

Sygn. akt: KIO 1203/19

WYROK
z dnia 8 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lipca 2019r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 czerwca 2019 r. przez wykonawcę **Comparex Poland Sp. z.o.o., ul. Równoległa 2, 02-235 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Bank Gospodarstwa Krajowego, Al. Jerozolimskie 7, 00-955 Warszawa.**

orzeka:

1. **oddala odwołanie.**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Comparex Poland Sp. z.o.o., ul. Równoległa 2, 02-235 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Comparex Poland Sp. z.o.o., ul. Równoległa 2, 02-235 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 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 - Bank Gospodarstwa Krajowego - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług Software Assurance dla posiadanych licencji i subskrypcji Microsoft oraz świadczenie usług towarzyszących w ramach umów Microsoft na podstawie zawartej umowy z wybranym wykonawcą - firmą posiadającą statut Microsoft Licensing Solution Provider. Postępowanie jest prowadzone w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) – zwanej dalej Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 30.04.2019r. pod poz. 2019/S 084-200362.

W dniu 24 czerwca 2019r. Odwołujący - Comparex Poland Sp. z o.o. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego w postaci wyboru oferty A.P.N. Promise S.A. a także zaniechania skierowania do A.P.N. wezwania w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty A.P.N. mimo tego, że obejmowała rażąco niską cenę,
2. art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp przez zaniechanie skierowania do A.P.N. wezwania w trybie art. 90 ust. 1 a pkt 1 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu uchylecia czynności wyboru oferty A.P.N. i nakazanie odrzucenia oferty A.P.N. i wykluczenia APN w postępowania, ewentualnie w braku stwierdzenia podstaw do odrzucenia oferty APN nakazanie Zamawiającemu wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie zamówienia podstawowego i w zakresie produktów zawartych w poz. 14 i 21 tabeli nr 13 Formularza cenowego APN

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w uzasadnieniu odwołania oraz innych dokumentów złożonych na rozprawie na okoliczności powołane przy okazji składania takich dokumentów.

Odwołujący wniósł obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego wraz z kosztami zastępstwa procesowego w wysokości 3 600zł oraz kosztami opłaty skarbowej w wysokości 17zł.

Wskazał, że wiadomość o wyborze oferty A.P.N uzyskał w dniu 13 czerwca 2019r, a zatem termin na wniesienie odwołania upływa w dniu 24 czerwca 2019r.

A.P.N uzyskał pierwszą lokatę z 99,38 punktami, a oferta Odwołującego lokatę z 955,53 punktami.

Wyjaśnił, że w postępowaniu biorą udział jedynie wykonawcy posiadający status Microsoft LSP tj. podmioty posiadające umowy dystrybucyjne z Microsoft. W celu zapewnienia zgodności z legislacją antymonopolową Microsoft na potrzeby postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zasadniczo oferuje wszystkim partnerom identyczne warunki zakupu na potrzeby danego postępowania. W efekcie partnerzy konkurują w obszarze marży na oferowane zamawiającym produkty. Na potrzeby przedmiotowego postępowania Microsoft złożył wszystkim partnerom identyczne oferty. Jako dowód Odwołujący złożył e-mail M. M. (Microsoft) z dnia 30 maja 2019r, - na okoliczność ofert adresowanej do Odwołującego oraz e-mail M. M. z dnia 17 czerwca 2019r. na okoliczność, iż Microsoft złożył każdemu Partnerowi LSP identyczną ofertę.

Odwołujący na podstawie oferty Microsoft i cenników za marzec 2019r. sporządził zestawienie cen zaoferowanych przez Microsoft Partnerom LSP z cenami zaoferowanymi przez APN w zakresie zamówienia podstawowego (tabele 1 i 2) formularza cenowego oferty APN. Z zestawienia wynika, że APN zaoferował Zamawiającemu cenę produktów Microsoft dla zamówienia podstawowego wyższą o 5 528,67 euro brutto 4 494,85 euro netto niż łączna cena zakupu produktów Microsoft. Na dowód przedstawił: zestawienie cen dla zamówienia podstawowego obliczonych na podstawie oferty Microsoft, wyciągi z cenników Microsoft i cenniki Microsoft odnoszące się do produktów Microsoft ujętych w ofercie APN oraz e-mail M. M. (Microsoft) z dnia 30 maja 2019r.

W dalszej części odwołania, Odwołujący przywołał treść Opisu Przedmiotu Zamówienia pkt 2.2 Załącznika nr 1 do SIWZ i wskazał, że biorąc pod uwagę realizację pełnego zakresu przedmiotu zamówienia przy marży na poziomie 4 494,85euro realizacja zamówienia podstawowego przez APN będzie deficytowa co oznacza, że w zakresie zamówienia podstawowego oferta zawiera rażąco niską cenę, bo nie pozwala na osiągnięcie zysku z realizacji zamówienia podstawowego. Z racji braku roszczenia APN o realizację zamówień opcjonalnych, APN nie może kalkulować ceny zamówienia podstawowego licząc na pokrycie strat z zamówień opcjonalnych.

W zakresie zamówień opcjonalnych Odwołujący na podstawie oferty Microsoft i cenników Microsoft za marzec 2019 sporządził zestawienie cen zaoferowanych przez Microsoft Partnerom LSP z cenami zaoferowanymi przez APN w zakresie zamówienia opcjonalnego (tabela 3) formularza cenowego oferty APN. Z zestawienia wynika, że APN w zakresie poz. 6,7,8, 14, 15, 16 i 21 Tabeli nr 3 Formularza oferty zaoferował Zamawiającemu ceny niższe niż ceny zakupu. Różnica między cenami zakupu a cenami zaoferowanymi przez APN mieści się w granicach od minus 1,89% do minus 50%- co oznacza, że realizacja zamówień opcjonalnych nastąpi ze stratą dla APN. Zgodnie z § 4 pkt 2 istotnych postanowień umowy Zamawiający jest uprawniony do składania zamówień na dowolne produkty opcjonalne wymienione w OPZ w dowolnych ilościach i konfiguracjach. Każdy wykonawca musi liczyć

się z sytuacją, w której Zamawiający złoży zamówienie na konkretny produkt w dużych ilościach. Zamawiający przygotował na potrzeby realizacji zamówień opcjonalnych kwotę 4 523 864,36zł brutto. Przy takim budżecie możliwe są zakupy produktów opcjonalnych w różnych konfiguracjach. Odwołujący podał 2 przykłady zakupów produktów, wykazując poniesienie straty. Ceny produktów opcjonalnych mają charakter cen odrębnych stanowiących podstawę do rozliczenia wynagrodzenia za poszczególne produkty opcjonalne, zatem każda z tych cen jest ceną samodzielną podlegającą ocenie w ramach uprawnień zamawiającego z art. 90 Pzp oraz skutkującą zastosowaniem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Odwołujący wskazał, że nie ma możliwości pokrycia straty z realizacji zamówień opcjonalnych z zysku z zamówienia podstawowego, gdyż jest ono deficytowe.

Odwołujący podniósł, że każda z cen opcjonalnych stanowi odrębną podstawę rozliczenia i w konsekwencji każda z cen podlega weryfikacji na gruncie art. 90 Pzp pod kątem rażąco niskiej ceny. APN zaoferował określone produkty poniżej kosztu zakupu: poz. 6(-30%), 7 (-1,89%), 8 (-30%), 14 (-45%), 15 (-15%), 16(-15%), 21 (-50%). Zaoferowane ceny dla produktów z poz. 6, 8, 14 i 21 są przynajmniej o 30% niższe niż średnie arytmetyczne cen dla odpowiednich produktów zaoferowanych w postępowaniu.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania. Wskazał, że oferta APN nie zawiera ceny rażąco niskiej, co nie budziło żadnych wątpliwości Zamawiającego. Nie zaszła obligatoryjna przesłanka z art. 90 ust. 1 a pkt 1 Pzp do wezwania do wyjaśnień, bowiem cena całkowita oferty nie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. W postępowaniu oferty złożyły podmioty posiadające autoryzację producenta Microsoft do sprzedaży licencji Microsoft i świadczenia usług. Zamawiający uznał, że ceny zaoferowane przez wykonawców uwzględniają wszystkie czynniki i elementy, które są niezbędne do wykonania zamówienia i nie miał podstawy do innego twierdzenia. Wskazał, że w zakresie zamówienia podstawowego cena oferty Odwołującego opiewa na kwotę 13 167 053,26, wykonawcy A.P.N 12 872 058,50zł, zaś wartość szacunkowa została ustalona na kwotę 14 572 070,05zł. Różnice procentowe w stosunku do wartości szacunkowej to 90,36% (oferta Odwołującego), 88,33% (oferta APN). Wyjaśnił, że dla zamówienia opcjonalnego nie można przedstawić takiego porównania, gdyż dla tej części zamówienia została przeznaczona pula środków, wskazana w OPZ i IPU tj. 4 523 864,36zł brutto, a więc pod tym względem wszystkie oferty są jednakowe. Argumenty przedstawione przez Odwołującego odnoszące się do prac związanych z obsługą kontraktu są zlecane zwyczajowo pracownikom stale zatrudnionym w danej firmie (wykonawca APN nie zgłaszał w ofercie zlecenia wykonania części zamówienia podwykonawcom), którzy obsługują również inne

firmy i realizują inne obowiązki. Odnosząc się do dostawy szkoleń, to Zamawiający wskazał, że nie sposób nie uwzględnić tej pozycji w złożonej ofercie, jeżeli jest ona jednym z kryteriów oceny ofert, przy czym zdaniem Zamawiającego różnice w cenach są tak niewielkie, że dodatkowe uzasadnienie tej kwestii jest zbędne. Zamawiający wskazał także, iż nie ma wiedzy na temat polityki cenowej, którą swobodnie kształtują wykonawcy. Nie można mieć pewności czy Microsoft nie zaoferował APN korzystniejszych cen, co zostało objęte tajemnicą handlową. Zamawiającemu nie są znane warunki współpracy z producentem i nie ma pewności czy partnerzy nie otrzymują specjalnych upustów ze względu na wielkości zamawianego wolumenu lub też innych benefitów. Zdaniem Zamawiającego nie zaistniała żadna z przesłanek do wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 jak również 90 ust. 1a pkt 1 Pzp. Pozycje formularza cenowego, na które wskazuje Odwołujący dotyczą zamówienia opcjonalnego, a więc zamówienia, które może, ale nie musi w ogóle zaistnieć. W tym przypadku wykonawcy, biorąc pod uwagę cenniki producenta mogą szacować prawdopodobieństwo skorzystanie z danego rodzaju zamówienia i pewnym elementom nadać większe znaczenie, a innym mniejsze/ Scenariusze podane przez Odwołującego są, zdaniem Zamawiającego, mało prawdopodobne, biorąc pod uwagę historyczne zapotrzebowanie Zamawiającego z poprzedniej umowy na analogiczny przedmiot zamówienia. Zamawiający zaznaczył, że kształtowanie poszczególnych cen jednostkowych w ramach zamówień opcjonalnych jest zazwyczaj praktykowane w ten sposób, że wykonawcy biorąc pod uwagę swoje doświadczenie i wiedzę w pewien sposób kształtują na tej podstawie realna możliwość wykorzystania danych zamówień.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Na rozprawie strony podtrzymały swoje pisemne stanowiska.

Izba ustaliła, że Zamawiający podzielił zamówienie na podstawowe oraz zamówienie objęte prawem opcji. Przedmiotem zamówienia podstawowego jest świadczenie usług Software assurance dla posiadanych licencji i subskrypcji Microsoft oraz świadczenie usług towarzyszących w ramach umów Microsoft na podstawie zawartej umowy z wybranym wykonawcą – firmą posiadającą status Microsoft Licensing Solution Provider (LSP).

W ramach zamówienia opcjonalnego Zamawiający będzie uprawniony do zakupu nowych licencji, subskrypcji i usług opisanych w OPZ. Zamawiający poinformował że prawo opcji jest uprawnieniem Zamawiającego, z którego może, ale nie musi skorzystać w ramach zamówienia. Skorzystanie z prawa opcji, w całości lub części, jest zastrzeżone do wyłącznej decyzji Zamawiającego. W przypadku nieskorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji w całości lub części wykonawcy nie będzie przysługiwało dodatkowe wynagrodzenie ani jakiegokolwiek roszczenie.

W pkt 3 Zakres zamówienia Zamawiający wskazał, iż przedmiotem jest zakup i zapewnienie aktualizacji licencji Microsoft. Zamówienia podstawowe to: 1. kontynuacja posiadanych (dostarczenie uaktualnień, software assurance) produktów w ramach umowy Microsoft (Enterprise Agreement)- wymienione w Załączniku A tabela nr 1, 2. Kontynuacja posiadanych (dostarczenie uaktualnień, software assurance) produktów w ramach umowy Microsoft SCE (Service and Cloud Enrollment) – wymienione w Załączniku A, tabela nr 2.

W ramach zamówienia podstawowego Zamawiający wymagał dostawy szkoleń wyspecyfikowanych w Załączniku A – pkt D wg Pakietu wybranego przez wykonawcę.

Zamówienie opcjonalne TrueUP dotyczyło produktów wymienionych w Załączniku A, tabela 3. W pkt 5.1 SIWZ zamawiający wskazał, że w trakcie trwania umowy przewiduje możliwość udzielenia zamówień opcjonalnych (TrueUp) i pozostałych zamówień opcjonalnych w kwocie łącznej do 4 523 864,36zł brutto. Zamówienia będą realizowane wg cen i upustów zaoferowanych przez wykonawcę w Formularzu cenowym.

W ramach obsługi trzyletniego programu licencyjnego Microsoft Enterprise i Microsoft Product and Services Agreement wykonawca zobowiązany został do m.in. obsługi zamówień opcjonalnych, wsparcia merytorycznego i okresowych szkoleń (nie rzadziej niż raz na pół roku) w zakresie efektywnego korzystania z usług Microsoft, dostępnych dla klientów w ramach programu software Assurance, przeprowadzenia szkoleń dla pracowników Zamawiającego w ramach zamówień opcjonalnych, zgodnie ze złożoną ofertą.

W pkt XI Opis sposobu obliczenia ceny oferty, Zamawiający wskazał, że cena brutto podana w formularzu oferta wykonawcy musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, uwzględniając wszystkie pozycje ujęte w formularzu cenowym tabela nr 1, nr 2 i nr 3 (zamówienie podstawowe i zamówienie opcjonalne).

Kryteriami oceny oferty były: cena brutto (łącznie cena za przedmiot zamówienia określony w tabeli nr 1, nr 2 i nr 3 z załącznika 3a do SIWZ) – 94%, suma upustów procentowych oferowanych przez Microsoft i wykonawcę na zamówienia inne niż wycenione w TrueUp, dla zamówień składanych w okresie obowiązywania umowy – 4%, ilość oferowanych przez wykonawcę dni szkoleń w każdym roku obowiązywania umowy – 2%.

Izba ustaliła, że wartość szacunkowa zamówienia podstawowego wyniosła 14 572 070,05zł, cena oferty Odwołującego w zakresie zamówienia podstawowego to 13 167 053,26zł, zaś oferty A.P.N – 12 872 058,50zł.

Z powyższego zestawienia wynika, że różnica w cenie oferty A.P.N w stosunku do oferty Odwołującego dla zamówień podstawowych to zaledwie ok. 2%, zaś w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia - 12%. Już samo stwierdzenie tej okoliczności dowodzi, iż cena zaproponowana przez wykonawcę A.P.N w ramach zamówienia podstawowego nie jest ceną rażąco niską. W orzecznictwie przyjmuje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. W analizowanej sytuacji z całą pewnością takie okoliczności nie zachodzą.

Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty A.P.N. z uwagi to, że oferta tego wykonawcy w ramach zamówień podstawowych zawiera rażąco niską cenę. Zauważyć trzeba, że ewentualne naruszenie tego przepisu może mieć miejsce jedynie w sytuacji uprzedniego przeprowadzenia z wykonawcą wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, które mają charakter obligatoryjny. W zaistniałym stanie faktycznym, Zamawiający takiej procedury nie przeprowadził, a co więcej nie zaistniały przesłanki ustawowe do jej przeprowadzenia.

Izba nie podzieliła argumentacji zaprezentowanej przez Odwołującego, iż w przypadku zamówień podstawowych istnieje konieczność zwrócenia się o wyjaśnienie elementów, mających wpływ na wysokość ceny. Zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień – poza przypadkami, gdy rozbieżność w cenach wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia – w sytuacji, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Zgodnie zaś z dyspozycją art. 90 ust. 1 Pzp zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, jeżeli zaofferowana 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.

Jak wskazano wyżej niewielkie procentowe różnice w cenach ofert jak również w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia, spowodowały, że brak jest jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności dokonanej przez wykonawcę A.P.N kalkulacji w ramach zamówienia podstawowego. Jak sam wskazał Odwołujący wykonawca A.P.N. zaoferował Zamawiającemu w tym pakiecie zamówienia cenę produktów Microsoft wyższą o 5 528,67Euro od łącznej ceny zakupów Microsoft. Na tę okoliczność Odwołujący przedstawił jako dowody w sprawie: zestawienia cenników Microsoft odnoszące się do produktów ujętych w ofercie A.P.N oraz zestawienie cen dla zamówienia podstawowego obliczonych na podstawie oferty Microsoft z cenami A.P.N. Skoro wykonawca A.P.N. oferuje produkty powyżej cen ich zakupu u producenta, przewidując marżę na poziomie ponad 5, 5 tys. euro, to, zdaniem Izby, nie można twierdzić, że cena oferty jest ceną rażąco niską. Izba nie podzieliła przy tym argumentacji Odwołującego, iż przy takiej marży, jaką przewidział A.P.N. realizacja całego zamówienia podstawowego, w tym szkoleń, będzie deficytowa. Wyliczenia przedstawione przez Odwołującego dotyczące realizacji szkoleń i zmierzające do wykazania, iż ceny tych usług nie znajdują pokrycia w marży przewidzianej przez wykonawcę A.P.N. nie znajdują oparcia w treści samej SIWZ jak i ofercie A.P.N. Po pierwsze - Zamawiający nie wymagał wyspecyfikowania odrębnej ceny za szkolenia realizowane w ramach wybranego przez wykonawcę Pakietu, stąd trudno porównać ceny tychże usług. Po drugie - wykonawca A.P.N. oświadczył w treści oferty, że szkolenia przeprowadzi siłami własnymi za pośrednictwem zatrudnionych u niego pracowników, co oznacza, że koszty pracodawcy, jakie przedstawił Odwołujący w kalkulacji na poziomie ponad 9 tys. zł (wynagrodzenie miesięczne), jak również koszty usług wsparcia na poziomie miesięcznej pensji 7tys. są nieadekwatne w stosunku do ilości świadczonych usług. Zauważyć trzeba, że szkolenia, jakie mają być przeprowadzone przez wykonawcę w ramach realizacji zamówienia mają charakter sporadyczny i towarzyszący w stosunku do świadczonych usług Software Assurance oraz subskrypcji Microsoft: Zgodnie z Pakietem nr 3, wybranym przez A.P.N wykonawca ma przeprowadzić szkolenia: 14 dni w każdym roku obowiązywania umowy – dla średniozaawansowanych użytkowników produktu Microsoft i 12 dni w każdym roku – dla zaawansowanych użytkowników produktu Microsoft. Z tych względów Izba uznała, że przedstawiona jako dowód w sprawie kalkulacja kosztów szkoleń est nieadekwatna w stosunku do zakresu, objętego przedmiotem zamówienia jak i deklaracji wykonawcy A.P.N co do samodzielnej realizacji całego przedmiotu umowy.

Odnosnie zamówień opcjonalnych, Izba ustaliła, że wykonawca A.P.N zaproponował kwotę za produkty z tabeli nr 3 – 1 738 609,71 zł brutto, zaś Odwołujący – 2 237 158,25 zł brutto. Izba uznała, że wbrew temu co twierdzi Odwołujący, brak jest podstaw do wezwania wykonawcy A.P.N do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień w sytuacji, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. W zaistniałym stanie faktycznym nie wystąpiły przesłanki z art. 90 ust. 1 a pkt 1 Pzp, bowiem cena oferty A.P.N. nie jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej ofert. Odwołujący wskazywał, że powodem do wszczęcia procedury w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp jest to, że wykonawca A.P.N. zaoferował ceny produktów w poz. 6, 8, 14 i 21 o 30% niższe niż średnie arytmetyczne cen dla tych samych produktów zaoferowanych przez Odwołującego czy wykonawcę Integrated Solutions sp. z o.o. Izba zwraca uwagę, że przepis art. 90 ust. 1a pkt 1Pzp, którego naruszenie podnosi Odwołujący, nakazuje wezwanie do udzielenia wyjaśnień w sytuacji, gdy cena całkowita oferty a nie jest składniki cenowe są niższe o co najmniej 30% do wartości szacunkowej zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert. Jedynie przepis art. 90 ust. 1 Pzp nakazuje wezwanie do udzielenia wyjaśnień w sytuacji, gdy istotne części składowe ceny 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. Niezależnie do tego, że przepis ten nie został wskazany jako podstawa prawna zarzutu, zawartego w odwołaniu, to zdaniem Izby, nie ziszczyły się przesłanki do jego zastosowania. Zauważyć bowiem trzeba, że Odwołujący kwestionuje zaniżenie o co najmniej 30% czterech spośród dwudziestu dziewięciu pozycji kosztorysowych, nie wykazując przy tym iż stanowią one istotne elementy składowe tego zamówienia. Ponadto należy wziąć pod uwagę okoliczność, że kwestionowane pozycje dotyczą zamówień opcjonalnych, których Zamawiający może w ogóle nie udzielić w trakcie realizacji zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972).

Przewodniczący: