Sygn. akt:KIO 2175/18

WYROK
z dnia 9 listopada 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Prowadzisz
Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 5 listopada 2018 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 października 2018 roku przez wykonawcę Komputronik Biznes spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą
w Poznaniu
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Akademię Sztuki Wojennej z siedzibą w Warszawie
przy udziale wykonawcy OPTeam spółka akcyjna z siedzibą w Jasionce zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2175/18 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1.Oddala odwołanie.
2.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Komputronik Biznes spółka
z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu i:
2.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Komputronik Biznes spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą
w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,
2.2zasądza od wykonawcy Komputronik Biznes spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu na rzecz Zamawiającego Akademię Sztuki Wojennej z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 gr 00 (słownie: trzy tysięce sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: ……

Sygn. akt:KIO 2175/18

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający – Akademia Sztuki Wojennej – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego prowadzi postępowanie
o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę wraz z instalacją sprzętu informatycznego dla Akademii Sztuki Wojennej w ramach projektu „Portal Bezpieczeństwa i Obronności Akademii Sztuki Wojennej", realizowanego w ramach programu operacyjnego Polska Cyfrowa.

Ogłoszenie o zamówieniu w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu
13 lutego 2018 roku pod numerem 2018/S 030-064605.

22 października 2018 roku Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zmianami dalej: „Pzp" lub „ustawa") wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego:

1)niezgodnej z przepisami PZP czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze oferty OPTeam spółka akcyjna (zwanej dalej również „Wykonawcą" lub OPTem) jako oferty najkorzystniejszej,
2)zaniechania czynności, do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy, tj.:
a)odrzucenia oferty OPTeam, pomimo:
- treść tej oferty jest sprzeczna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (zwaną dalej „SIWZ"),
- oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- oferta ta zawiera niedopuszczalne tzw. przerzucanie kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami formularza ofertowego,

co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
b)wykluczenia OPTeam z Postępowania, pomimo że Wykonawca ten - w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa - przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, co miało istotny wpływ na decyzje podjęte
w Postępowaniu przez Zamawiającego,
c)wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu,
w toku Postępowania, prowadzonego w formie przetargu nieograniczonego, na dostawę wraz z instalacją sprzętu informatycznego dla Akademii Sztuki Wojennej w ramach projektu „Portal Bezpieczeństwa i Obronności Akademii Sztuki Wojennej", realizowanego w ramach programu operacyjnego Polska Cyfrowa, nr sprawy 1/2018.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1)naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty OPTeam, pomimo że treść tej oferty jest sprzeczna z SIWZ,
2)naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy przez zaniechanie wykluczenia OPTeam pomimo że Wykonawca ten - w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa - przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd poprzez niezgodne z prawdą twierdzenie, że złożona oferta jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ oraz poprzez wywołanie u Zamawiającego mylnego przekonania, iż oferta ta jest najkorzystniejsza spośród ofert złożonych
w przedmiotowym Postępowaniu o udzielenie zamówienia; co miało istotny wpływ
na decyzje podjęte w Postępowaniu przez Zamawiającego, tj. skutkowało błędnym dokonaniem przez Zamawiającego czynności wyboru oferty OPTeam jako najkorzystniejszej,

3)naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców w wyniku braku odrzucenia oferty OPTeam, mimo iż ta oferta pozostaje niezgodna z treścią SIWZ,
4)naruszenie art. 192 ust, 3 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez niewykonanie nakazu zawartego w wyroku Izby,
5)naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez sporządzenie wadliwego wezwania, które nie prowadzi do wyjaśnienia treści oferty oraz brak wezwania OPTeam do doprecyzowania udzielonych wyjaśnień,
6)naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy przez brak odrzucenia oferty OPTeam mimo, że ta oferta zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący wniósł o:

1)merytoryczne rozpoznanie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i uwzględnienie go w całości;
2)nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 12 października 2018 r„ polegającej na ponownym dokonaniu wyboru oferty OPTeam, jako najkorzystniejszej;
3)nakazanie Zamawiającemu wykluczenia OPTeam z przedmiotowego Postępowania;
4)nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty OPTeam jako sprzecznej z SIWZ oraz zawierającej rażąco niską cenę;
5)nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;

ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę wniosku zawartego w punktach 3, 4 i 5 powyżej:

6)nakazanie Zamawiającemu ponownego wezwania OPTeam do doprecyzowania udzielonych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy;
7)nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert w przedmiotowym Postępowaniu;
8)przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści odwołania, w tym znajdujących się w aktach Postępowania, jak również dokumentów przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w odwołaniu;
9)obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa prawnego.

Odwołujący następująco uzasadniał:

Odwołujący podał stan faktyczny: dnia 13 lutego 2018 r. Zamawiający wszczął Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, na dostawę wraz z instalacją sprzętu informatycznego dla ASW w ramach projektu „Portal Bezpieczeństwa i Obronności Akademii Sztuki Wojennej", realizowanego w ramach programu operacyjnego Polska Cyfrowa.

W ramach przedmiotowego Postępowania Odwołujący złożył swoją ofertę.

Dnia 10 kwietnia 2018 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie ofert złożonych w ww. Postępowaniu przez innych wykonawców, w tym m.in. oferty OPTeam dowód: pismo Odwołującego z dnia 10.04.2018 r. - w aktach Postępowania. W odpowiedzi na powyższe pismo, Odwołujący otrzymał od Zamawiającego formularz ofertowy OPTeam dowód: formularz ofertowy OPTeam - w aktach Postępowania. Po przeanalizowaniu oferty OPTeam, w dniu 22 maja 2018 r. Odwołujący przesłał do Zamawiającego informację, że oferty OPTeam oraz WASKO S.A. pozostają niezgodnie z SIWZ, a także że oferta OPTeam S.A. posiada dodatkowo rażąco niską cenę. Kwestie te zostały uzasadnione przez Odwołującego, dowód: pismo Odwołującego z dnia 22.05.2018 r. - w aktach Postępowania. Dnia 21 czerwca 2018 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o dokonaniu czynności odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, a więc w związku z faktem, że - w ocenie Zamawiającego - oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ. dowód: pismo Zamawiającego z dnia 21.06.2018 r. w aktach Postępowania. Pismem z dnia 2 lipca 2018 r. (DSK/102/07/2018/JW), Odwołujący wniósł do Prezesa KIO odwołanie od czynności Zamawiającego w postac odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru oferty OPTeam jako oferty najkorzystniejszej, dowód: odwołanie z dnia 2 lipca 2018 r. - w aktach Postępowania. W dniu 6 lipca 2018 r. OPTeam zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego do udziału w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym, dowód: przystąpienie z dnia 6 lipca 2018 r. - w aktach Postępowania. Pismem z dnia 10 lipca 2018 r. Zamawiający złożył odpowiedź na ww. odwołanie, w treści której oświadczył, iż uwzględnia zarzuty odwołania w części, tj. uwzględnia zarzuty: 1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez dokonanie niezgodnej z przepisami ustawy czynności odrzucenia oferty Odwołującego jako oferty nieodpowiadającej treści SIWZ, 2. naruszenie art. 87 ust. 1 PZP, przez brak wezwania Odwołującego do wyjaśnień treści oferty, 3. zaniechanie dokonania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechanie wezwania OPTeam do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. W pozostałym zakresie Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutów odwołania, dowód: odpowiedź na odwołanie z dnia 10 lipca 2018 r. - w aktach Postępowania. Podczas posiedzenia, które odbyło się przez KIO w dniu 12 lipca 2018 r., OPTeam oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego części zarzutów odwołania. Odwołujący oświadczył natomiast, że w pozostałym zakresie - nieuwzględnionym przez Zamawiającego - cofa zarzuty odwołania. W związku z powyższym, postanowieniem z dnia 12 lipca 2018 r. (sygn. akt KIO 1309/18), KIO: 1. umorzyła postępowanie odwoławcze, 2. nakazała zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Komputronik Biznes kwoty 15.000,00 zł, stanowiącej uiszczony wpis. dowód: postanowienie KIO z dnia 12 lipca 2018 r. (sygn. akt KIO 1309/18) - w aktach Postępowania.

Następnie, pismem z dnia 13 lipca 2018 r., Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru oferty OPTeam jako najkorzystniejszej oraz o unieważnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego, wskazując jednocześnie, że dokona ponownej oceny ofert OPTeam oraz Odwołującego, dowód: pismo Zamawiającego z dnia 13 lipca 2018 r. - w aktach Postępowania. Pismem z dnia 20 lipca 2018 r., na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy, Zamawiający wezwał Komputronik Biznes (w ramach czynności nowych i czynności powtórzonych) do złożenia wyjaśnień, dotyczących treści złożonej oferty, poprzez wyjaśnienie i dostarczenie dowodów w zakresie spełnienia wymagań Zamawiającego przez zaproponowany w ofercie Odwołującego serwer dyskowy Fujitsu Etemus DX200 S4. W odpowiedzi z dnia 25 lipca 2018 r. Komputronik Biznes przedstawił szczegółowe wyjaśnienia w zakresie żądanym przez Zamawiającego, przedkładając jednocześnie oświadczenie producenta z dnia 28 czerwca 2018 r. dowód: pismo Zamawiającego z dnia 20 lipca 2018 r. - w aktach Postępowania, dowód: pismo Komputronik Biznes z dnia 25 lipca 2018 r. - w aktach Postępowania. Równocześnie, odrębnym pismem z dnia 20 lipca 2018 r., Zamawiający wezwał OPTeam do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Wykonawca złożył wyjaśnienia w piśmie z dnia 25 lipca 2018 r. dowód: pismo Zamawiającego z dnia 20

lipca 2018 r. - w aktach Postępowania, dowód: wyjaśnienia OPTeam z dnia 25 lipca 2018 r. - w aktach Postępowania. Dalej, pismem z dnia 6 sierpnia 2018 r., Zamawiający poinformował
o dokonaniu - w ramach czynności nowych i czynności powtórzonych - wyboru oferty OPTeam dowód: pismo Zamawiającego z dnia 6 sierpnia 2018 r. - w aktach Postępowania. W związku z powyższym, Odwołujący wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem
o udostępnienie wyjaśnień złożonych przez OPTeam S.A., dotyczących rażąco niskiej ceny, w odniesieniu do przełącznika rdzeniowego HPE 5700 40 XG z pozycji 4. formularza ofertowego OPTeam S.A. Pismem z dnia 8 sierpnia 2018 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu kopię ww. wyjaśnień, z wyłączeniem informacji, uznanych przez Zamawiającego za skutecznie zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. „danych identyfikujących kontrahenta, od którego Wykonawca OPTeam otrzymał ofertę handlową
i ceny elementów niebędących przedmiotem zapytania", dowód: wniosek Odwołującego
o udostępnienie wyjaśnień złożonych przez OPTeam S.A. - w aktach Postępowania, dowód: pismo Zamawiającego z dnia 8 sierpnia 2018 r. - w aktach Postępowania, dowód: wyjaśnienia OPTeam z dnia 25 lipca 2018 r. - w aktach Postępowania. Następnie, pismem
z dnia 14 sierpnia 2018 r., Odwołujący wniósł do Prezesa KIO drugie odwołanie
w przedmiotowym Postępowaniu, tj. odwołanie od czynności Zamawiającego w postaci: 1) niezgodnego z przepisami ustawy wyboru oferty OPTeam (zwanej dalej również „Wykonawcą") jako oferty najkorzystniejszej, 2) zaniechania czynności, do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy, tj.: d) ujawnienia części wyjaśnień ws. rażąco niskiej ceny, udzielonych przez Wykonawcę pismem z dnia 25 lipca 2018 r., pomimo iż informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, e) odrzucenia oferty OPTeam, pomimo iż: iv. oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, v. treść tej oferty jest sprzeczna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (zwaną dalej „SIWZ"), vi. oferta ta zawiera niedopuszczalne tzw. przerzucanie kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami formularza ofertowego, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, vii. oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny, f) wykluczenia OPTeam z Postępowania, pomimo iż Wykonawca ten - w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa - przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, co miało istotny wpływ na decyzje podjęte w Postępowaniu przez Zamawiającego, g) wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, dowód: odwołanie z dnia 14 sierpnia 2018 r. - w aktach Postępowania. Pismem z dnia 22 sierpnia 2018 r. Zamawiający złożył odpowiedź
na ww. odwołanie, w treści której oświadczył, iż uwzględnia zarzuty odwołania w części, tj. uwzględnia zarzuty: 1) naruszenie art. 8 ust. 1-3 w związku z art, 7 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. z 2018 r., poz. 419, zwanej dalej „u.z.n.k.") [prawdopodobna omyłka, jako że Odwołujący zarzucał naruszenie art. 8 ust. 1-3 PZP w związku z art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 11 ust. 4 u.z.n.k. -przyp. Odwołującego], przez zaniechanie ujawnienia części wyjaśnień ws. rażąco niskiej ceny, udzielonych przez Wykonawcę, w części dotyczącej braku odtajnienia całości tabeli zawierającej ofertę cenową zakupu przełączników, pomimo iż informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, 2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy oraz art. 90 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty OPTeam, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz OPTeam w swoich wyjaśnieniach nie udowodnił i nie wyjaśnił, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż po powtórnym zbadaniu rynku uznał cenę wskazaną przez Wykonawcę w poz. 4 formularza ofertowego (przełącznik rdzeniowy) za cenę rażąco niską. W pozostałej części Zamawiający nie zgodził się z zarzutami odwołania. Nieuwzględnione zarzuty obejmowały: 7) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty OPTeam pomimo że treść tej oferty jest sprzeczna z SIWZ, 8) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w związku z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. w związku z art. 7 ust. 1 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty OPTeam pomimo że oferta ta zawiera niedopuszczalne tzw. przerzucanie kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami formularza ofertowego, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, 9) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty OPTeam, pomimo że oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny, 10) naruszenie art. 24 ust, 1 pkt 16 i 17 ustawy przez zaniechanie wykluczenia OPTeam pomimo że Wykonawca ten - w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa - przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd poprzez niezgodne z prawdą twierdzenie, że złożona oferta jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ oraz poprzez wywołanie u Zamawiającego mylnego przekonania, iż oferta ta jest najkorzystniejsza spośród ofert złożonych w przedmiotowym Postępowaniu o udzielenie zamówienia; co miało istotny wpływ na decyzje podjęte w Postępowaniu przez Zamawiającego, tj. skutkowało błędnym dokonaniem przez Zamawiającego czynności wyboru oferty OPTeam S.A, jako najkorzystniejszej, 11) z daleko posuniętej ostrożności - naruszenie art. 90 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty OPTeam , pomimo
że OPTeam nie udzielił wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego co do wyjaśnienia podejrzenia, że zaoferowana przez OPTeam jest rażąco niska, dowód: odpowiedź na odwołanie z uwzględnieniem przez Zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, z dnia 22 sierpnia 2018 r. - w aktach Postępowania. W toku postępowania odwoławczego Wykonawca wniósł swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego, dowód: przystąpienie Wykonawcy - w aktach Postępowania. Ponadto Wykonawca - jako Przystępujący - wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP oraz art. 90 ust. 3 PZP (tj. zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy, pomimo iż zawierała ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Wykonawca w swoich wyjaśnieniach nie udowodnił i nie wyjaśnił, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska). Wykonawca nie wniósł natomiast sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu naruszenia art. 8 ust, 1-3 PZP w związku z art. 7 ust. 1 PZP w związku z art. 11 ust. 4 u.z.n.k. (tj. zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia całości tabeli z oferty cenowej zawartej w wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny Wykonawcy), Po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 31 sierpnia 2018 r., wyrokiem z dnia 5 września 2018 r. (sygn. akt KIO 1650/18, zwanym dalej „Wyrokiem"), KIO orzekła o: 1) umorzeniu postępowania odwoławczego w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 1- 3 PZP w związku z art. 7 ust. 1 PZP w związku z art. 11 ust. 4 u.z.n.k., z uwagi na jego uwzględnienie, 2) uwzględnieniu odwołania, stwierdzając naruszenie przez Zamawiającego art. 90 ust. 3 w związku z art. 90 ust. 1 PZP i nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym ponowne wezwanie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 PZP, 3) oddaleniu zarzutów odwołania w pozostałym zakresie, 4) obciążeniu Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, dowód: Wyrok KIO z dnia 5 września 2018 r, (sygn. akt KIO 1650/18) - w aktach Postępowania.
Następnie, pismem z dnia 28 września 2018 r,, Zamawiający dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej, wskazując jednocześnie, że dokona ponownej oceny tejże oferty, w tym w zakresie

wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny; dowód: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 28 września 2018 r. - w aktach Postępowania. Odrębnym pismem z dnia 28 września 2018 r. Zamawiający ponownie wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w przedmiotowym Postępowaniu oraz doprecyzowanie wyjaśnień złożonych w dniu 25 lipca 2018 r. Odpowiedzi Wykonawca udzielił w piśmie z dnia 4 października 2018 r. dowód: wezwanie do złożenia wyjaśnień czy oferta zawiera rażąco niską cenę z dnia 28 września 2018 r. - w aktach Postępowania, dowód: wyjaśnienia Wykonawcy z dnia 4 października 2018 r. - w aktach Postępowania. Następnie, pismem z dnia 12 października 2018 r., Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty OPTeam jako najkorzystniejszej, w ramach czynności nowych i czynności powtórzonych, dowód: zawiadomienie o wyborze oferty, czynność powtórzona z dnia 12 października 2018 r. - w aktach Postępowania. W związku z powyższym, Odwołujący wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie wyjaśnień złożonych przez OPTeam, dotyczących rażąco niskiej ceny. W odpowiedzi na powyższe Zamawiając przekazał Odwołującemu kopię ww. wyjaśnień Wykonawcy z dnia 4 października 2018 r. dowód: wniosek Odwołującego - w aktach Postępowania, dowód: pismo Zamawiającego - w aktach Postępowania.

Odwołujący poczynił następujące uzasadnienie prawne podniesionych zarzutów odwołania:

A)W zakresie sprzeczności treści oferty z treścią SWIZ.

Odwołujący wskazał Wzór Umowy, stanowiący załącznik nr 10 do SIWZ, w § 2 ust. 10 zawiera wymóg dotyczący źródła pochodzenia oferowanych przez wykonawców urządzeń. Zgodnie z jego treścią, „Urządzenia muszą pochodzić z legalnego kanału sprzedaży producenta na terenie Unii Europejskiej". Zgodnie z treścią wyżej cytowanego postanowienia SIWZ oferowany sprzęt musi spełniać łącznie trzy warunki w zakresie swojego pochodzenia: 1) musi pochodzić z kanału sprzedaży producenta, 2) kanał ten musi być legalny,

3) urządzenia muszą pochodzić z kanału na terenie Unii Europejskiej. Odwołujący zwrócił uwagę na pochodzenie sprzętu z kanału sprzedaży producenta. Przez „kanał sprzedaży producenta" należy rozumieć źródło dystrybucji danego sprzętu, w ramach którego

to producent bezpośrednio dostarcza produkty finalnym nabywcom albo sprzedażą produktów zajmują się autoryzowani dystrybutorzy. Każdorazowo jednak ceny specjalne, zawierające upusty, dyktowane są przez producenta sprzętu (w tym przypadku - HPE). W procesie sprzedaży nie bierze zatem udziału żaden podmiot trzeci (pośrednik), który poprzez np. nałożenie dodatkowej marży bądź udzielenie upustu może wpłynąć na wysokość ceny za dane urządzenie. Biorąc pod uwagę powyższe, należy stwierdzić, że wszyscy wykonawcy biorący udział w przedmiotowym Postępowaniu, byli zobowiązani do zakupu oferowanych urządzeń w ramach kanału sprzedaży danego producenta, a zatem na ukształtowanych przez niego warunkach dystrybucji. Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, Odwołujący wskazał na urządzenia zaoferowane przez OPTeam w poz. 4 Formularza cenowego. Jak wynika z jego treści, Wykonawca zaoferował przełącznik rdzeniowy marki HPE „HPE 5700 40XG". Tożsamy przełącznik przedstawił w swojej ofercie Odwołujący. Należy przy tym wyraźnie podkreślić, że OPTeam zaoferował dwie sztuki przedmiotowego przełącznika za kwotę 17.280,00 zł. W porównaniu z ofertą Komputronik, która opiewa w tym zakresie na kwotę 215.888,00 zł, OPTeam wycenił tę pozycję ponad 12 razy taniej. Jednocześnie Odwołujący wskazuje, że w celu analizy oferty OPTeam, pozyskał od producenta przedmiotowego przełącznika - HPE - szczegółowe informacje na temat warunków jego sprzedaży. Jak wynika z informacji wskazanych przez HPE, wszyscy partnerzy w ramach przedmiotowego postępowania otrzymali ten sam poziom upustu. W ramach polityki posprzedażowej podmioty partnerskie, ze względu na zróżnicowaną historię zamówień, posiadają różne statusy partnerskie w obszarze zamówień z linii sieciowej produktów HPE. HPE dzieli partnerów biznesowych na trzy rodzaje, przyznając im określone rabaty posprzedażowe (obowiązujące po złożeniu i realizacji zamówienia w HPE): dla partnerów o statusie PLATINIUM C Specialist producent HPE przyznaje dodatkowy maksymalny poziom upustu na poziomie 8%, dla partnerów o statusie GOLD Data Center Networking Specialist przyznaje dodatkowy maksymalny poziom upustu na poziomie 6%, dla partnerów o statusie SILVER Data Center Specialist przyznaje dodatkowy maksymalny poziom upustu na poziomie 3%. Wskazane powyżej zasady dotyczą sprzedaży prowadzonej bezpośrednio przez producenta HPE, a także przez oficjalne kanały sprzedaży produktów HPE, czyli źródła, z których powinny pochodzić oferowane produkty, zgodnie z treścią § 2 ust. 10 wzoru Umowy. Dodatkowo, jak wynika z powyższych informacji, bazowa cena produktów HPE, pochodzących z powyższych źródeł jest stała, a różnice w cenie mogą wynikać wyłącznie z upustów przewidzianych dla partnerów SILVER Data Center Specialist (zwany dalej SILVER), GOLD Data Center Networking Specialist, PLATINIU CI Specialist i wynoszą odpowiednio 3%, 6% i 8%. Komputronik na dzień składania oferty w niniejszym postępowaniu posiadał u producenta HPE status SILVER Data Center Specialist, a co za tym idzie, od poziomu ceny ustalonej przez producenta HPE przysługiwał mu poziom upustu w stosunku do ceny bazowej produktów, wynikający z rabatów posprzedażowych, wynoszący 3%. Z informacji uzyskanych od HPE wynika, że również OPTeam - w momencie ofertowania - posiadał taki sam status, tj. SILVER Data Center Specialist, więc kalkulując ofertę, mógł skorzystać z tożsamego rabatu (3%). Biorąc pod uwagę opisane powyżej reguły sprzedaży i dystrybucji produktów HPE, należy stwierdzić, że zarówno Komputronik, jak i OPTeam - oferując ten sam przełącznik, tj. HPE 5700 40XG - mogli zaoferować go za cenę nie niższą niż cena wynikająca z następującego działania matematycznego: Stała cena bazowa przełącznika - rabat dla wszystkich partnerów ustalony przez producenta HPE - upust posprzedażowy 3% (partner SILVER) = minimalna cena przełącznika HPE. Zważywszy, że cena bazowa przełącznika wynosi 40.693,00 zł, po odjęciu rabatu oraz upustu 3% dla partnerów SILVER - minimalna cena samego przełącznika, którą zarówno Odwołujący Jak i OPTeam mogli umieścić w ofercie, wynosi 26.857,38 zł. Odnosząc się

w przedmiotowym zakresie do oferty OPTeam, należy stwierdzić, że w poz. 4 Przełącznik rdzeniowy - OPTeam zaoferował cenę znacznie niższą niż minimalna, obowiązująca przy nabyciu urządzenia wprost od producenta lub z oficjalnego kanału sprzedaży producenta, tj. cenę 8.640,00 zł, przy cenie minimalnej dla partnerów SILVER wynoszącej 26.857,38 zł. Powyższe wskazuje zatem, że OPTeam zaoferował produkt, który nie pochodzi ze źródeł, jakie przewidywał Wzór Umowy w § 2 ust. 10, a zatem oferta OPTeam pozostaje sprzeczna z treścią SIWZ, Jak bowiem szczegółowo wykazał Odwołujący, żaden z wykonawców nie mógł nabyć przełącznika HPE 5700 40XG bezpośrednio od producenta lub z oficjalnych kanałów sprzedaży producenta, poniżej ceny 26.857,38 zł, ustalanej bezpośrednio przez HPE. Biorąc pod uwagę powyższe, należy stwierdzić, że Zamawiający niewłaściwie przeprowadził procedurę badania i oceny ofert, naruszając tym samym art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, ponieważ oferta OPTeam S.A. pozostaje niezgodna z SIWZ. Zaoferowana przez OPTeam cena za przełącznik rdzeniowy w poz. 4 formularza wskazuje bowiem wyraźnie, że OPTeam nie miał możliwości zaoferowania ceny na poziomie 17.280,00 zł, nie naruszając jednocześnie postanowień SIWZ w zakresie pochodzenia produktów. Zamawiający nie podjął w tym zakresie działań weryfikujących ofertę OPTeam, nawet pomimo kilkukrotnych informacji w tym zakresie, które uzyskał od Odwołującego zarówno w pierwszym odwołaniu złożonym dnia 2 lipca 2018 r., jak i w drugim, z dnia 14 sierpnia 2018 r. Zamawiający, dokonując ponownego

wyboru oferty OPTeam, całkowicie pominął również fakt, że pozostali wykonawcy w pozycji 4 formularza wycenili tożsamy przełącznik rdzeniowy kilkukrotnie wyżej, co poddaje w wątpliwość poprawność wyceny tej pozycji przez OPTeam, tj. A.P.N. Promise S.A oraz MATIC S.A. określili cenę przedmiotowych przełączników rdzeniowych odpowiednio w kwocie 113.300,00 zł oraz 116.387,52 zł, a więc na poziomie ponad 6-krotnie wyższym niż OPTeam. Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, że oferta OPTeam pozostaje niezgodna z SIWZ, a tym samym powinna polegać odrzuceniu. Dokonana przez Zamawiającego czynność wyboru oferty najkorzystniejszej została zatem dokonana z naruszeniem przepisów PZP.

B)Rażąco niska cena pozy. 4 Formularz Ofertowego

Odwołujący podtrzymał prezentowane wcześniej stanowisko, zgodnie z którym cena zaoferowana przez OPTeam w przedmiotowym Postępowaniu nosi znamiona rażąco niskiej. Zdaniem Odwołującego, przebieg postępowania po wydaniu Wyroku KIO oraz złożone

w jego toku dwukrotne wyjaśnienia Wykonawcy potwierdzają stanowisko wielokrotnie

już wyrażane przez Odwołującego. Mając na uwadze treść zarzutu omówionego w punkcie A powyżej, w którym Odwołujący wskazał, że cena zaoferowanego przez OPTeam przełącznika rdzeniowego, pochodzącego ze źródła producenta, wynosi 26.857,38 zł (dla partnerów SILVER), należy stwierdzić, że cena za przełącznik rdzeniowy, jaką przedstawił OPTeam w swojej ofercie, tj. 17.280,00 zł, nosi znamiona ceny rażąco niskiej. Zaoferowanie ceny poniżej minimalnej wartości rynkowej (biorąc pod uwagę wymagane w SIWZ źródła pochodzenia produktu) należy uznać za zastosowanie ceny dumpingowej, a więc ceny, która nie pokrywa kosztu zakupu określonego towaru, a jej zastosowanie ma na celu eliminowania innych przedsiębiorców. Powyższe stanowi naruszenie uczciwej konkurencji, zgodnie z art. 15 u.z.n.k. Powyższe potwierdza również orzecznictwo KIO. Odwołujący wskazał wyrok Izby

z dnia 7 września 2016 r. oraz wyrok Izby z dnia z dnia 13 listopada 2017 r. Zamawiający był zobligowany do odrzucenia oferty OPTeam jako zawierającej rażąco niską cenę w istotnej części składowej, tj. w poz. 4 formularza. W związku z faktem, iż Zamawiający zaniechał dokonania tej czynności, dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

C)Rażąco niska cena pozycji 8 Formularz Ofertowego

W odniesieniu do ceny zaoferowanej przez OPTeam w poz. 8 formularza Instalacja i konfiguracja, zgodnie z twierdzeniem Wykonawcy, w tej pozycji wycenione zostały elementy instalacyjne dla przełącznika rdzeniowego z poz. 4 formularza ofertowego, obejmujące szyny, wkładki SPF+, kable, wentylatory, zasilacze, wymagane instalacje i gwarancje. Na powyższe Wykonawca wskazał już w uprzednio złożonych wyjaśnieniach z dnia 25 lipca 2018 r. (s. 14), Pozycja ta została przy tym wyceniona przez Wykonawcę na kwotę 43.200,00 zł netto, tj. 53.136,00 zł brutto (23% VAT). W tym zakresie, w odpowiedzi z dnia 22 sierpnia 2018 r. na drugie odwołanie, Zamawiający wskazał: „Jeżeli, co wydaje się dla Zamawiającego zastanawiające, biorąc jasne i precyzyjne zapisy siwz w tym zakresie tzn. Zamawiający określił swoje wymagania w tym zakresie w pkt 4 Załącznika 1A do siwz, gdzie wskazał iż przełączniki mają zawierać wyposażenie w postaci przynajmniej 8 wkładek SFP+ (MM), 1 wkładkę QSFP+(SM) oraz niezbędne okablowanie OPTeam ujął część wyceny wyposażenia przełącznika w innej poz. formularza ofertowego, to na nim ciążył obowiązek objęcia wyjaśnieniami również części poz. 8 formularza ofertowego, w której to biorąc pod uwagę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny ujęta została część wyceny ww. przełączników". Jednak w odniesieniu do powyższego, w Wyroku Izba wskazała, że „postępowanie wyjaśniające, przeprowadzone przez Zamawiającego (...) dotyczyło pozycji 4 formularza ofertowego przystępującego", a wobec stwierdzenia przez Zamawiającego, że Wykonawca winien był bardziej szczegółowo wyjaśnić poz. 8 formularza, „(...) to w ocenie Izby zamawiający swoje wątpliwości w tym zakresie powinien przystępującemu przedstawić i zamiast dokonywać wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, kontynuować postępowanie wyjaśniające" (s. 40-41 Wyroku). Na tej podstawie Izba nakazała Zamawiającemu ponowne wezwanie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy.

W wykonaniu powyższego Zamawiający - pismem z dnia 28 września 2018 r. - wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień oraz doprecyzowania wyjaśnień uprzednio złożonych

w piśmie z dnia 25 lipca 2018 r. Jednak pomimo wystosowania tego wezwania oraz udzielenia przez Wykonawcę odpowiedzi na to wezwanie, stwierdzić należy, że OPTeam

w dalszym ciągu nie wykazał, że oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wręcz przeciwnie, z wyjaśnień tych wyraźnie wynika, że zaoferowana cena jest rażąco niska, co winno skutkować odrzuceniem oferty OPTeam. W powtórnych wyjaśnieniach z dnia 4 października 2018 r. OPTeam wskazał, że w poz. 8 Instalacja i konfiguracja zawarto elementy instalacyjne dla przełącznika rdzeniowego z poz. 4, o sumarycznej wartości brutto 27.783,04 zł (przeliczonej wg kursu średniego NBP z dnia otrzymania oferty handlowej dostawcy, tj. z dnia 4 kwietnia 2018 r. - 1 USD = 3,4224 zł). Według wyjaśnień, kwota ta obejmuje następujące elementy i ceny brutto:

(w tym miejscu w odwołaniu tabela)

Jak zatem wynika z powyższego, w poz. 8 formularza ofertowego OPTeam Instalacja

i konfiguracja, wycenionej na kwotę łączną 53,136,00 zł brutto, uwzględniono ww. elementy instalacyjne przełącznika rdzeniowego z poz. 4 (wymagane w pkt. 4 załącznika 1A do SIWZ), wycenione przez niego na kwotę 27.783,04 zł brutto. Wskazania wymaga, iż w konsekwencji, różnica tych kwot wynosząca 25.352,96 zł brutto (53.136,00 zł - 27.783,04 zł) stanowi kwotę, na jaką Wykonawca wycenił wszystkie pozostałe elementy wymagane w poz. 8. W odniesieniu do poz. 8 Zamawiający wskazał w pkt załącznika nr 1A do SIWZ, iż w ramach instalacji i konfiguracji sprzętu oraz oprogramowania należy zapewnić: *1) „Instalację powyższego sprzętu w szafach Rack w siedzibie i wg wytycznych Zamawiającego. 2) Zapewnić wszystkie niezbędne elementy do połączenia powyższego sprzętu tj. odpowiednie moduły, okablowanie, licencje itp. 3) Połączenie pomiędzy lokalizacjami zapewni Zamawiający. 4) Instalację i konfigurację przełączników rdzeniowych wg projektu zaakceptowanego przez Zamawiającego. 5) Instalację i konfigurację przełączników pamięci masowej wg projektu zaakceptowanego przez Zamawiającego. 6) Instalację i konfigurację oprogramowania wg projektu zaakceptowanego przez Zamawiającego. 7) Instalację i konfigurację serwerów dyskowych wg projektu zaakceptowanego przez Zamawiającego. 8) Instalacje i konfigurację biblioteki taśmowej wg projektu zaakceptowanego przez Zamawiającego. 9) Instalację i konfigurację serwerów zabezpieczających z funkcją routingu wg projektu zaakceptowanego przez Zamawiającego. 10) Sporządzenie dokumentacji powdrożeniowej zawierającej min. schematy połączeń sprzętu, opisy instalacji, opisy konfiguracji urządzeń, adresację urządzeń itp. w tym procedurę odtwarzania po awarii. Sporządzenie dokumentacji powdrożeniowej zawierającej min. schematy połączeń sprzętu, opisy instalacji, opisy konfiguracji urządzeń, adresację urządzeń itp. w tym procedurę odtwarzania po awarii".* Nie jest możliwe wykonanie wszystkich ww. czynności i dokumentów za ww. pozostałą kwotę 25.352,96 zł brutto. W odniesieniu do wymaganego przez Zamawiającego zakresu wartość ta pozostaje nierealna w aktualnych warunkach rynkowych. Zważenia wymaga, że powyższe czynności i dokumenty wymagają przede wszystkim znacznego nakładu pracy pracowników, a ponadto także odpowiednich materiałów. Potwierdzeniem powyższego jest również fakt, iż poz. 8 formularza ofertowego została wyceniona przez

konkurencyjnych wykonawców o wiele wyżej. Odwołujący wycenił ją bowiem na 46.115,16 zł brutto, natomiast pozostali wykonawcy wycenili ją jeszcze wyżej - na kwoty 92.803,50 zł (A.P.N. Promise S.A.), 59.516,01 zł brutto (MATIC S.A.) oraz 55,350,00 zł brutto (Decsoft S.A.). Kwota 25.352,96 zł brutto z oferty OPTeam S.A. jest zatem ceną niższą aż o co najmniej ok. 45%-73% od ofert konkurencyjnych, przy czym podkreślenia wymaga, iż wskazane kwoty nie obejmują omawianych i wymienionych powyżej elementów dla przełącznika rdzeniowego z poz. 4 (i ujętych - zgodnie z SIWZ - w tej właśnie pozycji), lecz same tylko wymogi wskazane przez Zamawiającego w pkt 8 załącznika nr 1 A. W tym miejscu Odwołujący wskazuje również na kolejne rozbieżności w twierdzeniach Wykonawcy, tj. w zakresie kursu dolara zastosowanego w kalkulacji do przeliczenia oferty dostawcy wyrażonej w dolarach na złote polskie, w których wyrażono cenę oferty OPTeam.
W pierwszych wyjaśnieniach z dnia 25 lipca 2018 r. Wykonawca wskazał bowiem,
iż „Sumując kwoty przełączników i wyposażenia dodatkowego z oferty zakupowej powstałaby kwota 11 620,00 USD co daje sumarycznie 42761,6 PLN". Z powyższego można zatem obliczyć kurs dolara zastosowany przez Wykonawcę w wyjaśnieniach, który wynosi
1 USD = 3,6863 zł. Zupełnie inne twierdzenia Wykonawca przedstawił w drugich wyjaśnieniach z dnia 4 października 2018 r., tj. w odpowiedzi na drugie wezwanie Zamawiającego do jednoznacznego wskazania zasad i kursu wymiany walut (dolarów amerykańskich na złoty polski) na jakich Wykonawca oraz kontrahent od którego została pozyskana oferta handlowa będą dokonywali przeliczeń oraz konkretnego wskazania kursu przyjętego przez Wykonawcę do wyceny swojej oferty" (pkt 2 wezwania z dnia 28 września 2018 r.). W pkt wyjaśnień OPTeam wskazał bowiem, że „Do wyceny oferty został przyjęty kurs 1 USD = 3,4224 zł z dnia wystawienia oferty kontrahenta tj. 04.04.2018. Wykonawca będzie się rozliczał z kontrahentem po tym samym kursie". Zaznaczenia wymaga przy tym, że takie twierdzenie Wykonawcy o kursie, który będzie miał zastosowanie do jego rozliczeń z kontrahentem, nie zostało poparte żadnym dowodem (np. porozumieniem, umową etc.). Tymczasem w ofercie kontrahenta, załączonej do pierwszych wyjaśnień z dnia 25 lipca 2018 r., wskazano: „Oferta jest w dolarach amerykańskich", a także „Faktura w PLN po kursie średnim NBP". Nie wskazano przy tym wprost daty, z jakiej daty ów średni kurs
ma pochodzić. Skoro jednak kurs średni zastosowany ma zostać w fakturze, jaka wystawiona zostanie przez kontrahenta dla OPTeam za zakup oferowanych towarów,
to logiczne i oczywiste wydaje się stwierdzenie, że mowa jest tutaj o kursie średnim NBP
z daty wystawienia faktury, tj. z okresu realizacji zamówienia publicznego. Powyższa treść oferty dostawcy pozostaje zatem całkowicie sprzeczna zarówno z pierwszymi, jak i z drugimi wyjaśnieniami Wykonawcy w zakresie kursu dolara, jaki Wykonawca i jego kontrahent będą stosować we wzajemnych rozliczeniach. Jak zatem wynika z powyższego, twierdzenia Wykonawcy pozostają całkowicie sprzeczne i rozbieżne tak ze sobą nawzajem, jak i z przedłożoną ofertą dostawcy, co stanowi niewypełnienie wezwania do jednoznacznego wyjaśnienia tej kwestii, a ponadto poddaje w znaczną wątpliwość rzetelność dokonanej przez Wykonawcę kalkulacji, a wręcz istotnie podważa wiarygodność i prawdziwość twierdzeń Wykonawcy. Zaznaczenia wymaga przy tym, że nie sposób przyjąć, aby rozbieżność tę można było dodatkowo wyjaśniać, bowiem próba takiego wyjaśnienia sprowadzałaby się de facto do wskazania przez Wykonawcę którejś spośród różnych wskazanych wcześniej wersji, tj. do „wyboru" jednej z nich, który to wybór z oczywistych względów byłby całkowicie dowolny i stanowił jedynie kolejne oświadczenie własne Wykonawcy, niepoparte dowodami. Jak zatem wynika z powyższego, kwota 25.352,26 zł brutto jest ceną rażąco niską w stosunku do jej przedmiotu i uniemożliwia należyte i zgodne z wymaganiami Zamawiającego wykonania umowy oraz osiągnięcie z tego tytułu zysku. Składając wyjaśnienia z dnia 4 października 2018 r. dotyczące poz. 8 formularza, OPTeam nie wyjaśnił i nie wykazał wyceny tej pozycji w sposób należyty i kompleksowy, lecz odniósł się jedynie do samych elementów instalacyjnych dotyczących jednej pozycji formularza, czyli przełącznika rdzeniowego. W żaden sposób nie przedstawił natomiast wyjaśnień ani też dowodów dotyczących pozostałej części poz. 8 formularza. Tym samym uznać należy - mając na uwadze również przedstawione powyżej okoliczności - iż Wykonawca nie sprostał ciążącemu na nim obowiązkowi wykazania i udowodnienia, że zaoferowana przez niego cena, w tym cena poz. 8 formularza, nie jest ceną rażąco niską.

D)Wycena pozostałych elementów instalacyjnych.

Stanowisko prezentowane przez OPTeam w zakresie przerzucenia elementów instalacyjnych dla przełącznika rdzeniowego z poz. 4 formularza ofertowego do poz. 8 formularza Instalacja i konfiguracja [abstrahując od kwestii dopuszczalności takiego przerzucenia, o czym będzie mowa w dalszej części niniejszego odwołania - przyp. Odwołującego] oparte jest na stwierdzeniu, iż elementy takie jak kable, wkładki, szyny, zasilacze rezerwowe i wentylatory, a także dodatkowe gwarancje, są elementami służącymi do instalacji, a zatem zasadne było ich wycenienie właśnie w poz. 8 formularza. Stanowisko takie wynika zarówno ze składanych przez Wykonawcę pisemnych wyjaśnień, jak również zostało przez niego wprost wyrażone podczas rozprawy przed Izbą w dniu 31 sierpnia 2018 r. Na „logiczność" takiego działania i sposobu wyceny wskazała w swoim Wyroku Izba, podnosząc, że „(...) jak wskazał przystępujący pozycja nr 4 kalkulacji dotycząca przełącznika rdzeniowego ma stawkę VAT 0% i część przedmiotów - będących elementami instalacyjnymi, które z przełącznikami należy dostarczyć - posiadają stawkę VAT 23%, więc przeniesienie ich do pozycji 8 kalkulacji - w której są element instalacji i konfiguracji - ze stawką VAT 23% jest logiczne i wiarygodne, w szczególności mając na uwadze, że stawki podatku od towarów i usług, co do poszczególnych pozycji formularza ofertowego zostały przez zamawiającego narzucone (s. 35 Wyroku, przedostatni akapit). W świetle powyższego stwierdzić należy, iż przyjęcie powyższego stanowiska winno prowadzić do wniosku, że taki sposób wyceny i „logiczne" działanie OPTeam winien zastosować również w stosunku do wszystkich takich elementów instalacyjnych, także tych dotyczących innych pozycji formularza ofertowego. Wskazania wymaga bowiem, że elementy, takie jak dla poz. 4 formularza przełącznik rdzeniowy lub inne elementy instalacyjne były wymagane przez Zamawiającego nie tylko dla przełącznika rdzeniowego z poz. 4 formularza, lecz również dla innych pozycji formularza, mając charakter uniwersalny.
I tak, w zakresie wyposażenia, dla poszczególnych pozycji formularza wymagane były następujące rodzaje i ilości wkładek, wynikające z odpowiednich punktów załącznika 1A do SIWZ (tj. punktów przypisanych do odpowiednich pozycji formularza ofertowego): poz. 1 serwer - 4 sztuki: 4x2 wkładki 10Gb SFP+ (MM) [w pkt. 1 załącznika 1A w rubryce Interfejsy sieciowe wskazano kartę dwuportową 10GBase-SR wraz z wkładkami SFP+, tj. jedna wkładka dla każdego portu, czyli łącznie 2 wkładki na każdy serwer] 4 x 2 wkładki 16Gb FC SFP+ [w pkt. 1 załącznika 1A w rubryce Interfejsy sieciowe wskazano kartę dwuportową 16GFC wraz z wkładkami SFP+, tj. jedna wkładka dla każdego portu, czyli łącznie 2 wkładki na każdy serwer] poz. 2 serwer dyskowy - 2 sztuki: 2x8 wkładek 16Gb FC SFP+ [w pkt. 2 załącznika 1A w rubryce Kontrolery wskazano 8 portów 16 GFC wraz z wkładkami SFP+, co przekłada się na 8 wkładek na każdy serwer dyskowy] poz. 3 biblioteka taśmowa - 1 sztuka: 1x2 wkładki 8Gb FC SFP+ [w pkt. 3 załącznika 1A w rubryce Rodzaj

napędu wskazano min. 2 napędy LTO-7 , co przekłada się na 2 wkładki] poz. 4 przełącznik rdzeniowy - 2 sztuki: 2 x 8 wkładek 10Gb SFP+ (MM) [w pkt. 4 załącznika 1A w rubryce Wyposażenie wskazano wprost 8 wkładek SFP+ (MM) na każdy przełącznik rdzeniowy] 2 x 1 wkładek 40GB QSFP+ (SM) [w pkt, 4 załącznika 1A w rubryce Wyposażenie wskazano wprost 1 wkładkę QSFP+ (SM) na każdy przełącznik rdzeniowy] 2 x 1 DAC QSFP+ [w pkt. 4 załącznika 1A w rubryce Porty wskazano aktywny kabel DAC QSFP+ na każdy przełącznik rdzeniowy] Natomiast dla poz. 5 przełącznik pamięci masowej oraz poz. 6 serwer zabezpieczający z funkcją routingu Zamawiający wymagał takich samych wkładek jak dla poz. 4 przełącznik rdzeniowy, tj. SFP+ (MM) oraz QSFP+ (SM), w następujących ilościach: poz. 5 przełącznik pamięci masowej - 4 sztuki: 4 x 24 wkładki 16Gb SFP+ (MM) [ilość 24 wkładek wynika z wyjaśnienia Zamawiającego z etapu pytań do S1WZ, tj. z odpowiedzi nr 17 zawartej w „Wyjaśnieniach i zmianie treści SIWZ - 2" z dnia 19 marca 2018 r., gdzie wskazano: „Zamawiający korygując oczywistą omyłkę pisarską oczekuje łącznie 24 wkładki SFP+ oraz 1 wkładkę QSFP+ na każdy przełącznik pamięci masowej] 4x1 wkładka 40GB QSFP+ (SM) [ilość 24 wkładek wynika z wyjaśnienia Zamawiającego z etapu pytań do SIWZ, tj. z odpowiedzi nr 17 zawartej w „Wyjaśnieniach i zmianie treści SIWZ - 2" z dnia 19 marca 2018 r., gdzie wskazano: „Zamawiający korygując oczywistą omyłkę pisarską oczekuje łącznie 24 wkładki SFP-f- oraz 1 wkładkę QSFP+ na każdy przełącznik pamięci masowej] poz. 6 serwer zabezpieczający z funkcją routingu - 2 sztuki: 2x8 wkładek 10Gb SFP+ (MM) [w pkt. 6 załącznika 1A w rubryce Wyposażenie wskazano wprost 8 wkładek SFP+ (MM) na każdy serwer zabezpieczający z funkcją routingu] 2x1 wkładka 10Gb SFP+ (SM) [w pkt. 6 załącznika 1A w rubryce Wyposażenie wskazano wprost 1 wkładkę SFP+ (SM) na każdy serwer zabezpieczający z funkcją routingu] Jak zatem wynika z powyższego, łącznie wymagana była następująca ilość poszczególnych rodzajów wkładek: 1. 40 wkładek 10 Gb SFP+ (MM) wycenionych po 150 USD za sztukę w ofercie kontrahenta OPTeam S.A. przedłożonej wraz z pierwszymi wyjaśnieniami 2. 2 wkładki 10 Gb SFP+ (SM) brak danych na temat ceny przyjętej przez OPTeam, jednak wg danych posiadanych przez Odwołującego cena ta winna kształtować się na podobnym poziomie - 150 USD 3. 120 składek 16 Gb FC SFP+ brak danych na temat ceny przyjętej przez OPTeam, jednak wg danych posiadanych przez Odwołującego cena ta winna kształtować się na podobnym poziomie - 150 USD 4. 2 wkładki 8 Gb FC SFP+ (brak danych na temat ceny przyjętej przez OPTeam, jednak ceny zamienników wg danych posiadanych przez Odwołującego kształtują się na poziomie- ok. 35 USD 5. 6 wkładek 40 Gb QSFP+ (SM) wycenionych po 150 USD za sztukę w ofercie kontrahenta OPTeam przedłożonej wraz z pierwszymi wyjaśnieniami 6. + 2 kable DAC QSFP+ wycenionych po 950 USD za sztukę w ofercie kontrahenta OPTeam przedłożonej wraz z pierwszymi wyjaśnieniami Podsumowując, koszt wszystkich ww. wkładek, wymaganych przez Zamawiającego dla wszystkich pozycji instalacyjnych, wynosi: 168 x 150 USD + 2 x 35 USD + 2 x 950 USD = 27.170 USD netto, czyli 33.419,10 USD brutto co przy przyjęciu kursu dolara powoływanego przez OPTeam w ostatnich wyjaśnieniach, tj. 3,4224 zł, daje: 33.419,10 USD x 3,4224 = 114,373,53 zł brutto Do powyższego, w ramach elementów instalacyjnych doliczyć należy okablowanie, zgodnie z wymaganiami SIWZ. Zważenia wymaga jednak, że sformułowanie zawarte w SIWZ jest nieprecyzyjne („niezbędne okablowanie"), nieokreślające dokładnej wymaganej ilości okablowania, która związana jest bezpośrednio z infrastrukturą posiadaną obecnie przez Zamawiającego która będzie łączona z przedmiotem zamówienia. W związku z powyższym, na potrzeby niniejszych wyliczeń przedstawić można 2 opcje, tj.: 1) przyjęcie odrębnego kabla dla każdej wkładki (opcja maksimum) 164 x kabel FC (tj. dla pkt, 1-4 z tabeli powyżej) w cenie 22 zł brutto/szt. (do poniższych wyliczeń przyjęto cenę 21 zł) = 3.608 zł brutto 4 x kabel FC QSFP+ (tj. dla pkt. 5 z tabeli powyżej, tj. dla 6 wkładek, przy czym wskazano 4 kable spośród 6, gdyż 2 kable zostały już wycenione w poz. 4 formularza cenowego, co wskazano w poz. 6 tabeli powyżej) wg oferty dostawcy OPTeam w cenie 1 168,5 USD brutto za sztukę = 4.674,00 USD brutto łącznie: 3.608,00 zł brutto + 4,674 USD brutto co przy przyjęciu kursu dolara powoływanego przez OPTeam w ostatnich wyjaśnieniach, tj. 3,4224 zł, daje: 3.608 zł netto + 4.674,00 x 3,4224 =3.608 + 11.636,16 = 19.604,30 zł brutto 2) wersja redundantna (wg profesjonalnej wiedzy Odwołującego, wystarczająca będzie ilość kabli odpowiadająca połowie ilości wkładek) 82 x kabel FC w cenie 22 zł brutto/szt. = 1.804 zł brutto 2 x kabel FC QSFP-t- wg oferty dostawcy OPTeam w cenie 1 168,5 USD brutto za sztukę = 2 337,00 USD brutto łącznie: 1.804 zł brutto + 2.337,00 USD brutto co przy przyjęciu kursu dolara powoływanego przez OPTeam w ostatnich wyjaśnieniach, tj. 3,4224 zł, daje: 1.804 zł brutto + 2.337 x 3,4224 zł= 1.722 + 7.998,15 = 9.802,15 zł brutto W świetle powyższego, łączny koszt wkładek oraz kabli - jako elementów instalacyjnych - dla wszystkich pozycji formularza cenowego wynosi: w opcji 1 (maksymalna ilość okablowania): 114.373,53 z) brutto + 19 604,30 zł brutto = 133.977,83 zł brutto w opcji 2 (połowa ilości okablowania): 114.373,53 zł brutto + 9.802,15 zł brutto = 124.175,68 zł brutto Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wskazuje, iż skoro - jak twierdzi Wykonawca - elementy instalacyjne przełącznika rdzeniowego z poz. 4, w tym wkładki i kable, zostały wycenione w poz. 8 formularza, to w konsekwencji stwierdzić należy, iż w poz. 8 Wykonawca winien wycenić wszystkie elementy instalacyjne, również te dla pozostałych pozycji formularza cenowego (szczegółowo przedstawione powyżej), w tym w szczególności wkładki i kable wymagane dla poz. 5 i 6 formularza (tj. dla przełącznika pamięci masowej oraz dla serwera zabezpieczającego z funkcją routingu), które są analogiczne jak te dla poz. 4. Prawidłowość takiego wniosku wynika również z Wyroku, w którym Izba wskazała, że wycena tych elementów w poz. 8 jest celowa ze względu na narzucone przez Zamawiającego stawki podatku od towarów i usług, gdyż stawka VAT dla poz. 4 formularza wynosi 0%, a wymagane dla tej pozycji elementy instalacyjne objęte są stawką 23% VAT, która to stawka została przewidziana przez Zamawiającego właśnie w poz. 8 formularza Instalacja i konfiguracja. Zaznaczenia wymaga przy tym, że podobnie jak poz. 4 przełącznik rdzeniowy, tak również poz. 1, 2, 5 i 6 formularza również objęte są stawką 0% VAT, co wynika wprost z załącznika nr 1 do SIWZ - wzoru formularza ofertowego. Zatem w świetle stanowiska prezentowanego przez OPTeam oraz Izbę, uznać należy, iż w poz. 8 - poza elementami instalacyjnymi dla poz. 4 - Wykonawca wycenił również elementy instalacyjne dla pozostałych pozycji formularza (które - co należy ponownie podkreślić - w znacznej mierze pozostają wręcz takie same jak elementy instalacyjne dla poz. 4). Przeciwny wniosek wskazywałby bowiem na brak konsekwencji i logiki w działaniu Wykonawcy (powoływanej również w wyroku KIO) oraz podważałby w sposób istotny wiarygodność i prawdziwość twierdzeń Wykonawcy o wycenie elementów instalacyjnych dla poz. 4 w poz. 8 formularza.

Łączny koszt tych elementów instalacyjnych - w zależności od przyjętej ilości okablowania - wynosi 133.977,83 zł brutto lub 124.175,68 zł brutto. Cena całej poz. 8 z formularza OPTeam wynosi 53.136,00 zł. Jeśli zatem cena ta obejmować ma elementy instalacyjne dla wszystkich pozycji, to nawet przy przyjęciu niższej spośród ww. kwot łącznych (przy mniejszej ilości okablowania), tj. kwoty 124.175,68 zł brutto, cena oferty OPTeam nie pokrywa nawet połowy kosztów elementów instalacyjnych, tym bardziej zatem nie pokrywa pozostałych wymagań, które winny być wycenione w poz. 8 zgodnie z załącznikiem 1A do SIWZ. Powyższe stanowi dodatkowy argument potwierdzający, że Wykonawca zaoferował cenę rażąco niską co najmniej w poz. 8 formularza i/lub w poz. 4. Niezależnie od powyższego Odwołujący podnosi, iż - jak już wskazywano w poprzednim odwołaniu - działania i twierdzenia OPTeam pozostają niespójne, a wręcz rozbieżne i wewnętrznie sprzeczne. W wyjaśnieniach z dnia 25 lipca 2018 r. Wykonawca wskazał bowiem (s. 13),

iż „fragment ceny wyposażenia przełącznika z pozycji nr 4 (wkładki, kable, szyny, wentylatory, zasilacze, instalacja i gwarancja) to kwota 6 600 USD", która to kwota - po dodaniu kwoty przełączników - daje łączną sumę 11.620 USD, wskazaną w sumie odtajnionych na tamtym etapie kwot z tabeli oferty cenowej dostawcy, co wskazuje, że elementy te zostały wycenione w poz. 4. Jednocześnie w dalszej części wyjaśnień Wykonawca wskazał, że „Pozostałe elementy instalacyjne przełącznika takie jak: szyny, wkładki SPF+, kable, wentylatory, zasilacza, wymagane instalacje i gwarancje zawarte są, jak i dokonana jest wycena tych elementów, w formularzu ofertowym w pozycji zbiorczej nr 8 - opisanej jako: «Instalacja i konfiguracja»". W wymienionych wyżej dwóch częściach wyjaśnień, w odniesieniu do tych samych elementów instalacyjnych przełącznika rdzeniowego OPTeam wskazał zatem dwie rozbieżne pozycje formularza, w których elementy te miały zostać wycenione, tj. poz. 4 oraz poz. 8. Natomiast w ostatnich uzupełniających wyjaśnieniach z dnia 4 października 2018 r. Wykonawca wskazał, że omawiane elementy wycenił w poz. 8, co miało stanowić wyjaśnienie ww. rozbieżności. W odniesieniu do powyższego Odwołujący wskazuje, iż takie wskazanie ze strony Wykonawcy pozostaje całkowicie gołosłowne i niepoparte żadnymi dowodami, stanowiąc tym samym jedynie oświadczenie własne Wykonawcy o wątpliwej wiarygodności. Jeśli bowiem Wykonawca przedstawia rozbieżne wyjaśnienia, a jego argumentacja pozostaje niekonsekwentna i niespójna (również w zakresie omówionej wcześniej wyceny elementów instalacyjnych dla poz. 5 i 6 formularza ofertowego), a następnie w kolejnych wyjaśnieniach w sposób całkowicie dowolny wybiera jedno z prezentowanych przez siebie wcześniej stanowisk, to nie sposób uznać, by taki „wybór" sam w sobie stanowił jakiekolwiek wyjaśnienie zaistniałych rozbieżności. Zaznaczenia wymaga bowiem, że pomimo podniesienia tej kwestii wprost przez Odwołującego w ostatnim odwołaniu, Wykonawca w ogóle nie odniósł się do tej kwestii. Powyższe wskazuje na dostosowywanie przez Wykonawcę własnego stanowiska do potrzeb danego etapu Postępowania.

E)Pojęcie cny rażąco niskiej, ciężar dowodu i zakres wyjaśnień

Jak już wskazywał Odwołujący w dotychczasowym przebiegu niniejszego Postępowania, wobec braku definicji legalnej pojęcia „rażąco niskiej ceny" należy odnieść się do definicji wypracowanej na bazie doktryny oraz wyroków sądów powszechnych, KIO oraz Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, zgodnie z którą „cena rażąco niska oznacza cenę niewiarygodnie niską, znacząco odbiegającą od cen rynkowych i wskazującą na fakt wykonywania zamówienia poniżej kosztów" . W wyrokach sądów powszechnych zgodnie wskazuje się, że „Ceną rażąco niską, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, będzie cena znacząco odbiegająca od cen rynkowych przyjętych dla danego przedmiotu zamówienia, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej" oraz że „cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień

i innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego". Zdaniem Odwołującego, z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie, co wynika z analizy całokształtu złożonych przez OPTeam dokumentów i oświadczeń. Ponownego podkreślenia wymaga przy tym, że to nie Odwołujący ma wykazać, że cena oferty Wykonawcy wybranej jako najkorzystniejsza jest ceną rażąco niską ani że potwierdzają to wyjaśnienia przez niego złożone. Wręcz przeciwnie, to na Wykonawcy, w odniesieniu do którego zaistniało podejrzenie rażąco niskiej ceny oferty, ciąży obowiązek wykazania, że cena ta nie jest rażąco niska, lecz jest ceną realną, rynkową oraz że zapewnia zarówno wykonanie zamówienia w sposób zgodny z wszystkimi wymaganiami Zamawiającego, jak również osiągnięcie zysku przez Wykonawcę. Z aktualnie obowiązujących przepisów ustawy wynika bowiem wprost, że to właśnie na Wykonawcy spoczywa ciężar dowodu w tym zakresie. Powyższe ustawodawca uregulował w art. 90 ust. 2 ustawy, zgodnie z którym „Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy". Jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie, „(...) należy wyjaśnić, iż to nie skarżący (na etapie przed KIO - odwołujący) mają wykazywać, że oferta konkurenta jest rażąco niska lecz odwrotnie to oferent musi wykazać, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Ciężar dowodu spoczywa na barkach tego, który oferuje i rozpoczyna się od momentu żądania wyjaśnień przez Zamawiającego i nie ulega on modyfikacji na etapie postępowania zarówno odwoławczego jak i skargowego" . Zgodnie z art, 90 ust. 1 ustawy oraz z ugruntowanym orzecznictwem, Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień ws. rażąco niskiej ceny zobowiązany jest do przedłożenia szczegółowych i wyczerpujących informacji oraz dowodów, które potwierdzać będą realność zaoferowanej przez niego ceny oferty. Oznacza to, iż złożone wyjaśnienia i dowody nie mogą ograniczać się wyłącznie do elementów wskazanych w wezwaniu przez Zamawiającego, lecz winny być wyczerpujące obejmować wszelkie elementy istotnie wpływające na cenę globalną oferty i dowodzić jej realności. W tym celu konieczne jest uwzględnienie wszelkich aspektów wpływających na wyliczenie zarówno poszczególnych elementów ceny oferty (w tym w szczególności tych podniesionych przez Zamawiającego w wezwaniu), jak również ceny całej oferty. Temu wszak służy wprowadzenie przez ustawodawcę możliwości (a wręcz obowiązku) badania przez Zamawiającego istotnych elementów ceny oferty. Niewątpliwie w praktyce często wezwania wystosowywane przez Zamawiających zawierają odniesienia do konkretnych elementów, których cena wzbudziła u Zamawiającego wątpliwości co do jej realności. W stosunku do takich elementów Wykonawca winien oczywiście przedstawić szczegółowe wyjaśnienia i potwierdzające je dowody. Nie oznacza to jednak, iż powyższe stanowi jakiekolwiek ograniczenie dla zakresu, w jakim Wykonawca zobowiązany jest przedstawić wyjaśnienia oraz dowody. Z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie. W wezwaniu z dnia 20 lipca 2018 r. Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy o wyjaśnienia ws. rażąco niskiej ceny. W wyjaśnieniach z dnia 25 lipca 2018 r., co do meritum Wykonawca odniósł się jednak jedynie fragmentarycznie. Podobnie w kolejnym wezwaniu z dnia 28 września 2018 r. Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny oraz doprecyzowania wyjaśnień z dnia 25 lipca 2018 r., formułując przy tym określone pytania. Odpowiedź udzielona przez OPTeam w piśmie z dnia 4 października 2018 r. jest jednak nadzwyczaj lakoniczna i nie wyjaśnia w pełni zaistniałych wątpliwości. Wyjaśnienia te ograniczają się w zasadzie do; * wskazania, że elementy instalacyjne dla poz. 4 przełącznik rdzeniowy zostały wycenione w poz. 8 instalacja i konfiguracja, a ich wartość wynosi 27.783,04 zł brutto i wartość ta wyliczona została według średniego kursu NBP z dnia otrzymania przez Wykonawcę oferty handlowej dostawcy, tj. 4 kwietnia 2018 r., kiedy to średni kurs wynosił 1 USD - 3,4224 zł, • wymienienia poszczególnych ww. elementów instalacyjnych dla poz. 4, wycenionych w poz. 8, wraz z podaniem ich cen brutto w złotych polskich, ze wskazaniem, że Wykonawca będzie rozliczał się z dostawcą wg ww. kursu dolara [przy czym o kwestii zastosowanego kursu była już mowa w pkt. II.l lit. B niniejszego Odwołania - przyp. Odwołującego], • wymienienia pozycji z oferty dostawcy, które odnoszą się do przedmiotowego przełącznika rdzeniowego. W odniesieniu do powyższego Odwołujący wskazuje, że tak sformułowana odpowiedź nie wyjaśnia w sposób kompleksowy i jednoznaczny powstałych wątpliwości (tym bardziej nie odnosi się w żaden sposób do wyceny pozostałej części oferty) i nie dowodzi, że cena zaoferowana przez Wykonawcę nie jest rażąco niska. Jak wskazuje orzecznictwo KIO, „celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za

oszacowaną przez siebie cenę.
W postępowaniu, pomimo dwukrotnie wystosowywanych przez Zamawiającego wezwań, OPTeam nadal nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska ani też by istniały po jego stronie obiektywne względy czy też szczególne, dostępne tylko dla niego uwarunkowania, które pozwalałyby mu na obniżenie ceny oferty bez konieczności finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne. Jak bowiem wskazuje orzecznictwo „Znaczenie ma treść złożonych wyjaśnień; istotne jest, czy pozwalają one na rzeczywiste ustalenie, dlaczego właśnie ten wykonawca mógł zaoferować cenę na niższym poziomie, niż pozostali, przy czym nie tylko należy wskazać czynnik (czynniki) umożliwiające obniżenie ceny, ale konieczne jest wyliczenie realnego kosztu. Nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, ale wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących" . Orzeczenie to potwierdza, że w odniesieniu do zaistniałych wątpliwości i niespójności, w szczególności pomiędzy treścią oferty OPTeam
a pierwszymi wyjaśnieniami z dnia 25 lipca 2018 r., samo oświadczenie Wykonawcy zawarte w kolejnych wyjaśnieniach z dnia 4 października 2018 r. w żaden sposób nie może zostać uznane za wystarczające. W wyjaśnieniach tych Wykonawca w sposób całkowicie dowolny i niczym nieumotywowany dokonał bowiem „wyboru" jednej z prezentowanych przez siebie wcześniej wersji wyjaśnień/wyliczeń, jednocześnie w żaden sposób nie ustosunkowując się do zaistniałych rozbieżności i nie wyjaśniając, a tym bardziej - nie wykazując przyczyn ich zaistnienia. Tym samym stwierdzić należy, iż Wykonawca nie uczynił zadość wezwaniu Zamawiającego, tj. nie wykazał i nie przedstawił dowodów, które mogłyby istotnie wpłynąć na możliwość obniżenia ceny oferty w omawianej pozycji, podczas gdy - jak już wyżej wskazano - to OPTeam winien był wykazać, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. W świetle powyższego zastosowanie winien znaleźć art. 90 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym „Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia".

F)Niewykonanie nakazu zawartego w wyroku Izby.

Jak już wyżej wspomniano, dnia 5 września 2018 r. Izba wydała w Postępowaniu wyrok o sygn. akt KIO 1650/18. W przedmiotowym orzeczeniu Izba, uznając odwołanie Komputronik, stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy i nakazała Zamawiającemu ponowne wezwanie wykonawcy OPTeam do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. Odnosząc się do treści odwołania Komputronik z dnia 16 sierpnia 2018 r. i zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny w ofercie OPTeam, w zakresie pozycji 4 oraz poz. 8 formularza, należy stwierdzić, że Zamawiający - wykonując dyspozycję zawartą w omawianym wyroku - był obowiązany do zwrócenia się do OPTeam o złożenie wyjaśnień w pełnym, kwestionowanym w ramach postępowania odwoławczego zakresie. W konsekwencji Zamawiający powinien był wezwać Wykonawcę do wyjaśnienia i złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny zarówno w pozycji 4 formularza przełącznik rdzeniowy, jak i w poz. 8 instalacja i konfiguracja. Dnia 28 września 2018 r. Zamawiający, powołując się na treść wyroku KIO 1650/18, wezwał OPTeam do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Z treści przedmiotowego pisma wynika jednak, że Zamawiający zobligował OPTeam wyłącznie do wyjaśnienia ceny wskazanej przez tego wykonawcę
w poz. 8 formularza, całkowicie pomijając kwestię wyceny poz. 4 - istotniejszej
z perspektywy przedmiotowego zamówienia. Zamawiający wezwał jedynie do wskazania, jakie elementy z poz. 4 przełącznik rdzeniowy zostały uwzględnione przez OPTeam w poz. 8 instalacja i konfiguracja, wniósł o wskazanie zasad i kursu wymiany walut ujętych
w ofercie handlowej, jaką OPTeam przedstawił w ramach poprzednich wyjaśnień z dnia 25 lipca 2018 r., a także do wskazania, które elementy oferty handlowej odnoszą się
do przełącznika i elementów instalacyjnych. Zamawiający nie wezwał OPTeam do wyjaśnienia i udowodnienia, co wpłynęło na zaoferowanie przez Wykonawcę tak niskiej ceny w poz. 4 formularza. Zamawiający - analogicznie jak w przypadku poz. 8 formularza - nie wniósł o wyjaśnienie, jakie dokładnie elementy znajdują się w poz. 4 oraz jakie czynniki wpłynęły na zaoferowanie przez OPTeam ceny na poziomie 17.280 zł, mając na uwadze, że pozostali wykonawcy wycenili ją zdecydowanie wyżej. W świetle powyższego, w opinii Odwołującego, Zamawiający nie wykonał nakazu zawartego w prawomocnym wyroku sygn. akt KIO 1650/18. Zamawiający dokonując wezwania z dnia 28 września 2018 r., wadliwie wykonał dyspozycję zawartą w przytoczonym wyroku Izby. Należy przy tym podkreślić, że Zamawiający nie zastosował środka odwoławczego, jakim jest skarga do sądu okręgowego na orzeczenie Izby w trybie art. 198a ustawy. Biorąc pod uwagę fakt, że orzeczenie KIO staje się prawomocne, czyli wiążące, jeżeli nie przysługuje względem niego środek odwoławczy lub inny zwyczajny środek zaskarżenia, Zamawiający był zobligowany do wykonania wyroku Izby w pełnym zakresie. Mając na uwadze, że już samo wezwanie do wyjaśnień z dnia 28 września 2018 r, nie wypełniało dyspozycji Wyroku, stwierdzić należy, że również czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 12 października 2018 r. pozostaje dotknięta wadliwością i jest sprzeczna z przepisami ustawy. W konsekwencji, Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy, w związku z faktem, iż nie wykonał on nakazu zawartego w Wyroku Izby. Odwołujący zwraca również uwagę na fakt, że brak zastosowania się do nakazu zawartego w orzeczeniu KIO stanowi o naruszeniu przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy, a więc obowiązku prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

G)Wadliwe wezwanie do wyjaśnień oraz brak wezwania OPTeam do doprecyzowania udzielonych wyjaśnień.

Analiza przedmiotowego wezwania do wyjaśnień, wskazuje również, że jest ono ogólnikowe
i nie zmierza do wyjaśnienia wątpliwości, jakie wyraziła Izba w wyroku KIO 1650/18. Forma
i zakres wezwania Zamawiającego nie pozwalała na wyjaśnienie wątpliwości co do oferty OPTeam, które powstały w toku poprzedniego postępowania odwoławczego (sygn. akt KIO 1650/18). W szczególności Zamawiający nie wezwał OPTeam do wyjaśnień w zakresie poz. 4 formularza, a także nie sprecyzował, jakich dowodów na wykazanie istnienia braku rażąco niskiej ceny wymaga od Wykonawcy. Takie wezwanie pozostaje sprzeczne z treścią art. 90 ust. 1 ustawy. odwołujący wskazał orzeczenie Izby z dnia 17 stycznia 2018 r. Dodatkowo należy uznać, że sam Zamawiający - dochowując należytej staranności - winien był stwierdzić, że zarówno wezwanie, jak i same wyjaśnienia OPTeam, nie pozwalają na usunięcie wątpliwości, jakie narodziły się w toku oceny ofert. Zamawiający z własnej inicjatywy - w ramach samokontroli - powinien był raz jeszcze sformułować wezwanie, aby wyjaśnić powstałe nieścisłości. Powołał orzeczenie z dnia 17 stycznia 2018 r.: Możliwość ponownego wezwania do doprecyzowania wyjaśnień została potwierdzona w orzecznictwie np. w wyroku z dnia 27 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1336/17, wyroku z dnia 18 lutego 2016 r., sygn. akt KIO 150/16, wyroku z dnia 23 marca 2017 r., sygn. akt KIO 416/17) i w wyrokach sądów okręgowych (np. w wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 9 grudnia 2010 r., sygn. akt V Ga 122/10). Odwołujący podniósł, że opisane powyżej liczne nieprawidłowości, których dopuścił się OPTeam, już po raz kolejny nie zostały dostrzeżone przez Zamawiającego - podczas dokonywania ponownej oceny ofert, nakazanej w Wyroku KIO, co skutkowało wadliwością podjętej następnie

przez Zamawiającego czynności ponownego wyboru oferty OPTeam jako oferty najkorzystniejszej. Powyższe świadczy o braku należytej staranności ze strony Zamawiającego w podejmowanych czynnościach. Podkreślić przy tym należy, iż odpowiedzialność w tym zakresie ciąży właśnie na Zamawiającym jako gospodarzu postępowania. Powyższe jest szczególnie widoczne w okolicznościach niniejszej sprawy, jako że kwestie związane z nieprawidłowościami w wycenie i wyjaśnieniach OPTeam były wielokrotnie podnoszone w toku postępowania. Dwukrotnie bowiem Zamawiający uwzględnił częściowo zarzuty odwołań wniesionych przez Odwołującego, co już samo w sobie winno powodować wzmożoną staranność Zamawiającego
w podejmowaniu dalszych czynności, tym bardziej, że uwzględniając uprzednio podnoszone przez Odwołującego zarzuty Zamawiający wprost wskazywał, że: „Po powtórnym zbadaniu rynku zdaniem Zamawiającego cena za ww. przełącznik jest ceną rażąco niską w stosunku do jego wartości" (s. 2 odpowiedzi z dnia 10 lipca 2018 r. oraz s.3 odpowiedzi z dnia 22 sierpnia 2018 r.). Pomimo powyższego, Zamawiający po dwukrotnym wezwaniu Wykonawcy do złożenia wyjaśnień ani razu nie przeanalizował tych wyjaśnień w sposób rzetelny
i wnikliwy, każdorazowo niejako automatycznie uznając sam fakt ich złożenia
za wystarczający do uznania, że cena oferty OPTeam nie jest rażąco niska, a zatem winna być uznana za najkorzystniejszą. W konsekwencji stwierdzić należy, iż Zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 ustawy, ponieważ wybór oferty OPTeam, nie został poprzedzony należycie przeprowadzonym badaniem oferty Wykonawcy, a wezwanie do wyjaśnień, jak i same wyjaśnienia OPTeam, nie spełniają wymogów SIWZ. Z tego też powodu swoje potwierdzenie znajduje także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 PZP, a więc prowadzenia postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

H)Wprowadzenie w błąd Zamawiającego.

Odwołujący stoi na stanowisku, że działanie OPTeam spowodowały wprowadzenie Zamawiającego w błąd. W rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy. Powyższe winno zatem skutkować wykluczeniem Wykonawcy z niniejszego Postępowania. Zgodnie z powołanym przepisem, wykluczeniu podlega wykonawca, który „w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia". W przedmiotowej sprawie Wykonawca wielokrotnie zapewniał Zamawiającego, że złożona przez niego oferta w pełni uwzględnia wszystkie wymagania SIWZ, gwarantuje wykonanie zamówienia w zaoferowanej cenie zgodnie z tymi wymaganiami i jednocześnie zapewnia osiągnięcie zysku. W samych tylko dwukrotnych wyjaśnieniach stwierdzenie takie pada kilkakrotnie, w tym: • „Potwierdzamy, że w cenie naszej oferty zostały uwzględnione wszystkie wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz że cena naszej oferty jest ceną realną i za taką cenę jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia" (s. 4 wyjaśnień z dnia 25 lipca 2018 r.), • „uwzględnia ona [tj. cena oferty - przyp. Odwołującego] wszystkie koszty związane z prawidłową realizacją przedmiotu zamówienia przy uwzględnieniu niezbędnych czynników mających wpływ na wysokość ceny oferty, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, zawartym w SIWZ, oraz wzorem umowy" (s. 12 wyjaśnień z dnia 25 lipca 2018 r.), • „(...) potwierdzamy, ze oferta złożona przez nas w przedmiotowym postępowaniu jest rzetelna, uwzględnia całkowity zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia i umożliwia wykonanie przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę oraz osiągnięcie godziwego zysku" (s. 1 wyjaśnień z dnia 4 października 2018 r.). Odwołujący jednak wykazał, że oferta złożona przez OPTeam jest niezgodna z SIWZ, zawiera liczne nieścisłości oraz została wyceniona rażąco nisko, co powoduje brak możliwości należytej realizacji zamówienia przez Wykonawcę w zaoferowanej przez niego cenie. Naruszenia, których dopuścił się OPTeam, trzykrotnie już były powodem powstania po stronie Zamawiającego mylnego przeświadczenia, iż oferta ta jest najkorzystniejsza spośród wszystkich ofert, które zostały złożone w niniejszym Postępowaniu, co dwukrotnie już przyznawał sam Zamawiający, uznając w części i pierwsze, i drugie odwołanie wniesione przez Odwołującego w przedmiotowym Postępowaniu. Nadto w cytowanym już wyżej wyroku KIO wskazała że przerzucanie kosztów do innych pozycji niż to wynika z wyznaczonych pozycji formularza - tzw. inżynieria cenowa wprowadza Zamawiającego w błąd co do faktycznych kosztów komponentów . Zaznaczenia wymaga przy tym, iż dla uznania określonego działania za wprowadzenie Zamawiającego w błąd nie jest konieczne, aby działanie to było świadomie podejmowane przez Wykonawcę właśnie w tym celu. Wprowadzenie w błąd może bowiem nastąpić również poprzez niedbalstwo, a nawet lekkomyślność. Taka właśnie sytuacja wystąpiła w niniejszym przypadku, jako że liczne nieścisłości, niespójności i brak konsekwencji w złożonych przez Wykonawcę ofercie oraz dwukrotnych wyjaśnieniach należy uznać za wynikające z braku zachowania należytej staranności przy formułowaniu i wycenie oferty, a także przy udzielaniu wyjaśnień. Działanie Wykonawcy bezsprzecznie miało istotny wpływ na decyzje podjęte przez Zamawiającego w niniejszym Postępowaniu. Błędne przekonanie Zamawiającego, iż oferta OPTeam jest zgodna z wymaganiami SIWZ oraz najkorzystniejsza spośród złożonych ofert doprowadziło bowiem bezpośrednio - po raz trzeci już - do podjęcia przez Zamawiającego czynności w postaci wyboru oferty OPTeam S.A. jako oferty najkorzystniejszej. Co więcej, w orzecznictwie przyjmuje się, iż spełnieniem przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy jest nie tylko zaistniałe (tj. „skutecznie dokonane") wprowadzenie Zamawiającego w błąd, lecz również takie działanie, które choćby potencjalnie mogło spowodować wprowadzenie w błąd Zamawiającego. Odwołujący wskazał orzecznictwo Izby. Na marginesie, z daleko idącej ostrożności proceduralnej, Odwołujący wskazał, iż na gruncie przedmiotowego stanu faktycznego nie może znaleźć zastosowania procedura tzw. self-cleaningu, jako że posłużenie się nieprawdą stoi na przeszkodzie dopuszczalności zastosowania self-cleaningu. Powyższe okoliczności wypełniają zatem przesłankę określoną w art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP, co winno skutkować wykluczeniem Wykonawcy z niniejszego Postępowania

I)Charakter formularza ofertowego i przerzucanie kosztów.

W przypadku przyjęcia, że elementy instalacyjne dla przełącznika rdzeniowego z poz. 4 formularza (a także elementy instalacyjne dla innych pozycji) wycenione zostały przez OPTeam, w poz. 8 tego formularza, działanie takie należy znać za tzw. przerzucanie kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami formularza ofertowego, co pozostaje niedopuszczalne na gruncie ustawy. W poz. 4 formularza w rubryce 4 wprost wskazano, że jednostką miary tego elementu zamówienia jest „komplet". Ponadto załącznik 1A do SIWZ, stanowiący opis przedmiotu zamówienia, został tak skonstruowany, iż odnosi się
do poszczególnych pozycji formularza ofertowego, wskazując poszczególne wymagane dla danej pozycji komponenty oraz wymagane dla nich minimalne parametry techniczne. W pkt 4 tego załącznika, dotyczącym przełącznika rdzeniowego, wymienione zostały omawiane elementy instalacyjne - jako „wyposażenie" przełącznika rdzeniowego. W ocenie Odwołującego, powyższe jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający wymagał wycenienia ww. elementów instalacyjnych w poz. 4. Ich wycenienie przez OPTeam w poz. 8 należy zatem uznać za tzw. przerzucanie kosztów, które na gruncie zamówień publicznych jest niedopuszczalne. Przyjęcie koncepcji przeciwnej prowadziłoby do zakwestionowania potrzeby i sensu wprowadzania formularza ofertowego oraz istnienia obowiązku jego przedkładania

wraz z ofertą przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, a co najmniej prowadziłoby do wniosku, że formularz ofertowy, którego wzór stanowi załącznik do SIWZ, nie ma mocy wiążącej i jest jedynie jakimś przykładem czy wskazówką. Twierdzenie takie nie znajduje jednak żadnego uzasadnienia. Skoro bowiem wzór formularza stanowi załącznik do SIWZ, to już samo to winno w sposób wystarczający przesądzać o jego mocy wiążącej (podobnie jak ma to miejsce np. w przypadku formularzy JEDZ). W przeciwnym wypadku wzór formularza winien zostać określony wprost jako np. „pomocniczy" lub „przykładowy". Powyższe jest w praktyce powszechnie stosowane np. przy tworzeniu załączników do umów czy rozporządzeń. Natomiast w przedmiotowej sprawie z SIWZ wynika wniosek wręcz przeciwny, jako że w rozdziale IX SIWZ Zamawiający wprost wskazał w pkt. 1, że: „Ofertę cenową należy sporządzić wg wzoru z załącznika nr 1 do SIWZ - Formularz oferty [podkreślenie i pogrubienie Odwołującego]" oraz w pkt 2 ppkt 2, że „Oferta oraz załączniki powinny być sporządzone zgodnie z formularzami dołączonymi do niniejszej SIWZ". Nie bez powodu również załącznik 1A do SIWZ, określający szczegółowe wymagania Zamawiającego, został sformułowany przez Zamawiającego w taki sposób, iż odnosi się właśnie do poszczególnych pozycji formularza ofertowego. Działanie takie uznać należy za czyn nieuczciwej konkurencji, co potwierdza ugruntowane, a co najmniej dominujące orzecznictwo. 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". Zgodnie natomiast z art. 89 ust, 1 pkt 3 PZP, Zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Oznacza to, iż dokonując oceny ofert, Zamawiający każdorazowo zobowiązany jest do zbadania, czy złożenie danej oferty nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ww. definicji zawartej w u.z.n.k.. Nie sposób uznać, by o dopuszczalności lub niedopuszczalności przerzucania kosztów pomiędzy pozycjami miało przesądzać zawarcie przez Zamawiającego sformułowania w SIWZ (lub jego brak) wyrażającego wprost zakaz przerzucania kosztów pomiędzy pozycjami. Odwołujący wskazał orzecznictwo. Działanie OPTeam należy uznać za czyn nieuczciwej konkurencji, który zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy winien skutkować odrzuceniem oferty.

Odwołujący podsumował i podniósł, że jak wynika z przytoczonych wyżej i szczegółowo omówionych okoliczności, potwierdzających naruszanie przez Zamawiającego przepisów ustawy, wniesienie niniejszego odwołania należy uznać za konieczne i uzasadnione.

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

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zmianami; dalej:„Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 22 października 2018 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

W tym miejscu jednakże należy wskazać, że nie wszystkie zarzuty podniesione w odwołaniu zostały skierowane na rozprawę. Zgodnie z ustawą, Izba może odrzucić odwołanie, tym samym jeżeli w odwołaniu został podniesiony choćby jeden zarzut podlegający rozpoznaniu odwołanie odrzucone zostać nie może, natomiast nie powoduje to rozciągnięcia podstawy rozpoznania na zarzuty, które nie mogą zostać rozpoznawane z uwagi na np. wcześniejsze wyrzeczenie w tym zakresie.

W przedmiotowej sprawie Izba zobowiązana była do wzięcia pod uwagę, że w postepowaniu o udzielenie zamówienia publicznego *na dostawę wraz z instalacją sprzętu informatycznego dla Akademii Sztuki Wojennej w ramach projektu „Portal Bezpieczeństwa i Obronności Akademii Sztuki Wojennej", realizowanego w ramach programu operacyjnego Polska Cyfrowa* w dniu 5 września 2018 roku Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok pod sygn. akt KIO 1650/18 gdzie Odwołującym by ten sam podmiot, który składa odwołanie w obecnie prowadzonym postępowaniu odwoławczym. Zgodnie z ww. wyrokiem Izba wyrzekła:

1.umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 4 z.n.k., z uwagi na jego uwzględnienie,

2.uwzględnia odwołanie i stwierdza naruszenie przez zamawiającego art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 p.z.p. i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym ponowne wezwanie wykonawcy OPTeam S.A. w Jasionce do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p.,

3.w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala, (…)

Izba za wyrokiem sygn. akt KIO 1650/18 podaje, że w sprawie tej Odwołujący postawił następujące zarzuty:

W odwołaniu postawiono zamawiającemu następujące zarzuty (pisownia oryginalna):

1.naruszenia art. 8 ust. 1 - 3 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. z 2018 r., poz. 419, zwanej dalej „u.z.n.k."), poprzez zaniechanie ujawnienia części wyjaśnień ws. rażąco niskiej ceny, udzielonych przez wykonawcę pismem z dnia 25 lipca 2018 r., pomimo iż informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, a wykonawca nie wykazał zasadności dokonanego zastrzeżenia, co skutkuje bezskutecznością tego zastrzeżenia,

2.naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP oraz art. 90 ust. 3 PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty OPTeam S.A., pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz OPTeam S.A. w swoich wyjaśnieniach nie udowodnił i nie wyjaśnił, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska,

3.naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty OPTeam S.A., pomimo iż treść tej oferty jest sprzeczna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (zwaną dalej „SIWZ"),

4.naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP w zw. z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. w zw. z art. 7 ust. 1 PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty OPTeam S.A., pomimo że oferta ta zawiera niedopuszczalne tzw. przerzucanie kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami formularza ofertowego, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

5.naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty OPTeam S.A., pomimo że oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny,

6.naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 PZP, poprzez zaniechanie wykluczenia OPTeam S.A., pomimo że wykonawca ten - w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa - przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, poprzez niezgodne z prawdą twierdzenie, że złożona oferta jest zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ oraz poprzez wywołanie u zamawiającego mylnego przekonania, iż oferta ta jest najkorzystniejsza spośród ofert złożonych w

przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, co miało istotny wpływ na decyzje podjęte w postępowaniu przez zamawiającego, tj. skutkowało błędnym dokonaniem przez zamawiającego czynności wyboru oferty OPTeam S.A. jako najkorzystniejszej,
7.z daleko posuniętej ostrożności - naruszenia art. 90 ust. 3 PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty OPTeam S.A., pomimo że OPTeam S.A. nie udzielił wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego co do wyjaśnienia podejrzenia, że zaoferowana przez OPTeam S.A. jest rażąco niska.

Mając na uwadze, że treść części zarzutów odwołania złożonego w przedmiotowej sprawie odwoławczej odnosi się do tych samych okoliczności (z samej treści odwołania wynika w niektórych przypadkach, że zarzuty te już były podnoszone), które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie o sygn. akt KIO 1650/18, w tym samym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego jak również wniesionego przez tego samego Odwołującego (art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy), Izba na posiedzeniu z udziałem stron postanowiła skierować do rozpoznania na rozprawie zarzuty odnoszące się jedynie do oceny czynności wykonanych przez Zamawiającego w efekcie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania wyrokiem z dnia 5 września 2018 roku (sygn. akt KIO 1650/18) – tj. jedynie zarzuty
w odniesieniu do oceny elementów oferty w kontekście rażąco niskiej ceny
z uwzględnieniem wyjaśnień z dnia 4 października 2018 roku dotyczących wyjaśnień elementów rażąco niskiej ceny.
W pozostałym zakresie zarzuty odwołania nie mogły być rozpoznawane przez Izbę, bowiem w odniesieniu do tych zarzutów Izba wydała orzeczenie oraz orzekła o oddaleniu tych zarzutów. Odwołujący podnosząc ponownie zarzuty odwołania (powielając je) odnosi się
do tych samych okoliczności, które wskazywał wcześniej, a stan faktyczny sprawy
i dokumentacja jaka była podstawą wniesienia wcześniejszego odwołania i konstrukcji tych samych zarzutów nie uległ zmianie. Izba podkreśla również, że z treści samego uzasadnienia poszczególnych zarzutów odwołania wprost wynika, że zarzuty
te są ponawiane przez Odwołującego i były podnoszone we wcześniejszych odwołaniach bądź odwołaniu.
Jednocześnie Izba zaznacza, że faktyczne podstawy jakie stanowią uzasadnienie poszczególnych zarzutów odwołania również znane były Odwołującemu
już na wcześniejszych etapach postępowania o udzielnie zamówienia publicznego – czemu sam Odwołujący nie zaprzecza, a wręcz potwierdza wskazując, że zarzuty te były podnoszone przez Odwołującego już wcześniej. Tym samym podnoszenie ich na tym etapie należy uznać za spóźnione (art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy) co w takich przypadkach skutkuje ich nierozpoznaniem z uwagi na upływ ustawowego terminu do ich skutecznego wniesienia. Izba podkreśla, że zasada koncentracji środków ochrony prawnej przewidziana przepisami ustawy nakłada na każdego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obowiązek aktywnego uczestnictwa w procedurach zgłaszania środków ochrony prawnej - stawiania zarzutów Zamawiającemu. Koncentracja ma ułatwić i przyśpieszyć racjonalne wydawanie środków publicznych, w oparciu o umowy zawarte z wykonawcami, których oferty uznane zostały za najkorzystniejsze, tym samym odpowiada podstawowemu postulatowi prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Realizując postulat szybkości postępowania i spójności jego wyniku, ustawodawca nakazał, aby wszystkie czynności, których dokonanie jest możliwe na danym etapie, wykonywać jednocześnie, dotyczy
to zwłaszcza zgłaszania zarzutów wobec podejmowanych czynności i zaniechań Zamawiającego. Niedopuszczalna jest sytuacja, w której wykonawca w kolejnym odwołaniu przywołuje okoliczności, które mógł ujawnić po pierwszym badaniu i ocenie ofert.
Nie do pogodzenia z zasadą koncentracji i szybkości rozpatrywania środków ochrony prawnej jest, aby wykonawca niezadowolony z wyniku postępowania - po nakazanej z innych względów ponownej ocenie ofert - co raz to podnosił nowe powody i wady oferty, stwarzające preteksty do wnoszenia kolejnych odwołań. Na poparcie powyższego wskazać należy wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24 kwietnia 2006 r. sygn. akt V Ca 56/06, w którym Sąd wyłożył zasadę koncentracji środków odwoławczych w postępowaniu
o udzielenie zamówienia publicznego oraz jej konsekwencje. Żadna nowa okoliczność
nie miała miejsca aby ponownie, w terminie od jej zaistnienia Odwołujący mógł podnosić zarzuty odwołania. Stanowisko Izby nie jest odosobnione i znajduje uzasadnienie
w orzecznictwie zarówno w zbieżnych co do tych poglądów orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej jak również w orzeczeniach sądów powszechnych (przykładowo: postanowienie z dnia 1 października 2018 roku sygn. akt KIO 1810/18 i orzecznictwo tam wskazane).

Izba oddaliła na posiedzeniu wnioski Zamawiającego i uczestnika postępowania odwoławczego o odrzucenie odwołania wniesione z uwagi na to, że zostało ono wniesione przez podmiot nieuprawniony. Odwołujący złożył w postepowaniu ofertę, która nie została przez Zamawiający odrzucona skutecznie z postępowania, wykonawca ten nie został wykluczony z postępowania. Za podmiot nieuprawniony, w znaczeniu art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy, należy uznać podmiot, który nie jest wykonawcom na etapie postępowania odwoławczego, czyli taki podmiot, który dla przykładu nie złożył oferty, został skutecznie wykluczony z postępowania albo jego oferta została skutecznie odrzucona z postępowania. Za podmiot nieuprawniony uznaje się również wykonawcę, który jest niewłaściwie reprezentowany. Argumentacja Zamawiającego i uczestnika postępowania odwoławczego wskazująca na niewypełnienie przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy nie stanowi uzasadnia odrzucenia odwołania. Przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy mają charakter materialnoprawny, a nie formalnoprawny, co ugruntowane jest w orzecznictwie i znajduje wyraz w doktrynie przedmiotu.
II.

W zakresie merytorycznej oceny odwołania, w pierwszej kolejności ocenie podlega spełnienie łączenie przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym to przepisem – środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale 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 niniejszej ustawy. W przepisie tym określono zarówno katalog podmiotów uprawnionych do złożenia odwołania jak również przesłanki jakie musi kumulatywnie spełnić Odwołujący. Środki ochrony prawnej przewidziane w Dziale VI ustawy przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu a także innemu podmiotowi. Ustawodawca w art. 2 pkt 11 ustawy zdefiniował pojęcie wykonawcy – ilekroć w ustawie jest mowa o: (…) wykonawcy – należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Tak wiec, wykonawcą w rozumieniu ustawy mogą być zarówno osoby fizyczne, osoby prawne i jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, jednakże niezależnie od formy organizacyjnej zawsze status wykonawcy łączy się z jego uczestnictwem w procedurze udzielania zamówienia publicznego. Nie jest więc możliwe uznanie za wykonawcę podmiotu, który nie jest związany z danym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego,

nie uczestniczy w danym zamówieniu w żaden sposób. Tak więc, warunkiem *sine qua non* uznania danego podmiotu za wykonawcę jest jego powiązanie z danym, konkretnym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, powiązanie nie pozorne oraz nie takie, które już ustało w wyniku innych okoliczności. Zgodnie z regulacją art. 179 ust. 1 uprawnionym do wniesienia odwołania jest wykonawca (i inne wskazane w przepisie podmioty), jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę. Niezbędnym dla skuteczności wniesienia odwołania jest wykazanie kumulatywnego spełnienia wymienionych przesłanek.
Ocenie podlega zatem spełnienie przez Odwołującego przesłanek posiadania interesu
w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody. Jednakże aby możliwe było dokonanie oceny spełnienia tych przesłanek Odwołujący winien się do nich odnieść w odwołaniu, w jego uzasadnieniu. Niezbędnym do wykazania interesu w uzyskaniu danego zamówienia na etapie składania odwołania jest chociażby potencjalna możliwość uzyskania przez Odwołującego zamówienia, a interes Odwołującego musi być utożsamiany z doznanym przez wykonawcę uszczerbkiem interesu własnego w uzyskaniu zamówienia
w danym postępowaniu w wyniku naruszenia przepisów ustawy. Drugą przesłanką legitymacji czynnej, której spełnienie musi nastąpić kumulatywnie wraz z przesłanką interesu w uzyskaniu danego zamówienia jest wykazanie przez Odwołującego, że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Przez szkodę rozumie się uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy, jakiego doznaje poszkodowany
w wyniku określonego działania lub zaniechania. W świetle art. 179 ust. 1 ustawy podkreślenia wymaga, iż szkoda musi być wynikiem naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego, co oznacza, iż wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez Zamawiającego przepisom ustawy. Konieczne jest tym samym wykazanie przez Odwołującego, iż Zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom ustawy, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie.
Wykonawca składający odwołanie, aby możliwa była ocena spełnienia ww. przesłanek, musi jednoznacznie wyartykułować je w odwołaniu, wykazać ich zaistnienie. Ocena spełnienia przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w postępowaniu odwoławczym dokonywana jest przez Izbę na podstawie informacji przedstawionych w odwołaniu przez Odwołującego. Obowiązkiem składającego odwołanie jest wykazanie wszystkich niezbędnych informacji aby możliwe było rozpoznanie odwołania – brak wykazania i uzasadnienia w odwołaniu spełnienia przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody uniemożliwia Izbie dokonanie oceny wykazania spełnienia tych przesłanek. Izba nie może sama poszukiwać uzasadnienia, nie może sama czynić argumentacji i przejmować obowiązków wykonawcy w dowiedzeniu spełnienia przesłanek niezbędnych dla skutecznego podnoszenia zarzutów odwołania. Izba również nie może wyinterpretować spełnienia tych przesłanek
na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Materialnoprawny charakter przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w postepowaniu odwoławczym,
w przypadku, gdy nie został przesłanki te wykazane przez Odwołującego, uniemożliwia dokonanie oceny spełnienia tych przesłanek przez Izbę, a co za tym idzie skutkuje oddaleniem odwołania. W orzecznictwie Izby ugruntowany jest pogląd, że niewykazanie spełnienia kumulatywnie przesłanek posiadania interesu (ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia) w uzyskaniu danego zamówienia oraz wykazania poniesienia lub możliwości poniesienia przez Wykonawcę szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy skutkuje oddaleniem odwołania. Tym samym w ogóle brak odniesienia do tych przesłanek w odwołaniu musi skutkować oddaleniem odwołania, bowiem skoro mniej – tzn. wskazanie na przesłanki ale nie wykazanie ich spełnienia skutkuje oddaleniem dowołania, to tym bardziej zupełny brak odniesienia do przesłanek również stanowi podstawę do oddalenie odwołania.

W odniesieniu do argumentacji zawartej w piśmie procesowym Zamawiającego oraz argumentacji zgłoszonej i przedstawionej na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego przedstawionych przez Zamawiającego i uczestnika postępowania odwoławczego (czyli OPTeam) , a dotyczących podstaw oddalenie odwołania z uwagi na brak związania oferty Odwołującego terminem związania ofertą Izba uznała,
że podstawy do oddalenia odwołania w oparciu o tą argumentację nie zaistniały.
Izba zaznacza, że oferta Odwołującego, zgodnie z informacjami pochodzącymi
z dokumentacji postępowania i wskazanymi przez Zamawiającego – ustalonymi przez Izbę jedynie na potrzeby rozpoznania wniosku o oddalenie odwołania z uwagi na niemożliwość wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia bądź poniesienia szkody z powodu braku związania oferty Odwołującego terminem związania ofertą – jest ofertą, która nie została przez Zamawiającego odrzucona w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Działania jakie może podejmować Zamawiający w postępowaniu
o udzielenie zamówienia publicznego, czyli działania przyszłe nieznane na moment wyrokowania w tym postępowaniu odwoławczym, nie mogą stanowić podstawy
do pozytywnego rozpoznania wniosków zgłaszanych w tym postępowaniu odwoławczym. Uzasadnienie Zamawiającego zawarte w piśmie z dnia 30 października 2018 roku jest sprzeczne z faktycznie podejmowanymi czynnościami w postępowaniu odwoławczym, bowiem wskazuje Zamawiający, że termin związania ofertą wykonawcy Odwołującego upłynął w dniu 9 września 2018 roku jednocześnie w uzewnętrznionej decyzji z dnia 12 października 2018 roku wskazuje na dokonanie badania i oceny oferty Odwołującego. Izba dokonuje oceny działań Zamawiającego, nie podejmuje jednakże czynności zastępujących działania Zamawiającego, a do tego sprowadzałoby się rozpoznanie ww. wniosku
o oddalenie odwołania. Każda czynność Zamawiającego w stosunku do oferty wykonawcy podlegać może ocenie, również i ta czynność związana z oceną tej oferty w pryzmacie terminu związania ofertą. Izba wskazuje również, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej niedopuszczalna jest eliminacja z postępowania wykonawcy, również odrzucenie jego oferty w przypadku, gdy z przepisów prawa krajowego lub dokumentacji przetargowej nie wynika taka podstawa wyraźnie. Wykładnia ustawy lub dokumentacji przetargowej, jak również uzupełnienie luk dokumentacji i dokonywane wykluczenie wykonawcy, lub odrzucenie oferty w oparciu o te wykładnie sprzeciwia się zasadzie równego traktowania i przejrzystości postępowania (Postanowienie Trybunału
z dnia 13 lipca 2017 roku w sprawie C-35/17 Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex
sp. z o.o. przeciwko Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu).
III.
Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli

stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.
Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie odwołanie oddaliła.
IV.
Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – Strony
i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody
do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada
na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.
Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Jednoznacznie zostało to wskazane w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 8 kwietnia 2008 roku sygn. akt V Ca 571/08: Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą prowadzone jest na podstawie przepisów rozdziału 3 działu VI pzp. Postępowanie dowodowe uregulowane jest w art. 188 pzp. Nakłada on na strony obowiązek wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (ust.1). Izba może jednak dopuścić dowód nie wskazany przez stronę (ust. 2). Jest to rozwiązanie analogiczne do stosowanego w postępowaniu cywilnym art. 232 kpc, co świadczy o kontradyktoryjnym charakterze postępowania odwoławczego. Oznacza to, że ustawodawca pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na KIO obowiązku ustalania tzw. prawdy materialnej. Ustawa jednocześnie daje KIO uprawnienie do dopuszczenia dowodu z urzędu. Uprawnienie to nie jest jednak obowiązkiem. Dlatego nieskorzystanie z tego uprawnienia nie może stanowić przedmiotu skargi.
Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej i przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Podkreślenia wymaga, że to po stronie Odwołującego leży ciężar udowodnienia podnoszonych przez niego okoliczności.
Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców
w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie*
o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (…). Ponadto, co dla rozpoznania tej sprawy jest niewątpliwie istotne, zgodnie z przepisem art. 190 ust 1a ustawy dotyczącym postępowania odwoławczego, wprowadzającym szczególną regulację dotyczącą spraw o cenę rażąco niską - 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.
V.
Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie, a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postepowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.
Izba uwzględniła również stanowisko Zamawiającego zawarte w złożonym piśmie datowanym na 30 października 2018 roku „Odpowiedź na odwołanie" oraz w pisemnych stanowiskach złożonych do akt sprawy przy dowodzie nr 1 i dowodzie nr 2
Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone w trakcie rozprawy przez Odwołującego:
- (dowód nr 1) – Oferta_30032018z dnia 30 marca 2018 roku od firmy Veracomp spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie (1 karta),
- (dowód nr 2) – Oświadczenie Hewllett Packard Enterprise z dnia 31 października 2018 roku (wraz z pełnomocnictwem 2 karty).

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i przedstawione przez uczestnika postępowania odwoławczego:
- (dowód nr 3) – Oferta handlowa NTT system z dnia 21 marca 2018 roku (1 karta),
- (dowód nr 4) – oferta cenowa Przełączników rdzeniowych (5 kart tajemnica przedsiębiorstwa),
- (dowód nr 5) – oferta cenowa Przełącznika rdzeniowego ze strony internetowej - sklep internetowy (3 karty)

VI.
W zakresie zarzutów skierowanych do rozpoznania na rozprawie Izba ustaliła:
Dla rozpoznania zarzutów podniesionych w tej sprawie odwoławczej i skierowanych
do rozpoznania w przedmiotowej sprawie odwoławczej kluczowe znaczenie ma wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 września 2018 roku sygn. akt KIO 1650/18. Zgodnie
z tym wyrokiem Izba uwzględniając odwołanie stwierdziła *naruszenie przez Zamawiającego art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 p.z.p. i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert,*
w tym ponowne wezwanie wykonawcy OPTeam S.A. w Jasionce do złożenia wyjaśnień
w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. .
W uzasadnieniu powyższego orzeczenie Izba wskazała między innymi:
Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. oraz art. 90 ust. 3 p.z.p., postawiony jako zaniechanie odrzucenia oferty OPTeam S.A., pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w

stosunku do przedmiotu zamówienia oraz OPTeam S.A. w swoich wyjaśnieniach nie udowodnił i nie wyjaśnił, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. (…)
Następnie, w ocenie Izby, postępowanie wyjaśniające, przeprowadzone przez zamawiającego, w wyniku uwzględnienia odwołania w sprawie sygn. akt KIO 1309/18, zgodnie z treścią wezwania do wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny (vide pkt V istotnych okoliczności), dotyczyło pozycji 4 formularza ofertowego przystępującego – 2 sztuk przełącznika rdzeniowego HPE za cenę 17 280,00 zł, których cena wydała się zamawiającemu rażąco niska w stosunku co cen rynkowych produktu, w korelacji
z wymaganiami zamawiającego z pkt 4 załącznika nr 1a.
Na tak sformułowane wezwanie przystępujący przedstawił stosowne wyjaśnienia, obejmujące czynniki, które pozwoliły mu zaoferować cenę na skalkulowanym poziomie –
w szczególności w zakresie warunków współpracy z dostawcami. Wątpliwość zamawiającego, co do zawartości pozycji 4 z załącznika 1a i pozycji 4 tabeli cenowej przystępującego z oferty, została przez przystępującego wyjaśniona - przystępujący stwierdził, że skalkulował część elementów z pozycji 4 tabeli cenowej w pozycji 8 tabeli,
na co jego zdaniem pozwalała treść dokumentacji. Rzeczone składniki cenowe zostały przez przystępującego podane. Wyjaśnienia zostały poparte adekwatnym do ich treści dowodem, w postaci oferty od kontrahenta przystępującego z elementami pozycji 4 i 8 formularza cenowego przystępującego (vide pkt VI istotnych okoliczności).
Powyższe, w ocenie Izby, jednoznacznie wskazuje, że wywody stron o ogólnych, lakonicznych wyjaśnieniach, bez udowodnienia realności zaoferowanej ceny nie znajdują oparcia w ustalonym stanie sprawy. Ponadto, wbrew twierdzeniom stron, wyjaśnienia odnoszą się również do elementów instalacyjnych przełączników rdzeniowych, co wynika bezpośrednio z ich treści, a także zawierają odpowiedź na wątpliwości zamawiającego, zgodnie z treścią wezwania, zaś przystępujący przedstawił również stosowny dowód, wobec czego uczyniono zadość obowiązkowi określonemu w art. 90 ust. 2 p.z.p.
Tym niemniej, biorąc pod uwagę twierdzenia zamawiającego, że na przystępującym ciążył obowiązek jeszcze bardziej szczegółowego, niż przedłożone, wyjaśnienia pozycji 8 formularza cenowego, to w ocenie Izby zamawiający swoje wątpliwości w tym zakresie powinien przystępującemu przedstawić i zamiast dokonywać wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, kontynuować postępowanie wyjaśniające. Wezwanie do wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny oferty rodziło po stronie przystępującego obowiązek wyjaśnienia aspektów, które wywarły wpływ na skalkulowaną przez niego pozycję 4 formularza ofertowego i część pozycji 8, co z treści wyjaśnień wynikało.
Przystępujący, w ocenie składu orzekającego, uczynił zadość treści wezwania, a w sytuacji, gdy zamawiający uznał, że pozycja 8 formularza ofertowego dotyczące instalacji i konfiguracji, w tym elementy instalacyjne z pozycji 4 i inne elementy z pozycji 8, wymagają dalszego doprecyzowania, to zamawiający miał obowiązek - ze względu na doniosłe skutki, jakie może wywołać procedura wyjaśniania rażąco niskiej ceny w postaci odrzucenia oferty - postępowanie wyjaśniające kontynuować. Wykonawcy nie mogą domyślać się podstaw skierowanego wezwania, przeciwnie – treść wezwanie do złożenia wyjaśnień powinna pozwolić wykonawcy na dobór odpowiedniej argumentacji i ewentualnie dowodów, które łącznie pozwolą przekonać zamawiającego o braku podstaw do odrzucenia oferty. Zamawiający przekonywał, że z treści wyjaśnień przystępującego nie jest w stanie określić i porównać cen pozostałych elementów instalacyjnych z oferty zakupowej w stosunku do złożonej oferty, jednakże nie da się nie zauważyć, że zamawiający nie mógł mieć takiej wiedzy, gdyż o to przystępującego podczas postępowania wyjaśniającego cenę nie zapytał.
W ustalonym stanie rzeczy argumentacja zamawiającego na podstawie której uwzględnił on zarzut odrzucenia oferty, w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. i 90 ust. 3 p.z.p., w sposób jednoznaczny potwierdza, że zamawiający w sposób wadliwy przeprowadził postępowanie wyjaśniające – zamiast dopytać wykonawcę o wątpliwości powstałe po lekturze jego wyjaśnień przyjęto, że wykonawca miał, w oparciu o art. 90 ust. 2 p.z.p., wątpliwości te rozwiać, chociaż o nich nie wiedział, gdyż powstały one dopiero w postępowaniu odwoławczym przed Izbą.
W dalszej kolejności Izba uznała, że nieuprawnionym jest twierdzenie odwołującego, że wykonawca winien w postępowaniu wyjaśniającym wykazać cenę całkowitą oferty i wszystkie elementy mające na nią wpływ, gdyż materię składanych wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny oferty wyznacza treść zapytania zamawiającego - skoro zamawiający pytał o jeden ze składników ceny, nie ma podstaw do żądania od wykonawcy, aby wyjaśnił wszystkie jej elementy, w szczególności te, które wątpliwości zamawiającego, na kanwie art. 90 ust. 1 p.z.p., nie budziły.
Następnie Izba stwierdziła, że postawione przez odwołującego zarzuty opierające się na twierdzeniach strony co według odwołującego zostało, a co nie zostało zawarte w ofercie przystępującego, szczególne w pozycji 4 i 8 kalkulacji cenowej, są błędne i bezpodstawne. Odwołujący zamiast skupić się na treści wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, w sposób subiektywny dokonał własnej analizy, co w cenie zdaniem odwołującego przystępujący wycenił, a czego w cenie nie ujął. Odwołujący w sposób hipotetyczny zakładał i wyliczał składniki cenowe, na podstawie wartości cen, które sam przyjął. Uszło przy tym uwadze odwołującego, że sposób kalkulacji ceny został już przez przystępującego wyjaśniony, zatem w sprawie wiadomym jest co się w pozycjach 4 i 8 formularza ofertowego przystępującego zawiera i spekulacje odwołującego w tym zakresie nie mogły odnieść pozytywnego skutku. Zaznaczyć również należy, że założenie odwołującego, że nie można było dokonywać modyfikacji formularza cenowego nie znalazło potwierdzenia w treści SIWZ, wobec czego fakt, że w pozycji 4 formularza ofertowego przystępujący nie wycenił składników instalacyjnych przełącznika, nie powoduje, że cena oferty jest rażąco niska, czy że doszło do nieuprawnionego przerzucania kosztów czy subsydiowania skrośnego, co wadliwie zarzucał odwołujący.
W ocenie składu orzekającego argumentacja odwołującego pomija również fakt, że zamawiający dopuścił zastosowanie rozwiązań równoważnych, zatem można było zaoferować produkty producenta, bądź zamienniki porównywalnej jakości. Z doświadczenia życiowego wynika, że produkty oryginalne są droższe, więc o ile odniesienie do cen przełączników przy zaoferowaniu przez przystępującego i innych wykonawców modelu HPE mogłoby być w jakiś sposób uzasadnione, (pomimo, że odwołujący pominął, że każdy podmiot ma indywidualne uwarunkowania przy kalkulacji ceny oferty), to elementy instalacyjne mogą być również zamiennikami, czego odwołujący w swych twierdzeniach nie uwzględnił.
Dalej Izba wskazuje, że stanowisko odwołującego, że oferta cenowa przystępującego nie zawiera wszystkich elementów związanych z przełącznikami rdzeniowymi, wobec braku wskazania, których to konkretnie według odwołującego elementów ta oferta nie zawiera, uniemożliwia faktyczną weryfikację tak postawionego zarzutu, ze względu na to, że nie ma go z czym skonfrontować.
Ponadto Izba stwierdziła, że odwołujący w uzasadnieniu odwołania dokonał przewalutowania, zgodnie z jego twierdzeniami, danych z oferty cenowej przystępującego, z dolarów amerykańskich na polski złoty, wywodząc, że treść wyjaśnień jest sprzeczna z treścią oferty cenowej i powoduje wycenę poniżej kosztu zakupu oraz wprost cenę rażąco niską. Kurs wymiany walut został przyjęty przez odwołującego na dzień sporządzenia odwołania, czyli 14 sierpnia 2018 r. Jednakże odwołujący zdaje się nie dostrzegać faktu, że oferty były przez wykonawców składane do 09.04.2018 r., zatem kalkulacji oferowanych zamawiającemu przedmiotów odwołujący i inni wykonawcy dokonywali niemal 5 miesięcy wcześniej.

Odwołujący przy tym nie zawarł w odwołaniu twierdzeń, które by tłumaczyły dlaczego akurat dzień wniesienia odwołania jest dniem z którego kurs należy przyjąć.
Jest okolicznością notoryjną, że kursy walut ulegają wahaniom. Zmienność ta jest zjawiskiem powszechnym i ogólnie znanym, na co wskazują kursy wymiany oferowane przez kantory czy banki. Brak uwzględnienia koniecznego elementu stanu faktycznego, jakim jest fakt, że wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny dotyczą stanu wyceny sprzed momentu złożenia ofert i jest to data o kilka miesięcy wcześniejsza, niż przyjęty przez odwołującego do przewalutowania dzień (złożenia odwołania) powoduje, że twierdzenia odwołującego są gołosłowne i de facto oderwane od meritum sprawy.
Odwołujący nie uwzględnił również faktu, że dyspozycja art. 3531 k.c. nie prekluduje objęcia kursu przeliczenia waluty uzgodnieniami kontrahentów stosunku cywilnego. Tak jak rabat, marża czy termin realizacji świadczenia, kurs po jakim zostanie zapłacona cena jest kwestią uzgodnień stron umowy. Odwołujący zatem nie może skutecznie powołać się na błędne przeliczenie walut, nie wykazując jakie uzgodnienia stron stosunku cywilnoprawnego leżały u podstaw przyjęcia konkretnego kursu w odniesieniu do konkretnej umowy cywilnoprawnej. Nie sposób przy tym nie zauważyć, że informacji takich (odnośnie indywidualnych warunków stosunków cywilnoprawnych pomiędzy przystępującym, a jego kontrahentami) nie uzyskał w postępowaniu zamawiający – w związku z tym, wszelkie twierdzenia co do źródła obliczenia kursów walutowych obracają się w sferze hipotez, nie zaś faktów – co prowadzić musi do negatywnej oceny staranności zamawiającego w zakresie procesu pozyskiwania informacji na potrzeby oceny realności zaoferowanej przez przystępującego ceny.
Dziwi zatem, że przeliczenia wartości z oferty cenowej przystępującego z dolarów amerykańskich na polski złoty dokonał również zamawiający. Dokonana przez zamawiającego „kalkulacja" uprawdopodobniła, że przyjęty przez przystępującego kurs jest okolicznością, którą należy dokładnie wyjaśnić.
Izba zweryfikowała wyjaśnienia przystępującego w tym zakresie i doszła do przekonania, że na dzień wyrokowania, na ich podstawie nie można jednoznacznie stwierdzić, jaką wartość kursu do przeliczenia przyjął przystępujący w swojej ofercie, ani nawet, czy była to jedna wartość czy więcej i z czego one wynikały. Na stronie 13 wyjaśnień, na którą powołał się zamawiający, przystępujący użył w złożonych wyjaśnieniach trybu przypuszczającego, poprzez sformułowanie „powstałaby" kwota, co wskazuje, że brak jest podstaw do uznania za uprawnioną jednoznaczną interpretację zamawiającego. Skoro w wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny co do przeliczenia wartości został przez przystępującego użyty tryb przypuszczający, to w ocenie Izby tym bardziej wyjaśnienia wymagało, co konkretnie przystępujący twierdzi w tym przedmiocie – zwłaszcza, że zamawiający z wyjaśnień tych wyciągał dalej idące wnioski w zakresie, o który nie pytał. Zamawiający tymczasem te nasuwające się wątpliwości, znajdujące się poza przedmiotem, który wyjaśniał, postanowił sam rozstrzygnąć - najpierw na korzyść, a następnie na niekorzyść przystępującego.

Pismem z dnia 28 września 2018 roku Zamawiający wezwał OPTeam do *złożenia wyjaśnień w kwestii rażąco niskiej ceny oraz doprecyzowania wyjaśnień złożonych w dniu 25 07 2018 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego.*
Zamawiający wzywa do:

1. *Jednoznacznego wskazania jaka jest wartość (cena brutto) oferowanych elementów instalacyjnych przełącznika rdzeniowego HPE 570040XG z poz. 4 Formularza ofertowego, które wykonawca zawarł w poz. 8 Instalacja i konfiguracja, tj.:*
   - *Szyny,*
   - *Wkładki SFP+,*
   - *Kable,*
   - *Wentylatory,*
   - *Zasilacze,*
   - *Wymagane instalacje i gwarancje.*
2. *Jednoznacznego wskazania zasad i kursu wymiany walut (dolarów amerykańskich na złoty polski) na jakich wykonawca oraz kontrahent od którego została pozyskana oferta handlowa będą dokonywali przeliczeń oraz konkretnego wskazania kursu przyjętego przez wykonawcę do wyceny swojej oferty.*
3. *Wskazania, które elementy oferty handlowej odnoszą się do przełącznika rdzeniowego HPE 570040XG wraz z elementami instalacyjnymi.*

Zamawiający zwraca się o wyjaśnienie w powyższym zakresie, ponieważ na podstawie pierwotnie złożonych wyjaśnień nie posiada wiążących i kompletnych informacji.
Pismem z dnia 4 października 2018 roku OPTeam złożył wyjaśnienia w zakresie określonym w wezwaniu:

1. *W pozy. 8 „Instalacja i konfiguracja" zostały zawarte pozycje instalacyjne dla pozycji nr 4 „Przełącznik rdzeniowy" (zaoferowany przełącznik HPE 570040XG)*
   o sumarycznej wartości brutto 27 783,04 zł (policzono po kursie średnim NBP 1 USD – 3,4224 zł z dnia otrzymania oferty handlowej tj. 04.04.2018).

   Przedstawiono szczegółową wycenę w tabeli poszczególnych pozycji instalacyjnych.
2. *Do wyceny oferty został przyjęty kurs 1 USD – 3,4224 zł z dnia wystawienia oferty kontrahenta tj. 04.04.2018 rok. Wykonawca będzie rozliczał się z kontrahentem*
   po tym samym kursie.
3. *Poniżej wymieniamy pozycje oferty handlowej, które odnoszą się do przełącznika rdzeniowego wraz z elementami instalacyjnymi.*

W tym miejscu w wyjaśnieniach zamieszczona została Tabela zawierająca nazwy elementów instalacyjnych z oferty handlowej oraz ilości (szt.).
<u>Izba zważyła, co następuje:</u>

W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo dokonał czynności wezwania do złożenia wyjaśnień elementów ceny oferty (pismo z dnia 28 września 2018 roku) mając na uwadze, że wezwanie to było dokonane jako uzupełnienie wcześniej złożonych przez OPTeam wyjaśnień (pismo z dnia 25 lipca 2018 roku). Działania Zamawiającego stanowiły kontynuacje podjętych czynności wyjaśniających, a mających na celu wyjaśnienie ceny oferty OPTeam dla zaoferowanych przełączników rdzeniowych. Zgodnie z uzasadnieniem orzeczenia Izby w sprawie o sygn. akt KIO 1650/18, Izba stwierdziła, że wyjaśnienia z dnia 25 lipca 2018 roku były precyzyjne, jasne i nie można było uznać, że były lakoniczne (z wyroku sygn. akt KIO 1650/18 – (…)*Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego i wskazanych podstaw prawnych, na chwilę wyrokowania nie ma podstaw do przyjęcia, że przystępujący nie złożył wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p., ani że wyjaśnienia te są na tyle lakoniczne i gołosłowne, aby przyjąć, że nie zostały złożone.* (…) *że ani zamawiający, ani odwołujący nie wykazali, aby z treści wyjaśnień wynikało, że cena jest nierealna, nierynkowa czy rażąco niska.* Uzupełnienie wyjaśnień – bo o takim mogła być mowa na tym etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia – oraz do takiego zobowiązała Izba Zamawiającego nie dotyczyło czegokolwiek, w tym nie dotyczyło

informacji na jakie wskazywał Odwołujący lecz jednoznacznie podawało zakres elementów, które mają zostać wyjaśnione,
a to wynikało z uzasadnienia wyroku. Niezasadna jest argumentacja Odwołującego zawarta w odwołaniu, że Zamawiający miał wezwać do złożenia ponownych wyjaśnień, bowiem Zamawiający miał wezwać do uzupełnienia, doprecyzowania. Takie postępowanie jak sugeruje Odwołujący naruszałoby zasady prawa zamówień publicznych i stawiało w innej pozycji wykonawcę uprawniając go do złożenia, złożonych już wcześniej, wyjaśnień elementów ceny oferty. Składanie wyjaśnień w zakresie poszczególnych elementów ceny oferty nie jest działaniem dowolnym, a w szczególności, gdy dotyczy wyjaśnień uzupełniających winno szczegółowo odnosić się do wezwania. Każdorazowo wykonawca musi odpowiedzieć na zapytania Zamawiającego natomiast to po jego stronie pozostaje kwestia dowodowa oraz argumentacja jaką chce przedstawić. Natomiast brak w złożonych wyjaśnieniach informacji, w zakresie o jaki nie pytał Zamawiający nie może być poczytywany jako brak wyjaśnień lecz ten element wyjaśnień, który np. wykonawca winien doprecyzować. Taka sytuacja miała miejsce w tym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego,
a wyjaśnienia z dnia 25 lipca 2018 roku, zgodnie z orzeczeniem Izby z dnia 5 września 2018 roku miały zostać doprecyzowane. Doprecyzowanie wyjaśnień dotyczyć miało informacji jakie wpływały na wycenę przełączników rdzeniowych z pozycji 4 Formularza Ofertowego,
a dotyczących ich elementów instalacyjnych, które zostały ujęte w pozycji 8 Formularza Ofertowego (z wyroku sygn. akt KIO 1650/18 – (…)*Sprecyzowanie wątpliwości i oczekiwań ze strony zamawiającego, umożliwiłoby wykonawcy odniesienie się do nich na odpowiednim poziomie szczegółowości, a zatem dostarczenia zamawiającego na tyle precyzyjnego materiału dowodowego i wyjaśnień, aby uczynić proces kwalifikacji ceny jako rynkowej bądź rażąco niskiej procesem realnym i zgodnym z wymogami ustawy p.z.p.)* Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że Odwołujący sam w złożonym odwołaniu potwierdził wielokrotnie, że w wyjaśnieniach z dnia 25 lipca 2018 roku OPTeam wskazał, że elementy instalacyjne dla przełącznika rdzeniowego zostały wycenione w pozycji 8 Formularza Ofertowego. Izba również zaznacza, że w sprawie KIO 1650/18 Zamawiający uwzględnił część zarzutów odwołania odnośnie rażąco niskiej ceny ale Izba je oddaliła rozpoznając odwołanie
i nakazując uzupełnienie złożonych wyjaśnień. Dokonanie czynności wezwania do złożenia wyjaśnień ceny, jak wskazywał w uzasadnieniu odwołania Odwołujący przez ponowne wzywanie do wyjaśnień tego co wpłynęło na cenę przełączników rdzeniowych wskazaną w pozycji 4 Formularza Ofertowego stanowiłoby kolejne, nieuprawnione wezwanie w tym samym zakresie. Podkreślenia wymaga, że wyjaśnienia w zakresie pozycji 4 Formularza Oferty zostały złożone 25 lipca 2018 roku i w tym zakresie ocenione przez Izbę. Izba w wyroku sygn. akt KIO 1650/18 jednoznacznie wskazała, że OPTeam prawidłowo dokonał wyjaśnień w zakresie do jakiego był wzywany. W ocenie Izby zarzut naruszenia art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z uwagi na powyżej przedstawione uzasadnienie jest niezasadny. Dodać należy w tym miejscu, że uzasadnienie odwołania skupia również swoją uwagę nadal na pozycji 4 Formularza Ofertowego czyli przełącznikach rdzeniowych, natomiast w tym zakresie Izba już wyrzekła w sprawie o sygn. akt KIO1650/18, stwierdzając, że wyjaśnienia są rzetelne i poparte dowodem, a jedynie zakres elementów instalacyjnych dla przełączników rdzeniowych ujęty w pozycji nr 8 podlegał wyjaśnieniu zgodnie z wyrokiem Izby. Należy mieć na uwadze, że to wartość pozycji 4 Formularza Ofertowego była kwestionowana w kalkulacji oferty we wcześniejszym odwołaniach i to ta wartość była wyjaśniona w wyniku uwzględnienia odwołania w sprawie sygn. akt KIO 1309/18.
Zamawiający wykonał wyrok Izby z dnia 5 września 2018 roku sygn. akt KIO 1650/18
i wezwał prawidłowo do uzupełnienie wyjaśnień w zakresie jaki nie był przez niego wyjaśniany na wcześniejszym etapie postępowania tj. do wyjaśnienia ceny elementów instalacyjnych przełączników rdzeniowych z pozycji 4 Formularza Ofertowego, które ujęte zostały w pozycji 8 Formularza Ofertowego – Instalacja i konfiguracja. Izba podkreśla,
że Odwołujący w argumentacji zawartej w odwołaniu nie odniósł się do ww. orzeczenia Izby przez odniesienie się do treści, które nakazywałby wzywanie do ponownego składania wyjaśnień w zakresie elementów, które wyjaśnione już były (dotyczy to pozycji 4 Formularza Ofertowego). Jednocześnie Odwołujący przyznaje, że Zamawiający wezwał (między innymi) do złożenia wyjaśnień w zakresie cen elementów instalacyjnych dla przełączników rdzeniowych z pozycji 4, które zawarte zostały w pozycji 8 Formularza Ofertowego. Potwierdził zatem prawidłowość dokonania czynności Zamawiającego. Izba zaznacza również, że Zamawiający nie wskazuje dowodów jakie wykonawcy mają składać wraz
z wyjaśnień elementów zaoferowanej ceny oferty, to zawsze jest decyzja wykonawcy składającego wyjaśnienia, bowiem gdyby przyjąć jak wskazał w odwołaniu Odwołujący, że Zamawiający powinien sprecyzować dowody jakich oczekuje, to postawiłby Zamawiający warunki jakich nie przewiduje ustawa.
Prawidłowe skonstruowane wezwanie do uzupełnienia wyjaśnień elementów ceny oferty w zakresie elementów instalacyjnych przełączników rdzeniowych jakie zostały ujęte przez OPTeam w pozycji 8 Formularza Oferty pozwoliły na ocenę realności zaoferowanej ceny. Zdaniem Izby Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny wyjaśnień OPTeam i uznał, że oferta ta nie zawiera ceny rażąco niskiej.
Izba podkreśla, że niesłusznie w odwołaniu wskazuje Odwołujący, że wyjaśnienia z dnia
4 października 2018 roku stanowiły „powtórne wyjawienia". Wyjaśnienia te bowiem były kontynuacją wcześniej przeprowadzonych wyjaśnień, które zostały ocenione już
we wcześniejszym orzeczeniu Izby i dotyczyły elementów, które nie były wcześniej wyjaśniane, a o których informację powzięto na podstawie wyjaśnień z dnia 25 lipca 2018 roku.
Izba zaznacza, że w uzasadnieniu odwołania Odwołujący nie zakwestionował realności kwot jakie zostały wykazane w wyjaśnienia z dnia 4 października 2018 roku przez OPTeam
za poszczególne wymagane przez Zamawiającego elementy instalacyjne dla przełączników rdzeniowych z pozycji 4, a ujętych w pozycji 8 Formularza Ofertowego – natomiast właśnie
te elementy instalacyjne były wyjaśniane. Izba zaznacza, że już na etapie spraw o sygn. akt KIO 1650/18 Odwołujący podnosił argumentację odnoszącą się do realności kwoty jaka pozostaje w pozycji 8 po odliczeniu wartości elementów instalacyjnych ujętych w tej pozycji, a dotyczących przełączników rdzeniowych. Podkreślenia wymaga również, że sam Odwołujący w uzasadnieniu odwołania dostrzegł, że wyjaśnienia dotyczyły elementów instalacyjnych przełącznika rdzeniowego.
Izba wskazuje, że w ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności Zamawiającego, tj. dokonanej oceny złożonych w postępowaniu wyjaśnień elementów zaoferowanej ceny oferty. Zamawiający dokonuje czynności oceny zaoferowanej w postępowaniu przez wykonawcę ceny w oparciu o dostępne mu informacje, które uzyskuje w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień – czemu służy procedura wyjaśnienia opisana w art. 90 ustawy – OPTeam, w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, złożył wyjaśnienia z dnia 25 lipca 2018 roku oraz ich uzupełnienie za dnia 4 października 2018 roku. Wyjaśnienia wykonawcy – informacje jakie przedstawił wykonawca na wezwanie Zamawiającego powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do

przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego terminie. Należy podkreślić, że wyjaśnienia jakie składał w tym postępowaniu wykonawca stanowiły odpowiedzi na konkretne pytania Zamawiającego. Nadal aktualność swą zachowuje stanowisko wypracowane w dotychczasowym orzecznictwie Izby i sądów powszechnych wskazujące, że Izba może ocenić i stwierdzić jedynie czy wyjaśnienia w przedmiocie elementów zaoferowanej ceny były wystarczające, a ich ocena dokonana przez Zamawiającego prawidłowa. Konsekwencją utrzymywanej wykładni przepisów jest słuszne stanowisko w sprawie odnoszące się do konieczności odrzucenia oferty, w przypadku gdy złożone wyjaśnienia cenowe były zbyt niekonkretne, lakoniczne i generalnie nie wykazywały możliwości zaoferowania przez danego wykonawcę ceny tak niskiej. Mając na uwadze obecne brzmienie art. 90 ust. 2 ustawy zachowuje swoją aktualność wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt XXIII Ga 1293/14), w którym pokreślono znaczenie staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a także wskazano na konieczność uznania, że cena ofertowa jest ceną rażąco niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą, że oferowana przezeń cena rażąco niska nie jest. Podane tezy odnoszące się do wymaganej zawartości i "jakości" wyjaśnień składanych Zamawiającemu zostały sformułowane przez orzecznictwo jeszcze na gruncie uprzednio obowiązujących przepisów. Natomiast w obecnie obowiązującym stanie prawnym ustawodawca właściwie przesądził ich słuszność, wprost wskazując ww. przepisie ustawy, że to wykonawca powinien wykazać Zamawiającemu,
że cena jego oferty lub cena istotnej części składowej oferty nie jest rażąco niska, i musi
to wykazać to na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. W tym postępowaniu
o udzielenie zamówienia publicznego od pierwszego już odwołania poddawane ocenie były elementy istotne dla wyceny oferty czyli przełączniki rdzeniowe oraz elementy instalacyjne dla tych przełączników. Izba wskazuje, że nie istnieje jeden optymalny i powinny kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. Sposób wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny zależy od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Niewątpliwie można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia składane przez OPTeam są: po pierwsze - odpowiedzią na konkretne wątpliwości Zamawiającego, po drugie – są precyzyjne i jednoznaczne, po trzecie – zostały poparte stosownymi dowodami. Izba podkreśla, że dokonując oceny czynności Zamawiającego odnoszącej się do oceny złożonych wyjaśnień oraz oferty uwzględnia powyższe przy tejże ocenie.
W ocenie Izby, Zamawiający, który wzywał do złożenia wyjaśnień w sposób jednoznaczny zakreślił te elementy, które podał w wyjaśnieniach z dnia 4 października 2018 roku OPTeam. Odwołujący nie przedstawiając żadnej argumentacji faktycznej co do realności wyceny elementów instalacyjnych dla przełączników rdzeniowych, które zostały ujęte
w pozycji 8 Formularza Ofertowego, potwierdził, że zasadności tej wyceny nie kwestionuje. Izba podkreśla, że w zakresie ceny przełącznika rdzeniowego wraz z elementami instalacyjnymi OPTeam w złożonych wyjaśnienia w dniu 25 lipca 2018 roku przedstawił ofertę kontrahenta, która potwierdza realność zaoferowanych cen Zamawiającemu.
W ocenie Izby dowody jakie przedstawił Odwołujący w trakcie rozprawy nie wykazują,
że oferta handlowa jaka stała się podstawą kalkulacji ceny oferty OPTeam jest niewiarygodna, nierealna. W przedstawionym oświadczeniu (dowód nr 2) Hewllett Packard Enterprise z dnia 31 października 2018 roku brak jest wskazania faktycznych partnerów handlowych, dla których oferta - o założeniach jak w tym oświadczeniu - została przygotowana. Słusznie również wskazał OPTeam, że brak jest w oświadczeniu informacji
o cenie jaka została zaoferowana przez Hewllett Packard Enterprise partnerowi handlowemu OPTeaz. Jednocześnie Izba również dostrzegła, że pełnomocnictwo jakie zostało załączone do tego oświadczenia nie uprawnia do jego podpisania – tym samym, oświadczenie jakie zostało złożone Izba traktuje jako podpisane przez osobę nieuprawnioną do jego wiążącego złożenia. Pełnomocnictwo to upoważnia do reprezentowania Hewllett Packard Enterprise
w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego, czyli
do reprezentacji Hewllett Packard Enterprise przez Zamawiającym w czynnościach podejmowanych w postępowaniu. Odwołujący nie wykazał w żaden inny sposób, że Pan R. G. jest umocowany do składania wiążących oświadczeń w imieniu Hewllett Packard Enterprise.
W odniesieniu do argumentacji Odwołującego skupiającej swoją uwagę na tym, że wartość
z pozycji 8 – Instalacja i konfiguracja w kwocie 25 352,96 złotych brutto, która pozostała
po odliczeniu elementów instalacyjnych dla przełączników rdzeniowych (27 738,04 zł brutto) nie pokrywa kosztów pozostałych elementów jakie w ocenie Odwołującego winny być ujęte
w tej pozycji jest niezasadna. W ocenie Izby Oferta_30032018 z dnia 30 marca 2018 roku
od firmy Veracomp spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie (dowód nr 1) oraz uzasadnienie Odwołującego zawarte w komentarzu do tego dowodu i przedstawione na rozprawie jest niezasadne. Argumentacja Odwołującego jest oparta na schemacie, że wszystkie elementy instalacyjne musiały zostać ujęte przez OPTeam w pozycji 8 Formularza Ofertowego – ale nie wykazał Odwołujący dlaczego tak ma być. Wyjaśnienie, że wynika to z tego, że elementy instalacyjne przełączników rdzeniowych zostały ujęte w tej pozycji jest w ocenie Izby niezasadne oraz niewystarczające, jak również zupełnie niczym niepoparte. Jest to tylko stanowisko Odwołujące utworzone w ocenie Izby na potrzeby tego postępowania odwoławczego. Cała argumentacja oparta na dowodzie nr 1 jest oparta na założeniu, które nie ma żadnego źródła w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, jak również
w stanowisku OPTeaz zawartym w złożonych wyjaśnieniach. Wręcz przeciwnie, OPTeam wykazał, że w zależności od poszczególnych przedmiotów oferowanych w tym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego elementy instalacyjne mogą być wyceniane w ramach tego przedmiotu – i tak właśnie jest w przypadku Serwera NTT Tytan (dowód nr 3), gdzie
w jego wycenie, przedstawionej na rozprawie jako dowód jawny, ujęte zostały elementy instalacyjne, które stanowią komponenty ceny serwera. Izba podkreśla, że dowód ten nie był kwestionowany ani podważany przez Odwołującego. Tym samym, podstawa uzasadnienia dla nierealności ceny w pozycji 8 po odliczeniu przedstawionej w wyjaśnieniach elementów ceny, ceny za elementy instalacyjne dla przełączników rdzeniowych została w ocenie Izby skutecznie wzruszona przez uczestnika postępowania odwoławczego – tym samym nie sposób przyjąć, że kwota 25 352,96 złotych

brutto w pozycji 8 Formularza Ofertowego, która obejmowała nieujęte w innych miejscach oferty elementy instalacyjne jest nierealna, nierzetelna i rażąco niska. Założenie na jakim opiera swoją argumentację Odwołujący
tj. założenie, że wszystkie elementy instalacyjne wymagane przez Zamawiającego zostały zawarte w pozycji 8 Formularza Ofertowego jest niezasadne i niczym nieudowodnione,
a nawet niewykazane; Odwołujący nie wykazał również w żaden sposób, że takie właśnie założenie jest właściwe dla oceny oferty OPTeam. Dodatkowo Izba podkreśla, że sam Odwołujący pismem z dnia 25 kwietnia 2018 roku potwierdził Zamawiającemu, że w cenie ryczałtowej złożonej oferty uwzględnił dwie pozycje tj. szafy rack wraz z elementami montażowymi i listwami zasilającymi oraz wszelkie niezbędne dodatkowe elementy
jak macierz spełniające rolę quorum. To potwierdza, że również sam Odwołujący ujmował
w cenie ryczałtowej elementy oferty (nie wyszczególniający ich w ofercie), tym samym przyznając, że nie muszą być one ujęte w określonym miejscu Formularza Ofertowego. Odwołujący nie wykazał, że „logika" do której się odwoływał w komentarzu do dowodu nr 1 wymuszała na OPTeam ujmowanie wszystkich elementów instalacyjnych w pozycji
8 Formularza Ofertowego. Rozciąganie takiego twierdzenia na inne pozostałe elementy tylko dlatego, że elementy instalacyjne dla przełączników rdzeniowych z pozycji 4 zostały ujęte
w pozycji 8 Formularza Ofertowego nie zostało przez Odwołującego wykazane w żaden sposób. W ocenie Izby, mając na uwadze działanie Odwołującego w postępowaniu
o zamówienie wyżej wymienione, argumentacja poczyniona na rozprawie i w komentarzu załączonym do dowodu nr 1 (jak również w odwołaniu) jest argumentacją przedstawioną
na potrzeby tego odwołania i nie znajduje uzasadnienia w żadnym stanowisku Zamawiającego, w tym dokumentacji postępowania o udzielnie zamówienia publicznego i jak również w stanowisku OPTeam zawartym w złożonych wyjaśnieniach jak i przedstawionym na rozprawie. Izba zaznacza również, że umknęło uwadze Odwołującego przy tak budowanej argumentacji, że nie wszystkie elementy instalacyjne przełącznika rdzeniowego zostały wycenione w pozycji 8 Formularza Ofertowego, bowiem niektóre z wymaganych przez Zamawiające elementów wycenione są w ramach pozycji 4 Formularza Cenowego,
co jednoznacznie wynika ze złożonych wyjaśnień OPTeam – to również potwierdza,
że „logika", na której oparł swoje twierdzenia Odwołujący jest niewłaściwa, bowiem
to również wykazuje, że nie wszystkie elementy instalacyjne OPTeam ujął w pozycji 8 Formularza Ofertowego. W zakresie wyjaśnienia pozycji 4 Formularza Ofertowego OPTeam poczynił wyjaśnienia pismem z dnia 25 lipca 2018 roku oraz w tym zakresie Zamawiający
nie wzywał do składania dodatkowych wyjaśnień. Zarzut odwołania odnoszący się do ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, w odniesieniu do elementu istotnego jakim jest pozycja 4 – przełączniki rdzeniowe Formularza Ofertowego uzasadnił Odwołujący
w odwołaniu odnosząc się do jakiś wcześniej niesprecyzowanych stanowisk. Izba zaznacza,
że postępowanie odwoławcze prowadzone w rozpoznaniu tej sprawy nie stanowi kontynuacji innego, wcześniej prowadzonego postępowania odwoławczego, które zakończyło się wyrokiem (niezaskarżonym do sądu okręgowego). Obecne postępowanie odwoławcze stanowi odrębny, inny, samodzielny byt tym samym odwoływanie się do stanowisk prezentowanych „wcześniej" nie jest wystarczające dla uzasadnienia podnoszonego zarzutu. W takich przypadkach, gdy Odwołujący pragnie odnosić się do jakiejś (w tym wypadku nieokreślonej) argumentacji winien wskazać w sposób jednoznaczny do czego się odnosi,
do jakiego pisma, stanowiska itp. ze skonkretyzowaniem miejsc w jakich są zawarte wraz
z wniesieniem o załączenie ich w poczet materiału dowodowego w sprawie.
W rozpoznawanym wypadku nie mamy do czynienia z taką sytuacją, Odwołujący nie wskazuje do jakich stanowisk referuje. Izba musiałaby dokonać samodzielnego poszukiwania uzasadnienia dla podnoszonego przez Odwołującego zarzutu, a to jest niedopuszczalne, bowiem Izba nie może znajdować uzasadnienia faktycznego
dla podnoszonego naruszenia przepisów czy to przez uzupełnienie argumentacji faktycznej w trakcie rozprawy czy też przez samodzielne poszukiwanie argumentacji we wcześniej prezentowanej, a nie wnioskowanej do tego postępowania odwoławczego argumentacji. Orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej." Zgodnie z orzeczeniami Sadu Najwyższego to nie podanie podstawy prawnej, a uzasadnienie faktyczne jest niezbędne do skutecznego złożenia środka zaskarżenia (wyrok Sądu Najwyższego z 24 marca 2014 roku, sygn. akt III CSK 156/14; por. także orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 1947 r., C III 137/47, OSNC 1948, nr 1, poz. 20, z dnia 2 maja 1957 r., II CR 305/57, OSNC 1958, nr 3, poz. 72; wyrok z dnia 15 września 2004 r., III CK 352/03, niepubl.).W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący. Odwołujący wraz z wyjaśnieniami z dnia 25 lipca 2018 roku przedstawił ofertę kontrahenta, która potwierdzała realność zaoferowanej ceny. Również
w trakcie rozprawy przedstawił ofertę (dowód nr 4), która obrazuje poziom cen zaoferowanych w postępowaniu. OPTeam wskazał również, że z dowodu tego wynika, że cena przełączników rdzeniowych przed wszczęciem postępowania, koniec roku 2017 była niższa niż ta, która wynika z oświadczenia Hewllett Packard Enterprise złożonego na rozprawie przez Odwołującego (dowód nr 2). Stanowisko OPTeam potwierdza również dowód nr 5. Wskazać należy

również, że pozycja 4 w ofercie OPTeam to 1,08% wartości całej oferty, w ofercie Odwołującego to 13,05%, a DECSOFT 3,13%, oraz MATIC 3,95% - przy czym podkreślić należy, że są to oferty zbudowane na tym samym sprzęcie Hewllett Packard Enterprise. Izba zaznacza, że cena przełączników rdzeniowych była kwestionowana we wcześniejszym postępowaniu odwoławczym (KIO 1650/18), a ocena zarzutów odwołania nie dała Izbie podstawy do odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę istotnego elementu jakim były przełączniki rdzeniowe. Jednocześnie Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji w zakresie pozycji 4 Formularza Ofertowego jaka byłaby wynikiem wyjaśnień złożonych za pismem z dnia 4 października 2018 roku.
W wyroku sygn. akt KIO 1650/18 czytamy, że *Izba zweryfikowała wyjaśnienia przystępującego w tym zakresie i doszła do przekonania, że na dzień wyrokowania, na ich podstawie nie można jednoznacznie stwierdzić, jaką wartość kursu do przeliczenia przyjął przystępujący w swojej ofercie, ani nawet, czy była to jedna wartość czy więcej i z czego one wynikały* (…) a *Wyjaśnienia złożone przez przystępującego, w ocenie Izby, powinny były zostać przez zamawiającego krytycznie przeanalizowane co do kosztów wskazanych*
w wyjaśnieniach,(…) *co do kursu wymiany dolarów amerykańskich na złoty polski, jaki został przez przystępującego przyjęty*. Wykonują powyższy wyrok, Zamawiającym w wezwaniu
do wyjaśnień z dnia 28 września 2018 roku wezwał do „jednoznacznego wskazania zasad
i kursu wymiany walut (dolarów amerykańskich na złoty polski) na jakich wykonawca oraz kontrahent, od którego została pozyskana oferta handlowa będą dokonywali przeliczeń oraz konkretnego wskazania kursu przyjętego przez wykonawcę do wyceny swojej oferty". OPTeam na tak skonstruowane wezwanie wyjaśnił, że „do wyceny oferty został przyjęty kurs 1 USD – 3,4224 zł z dnia wystawienia oferty kontrahenta tj. 04.04.2018 rok. Wykonawca będzie rozliczał się z kontrahentem po tym samym kursie". OPTeam zatem zadość uczynił wezwaniu Zamawiającego i jednoznacznie określił zarówno datę kursu jak i wartość kursu, po którym przeliczona zostanie wartość oferty. Jednoznaczne wezwanie Zamawiającego dało podstawę do jednoznacznej odpowiedzi OPTeam, tym samym dopiero na tym etapie została w sposób jednoznaczny podana ta informacja, na której potrzebę jednoznacznego podania w wyroku sygn. akt KIO 1650/18 wskazywała Izba. Na tą jednoznaczność oświadczenia zawartego w wyjaśnieniach z dnia 4 października 2018 roku również
w odwołaniu wskazuje Odwołujący. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający tylko raz wezwał do złożenia wyjaśnienia w zakresie zasad i kursu wymiany walut na jakich wykonawca oraz kontrahent, od którego została pozyskana oferta handlowa będą dokonywali przeliczeń oraz konkretnego wskazania kursu przyjętego przez wykonawcę do wyceny swojej oferty. Izba podkreśla, że Odwołujący nie zakwestionował wskazanego kursu i daty, tym samym Izba przyjęła, że kurs dolara jakiego przyjęcie wskazał Odwołujący na wskazany dzień nie był kwestionowany przez Odwołującego. Twierdzenia Odwołującego, który co należy podkreślić winien wykazać ich zasadność stanowią jedynie polemikę z niedookreślonymi podanymi wcześniej przed wezwaniem do złożenia wyjaśnień informacjami i w żaden sposób nie odnoszą się do tego, co zawarte jest w wyjaśnieniach z dnia 4 października 2018 roku. Jednocześnie Izba podkreśla, że w orzeczeniu z dnia 5 września 2018 roku Izba dokonała oceny podniesionej w tym zakresie przez Odwołującego na wcześniejszym etapie argumentacji i wskazała na konieczność dokładnego wyjaśnienia – co też Zamawiający uczynił. Natomiast w odniesieniu do podnoszonego przez Odwołującego braku złożenia przez OPTeam dowodu na okoliczność, którą wykonawca oświadczył Izba wyjaśnia,
że z samego braku dowodu nie można jeszcze wywodzić, że cena jest rażąco niska,
a w takiej sytuacji przedmiotem oceny pozostają wówczas wyjaśnienia samego wykonawcy. Przypomnieć należy, że Odwołujący nie kwestionował treści złożonego oświadczenie,
jak również nie podawał w wątpliwość realności informacji przedstawionych przez OPTeam w piśmie z dnia 4 października 2018 roku. Odwołujący nie wykazał, że fakt przyjęcia przez OPTeam i jego kontrahenta do rozliczeń pomiędzy nimi kursu dolara z dnia wystawienia oferty musiał być stwierdzony umową, porozumieniem. Należy mieć również na uwadze,
że oświadczenie wykonawcy, o ile uznawał za niewłaściwe, nierealne, nieprawdzie Odwołujący powinien był kwestionować – tego nie uczynił. Odwołujący w zasadzie
w odwołaniu jedynie zaznaczył, że w tym zakresie nie został przedstawiony żaden dowód przez OPTeam, ale jednocześnie nie podnosił argumentacji, która wyjaśniałaby jakie znaczenie, bądź jaki brak powoduje nieprzedstawienie dowodu wraz z wyjaśnieniami
i w jakim zakresie powoduje, że wyjaśnienia te są niezasadne, niewiarygodne, niezasadne.

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu – obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania, w zamian natomiast pozwalającą zawrzeć kontrakt
z podmiotem publicznym, czyli podmiotem istniejącym i gwarantującym wypłatę środków finansowych. Izba nie stwierdziła zasadności któregokolwiek z podniesionych w odwołaniu zarzutów, które zostały skierowane do rozpoznania na rozprawie tym samym nie doszło
w ocenie Izby do naruszenia ustawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia publicznego przez Zamawiającego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).
Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……