przedsiębiorstwa) – dowody złożone przez Konsorcjum Intaris;
 11. referencji wystawionych przez Zamawiającego dla konsorcjum firm Intaris Sp. z o.o., Intaris Sp. z o.o. Sp. k., MBA System Sp. z o.o., Immitis Sp. z o.o. w związku z realizacją umowy zawartej w ramach postępowania nr 12/BŁil/19/EZ/PMP) – dowód złożony przez Konsorcjum Intaris.

Za stanowisko własne Odwołującego Izba uznała złożone przez niego „analizy postępowań” (oznaczone nr 1 i 2), dotyczące porównania cen w ofertach złożonych w postępowaniu obecnym z postępowaniami nr 103 (z 2018 r.) i nr 12 (z 2019 r.), jak również dokument zatytułowany „szacowanie kosztów zakupu komponentów” dokonane w oparciu o konfigurator „morele.net”. Ww. dokumenty sporządzone zostały przez samego Odwołującego na potrzeby postępowania odwoławczego i stanowią nic innego jak rozwinięcie argumentacji przedstawionej przez niego w odwołaniu, zatem nie sposób im przypisać waloru dowodu. Stanowiskiem własnym jest także przedstawiona przez Przystępującego Konsorcjum Intaris kalkulacja zawierająca sposób wyliczenia ceny oferty, niemniej już dokumenty złożone na potwierdzenie tych wyliczeń włączone zostały w poczet materiału dowodowego. Podobnie za stanowisko własne Izba potraktowała przedstawione przez Przystępującego Immitis wydruki arkuszy Excel zawierających konfiguracje komputerów typ 1 i 2 oraz wyliczenia w zakresie upustów zastosowanych w ofercie Suntar i Immitis, uznając je - wobec braku źródła pochodzenia danych - za wyliczenia własne Przystępującego. Izba pominęła załączoną do tych wyliczeń specyfikację produktu HP EliteDesk 705 G4 Business Desktops PCs złożoną wyłącznie w wersji anglojęzycznej, bez tłumaczenia, a także nieprzetłumaczone na język polski fragmenty wydruku ze strony www.amd.com/en/where-to-buy/commercial-systems. Zgodnie z § 19 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań z dnia 22 marca 2010 r. (t.j. z dnia 7 maja 2018 r., Dz. U. z 2018 r. poz. 1092) wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. Ponadto za zbędne dla potrzeb niniejszego postępowania odwoławczego Izba uznała złożone przez Odwołującego wydruki ze stron internetowych dotyczące pozycji firmy HP na rynku sprzedaży komputerów, która nie była kwestionowana przez Uczestników postępowania.

Ponadto Izba uznała za skuteczne zastrzeżenie informacji przedstawionych w dokumentach złożonych przez Konsorcjum Intaris i wykonawcę Immitis jako tajemnica przedsiębiorstwa w zakresie przez tych wykonawców wskazanym. Obaj wykonawcy przedstawili szczegółowe pisemne uzasadnienia dla objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba po zweryfikowaniu treści tych dokumentów i ich konfrontacji z przedstawionym uzasadnieniem stwierdziła, że zawierają one informacje odnoszące się *stricte* do kalkulacji cenowych wykonawców, cen komponentów zastosowanych w przyjętych konfiguracjach sprzętu oraz danych dotyczących partnerów handlowych, wobec czego nie znalazła podstaw do odmówienia tym informacjom waloru tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z Rozdziałem IV ust. 1 SIWZ przedmiotem zamówienia jest zawarcie umowy ramowej na modernizację indywidualnej infrastruktury teleinformatycznej przeznaczonej dla funkcjonariuszy i pracowników cywilnych poprzez zakup komputerów. Przedmiot zamówienia został szczegółowo opisany w załączniku nr 2 do SIWZ. Zgodnie z pkt ust. 3 tego Rozdziału celem postępowania jest wyłonienie maksimum trzech wykonawców, z którymi zostanie zawarta umowa ramowa, chyba że oferty niepodlegające odrzuceniu złożą mniej wykonawców.

W Rozdziale XIV (w brzmieniu po dokonanych modyfikacjach treści SIWZ) Zamawiający przedstawił opis kryteriów z podaniem ich znaczenia i sposobu oceny ofert. Wskazał, iż zawrze umowę ramową z 3 wykonawcami, których oferty otrzymają najwyższą liczbę punktów na podstawie kryteriów oceny ofert określonych poniżej i spełniają warunki udziału w postępowaniu, a ich oferty w zakresie każdej z części nie podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy Pzp. W przypadku, gdy zostanie złożonych mniej ofert Zamawiający zawrze umowę ramową ze wszystkimi wykonawcami, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, a ich oferty nie podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy Pzp. Jednym z kryteriów oceny (kryterium nr 1, „K1”) była cena oferty brutto o wadze 60%. Sposób obliczenia punktów w odniesieniu do kryterium K1 był następujący:

K1 - waga 60 % (maksymalnie Wykonawca może otrzymać 60 punktów)

Cena wyższa od ceny najniższej oceniona zostanie w następujący sposób:

$$K1 = \frac{\text{najniższa cena brutto z przedłożonych ofert}}{\text{cena brutto oferty badanej}} \times 60$$

W Rozdziale XV Zamawiający przedstawił opis kryteriów wyłonienia wykonawcy w celu zawarcia umowy wykonawczej. Dla komputera PC typ 1 jednym z kryteriów była cena oferty brutto o wadze 40%. Sposób obliczenia punktów w odniesieniu do kryterium K1 był następujący:

K1 - waga 40 % (maksymalnie Wykonawca może otrzymać 40 punktów)

Cena wyższa od ceny najniższej oceniona zostanie w następujący sposób:

$$K1 = \frac{\text{najniższa cena brutto z przedłożonych ofert}}{\text{cena brutto oferty badanej}} \times 40$$

Załącznik nr 1 do SIWZ stanowił wzór formularza ofertowego, w którym w części B pkt 3.I należało wskazać dane odnośnie oferowanego komputera PC typ 1, tj. pamięć ram, termin

gwarancji, termin realizacji naprawy gwarancyjnej, cenę jednostkową oferty brutto w tym VAT oraz łączną wartość (cena jednostkowa oferty brutto x 15 000). Zamawiający jednocześnie informował, iż wartość ta jest wartością szacunkową, służącą jedynie do porównania cen złożonych ofert. Załącznikiem do formularza ofertowego był formularz, w którym określono wymagane parametry minimalne, gdzie wykonawcy dla komputera PC typ 1 wskazać mieli producenta i model oraz oświadczyć czy spełniają wymagane parametry minimalne i podać żądane dane takie jak m.in. producenta i model danego komponentu, wielkość pamięci RAM, pojemność dysku SSD, etc.

W postępowaniu wpłynęło 12 ofert, w których dla komputerów PC typ 1 wskazano następujące ceny:

1. Przystępujący Konsorcjum Innovation – cena jednostkowa 1 763,82 zł brutto, cena łączna 26 457 300 zł brutto, cena oferty 43 482 543,62 zł brutto;
2. Egida IT Solutions Sp. z o.o. - cena jednostkowa 2 473,53 zł brutto, cena łączna 37 102 950 zł brutto, cena oferty 55 480 751,46 zł brutto;
3. Przystępujący Immitis - cena jednostkowa 1 894,20 zł brutto, cena łączna 28 413 000 zł brutto, cena oferty 46 069 354,80 zł brutto;
4. IT Punkt Sp. z o.o. - cena jednostkowa 2 621,13 zł brutto, cena łączna 39 316 950 zł brutto, cena oferty 56 875 977,36 zł brutto;
5. Odwołujący Suntar - cena jednostkowa 2 618,67 zł brutto, cena łączna 39 280 050 zł brutto, cena oferty 56 679 396,30 zł brutto;
6. E-Planeta Sp. z o.o. - cena jednostkowa 2 624,82 zł brutto, cena łączna 39 372 300 zł brutto, cena oferty 56 859 438,78 zł brutto;
7. Koncept Sp. z o.o. - cena jednostkowa 2 549,79 zł brutto, cena łączna 38 246 850 zł brutto, cena oferty 55 647 509,94 zł brutto;
8. IT Tender Sp. z o.o. - cena jednostkowa 2 681,40 zł brutto, cena łączna 40 221 000 zł brutto, cena oferty 61 412 005,80 zł brutto;
9. Przystępujący Galaxy - cena jednostkowa 2 041,80 zł brutto, cena łączna 30 627 000 zł brutto, cena oferty 46 728 484,74 zł brutto;
10. NTT Technology Sp. z o.o. - cena jednostkowa 2 231,22 zł brutto, cena łączna 33 468 300 zł brutto, cena oferty 50 674 910,22 zł brutto;
11. Konsorcjum Intaris – cena jednostkowa 2 033,19 zł brutto, cena łączna 30 497 850 zł brutto, cena oferty 46 137 457,44 zł brutto;
12. Cezar Cezary Machnio i Piotr Gębka Sp. z o.o. - cena jednostkowa 2 611,29 zł brutto, cena łączna 39 169 350 zł brutto, cena oferty 58 016 025,00 zł brutto.

Zamawiający wskazał, iż kwota jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 60 000 000 brutto. Wartość szacunkowa zamówienia, zgodnie z protokołem postępowania, określona została na kwotę 48 779 609,76 zł.

W dniu 31 maja 2019 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze jako najkorzystniejszych ofert złożonych przez Konsorcjum Innovation, Immitis oraz Konsorcjum Intaris. W dniu 5 czerwca 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz o tym, że dokona ponownego badania i oceny ofert. Zamawiający nie wskazał przyczyn unieważnienia postępowania. Następnie w tym samym dniu Zamawiający dokonał ponownego wyboru ofert najkorzystniejszych, za które uznał oferty złożone przez Konsorcjum Innovation, Immitis oraz Konsorcjum Intaris. W treści informacji o wyborze zmianie uległa jedynie informacja o cenie brutto oferty Konsorcjum Innovation, którą w związku z omyłką w obliczeniach poprawiono na 43 482 572,40 zł brutto.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. Izba uznała za nieudowodniony.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Z kolei w myśl ust. 3 tego przepisu zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ustawa Pzp nie definiuje czynu nieuczciwej konkurencji odsyłając w tym zakresie do ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W art. 3 ust. 1 tej ustawy zawarto ogólną definicję czynu nieuczciwej konkurencji, którym jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ust. 2 tego przepisu wskazuje na otwarty katalog przypadków, w których działanie danego podmiotu może zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu tej ustawy może być zatem uznane także działanie niewymienione wśród przypadków stypizowanych w art. 5 - 17d u.z.n.k., jeżeli tylko odpowiada wymogom wskazanym w ogólnym określeniu czynu nieuczciwej konkurencji w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. (por. m.in. wyrok

Sądu Najwyższego z dnia 26 listopada 1998 r., I CKN 904/97). W takiej sytuacji, aby określone działanie mogło zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji, należy wykazać spełnienie przesłanek wynikających z art. 3 ust. 1 u.z.n.k., tj., że jest ono sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz że zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Niewątpliwie zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców jest jedną z naczelných zasad udzielania zamówień publicznych, dlatego też uzasadnionym jest odrzucenie oferty wykonawcy, który narusza przedmiotową regułę. Niemniej należy mieć na uwadze fakt, że zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji powinien być udowodniony. Uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tejże ustawy. Odwołujący w odwołaniu postawił zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 15 ust. 1 u.z.n.k., który stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Dla wyczerpania dyspozycji tego przepisu niezbędnym pozostaje zatem wykazanie dokonania sprzedaży towarów (usług) poniżej kosztów ich wytworzenia, przez co dochodzi do utrudnienia innym przedsiębiorstwom dostępu do rynku, a nadto utrudnienie to ma za swój cel eliminację innych przedsiębiorców. Przesłanki sprzedaży poniżej kosztów własnych sprawcy czynu oraz celu eliminacji innych przedsiębiorców muszą występować kumulatywnie (tak m.in. wyrok KIO z dnia 8 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 176/17).

W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym ciężar wykazania powyższych okoliczności spoczywał, zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu opisaną w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, na Odwołującym, który z tych właśnie okoliczności wywodził skutek prawny w postaci konieczności odrzucenia ofert 5 wykonawców. W ocenie Izby Odwołujący spoczywającemu na nim obowiązkowi dowodowemu nie sprostał.

Argumentacja Odwołującego skupiała się na twierdzeniu, że wykonawcy Konsorcjum Innovation, Konsorcjum Intaris, Immitis, Galaxy oraz NTT dokonali celowego zniżenia ceny ofertowej na komputer PC typ 1 celem uzyskania przewagi konkurencyjnej i zawarcia umowy ramowej, w ramach której nie będą oni odpowiadać na zapytania Zamawiającego dotyczące tego właśnie komputera. Powołując się na zniżenie cen ofert przez konkurencyjnych wykonawców Odwołujący jednak nie pokusił się nawet o wskazanie, jakie konkretne ceny na dostawę komputera PC typ 1 zaoferowali konkretni wykonawcy. Nie wyjaśnił także w żaden sposób dlaczego w jego ocenie ceny te nie pozwalają na zrealizowanie przedmiotu zamówienia. Odwołujący poprzestał jedynie na gołosłownych twierdzeniach, nie precyzując

podstaw faktycznych zarzutów poprzez wskazanie konkretnych okoliczności potwierdzających tak postawione tezy i nie odnosząc tych okoliczności do ofert konkretnych podmiotów. Dopiero na rozprawie Odwołujący precyzował podstawy faktyczne stawianych zarzutów przedstawiając na ich potwierdzenie dowody. Podobnie w treści odwołania Odwołujący nie wyartykułował z czego wywodzi okoliczność, że konkurencyjni wykonawcy podczas realizacji umowy ramowej nie będą składać ofert na zapytania dotyczące komputerów PC typ. 1. Tymczasem podczas rozprawy podnosił on szereg okoliczności odnoszących się do wcześniej prowadzonych przez Zamawiającego postępowań, z których wywodził zamierzenia konkurencyjnych wykonawców.

Nie budzi wątpliwości Izby, iż okoliczności te mogły zostać podniesione już w odwołaniu, a konsekwencje zaniechań Odwołującego w powyższym zakresie przełożyły się na wynik postępowania odwoławczego. Precyzyjne podstawy faktyczne zarzutów Odwołujący nie tylko mógł, ale powinien był wskazać już w treści odwołania, a na rozprawie składać jedynie dowody na poparcie przedstawionych w odwołaniu twierdzeń. O ile bowiem dowody na mocy art. 190 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 192 ust. 7 ustawy Pzp. Należy wyraźnie rozgraniczyć okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie. W ocenie Izby zaaprobowanie działań Odwołującego prowadziłyby do akceptacji sytuacji, w której w odwołaniu wystarczyłoby jedynie hasłowo wskazać w czym upatruje się naruszenia przepisów, a dalszą szczegółową argumentację można byłoby przedstawić dopiero na rozprawie. Tego rodzaju praktyka nie tylko uniemożliwia pozostałym Stronom i Uczestnikom przygotowanie się do rozprawy i odniesienie do zarzutów, ale także stanowi próbę przywrócenia terminu na wniesienie odwołania, który to termin ma charakter zawity i nie podlega przywróceniu. Norma wyrażona w art. 192 ust. 7 ustawy Pzp wyznacza zakres rozstrzygnięcia Izby, który z kolei determinowany jest treścią odwołania, tj. kwestionowaną w nim czynnością oraz jasnymi i skonkretyzowanymi przed upływem terminu na wniesienie odwołania, zarzutami składającymi się z dwóch warstw - prawnej oraz faktycznej. To na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar skonkretyzowania stawianych zarzutów na wszystkich tych płaszczyznach i jeżeli podnoszone w toku rozprawy przed Izbą okoliczności nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich późniejsze wskazywanie nie może być brane przez Krajową Izbę Odwoławczą pod uwagę, choćby okoliczności te mieściły się w ramach ogólnie wskazanej podstawy faktycznej zarzutu (por. m.in. wyrok KIO z dnia 31 października 2018 r., sygn. akt KIO 2036/18).

Odnosząc się do twierdzeń przedstawionych w odwołaniu jakoby ceny wskazane w ofertach wykonawców Konsorcjum Innovation, Konsorcjum Intaris, Immitis, Galaxy oraz NTT zostały zaniżone Izba stwierdziła, iż twierdzenia te nie są wiarygodne. Złożone w tym zakresie przez Odwołującego jako dowód pismo HP Ink Polska Sp. z o.o., w ocenie Izby, nie stanowi dowodu na tyle przekonującego, aby uznać stanowisko Odwołującego za zasadne. Co prawda w treści tego dokumentu wskazano, iż ceny końcowe zaproponowanego w postępowaniu przez poszczególnych wykonawców są cenami poniżej kosztu zakupu komponentów potrzebnych do wyprodukowania komputera PC typ 1, a według posiadanych przez firmę HP informacji łączny koszt zakupu komponentów, jakimi charakteryzować się powinien komputer PC typ 1 przewyższa wskazane ceny jednostkowe zaproponowane przez wykonawców, niemniej stanowisko to nie zostało oparte o jakąkolwiek argumentację. Pismo nie wyjaśnia jakie są koszty zakupu komponentów wymaganych dla komputera PC typ 1 zgodnie z SIWZ ani nie wykazuje, że za ceny zaoferowane przez poszczególnych wykonawców zakup takich komponentów nie jest możliwy. Słusznie także zwracał na rozprawie uwagę Przystępujący Konsorcjum Innovation wskazując, iż na podstawie treści tego pisma nie da się ustalić jakie konkretnie komponenty firma HP chciałaby użyć, a w zależności od tego ceny mogą być różne, tym bardziej, że - jak zauważył dalej Przystępujący Immitis - HP, jako firma globalna, nie stosuje takich samych komponentów jak mały polski producent.

Podobnie złożona przez Odwołującego jako dowód korespondencja mailowa zawierająca ofertę firmy Optimus na dostawę 15000 sztuk komputerów PC typ 1 o parametrach wskazanych w SIWZ nie potwierdza, że ceny zaproponowane przez wykonawców, których oferty są przedmiotem zaskarżenia, są zaniżone - dowód ten potwierdza wyłącznie okoliczność, że firma Optimus przedstawiła Odwołującemu ofertę na taką, a nie inną kwotę, która jest wyższa od ofert części wykonawców złożonych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Stanowiska Odwołującego w zakresie zaniżenia cen w ofertach konkurentów nie potwierdza także przedstawione szacowanie kosztów zakupu komponentów w oparciu o konfigurator firmy Morele.net – z dokumentu tego nie wynika ani jakie konkretnie komponenty wzięto pod uwagę podczas obliczeń, ani czy spełniały one wymogi określone w SIWZ. Słusznie wskazywał także Przystępujący Konsorcjum Innovation, że dokumentu tego nie opatrzone nawet datą, a więc nie wiadomo z jakiego okresu ceny przyjęte zostały do wyliczeń. Na uwagę zasługuje także argumentacja przedstawiona przez Konsorcjum Intaris, że nie jest wiadomym czy uwzględniono w tym szacowaniu ceny najniższe z dostępnych, jak również, że Morele.net nie posiada wszystkich modeli dostępnych na rynku, czy też rabatów charakterystycznych dla zamówień publicznych. Wobec tego, w ocenie Izby, opracowanie sporządzone przez Odwołującego nie mogło przesądzić o zasadności jego twierdzeń.

Tezie Odwołującego o zaniżeniu cen w ofertach konkurencyjnych wykonawców przeczą także twierdzenia i dowody przedstawione na rozprawie przez jego przeciwników procesowych – w szczególności Przystępujących Immitis i Konsorcjum Intaris. Konsorcjum Intaris przedstawiło szczegółowy sposób wyliczenia ceny oferty, w tym elementy składowe ceny komputera PC typ 1, składając dowody, których treść potwierdzała przyjęte w kalkulacji wartości. Dane wynikające z tych dokumentów były spójne z przedstawionym sposobem wyliczenia ceny i Izba nie znalazła podstaw do podważenia ich wiarygodności. Z kolei do twierdzeń podniesionych w piśmie procesowym złożonym przez Konsorcjum Intaris uwiarygadniających realność zaoferowanej ceny Odwołujący na rozprawie w zasadzie nawet się nie odniósł, kwestionując jedynie zastrzeżenie załączników do tego pisma jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Również Przystępujący Immitis przedstawił dowody potwierdzające wskazaną w ofercie cenę w postaci oświadczeń producentów zaoferowanych komputerów i monitorów. Natomiast złożone przez Przystępującego Immitis w formie arkusza Excel wyliczenia oparte (według jego twierdzeń) o konfiguratory HP i ABC Data Izba uznała li tylko za uzupełnienie stanowiska własnego Przystępującego, wobec braku odniesienia do źródła tych danych, a także załączenia wydruków mających potwierdzać treść tych danych w większości w języku angielskim bez tłumaczenia.

W świetle materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie nie znajdują potwierdzenia także twierdzenia Odwołującego, iż zamiarem wykonawców było nieskładanie ofert wykonawczych w ramach realizacji umowy ramowej na komputery PC typ 1.

Izba zgodziła się z Zamawiającym, iż wysuwane w odwołaniu wnioski, że wykonawcy, których oferty wybrano w postępowaniu nie będą składać ofert wykonawczych na komputery PC typ 1 podczas realizacji umowy ramowej, to wyłącznie niczym nie poparte przypuszczenia Odwołującego. Przedstawione na rozprawie dowody w postaci wyciągów z dokumentacji postępowań nr 103/Błil/18/TG/PMP oraz nr 12/Błil/19/EZ/PMP Izba uznała za wiarygodne (ich treść nie była przedmiotem sporu), aczkolwiek nie potwierdzające stanowiska Odwołującego. Po pierwsze, na co zwracano uwagę już wcześniej, podnoszona na rozprawie argumentacja odnosząca się do wcześniej prowadzonych przez Zamawiającego postępowań na dostawę komputerów, w tym wnioskowanie, że przyczyną ogłoszenia przez Zamawiającego w 2019 r. postępowania nr 12 było zamierzone nierealizowanie dostaw w ramach umowy ramowej zawartej w wyniku postępowania nr 103, jest w ocenie Izby argumentacją spóźnioną, możliwą do podniesienia już w treści odwołania.

Po drugie, wbrew twierdzeniom Odwołującego, ze złożonych dowodów w postaci wyciągów z dokumentacji postępowań nr 103/Błil/18/TG/PMP oraz nr 12/Błil/19/EZ/PMP nie wynika, aby brak składania ofert w ramach realizacji umowy ramowej zawartej w wyniku postępowania nr 103/Błil/18/TG/PMP na jeden z typów komputerów był efektem świadomego

działania i taktyki wykonawców. Zamawiający i Przystępujący na rozprawie wyjaśnili, że trakcie wykonywania tej umowy ramowej miały miejsce problemy z realizacją dostaw. Potwierdza to treść dokumentów złożonych przez Odwołującego. Przykładowo w piśmie z dnia 10 stycznia 2019 r. firma Innovation in Technology poinformowała Zamawiającego, że nie ma możliwości zapewnienia dostępności ilości sprzętu wskazanego w zapytaniu w celu realizacji dostaw. Wskazano, że początek roku kalendarzowego to czas wyjątkowo niekorzystny na realizację dużych dostaw: magazyny dostawców w Europie jeszcze nie zostały uzupełnione, natomiast dostawy z lokalizacji dalekowschodnich są opóźnione ze względu na trwający tam okres świąteczny. Ww. wykonawca zwrócił się do Zamawiającego w takiej sytuacji z prośbą o przesunięcie terminu składania ofert o miesiąc, w celu umożliwienia potwierdzenia dostępności sprzętu w żądanej ilości. Trudno z powyższych okoliczności wywodzić, aby wykonawca nie zamierzał zrealizować dostaw. Dalej należy wskazać, że trudności z dostępnością sprzętu potwierdza także notatka służbowa z dnia 24 stycznia 2019 r. ze spotkania Zamawiającego z przedstawicielami firm NTT oraz Immitis, w której wprost wskazano na problemy dotyczące braku dostępności na rynku wymaganych elementów składowych jednostek komputerowych, które spełniałyby wymagania określone w zawartych umowach ramowych, w związku z czym żadna z firm nie jest w stanie wyprodukować odpowiednich ilości sprzętu niezbędnych do zrealizowania przedmiotu umowy.

Z dokumentów złożonych przez Odwołującego nie wynika także, aby przyczyną ogłoszenia przez Zamawiającego postępowania nr 12/Błil/19/EZ/PMP był brak składania ofert wykonawczych na jeden z typów komputera w ramach umowy ramowej zawartej w wyniku postępowania nr 103/Błil/18/TG/PMP. Odwołujący nie wykazał, aby komputery będące przedmiotem dostawy w postępowaniu nr 12 były tożsame czy zbliżone do tych będących przedmiotem postępowania nr 103, z których dostawą był problem w trakcie realizacji umowy. Odwołujący przedstawiał co prawda opisy przedmiotu zamówienia w ww. postępowaniach, jednakże na ich podstawie nie sposób potwierdzić wniosków przez niego stawianych. Jak zwrócili uwagę na rozprawie przeciwnicy procesowi Odwołującego przedmioty tych zamówień istotnie się różniły. W szczególności podkreślali oni, że postępowanie nr 12 miało za przedmiot dostawę komputerów abrandowych (markowych), a nie tzw. „składaków” jak postępowania na umowy ramowe. Znajduje to potwierdzenie w złożonych przez Odwołującego dokumentach, z których wynika, że w postępowaniu nr 12 konsorcjum złożone z firm Intaris Sp. z o.o., Intaris Sp. z o.o. Sp. k., MBA System Sp. z o.o. i Immitis Sp. z o.o. zaoferowało komputer PC marki Dell Optiplex 3060 SFF, wykonawca Towarzystwo Handlowe Alplast Sp. z o.o. Sp. k. również zaoferował komputer PC marki Dell Optiplex 3060 SFF, a wykonawca NTT Technology Sp. z o.o. komputer PC marki Lenovo ThinkCentre M725s. Dokumenty przedstawione przez Odwołującego nie potwierdzają zatem także jego wniosków co do zaniżenia cen ofert,

ponieważ porównanie cen zaoferowanych w obecnym postępowaniu z postępowaniami nr 103 i nr 12 jest niemiarodajne wobec rozbieżnych opisów przedmiotu zamówienia, w tym wymagań w zakresie parametrów technicznych sprzętu. Jak zasadnie wskazywał na rozprawie Przystępujący Konsorcjum Intaris ani komputery oferowane wówczas nie spełniają obecnie stawianych wymagań, ani odwrotnie, trudno tu zatem mówić o porównywalności. Z kolei twierdzenia Odwołującego przedstawiane na rozprawie, że komputery będące przedmiotem poprzednich postępowań miały uboższą konfigurację niż wymagania obecne, nie zostały przez niego w żaden sposób wykazane i stanowiły rozszerzenie podstaw faktycznych zarzutów odwołania.

W ocenie Izby ani kwestia zamierzonego zaniżenia cen w ofertach, ani powiązany z tym przez Odwołującego zamiar nie składania przez konkurencyjnych wykonawców ofert realizacyjnych, nie zostały nie tylko udowodnione, ale nawet nie zostały przez Odwołującego uprawdopodobnione. Nie sposób zatem uznać, aby wykazał on, że złożenie ofert przez wykonawców Immitis, Intaris, Innovation, Galaxy oraz NTT stanowić miało czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący nie wykazał wypełnienia przesłanek do zastosowania ww. art. 15 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Nie wykazał sprzedaży usług przez konkurencyjnych wykonawców poniżej kosztów ich świadczenia ani, iż taka sprzedaż ma na celu eliminację innego przedsiębiorcy czy przedsiębiorców, co należy postrzegać jako eliminację z dostępu do danego rynku usług.

W konsekwencji zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. nie potwierdził się.

Izba za niezasadny uznała także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu wezwania pięciu konkurencyjnych wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny.

Na wstępie należy wskazać, iż przedmiotem sporu w rozpoznawanej sprawie była okoliczność czy w odniesieniu do ofert złożonych przez wykonawców Immitis, Konsorcjum Innovation, Konsorcjum Intaris, Galaxy oraz NTT zachodziły podstawy do wezwania ich przez Zamawiającego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący nie stawiał w odwołaniu zarzutu zaniechania odrzucenia ofert konkurencyjnych wykonawców z uwagi na rażąco niską cenę, lecz zarzuty związane z innym zaniechaniem Zamawiającego powiązany z badaniem ofert pod kątem ustalenia czy nie zawiera ona rażąco niskiej ceny, tj. z zaniechaniem wezwania ww. wykonawców do wyjaśnień w zakresie ceny oferty. W tej sytuacji, w ocenie składu orzekającego, zastosowanie znajdowała klasyczna zasada rozkładu ciężaru dowodu określona w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, nie zaś zasada szczególna wskazana w art. 190 ust. 1a ustawy Pzp, wedle której ciężar

dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.

Izba podziela w tym zakresie wyrażany w orzecznictwie pogląd, iż art. 190 ust. 1a ustawy Pzp odnosi się wyłącznie do sytuacji, w których zamawiającemu zostały złożone wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Skoro bowiem nie można odrzucić oferty z powodu rażąco niskiej ceny przed uzyskaniem od składającego ją wykonawcy wyjaśnień w tej materii, to - przywołując treść art. 190 ust. 1a ustawy Pzp - ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywać będzie na wykonawcy (stronie, bądź - zależnie od okoliczności - uczestniku postępowania odwoławczego) albo gdy popierać będzie stanowisko zamawiającego o pozytywnej weryfikacji złożonych przez niego wyjaśnień rażąco niskiej ceny, albo gdy będzie kwestionował negatywną ocenę jego wyjaśnień dokonaną przez zamawiającego. W każdej z opisanych sytuacji musi jednak dojść do złożenia wyjaśnień, w przeciwnym razie zastosowanie znajdzie przepis art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, przewidujący klasyczny rozkład ciężaru dowodu. W sytuacji braku wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp uprawnione jest co najwyżej twierdzenie o podejrzeniu zaoferowania rażąco niskiej ceny, czy wątpliwościach odnośnie jej określenia. Przyjęcie przeciwnego zapatrywania w kwestii rozkładu ciężaru dowodu powodowałoby, że odwołanie, w którym kwestionowane jest zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny (zwłaszcza w warunkach nie ziszczenia się przesłanek skutkujących obowiązkiem dokonania tej czynności) mogłoby ograniczać się *de facto* jedynie do wskazania na tą okoliczność, bez przytaczania przez odwołującego szczegółowej argumentacji uzasadniającej zarzut (por. wyrok KIO z dnia 31 października 2018 r., sygn. akt KIO 2159/18).

W konsekwencji to Odwołującego obciążał obowiązek dowodowy w zakresie wykazania ziszczenia się przesłanek, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, obligujących Zamawiającego do wezwania wykonawców do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny. Zgodnie z treścią ww. przepisu 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 wskazanym w pkt 1) - 5) tego przepisu. Odwołujący zobowiązany był zatem wykazać, że ceny (lub koszt, lub ich istotne części składowe) w ofertach wykonawców Immitis, Konsorcjum Innovation, Konsorcjum Intaris, Galaxy oraz NTT powinny wydawać się Zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzić jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia

zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Tymczasem Odwołujący w treści odwołania nie wskazał żadnych okoliczności mogących przemawiać za powyższym. W punkcie II uzasadnienia odwołania, poza powołaniem się na brzmienie przepisów, opinie prawną UZP i orzecznictwo, wskazano jedynie hasłowo, iż:

- „z danych dotyczących cen ofert wynika wprost, iż cena ofert wskazanych wykonawców z uwagi na zaniżenie ceny za Komputer PC typ 1, w sposób znaczący odbiega nie tylko od wartości szacunkowej zamówienia oraz od budżetu Zamawiającego, ale również od cen pozostałych ofert”,
- „wykonawcy zaoferowali wykonanie zamówienia po cenie nierealnej, niepokrywającej faktycznych kosztów realizacji zamówienia;
- „rynek sprzętu komputerowego jest na tyle konkurencyjny, że niemożliwe są do osiągnięcia takie różnice cenowe jak w przypadku wymienionych wykonawców, porównując ich ceny do innych złożonych ofert w postępowaniu.”

Pomijając, że Odwołujący nie wskazał nawet konkretnych cen na dostawę Komputera PC typ 1 (ani łącznych cen brutto za realizację zamówienia) zaoferowanych przez poszczególnych wykonawców, których oferty kwestionował, to nie przedstawił on także jakichkolwiek dalszych danych, analiz czy wyliczeń, które uszczegóławiałyby stawiane tezy. Na podstawie treści odwołania nie da się wywieść wniosku dlaczego zdaniem Odwołującego ceny odbiegają od wartości szacunkowej zamówienia, budżetu i cen pozostałych ofert w sposób na tyle istotny, że uzasadniający powstanie po stronie Zamawiającego wątpliwości w tym zakresie. Mając na względzie, iż wskaźniki pomocnicze określone w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp nie zostały przekroczone, Odwołujący domagając się wezwania wykonawców do wyjaśnień, winien był wykazać okoliczności, które jego zdaniem prowadzić powinny do powstania u Zamawiającego tego rodzaju wątpliwości. Co więcej, w treści omawianego przepisu, jest mowa o tym, że ceny mają wydawać się zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia z podkreśleniem słowa „rażące” - nie wystarczy zatem wykazać, że ceny powinny wydawać się zamawiającemu niższe, lecz rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Tymczasem wywiedziony przez Odwołującego wniosek nie został poparty żadną argumentacją ani wyliczeniami. Ponadto w ocenie Izby nie znajdował on uzasadnienia w świetle dokumentacji postępowania i materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie. Kwestionowane oferty stanowiły aż pięć z dwunastu ofert złożonych w postępowaniu, ciężko tu zatem mówić o istotnej dysproporcji pomiędzy cenami ofert złożonymi w postępowaniu, a przynajmniej Odwołujący takiej dysproporcji nie wykazał. Odwołujący nie przedstawił też żadnej argumentacji, dlaczego niemożliwe są do osiągnięcia takie różnice cenowe pomiędzy ofertami ani, że ceny ofert nie pokrywają faktycznych kosztów

realizacji zamówienia. Odwołujący nie odniósł się nawet szczegółowo do różnic pomiędzy ofertami poszczególnych wykonawców, mimo iż między najtańszą a najdroższą kwestionowaną ofertą zachodziły różnice rzędu ok. 460 zł na jednej sztuce komputera PC typ 1. Twierdzeń Odwołującego co do podejrzenia zaoferowania rażąco niskich cen ofert nie potwierdzają także złożone przez niego dowody – w tym zakresie Izba podtrzymuje w całości stanowisko przedstawione we wcześniejszej części uzasadnienia, gdzie szczegółowo odniesiono się do kwestii wykazania przez Odwołującego okoliczności związanych z zaniżeniem cen ofert, uznając za niecelowe jego powielanie w tym miejscu.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, iż Odwołujący nie podał ciężącemu na nim obowiązki dowodowemu w zakresie wykazania, że ceny Komputerów PC typ 1 (a także łączne ceny ofert) powinny wydawać się Zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzić jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. Tym samym zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie zasługiwał na uwzględnienie.

Wobec nieuwzględnienia przez Izbę wyżej omówionych zarzutów bezzasadny okazał się także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór ofert wykonawców Konsorcjum Innovation, Immitis i Konsorcjum Intaris. Sam Odwołujący w treści odwołania wskazywał, iż tak postawiony zarzut jest konsekwencją wcześniej podniesionych zarzutów, a zatem oparty on został na tych samych podstawach faktycznych. Mając zatem na względzie, iż Izba nie dopatryła się uchybień w działaniach i zaniechaniach Zamawiającego będących przedmiotem zarzutów oznaczonych nr 1 i 2 odwołania, również przedmiotowy zarzut okazał się bezpodstawny.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 1) i 2) lit. b) w zw. z § 5 ust. 3 pkt 1) 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: