

Wyrok
z dnia 23 listopada 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach

Członkowie: Aleksandra Patyk
Irmina Pawlik

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 listopada 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 listopada 2018 roku przez wykonawcę **Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Zasobów Informatycznych w Warszawie**, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) S&T Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (lider Konsorcjum)** i **2) S&T Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (partner Konsorcjum)** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu - Centrum Zasobów Informatycznych w Warszawie w części 1 unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) S&T Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i **2) S&T Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. W pozostałym zakresie oddala zarzuty odwołania.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) S&T Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i **2) S&T Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) S&T Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i **2) S&T Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** rzecz wykonawcy **Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem uiszczonego wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) 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:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Centrum Zasobów Informatycznych w Warszawie (zwane dalej: „zamawiającym”) prowadzi postępowanie o

udzielenie zamówienia na realizację zadania pn.: *Budowa i wdrażanie systemu Active Directory oraz poczty elektronicznej*, Numer referencyjny: 2616.20.2018.DBna podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) - zwanej dalej: „ustawą Pzp”. Zamówienie zostało podzielone na 3 części.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 sierpnia 2018 roku pod numerem 2018/S 149-340601. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 8 listopada 2018 roku wykonawca Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie części 1 zamówienia: „*Urządzenia do równoważenia obciążenia (Loadbalancery)*”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: S&T Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz S&T Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej zwanych łącznie: „Konsorcjum S&T”), mimo, iż jest ona niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ);
- 2.art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum S&T, mimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę;
- 3.art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny i zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum S&T, mimo, iż wykonawca ten nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp;
- 4.art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z przepisami ustawy (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy).

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum S&T jako najkorzystniejszej;
- 2.dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;
- 3.odrzucenia oferty Konsorcjum S&T;
- 4.dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił, co następuje.

Odwołujący wskazywał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ w przypadku prawidłowego działania zamawiającego, oferta Konsorcjum S&T powinna zostać odrzucona, natomiast oferta odwołującego powinna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą w części 1. W wyniku niezgodnych z przepisami ustawy działań zamawiającego odwołujący może ponieść szkodę polegającą na nieuzyskaniu zamówienia publicznego, a tym samym posiada interes we wniesieniu odwołania.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum S&T z uwagi na niezgodność oferty z SIWZ odwołujący przedstawił następującą argumentację.

Zdaniem odwołującego, z treści oferty Konsorcjum S&T wynika, że powinna zostać ona odrzucona jako niespełniająca minimalnych wymagań technicznych sformułowanych w dokumentacji przetargowej. Odwołujący wskazał, że zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada specyfikacji, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Jednocześnie odwołujący powołał się na poglądy doktryny i orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, dotyczące kwestii niezgodności treści oferty z SIWZ w rozumieniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w tym na: Komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych pod red. J. Pieróga, wyd. 11, Warszawa 2012, Legalis, a także na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 26 stycznia 2017 roku, wydany w sprawie o sygn. akt KIO 11/17; z dnia 7 kwietnia 2016 roku, wydany w sprawie o sygn. akt KIO 426/16; wyrok z dnia 10 stycznia 2012 roku, wydany w sprawie o sygn. akt KIO 2749/11. Odwołujący zauważył, iż sformułowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp „*treść oferty*” i „*treść specyfikacji istotnych warunków*” jednoznacznie nakazują odnieść go do aspektu merytorycznego przedmiotu zamówienia. Ponadto, podkreślił, że treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia to, przede wszystkim, opis potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należyłą starannością umowy.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z Tabelą dotyczącą Wymagań technicznych dla urządzenia do równoważenia obciążenia (Loadbalancer) - poz. I Tabeli, Opis Przedmiotu Zamówienia - załącznik nr 1 do SIWZ wykonawcy zobowiązani byli do spełnienia „wszystkich warunków oraz wymagań sprzętowych”, określonych w powołanej Tabeli. Sformułowane przez zamawiającego wymagania techniczne w zakresie urządzenia Loadbalancer są wymaganiami obligatoryjnymi. Natomiast brak spełnienia parametrów zawartych w OPZ przez Konsorcjum S&T powinien skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy jako oferty niezgodnej z treścią SIWZ.

Zdaniem odwołującego, oferta Konsorcjum S&T nie spełnia wymagania w zakresie Portów 1Gb Ethernet 10/100/1000BaseT.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z OPZ zamawiający wymagał, aby urządzenie było wyposażone w minimum 4 porty 1GB Ethernet (poz. I pkt 1) Tabeli Wymagań technicznych dla urządzenia Loadbalancer, zawartej w OPZ.

Jednocześnie, zgodnie z pkt 11.1 ppkt 7) SIWZ zamawiający wymagał od wykonawców w części 1 złożenia wraz z ofertą Specyfikacji technicznej oferowanego przedmiotu zamówienia, wskazując, iż:

„a) Specyfikacja techniczna oferowanego przedmiotu zamówienia musi zawierać wszystkie informacje niezbędne do weryfikacji zgodności oferowanego sprzętu z wymogami Zamawiającego.

b) Zamawiający traktuje specyfikację techniczną jako treść oferty. Niezłożenie specyfikacji będzie skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Złożenie specyfikacji, z której treści wynikać będzie niezgodność z wymogami określonymi w SIWZ będzie skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.”

Odwołujący podał, że z formularza ofertowego Konsorcjum S&T wynika, że przedmiotem oferty jest urządzenie F5/BIG-IP i4800 Local Traffic Manager (32GB Memory, Max SSL, Max Compression) / f5-BIG-LTM-i4800. Natomiast, zgodnie danymi technicznymi udostępnianymi przez producenta oferowanego przez Konsorcjum S&T urządzenia nie posiada ono portów 1Gb Ethernet 10/100/1000BaseT. Według odwołującego, świadczy to o niezgodności oferty Konsorcjum S&T z SIWZ, bowiem wbrew jednoznaczному oświadczeniu złożonemu przez tego wykonawcę zaoferowane urządzenie nie spełnia minimalnego parametru określonego w OPZ. Zgodnie z informacjami wskazanymi przez producenta przedmiotowe urządzenie posiada gniazda SFP, ale aby uzyskać fizyczną funkcjonalność portów 1Gb Ethernet 10/100/1000BaseT niezbędne jest zastosowanie opcjonalnych modułów SFP, które nie są sprzedawane standardowo wraz z urządzeniem wymienionym w ofercie ww. wykonawcy (stanowią odrębny, dodatkowo płatny element, posiadający własny Part Number). W ocenie odwołującego, nawet jeżeli intencją Konsorcjum S&T było zaoferowanie urządzenia w ukompletowaniu spełniającym minimalne wymagania SIWZ, to powinien on dookreślić w złożonej przez siebie ofercie, że oferuje urządzenie wraz z dodatkowymi modułami poprzez które uzyskuje się porty 1Gb Ethernet 10/100/1000BaseT. Urządzenie to bowiem bez dodatkowych modułów nie spełnia minimalnych wymagań opisanych w OPZ. Odwołujący podkreślił, że z treści oferty Konsorcjum S&T w żaden sposób nie wynika, że wykonawca uwzględnił w oferowanym rozwiązaniu odrębne, dodatkowe elementy pozwalające na spełnienie wymagań minimalnych opisanych przez zamawiającego. To na wykonawcy ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego spoczywa obowiązek wykazania zgodności zaoferowanego rozwiązania z wymaganiami i takiego przygotowania oferty, aby nie było wątpliwości co do zakresu oferowanego rozwiązania. Zdaniem odwołującego, potwierdzeniem faktu, iż Konsorcjum S&T nie zaoferowało urządzenia w pełnym ukompletowaniu pozwalającym na spełnienie wymagań SIWZ jest dodatkowo okoliczność, że w złożonych zamawiającemu wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny (z dnia 4 i 24 października 2018 roku) wykonawca nie wskazał, że w zakres wyceny przedmiotu zamówienia wchodziły dodatkowe moduły umożliwiające uzyskanie portów 1Gb Ethernet 10/100/1000BaseT.

Ponadto, zdaniem odwołującego, oferta Konsorcjum S&T nie spełnia wymagania dotyczącego parametru wydajności w zakresie wymaganej ilości zapytań http na sekundę.

Odwołujący podał, iż zgodnie z poz. 2 pkt I Tabeli Wymagań technicznych OPZ, urządzenie Loadbalancer powinno spełniać parametr wydajności w zakresie ilości zapytań http na sekundę nie mniejszej niż 1200000.

Konsorcjum S&T w poz. 2 tabeli - Specyfikacji technicznej dostarczanego sprzętu i oprogramowania wskazało, że zaoferowane urządzenie posiada następujący parametr: „Ilość zapytań http na sekundę: 2000000”.

Według odwołującego, informacja w tym zakresie nie odpowiada rzeczywistości, bowiem zgodnie z informacjami podawanymi przez producenta w oficjalnej dokumentacji dla urządzenia zaoferowanego przez Konsorcjum S&T wydajność wynosi 1100000 zapytań http na sekundę.

Odwołujący stwierdził, że powyższe wymaganie dotyczy wydajności urządzenia. Zgodnie ze schematem warstw systemów informatycznych, odnośnie których podawane są wskaźniki wydajnościowe udostępniane przez producenta F5 komunikacja HTTP (Hypertext Transfer Protocol - protokół przesyłania dokumentów hipertekstowych - protokół sieci WWW) odbywa się w warstwie 7. Parametr wskazany w ofercie Konsorcjum S&T, tj. 2000000 zapytań na sekundę nie dotyczy w przypadku urządzenia zaoferowanego przez tego wykonawcę warstwy 7 a warstwy 4 odpowiadającej komunikacji TCP (ang. Transmission Control Protocol - protokół kontroli transmisji (danych)). Dodatkowo, odwołujący zauważył, że producent oferowanego przez Konsorcjum S&T urządzenia, posiada także inne (wyższe) modele urządzeń Loadbalancer, które posiadają wydajność dla warstwy 7 (http) wyższą niż wymagana w SIWZ liczba 1200000. Zdaniem odwołującego, z powyższego należy wywieść wniosek, iż Konsorcjum S&T w sposób nieprawidłowy dopasowało oferowany sprzęt do wymagań przetargowych, a tym samym konieczne jest zastosowanie wobec oferty tego wykonawcy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności odwołujący wskazywał, że oferta Konsorcjum S&T nie spełnia wymagań w zakresie Usługi warstw 4-7, tj. nie spełnia parametru ochrony DDoS.

Odwołujący podał, iż zgodnie z poz. 11 pkt I Tabeli Wymagań technicznych OPZ urządzenie Loadbalancer powinno spełniać wymagania w zakresie „Usług warstw 4-7” m.in. w odniesieniu do ochrony DDoS.

Natomiast, zgodnie z informacjami pochodzącymi od producenta urządzenia oferowanego przez Konsorcjum S&T, w celu spełnienia funkcjonalności ochrony DDoS wymagany jest dodatkowy element BIG-IP AFM (Advanced Firewall Manager), który jest elementem dodatkowym, opcjonalnym modulem, odrębnie zamawianym i płatnym. Moduł ten nie znajduje się w standardowym wyposażeniu oferowanego urządzenia, w związku z czym powinien on być wymieniony i wyceniony w ofercie. Tymczasem, z treści oferty Konsorcjum S&T nie wynika, że wykonawca uwzględnił ten element w zobowiązaniu ofertowym.

Zdaniem odwołującego, dodatkowym potwierdzeniem braku uwzględnienia w ofercie Konsorcjum S&T modułu umożliwiającego realizowanie ochrony DDoS jest fakt braku uwzględnienia przedmiotowego elementu w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny składanych zamawiającemu w dniu 4 i 24 października 2018 roku. Gdyby dodatkowe moduły były przedmiotem oferty, to Konsorcjum S&T ujęłoby je w wycenie przedmiotu zamówienia. Tym samym, w ocenie odwołującego, należy uznać, iż Konsorcjum S&T zaoferowało zamawiającemu urządzenie w ukompletowaniu, które nie spełnia wymagań określonych w SIWZ.

Reasumując swoje wywody w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, odwołujący stwierdził, iż brak spełnienia przez zaoferowane urządzenie:

- a) wymagania dotyczącego Portów 1Gb Ethernet 10/100/1000BaseT;
- b) wymagania parametru wydajności w zakresie wymaganej ilości zapytań http na sekundę;
- c) wymagania w zakresie Usługi warstw 4-7 - parametru ochrony DDoS

potwierdza zasadność odrzucenia oferty Konsorcjum S&T z zastosowaniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Jednocześnie odwołujący wskazał, że błędy wskazane w ofercie wykonawcy Konsorcjum S&T nie podlegają możliwości poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W tym zakresie, odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 czerwca 2012 roku, wydany w sprawie o sygn. akt KIO 1084/12 oraz na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 czerwca 2012 roku, wydany w sprawie o sygn. akt KIO 1095/12. Odwołujący podkreślił, iż w przedmiotowej sprawie ewentualna zmiana treści oferty byłaby istotna, ponieważ prowadziłaby w konsekwencji do zmiany zakresu zobowiązania ofertowego ww. wykonawcy w stosunku do jego pierwotnej treści (poprzez jego rozszerzenie o dodatkowe elementy nieujęte w ofercie). Ponadto, odwołujący podniósł, że kwestia zgodności zaoferowanego rozwiązania z treścią SIWZ nie powinna być w tym przypadku również przedmiotem ewentualnego wezwania do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem najprawdopodobniej prowadziłyby to do niedopuszczalnych negocjacji i uzupełnienia treści oferty Konsorcjum S&T o informacje pierwotnie w niej niewskazane. Odwołujący powołał się przy tym na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 listopada 2016 roku, wydany w sprawie o sygn. akt KIO 2094/16.

Z kolei odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum S&T z uwagi na nieprawidłowe wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, odwołujący przedstawił następującą argumentację.

Zdaniem odwołującego, treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny, złożonych przez Konsorcjum S&T w dniu 4 października 2018 roku oraz w dniu 24 października 2018 roku, potwierdza, że oferta tego wykonawcy powinna zostać

odrzucona jako zawierająca cenę rażąco niską. Odwołujący wskazał, że odpowiedzi udzielone przez Konsorcjum S&T na wezwania zamawiającego są lakoniczne, ogólnikowe, a tym samym w żaden sposób nie potwierdzają realności zaoferowanej przez ten podmiot ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia. Podniósł też, że aktualne brzmienie art. 90 ustawy Pzp wiąże się z powstaniem domniemania rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy wezwanego do wyjaśnień, którego ciężar obalenia spoczywa na wykonawcy. Odwołujący powołał się w tym zakresie na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 listopada 2017 roku, wydany w sprawie o sygn. akt KIO 2256/17 oraz na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 października 2016 roku, wydany w sprawie o sygn. akt KIO 1903/16. Odwołujący podkreślił, że Konsorcjum S&T zobowiązane było do udowodnienia, iż zaoferowana cena ma charakter realny, znajduje odzwierciedlenie w nakładach, które należy ponieść na zrealizowanie przedmiotu zamówienia oraz, iż zachodzą po stronie tego wykonawcy obiektywne czynniki, które mają wpływ na zaniżenie ceny oferty. Wyjaśnienia powinny być konkretne i wyczerpujące wraz z dołączeniem dowodów na potwierdzenie podnoszonych twierdzeń i wskazywanych wartości.

Odwołujący podał, że w treści wezwania z dnia 27 września 2018 roku, wystosowanego w trybie art. 90 ustawy Pzp, zamawiający wyraźnie wskazał, że oczekuje złożenia wyjaśnień wraz z dowodami. Zamawiający w wezwaniu tym podkreślił, że:

- a. wymaga złożenia również „szczegółowej kalkulacji cenowej wraz z jej merytorycznym uzasadnieniem”,
- b. wyjaśnienia powinny mieć charakter „kompleksowy i rzeczowy, poparty konkretnymi faktami”,
- c. obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy.

Natomiast w drugim wezwaniu z dnia 23 października 2018 roku, również dotyczącym rażąco niskiej ceny, zamawiający wskazał, że wymaga wyjaśnienia konkretnego elementu wyceny, tj. ceny za urządzenie zawartej w tabeli nr 1 (str. 2 wyjaśnień z dnia 4 października 2018 roku wiersz pierwszy).

Odwołujący podkreślił, że złożone w odpowiedzi na tak sformułowane wezwania wyjaśnienia powinny być odpowiednio szczegółowe i poparte dowodami oraz uwzględniać cały okres realizacji zamówienia, natomiast obowiązkiem zamawiającego była prawidłowa ocena złożonych wyjaśnień, tj. z uwzględnieniem zgodności oferty z przedmiotem zamówienia oraz konieczności wykazania przez wykonawcę okoliczności, które są tylko dla niego indywidualne, a jednocześnie nie zachodzą w przypadku pozostałych wykonawców ubiegających się o tego rodzaju zamówienia o podobnej skali i wartości. Złożone wyjaśnienia powinny były wykazać brak domniemanego rażąco niskiego charakteru zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia powinny być wyczerpujące i szczegółowe, odnoszące się do konkretnych okoliczności złożonej oferty, a także zawierać wskazanie konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 listopada 2014 roku, sygn. akt: KIO 2185/14, a także na wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie, sygn. akt: I Ca 117/12, wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga, sygn. akt: IV Ca 1299/09, wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach, sygn. akt: XIX 179/13. Podkreślił, że nie jest wystarczające złożenie wyjaśnień wymieniających jedynie wysokość ponoszonych kosztów, bez udowodnienia prawidłowości ich ujęcia stosownymi, dołączonymi do wyjaśnień dowodami (np. ofertą handlową). Wykonawca wskazując elementy oferty mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, oprócz ich wymienienia, musi wskazać również, w jakim stopniu specyficzne, dotyczące go okoliczności, wpłynęły na obniżenie ceny oferty, aż do poziomu wskazanego w ofercie.

Zdaniem odwołującego, treść wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum S&T pozwala na stwierdzenie, że wykonawca ten nie sprostął obowiązkowi obalenia domniemania o niedoszacowaniu ceny oferty. Nie wskazał on w swoich wyjaśnieniach czynników obiektywnych, które uzasadniałyby obniżenie ceny oferty, natomiast powołał się na bardzo ogólne okoliczności, które nie mogą być uznane za wystarczające w kontekście art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Ponadto, odwołujący zauważył, że Konsorcjum S&T było dwukrotnie wzywane do udzielenia wyjaśnień, przy czym za każdym razem wyjaśnienia były bardzo ogólnikowe. Odwołujący stwierdził, iż ogólne deklaracje nie mają jakiegokolwiek wartości merytorycznej, która pozwalałaby na ocenę, że zaoferowana cena jest realna, w tym w zakresie możliwości uzyskania „specjalnych upustów”. Odwołujący wskazał również, że tabela nr 2 przedstawiona w wyjaśnieniach z dnia 4 października 2018 roku, nie może stanowić szczegółowej kalkulacji, której wymagał zamawiający w wezwaniu. Odwołujący podał, że w tabeli tej Konsorcjum S&T przedstawiło elementy wyceny z formularza ofertowego zmniejszając jedynie ceny, natomiast zestawienie to nie uszczegóławia, jakie konkretnie koszty zostały uwzględnione w pozycjach odpowiadających treści formularza ofertowego, jak również nie wyjaśnia w jaki sposób zostały obliczone wskazane w niej pozycje kosztowe (tzn. dlaczego w takiej akurat wysokości wykonawca określił poszczególne koszty, brak jest też dowodów dołączonych do kalkulacji uzasadniających realność zakładanych szacunków).

Ponadto, odwołujący podniósł, iż dopiero w odpowiedzi na drugie wezwanie, Konsorcjum S&T przedstawiło oświadczenie spółki, będącej dystrybutorem urządzeń producenta oferowanego urządzenia. Jednocześnie, zdaniem

odwołującego, wobec jednoznacznego wezwania z dnia 4 października 2018 roku (żądanie przedstawienia dowodów, uzasadnionej merytorycznie kalkulacji) bezzasadne było ponownie wystosowane wezwanie z dnia 23 października 2018 roku, albowiem dowody powinny być przedstawione już w odpowiedzi na pierwsze wezwanie. Takie działanie zamawiającego, w ocenie odwołującego, narusza przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp określający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący zaznaczył również, że Konsorcjum S&T nie uwzględniło w swoich wyjaśnieniach, ani w kalkulacji, innych istotnych kosztów związanych z realizacją zamówienia, w tym np. kosztu transportu, kosztu przygotowania oferty, kosztów związanych z realizacją wdrożeń.

W dalszej kolejności odwołujący podał, iż z treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie wynika, że Konsorcjum S&T uwzględniło w ofercie dodatkowe moduły oraz licencje wymagane do spełnienia wymagań minimalnych określonych w OPZ. Odwołujący przykładowo wskazał, że jednostkowy koszt zakupu modułu SFP przekracza \$350, co przy liczbie portów 24 (6 urządzeń x 4 porty) daje koszt \$8.400. Z kolei, jednostkowy koszt modułu licencyjnego BIG-IP AFM (Advanced Firewall Manager) to kwota ok. \$17.500, a zatem dla 6 urządzeń łączny dodatkowy koszt może wynieść w cenach katalogowych ponad \$105.000.

Tym samym, zdaniem odwołującego, należy uznać, że wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum S&T nie spełniają wymagań określonych przepisem art. 90 ustawy Pzp, a zatem oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu. Na potwierdzenie swojego stanowiska odwołujący powołał dodatkowo wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 września 2016 roku, wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 1651/16, a także wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2016 roku, wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 722/16. Odwołujący podkreślił również, że ogólnikowość złożonych przez Konsorcjum S&T wyjaśnień nie może stanowić podstawy do kierowania do wykonawcy kolejnego wezwania do udzielenia dalszych wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp. W tym zakresie odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 listopada 2017 roku, wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 2221/17 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 listopada 2017 roku, wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 2212/17.

Reasumując swoje wywody w zakresie powyższego zarzutu, odwołujący stwierdził, że oferta Konsorcjum S&T podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jak również na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W oparciu o powyższe, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania.

W dniu 8 listopada 2018 roku zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu (w części 1) zawiadomienie o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią oraz wezwał do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

W dniu 13 listopada 2018 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1) S&T Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (lider Konsorcjum) oraz 2) S&T Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (członek Konsorcjum), (zwani dalej łącznie: „przystępującym” bądź „Konsorcjum S&T”) zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, przy czym zgłaszający przystąpienie wskazali stronę, do której zgłaszają przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej strony. Strony w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron potwierdziły otrzymanie kopii zgłoszenia przystąpienia.

Mając powyższe na uwadze, Izba ustaliła, że w/w wykonawcy zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego z zachowaniem wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, tym samym stając się uczestnikami tego postępowania.

W dniu 20 listopada 2018 roku – przed otwarciem posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego – do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź zamawiającego na odwołanie (faxem oraz drogą elektroniczną), w której zamawiający zawarł oświadczenie o uwzględnieniu odwołania w całości. Odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej o tożsamej treści zamawiający złożył w dniu 22 listopada 2018 roku w toku posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego.

W dniu 22 listopada 2018 roku przystępujący - Konsorcjum S&T wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w całości (ustnie do protokołu).

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, przekazanej przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym z: ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”), protokołu postępowania, oferty przystępującego,

korrespondencji prowadzonej przez zamawiającego z przystępującym w toku postępowania o udzielenie zamówienia, w tym w zakresie wyjaśnień ceny oferty oraz z informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty w części 1 i 3.

Ponadto, Izba dopuściła dowody z dokumentów, załączonych do pism odwołującego oraz przystępującego z dnia 22 listopada 2018 roku, a także złożone przez przystępującego w toku rozprawy w dniu 22 listopada 2018 roku.

Izba wzięła również pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone odpowiednio w odwołaniu, w piśmie odwołującego z dnia 22 listopada 2018 roku, w odpowiedzi zamawiającego na odwołanie oraz w piśmie przystępującego z dnia 22 listopada 2018 roku, a także wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 22 listopada 2018 roku.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz, że został uiszczony od niego wpis we właściwej wysokości.

Ponadto, nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła także, że odwołującemu w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania jako, że spełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania, tj. istnienie interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Przedmiotem zamówienia jest budowa i wdrażanie systemu Active Directory oraz poczty elektronicznej. Zamówienie zostało podzielone na części. Część 1 – Urządzenia do równoważenia obciążenia (Loadbalancery); część 2 – Wyposażenie uzupełniające serwerowni; część 3 – Oprogramowania wirtualizacyjne.

W dniu 29 października 2018 roku zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w części 1 i 3.

Odwołanie dotyczy części 1, w ramach której zostały złożone 2 oferty, tj. oferta odwołującego – wykonawcy Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. oraz oferta przystępującego – Konsorcjum S&T. Zamawiający za najkorzystniejszą w części 1 uznał ofertę Konsorcjum S&T.

Konsorcjum S&T zaoferowało urządzenie do równoważenia obciążenia (Loadbalancer) F5 Network/ BIG-IP i4800 Local Traffic Manager (32GB Memory, Max SSL, Max Compression)/ F5-BIG-LTM-i4800 (str. 4 oferty). Do ofert została dołączona specyfikacja techniczna oferowanego przedmiotu zamówienia (załącznik nr 2b do SIWZ).

W pkt 11.1. ppkt 7) SIWZ zamawiający wskazał, iż:

„7) Ponadto, Zamawiający wymaga złożenia specyfikacji technicznej oferowanego przedmiotu zamówienia w części 1 (wzór – załącznik nr 2b), w części 2 (wzór – załącznik nr 2c).

a) Specyfikacja techniczna oferowanego przedmiotu zamówienia musi zawierać wszystkie informacje niezbędne do weryfikacji zgodności oferowanego sprzętu z wymogami Zamawiającego.

b) Zamawiający traktuje specyfikację techniczną jako treść oferty. Niezłożenie specyfikacji będzie skutkowało odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Złożenie specyfikacji, z której treści wynikać będzie niezgodność z wymogami określonymi w SIWZ będzie skutkowało odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.”.

Z kolei zgodnie z pkt 11.2. SIWZ: „Treść złożonej oferty musi odpowiadać treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia”.

W załączniku nr 1 do SIWZ –Opis Przedmiotu Zamówienia– w tabeli opisującej wymagania techniczne w pkt I - Urządzenie do równoważenia obciążenia (Loadbalancer) – 6 szt. zamawiający podał, że urządzenia te muszą spełniać wszystkie warunki oraz wymagania sprzętowe opisane poniżej, w tym wskazane w poz. 1, 2 i 11, tj.:

Lp.	Nazwa/Parametr	Wymagania techniczne
I.	<u>Urządzenie do równoważenia obciążenia (Loadbalancer) – 6 szt.</u> muszą spełniać wszystkie warunki oraz wymagania sprzętowe opisane poniżej:	

1.	Ilość/rodzaj portów	•min. 4 porty 1Gb Ethernet 10/100/1000BaseT •Dodatkowy dedykowany port do zarządzania •Możliwość rozbudowy o dodatkowe porty Ethernet (min. 2)
2.	Wydajność	•Przepustowość nie mniejsza niż 15Gbps na warstwę 7 (L7); •Ilość zapytań HTTP na sekundę nie mniejsza niż 1200000; •Ilość transakcji SSL na sekundę nie mniejsza niż 10000; •Pamięć RAM nie mniejsza niż 32 GB;
11.	Usługi warstw 4-7	•Manipulowanie nagłówkami http •Inspekcja warstwy 7 •Ukrywanie zasobów •Ochrona przez SYN Flood •Ochrona DDoS •Multiplikowanie połączeń •Funkcja zapasowego serwera w puli serwerów •Przepisywanie odpowiedzi

Jednocześnie w załączniku nr 2b do SIWZ –*Specyfikacja techniczna dostarczanego sprzętu i oprogramowania* – cz. 1, który po odpowiednim uzupełnieniu, wykonawca był zobowiązany załączyć do oferty, zamawiający podał, iż: „W kolumnie „PARAMETRY OFEROWANEGO URZĄDZENIA” należy podać pełny opis przedmiotu, podzesp lub parametru. Nie dopuszcza się pozostawienia pustych miejsc opisowych lub innych sposobów potwierdzenia. Jeżeli Zamawiający opisał wymagane wartości określając ich minimum („min.”), maksimum („max”, „do”), bądź ściśle określił wartość wymaganego parametru, w takim przypadku należy wpisać dokładne parametry dla poszczególnych pozycji oferowanego sprzętu.

Lp.	Nazwa/Parametr	Wymagania minimalne	PARAMETRY OFEROWANEGO URZĄDZENIA
1.	Ilość/rodzaj portów	•min. 4 porty 1Gb Ethernet 10/100/1000BaseT •Dodatkowy dedykowany port do zarządzania •Możliwość rozbudowy o dodatkowe porty Ethernet (min. 2)	•Porty 1Gb Ethernet 10/100/1000BaseT: szt •Dodatkowy dedykowany port do zarządzania: szt (złącze:.....) •Możliwość rozbudowy o szt dodatkowych portów Ethernet
2.	Wydajność	•Przepustowość nie mniejsza niż 15Gbps na warstwę 7 (L7); •Ilość zapytań HTTP na sekundę nie mniejsza niż 1200000; •Ilość transakcji SSL na sekundę nie mniejsza niż 10000; •Pamięć RAM nie mniejsza niż 32 GB;	•Przepustowość na warstwie 7 (L7): Gbps •Ilość zapytań HTTP na sekundę: •Ilość transakcji SSL na sekundę: •Pamięć RAM: GB

11.	Usługi warstw 4-7	•Manipulowanie nagłówkami http •Inspekcja warstwy 7 •Ukrywanie zasobów •Ochrona przez SYN Flood •Ochrona DDoS •Multiplikowanie połączeń •Funkcja zapasowego serwera w puli serwerów •Przepisywanie odpowiedzi	(wymienić obsługiwane usługi warstw 4-7) •..... •..... •..... •..... •..... •..... •..... •.....
-----	-------------------	--	--

Konsorcjum S&T w załączonej do oferty Specyfikacji technicznej oferowanego przedmiotu zamówienia w części 1 (załącznik nr 2b do SIWZ) wskazało na następujące parametry oferowanego urządzenia (w zakresie pozycji 1, 2 i 11):

Lp.	Nazwa/Parametr	Wymagania minimalne	PARAMETRY OFEROWANEGO URZĄDZENIA
1.	Ilość/rodzaj portów	•min. 4 porty 1Gb Ethernet 10/100/1000BaseT •Dodatkowy dedykowany port do zarządzania •Możliwość rozbudowy o dodatkowe porty Ethernet (min. 2)	•Porty 1Gb Ethernet 10/100/1000BaseT: 4 szt •Dodatkowy dedykowany port do zarządzania: 2 szt (złącze: RJ-45 10/100/100-BaseT oraz RJ-45 Console Serial Port) •Możliwość rozbudowy o 8 dodatkowych portów Ethernet (4 x SFP i 4 x SFP+)
2.	Wydajność	•Przepustowość nie mniejsza niż 15Gbps na warstwę 7 (L7); •Ilość zapytań HTTP na sekundę nie mniejsza niż 1200000; •Ilość transakcji SSL na sekundę nie mniejsza niż 10000; •Pamięć RAM nie mniejsza niż 32 GB;	•Przepustowość na warstwie 7 (L7): 20 Gbps •Ilość zapytań HTTP na sekundę: 2000000 •Ilość transakcji SSL na sekundę: 20000 •Pamięć RAM: 32 GB
11.	Usługi warstw 4-7	•Manipulowanie nagłówkami http •Inspekcja warstwy 7 •Ukrywanie zasobów •Ochrona przez SYN Flood •Ochrona DDoS •Multiplikowanie połączeń •Funkcja zapasowego serwera w puli serwerów •Przepisywanie odpowiedzi	(wymienić obsługiwane usługi warstw 4-7) •Manipulowanie nagłówkami http •Inspekcja warstwy 7 •Ukrywanie zasobów •Ochrona przez SYN Flood •Ochrona DDoS •Multiplikowanie połączeń •Funkcja zapasowego serwera w puli serwerów •Przepisywanie odpowiedzi

Odnosnie ceny oferty:

Wartość szacunkowa zamówienia dla części 1 została ustalona na 1 569 673,92 zł, co stanowi równowartość 364 049,89 euro.

W punkcie 13.1 SIWZ zamawiający podał, że: „W formularzu ofertowym (w załączniku nr 2 do SIWZ) należy podać ceny jednostkowe brutto wyrażone w złotych, które należy pomnożyć przez ilość wymaganego przedmiotu zamówienia i tak wyliczoną kwotę wpisać w rubryce „Wartość brutto zł”. Z sumowania wszystkich pozycji z kolumny „Wartość brutto zł” otrzymamy całkowitą wartość brutto zamówienia, która będzie stanowić cenę oferty.”.

W załączniku nr 2 do SIWZ (stanowiącym wzór formularza ofertowego) zamawiający zawarł m.in. następującą tabelę do wypełnienia:

Część 1 – Urządzenia do równoważenia obciążania (Loadbalancery)

L.p.	Urządzenie producent/model/typ	Ilość	Jedn. miary	Cena Jednostkowa (z VAT) [zł]	Wartość brutto (kol. 3 x kol. 5) [zł]
1.	2.	3.	4.	5.	6.
1	Urządzenie do równoważenia obciążania (Loadbalancer)/...../.....	6	szt.		
	Wsparcie techniczne (na 36 miesięcy)	3	rok		
	Wsparcie inżynierskie (100 roboczogodzin)	100	rh		
	Szkolenie specjalistyczne (con. 3 dni dla 6 osób)	1	szt.		
	Wdrożenie rozwiązania	6	szt.		
RAZEM					

Powyższa tabela, uzupełniona o ceny, została ujęta w ofercie Konsorcjum S&T. Łączna cena oferty Konsorcjum S&T w części 1 opiewała na kwotę 930 144,00 zł brutto.

W dniu 27 września 2018 roku zamawiający wezwał Konsorcjum S&T do wyjaśnień rażąco niskiej ceny wskazując m.in., że: „*Dokonując oceny Państwa oferty, Zamawiający stwierdził, że cena oferty w części 1 jest niższa o 51.82% od wartości zamówienia powiększonej o należy podatek od towarów i usług (...)* W związku z powyższym na podstawie art. 90 ust. 1 oraz ust. 1a pkt 1) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, wzywam Państwa do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących szczegółowego wyliczenia ceny oferty. Udzielone wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wymagają złożenia dowodów, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy PZP, np. w zakresie: oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków zamówienia dostępnych dla wykonawcy. Wyjaśnienia powinny zawierać szczegółową kalkulację cenową wraz z jej merytorycznym uzasadnieniem, odnosić się do wyliczenia kosztów realizacji zamówienia (poszczególnych pozycji składowych przedmiotu zamówienia) oraz np. postanowień umowy czy innych okoliczności związanych z jej wykonaniem. Zamawiający prosi o uszczegółowienie sposobu wyliczenia wszystkich kosztów w cenie oferty. Wyjaśnienia powinny mieć charakter kompleksowy i rzeczowy, poparty konkretnymi faktami. Wykonawca może wskazać inne czynniki, które uzasadniają zaoferowaną cenę za wykonanie zamówienia oraz uzasadnić w tym przypadku w jaki sposób i w jakim stopniu ich istnienie przekłada się na obniżenie kosztów zamówienia. Zamawiający informuje, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy (...).”

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Konsorcjum S&T złożyło w dniu 4 października 2018 roku wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

W dniu 23 października 2018 roku zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę – Konsorcjum S&T do udzielenia wyjaśnienia treści złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 4 października 2018 roku, a mianowicie wyjaśnienia istotnego elementu ceny, tj. ceny za urządzenia – kwoty 62 939,00 zł brutto, zawartej w ofercie oraz tabeli nr 1.

W odpowiedzi na wezwanie z dnia 23 października 2018 roku Konsorcjum S&T złożyło w dniu 24 października 2018 roku wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny wskazując, że przedmiotowe urządzenia nabyło od dystrybutora sprzętu za oznaczoną cenę (wyrażoną w dolarach), uzyskaną dzięki otrzymanym cenom specjalnym. Jednocześnie Konsorcjum S&T podało, że osiągnięcie cen specjalnych jest możliwe między innymi z uwagi na długoletnią współpracę z dystrybutorem sprzętu i w załączeniu do wyjaśnień przedłożyło oświadczenie dystrybutora, potwierdzające fakt otrzymania przez Konsorcjum S&T cen specjalnych oraz potwierdzające wysokość ceny za jaką ten dystrybutor zaoferował Konsorcjum S&T urządzenia.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Izba rozpoznała odwołanie – zgodnie z dyspozycją art. 192 ust. 7 ustawy Pzp – w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu.

I. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum S&T, mimo, iż jest ona niezgodna z treścią SIWZ.

Zarzut nie potwierdził się.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

Odwolujący podnosił, że oferta złożona przez Konsorcjum S&T jest niezgodna z treścią SIWZ z uwagi na brak spełnienia wymagań dotyczących następujących parametrów:

- 1) portów 1Gb Ethernet 10/100/1000BaseT;
- 2) wydajności w zakresie wymaganej ilości zapytań HTTP na sekundę;
- 3) ochrony DDos w zakresie usług warstw 4-7.

Ad. 1. Odnośnie wymagania dotyczącego portów 1Gb Ethernet 10/100/1000BaseT.

Odwolujący podnosił, że aby urządzenie F5 oferowane przez Konsorcjum S&T uzyskało funkcjonalność portów 1Gb Ethernet 10/100/1000BaseT niezbędne jest zastosowanie modułów SFP, które nie są sprzedawane standardowo wraz z urządzeniem wymienionym w ofercie wykonawcy. Odwołujący wskazał, że obowiązkiem Konsorcjum S&T było dookreślenie w ofercie, iż oferuje urządzenie wraz z dodatkowymi modułami, poprzez które uzyskuje się porty 1Gb Ethernet 10/100/1000BaseT.

Izba ustaliła, że wykonawca – Konsorcjum S&T w załączonej do oferty *Specyfikacji technicznej oferowanego przedmiotu zamówienia w części 1* (której wzór stanowił załącznik nr 2b do SIWZ) - odnośnie parametru: „*ilość/rodzaj portów*” - wskazując parametry oferowanego urządzenia podał: „*Porty 1Gb Ethernet 10/100/1000BaseT: 4szt.*”.

W ocenie Izby z treści SIWZ - wbrew twierdzeniom odwołującego – nie wynika obowiązek wykonawcy wskazania w ofercie wszelkich dodatkowych/opcjonalnych modułów, niezbędnych do osiągnięcia wymaganych funkcjonalności. Taki obowiązek nie wynika w szczególności z treści załącznika nr 2b do SIWZ, tj. *Specyfikacji technicznej oferowanego przedmiotu zamówienia w części 1*, który określał w jaki sposób wykonawcy mają opisać parametry oferowanego urządzenia (we wzorze tym zostały wykropkowane miejsca pozostawione wykonawcom do uzupełnienia w zakresie wymaganych informacji). Izba uznała, że wszystkie oczekiwane przez zamawiającego informacje odnośnie oferowanego urządzenia w zakresie parametru „*ilość/rodzaj portów*” zostały ujęte w ofercie Konsorcjum S&T.

Potwierdzenia zarzutu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ – wbrew stanowisku odwołującego - nie może stanowić okoliczność, że w złożonych zamawiającemu wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wykonawca nie wskazał, iż w zakres wyceny przedmiotu zamówienia wchodziły dodatkowe moduły umożliwiające uzyskanie funkcjonalności portów 1Gb Ethernet 10/100/1000BaseT.

Z tych też względów zarzut niezgodności treści oferty Konsorcjum S&T z treścią SIWZ w powyższym zakresie nie potwierdził się.

Ad. 2. Odnośnie wymagania dotyczącego ilości zapytań HTTP na sekundę nie mniejszej niż 1200000.

Odwolujący podnosił, że parametr wskazany w ofercie Konsorcjum S&T, tj. 2000000 zapytań na sekundę nie dotyczy w przypadku oferowanego urządzenia warstwy 7, a warstwy 4, odpowiadającej komunikacji TCP.

Izba ustaliła, że wykonawca – Konsorcjum S&T w załączonej do oferty *Specyfikacji technicznej oferowanego przedmiotu zamówienia w części 1* odnośnie parametru: „*wydajność*”, w ramach którego zamawiający jako wymaganie minimalne określił m.in.: „*ilość zapytań HTTP na sekundę nie mniejsza niż 1200000*”, podał: „*ilość zapytań HTTP na sekundę 2000000*”.

W tym miejscu należy wskazać, że zgodnie z art. 190 ust. 1 zd. 1 ustawy Pzp *strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.*

Izba uznała, że odwołujący nie przedstawił wiarygodnych dowodów i nie wykazał, że spełnienie wymagania określonego przez zamawiającego w postaci: „*ilość zapytań HTTP na sekundę nie mniejsza niż 1200000*” może być realizowane wyłącznie w warstwie 7.

Z wyciągu dokumentacji urządzenia producenta F5 model i4800, załączonego do pisma odwołującego z dnia 22 listopada 2018 roku, wynika, że dla powyższego urządzenia: „*liczba zapytań L7 na sekundę: 1.1 mln*”, natomiast „*liczba zapytań L4 HTTP na sekundę: 2mln*”.

Ponadto, z wydruków pochodzących ze stron producenta, zarówno dla oferowanego modelu urządzenia, jak i w odniesieniu do innych modeli, producent używa oznaczenia „HTTP” przy warstwie 4.

Jednocześnie, złożony przez odwołującego artykuł, a pochodzący ze strony producenta F5 określa, że: „LAYER 7 (HTTP)”, a „LAYER 4 (TCP)”.

Z kolei przystępujący, załączył do pisma procesowego z dnia 22 listopada 2018 roku, oświadczenie dystrybutora urządzenia F5 z dnia 19 listopada 2018 roku, potwierdzające, że urządzenia F5 BIG-IP i4800 Local Traffic Manager (32 GB Memory, Max SSL, Max Compression) posiadają wydajność nie mniejszą niż 1200000 zapytań HTTP na sekundę a w oferowanym rozwiązaniu posiadają wydajność – 2000000 zapytań HTTP na sekundę.

Nie ulega wątpliwości i nie było to sporne, że ilość zapytań dla oferowanego urządzenia na sekundę w warstwie 7 - wynosi 1100000, a ilość zapytań w warstwie 4 – 2000000. Natomiast, mając na uwadze przedłożone dowody, Izba uznała, jak już wcześniej zostało wskazane, że odwołujący nie wykazał, iż spełnienie wymagania określonego przez zamawiającego w postaci: „*ilość zapytań HTTP na sekundę nie mniejsza niż 1200000*” może być realizowane wyłącznie w warstwie 7.

Z tych też względów zarzut niezgodności treści oferty Konsorcjum S&T z treścią SIWZ w powyższym zakresie nie potwierdził się.

Ad. 3. Odnośnie wymagania dotyczącego ochrony DDoS w zakresie usług warstw 4-7.

Odwołujący podnosił, że zaoferowane przez Konsorcjum S&T urządzenie F5 w celu spełnienia funkcjonalności ochrony DDoS wymaga dodatkowego elementu BIG-IP AFM (Advanced Firewall Manager). Wskazywał, że moduł ten nie znajduje się w standardowym wyposażeniu oferowanego urządzenia i powinien on być wymieniony w ofercie.

Izba ustaliła, że wykonawca – Konsorcjum S&T w załączonej do oferty *Specyfikacji technicznej oferowanego przedmiotu zamówienia w części 1* odnośnie parametru: „*usługi warstw 4-7*”, w ramach którego zamawiający jako wymaganie minimalne określił m.in.: „*ochrona DDoS*”, wskazując parametry oferowanego urządzenia podał: „*ochrona DDoS*”.

Odnośnie kwestii obowiązku wskazania w ofercie wszelkich dodatkowych/opcjonalnych modułów, niezbędnych do osiągnięcia wymaganych funkcjonalności stanowisko Izby jest tożsame jak zaprezentowane w przypadku parametru dotyczącego portów 1Gb Ethernet 10/100/1000BaseT. Izba uznała, że również w zakresie wymagań co do ochrony DDoS wykonawca podał w ofercie oczekiwane przez zamawiającego informacje.

Co do kwestii w jaki sposób ma być realizowana ochrona DDoS, w tym czy konieczny jest, dla spełnienia tego wymagania, dodatkowy moduł AFM w przypadku oferowanego przez Konsorcjum S&T urządzenia, Izba podnosi, co następuje.

Po pierwsze, w ocenie Izby, zamawiający nie sprecyzował w treści SIWZ jakiego zakresu ochrony DDoS oczekuje. Zamawiający postawił jedynie ogólne wymaganie „*ochrona DDoS*”.

Po drugie, odwołujący – wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 190 ust. 1 zd. 1 ustawy Pzp – nie wykazał, że ochrona DDoS może być realizowana w przypadku urządzenia oferowanego przez przystępującego tylko i wyłącznie przy użyciu modułu AFM (złożone przez odwołującego dowody nie potwierdzają tego w sposób jednoznaczny). Przykładowo korespondencja mailowa prowadzona przez odwołującego z dystrybutorem sprzętu F5 Clico (załączona do pisma odwołującego z dnia 22 listopada 2018 roku) – zawiera dwie propozycje konfiguracji sprzętu i ofertę cenową przedstawione w odpowiedzi na prośbę o wycenę loadbalancera F5 z określonymi funkcjami. Z korespondencji tej nie wynika, iż nie jest możliwe spełnienie wymagań określonych przez zamawiającego w zakresie ochrony DDoS przez zastosowanie rozwiązania LTM. Podobnie korespondencja mailowa prowadzona przez odwołującego z dystrybutorem sprzętu F5 Veracomp (również załączona do tego samego pisma odwołującego) wskazuje na wycenę sprzętu w dwóch różnych konfiguracjach, przy czym odnośnie opcji z licencją LTM + AFM dystrybutor zaznacza, że: „*jeśli będzie przy zakupie wymagana ochrona zaawansowana*”. A jak powyżej wskazano, zamawiający nie określił zakresu wymaganej ochrony DDoS.

Z kolei, z załączonego do pisma procesowego przystępującego z dnia 22 listopada 2018 roku, oświadczenia dystrybutora urządzenia F5 z dnia 19 listopada 2018 roku, wynika, że urządzenia F5 BIG-IP i4800 Local Traffic Manager (32 GB Memory, Max SSL, Max Compression) spełniają wszystkie wymagania techniczne postawione przez zamawiającego w postępowaniu, w tym w oferowanym przez Konsorcjum S&T rozwiązaniu LTM, znajduje się ochrona przed atakami DDoS (np. przed atakami SYN Flood, Slowloris etc.).

Z dowodów zgromadzonych w sprawie nie wynika zatem, że ochrona przed atakami DDoS nie może być realizowana także w ramach LTM, oferowanym przez przystępującego.

Z tych też względów zarzut niezgodności treści oferty Konsorcjum S&T z treścią SIWZ w powyższym zakresie nie potwierdził się.

Wobec powyższego Izba uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp za bezpodstawny.

II. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum S&T, mimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę oraz zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny i zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum S&T, mimo, iż wykonawca ten nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp.

Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Z kolei jak wynika z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp *w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.*

Stosownie do dyspozycji art. 90 ust. 2 ustawy Pzp *obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.*

Zgodnie zaś z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp *zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

W rozstrzyganej sprawie niewątpliwie zamawiający był zobowiązany, na mocy powołanego powyżej przepisu art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, do zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, z uwagi na to, że cena oferty Konsorcjum S&T w części 1 była niższa o 51,82% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług.

Wskazać również należy, że rozstrzygając o zarzutach odwołania podniesionych przez odwołującego w oparciu o powyżej powołane przepisy ustawy Pzp, jak i w kontekście okoliczności faktycznych przywołanych przez odwołującego w uzasadnieniu odwołania na potwierdzenie tychże zarzutów, Izba jest zobowiązana do badania nie tyle samej ceny oferty, co czynności zamawiającego polegającej na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowości zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Izba uznała, że zamawiający w sposób nieprawidłowy ocenił wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum S&T w zakresie ceny oferty, błędnie uznając, iż potwierdzają one, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Nie jest tak jak twierdził przystępujący podczas rozprawy, że pierwsze wezwanie zamawiającego z dnia 27 września 2018 roku było ogólne, natomiast złożone przez niego wyjaśnienia były konkretne, a ich treść dostosowana do treści wezwania. Według przystępującego, właściwe zapytanie pojawiło się dopiero w drugim wezwaniu zamawiającego z dnia 23 października 2018 roku, w którym zamawiający wyraził swoje wątpliwości co do ceny urządzenia. Dlatego też dopiero w odpowiedzi na drugie wezwanie zamawiającego przystępujący przedłożył stosowny dowód.

Przede wszystkim, Izba zauważyła, że zamawiający w pierwszym wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, skierowanym do wykonawcy – Konsorcjum S&T w dniu 27 września 2018 roku, wskazał, że wzywa go do udzielenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów. Zamawiający w przedmiotowym wezwaniu nie ograniczył się do ogólnikowego przytoczenia podstawy prawnej wezwania, ale podał, że wyjaśnienia powinny zawierać szczegółową kalkulację cenową z merytorycznym uzasadnieniem, odnosić się do wyliczenia kosztów realizacji zamówienia w zakresie poszczególnych pozycji składowych przedmiotu zamówienia oraz np. postanowień umowy czy innych okoliczności związanych z jej wykonaniem. Zamawiający jednoznacznie prosił o uszczegółowienie sposobu wyliczenia wszystkich kosztów w cenie oferty i podkreślił, że wyjaśnienia powinny mieć charakter kompleksowy, rzeczowy, poparty konkretnymi faktami.

W odpowiedzi na tak skonstruowane wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, Konsorcjum S&T w dniu 4 października 2018 roku złożyło wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum S&T są ogólnikowe i nie zawierają żadnych konkretnych okoliczności czy czynników właściwych temu wykonawcy, mających bezpośredni wpływ na zaoferowaną cenę.

Konsorcjum S&T w swoich wyjaśnieniach wskazywało m.in, że cena zaoferowana w części 1 „*nie jest ceną*

rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zaoferowana cena jest ceną konkurencyjną dzięki pozytywnym aspektom cenotwórczym (w tym w zakresie partnerstwa z producentem), uwzględnionym przez Wykonawcę przy jej kalkulowaniu, na które składają się przede wszystkim poniższe elementy (...). Konsorcjum S&T zapewniło, iż cena przedstawiona w ofercie uwzględnia wszystkie wymagania zamawiającego oraz reguły prowadzenia działalności gospodarczej ukierunkowanej na zysk. Dalej wskazywało, że na zaoferowaną cenę ma wpływ znajomość dostarczanego rozwiązania. Wykonawca ten zwracał uwagę, że posiada wyspecjalizowany zespół i ogromne doświadczenie w sprzedaży urządzeń F5, a także w świadczeniu usług serwisowych, konsultingowych, wsparcia i wdrożeniowych. Następnie zaprezentował tabelę oferty sprzedażowej w rozbiciu na poszczególne elementy, stanowiącą kopię tabeli ujętej w treści oferty, a także identyczną tabelę ze wskazaniem niższych cen za poszczególne elementy stwierdzając, iż „dla rozwiania wszelkich wątpliwości wskazujemy z kolei składowe zaoferowanej ceny w ofercie, w ujęciu firmy S&T (a zatem z uwzględnieniem kosztów rzeczywistych, ryzyk i przewidywanego zysku (...)). I dodał, że „z przyczyn oczywistych powyższe ma wyłącznie charakter wewnętrzny w ramach wyceny oferty w trybie przyjętym u Wykonawcy. Z powyższego wynika, że Wykonawca uwzględnił wszystkie świadczenia wymagane przez Zamawiającego, a koszty które będą ponoszone w toku realizacji, pozwalają Wykonawcy osiągnąć zysk”. Dalej wskazywał, że „cena za Wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z OPZ, projektem umowy i wymaganiami SIWZ skalkulowana została na podstawie analizy dostarczonych informacji oraz doświadczenia firmy S&T. Cena uwzględnia także specjalne upusty dostawcy sprzętu oraz wsparcia technicznego producenta (S&T otrzymała ceny specjalne) (...). Dodatkowo cena za usługi takie jak szkolenia, wsparcie inżynierskie, wdrożenie rozwiązania została skalkulowana w oparciu i zasoby własne S&T (...). Tabela nr 2 zawiera rzeczywisty koszt Wykonawcy z tytułu wykonania przedmiotowego zamówienia. Spółka S&T składając ofertę uwzględniła zysk (tj. na poziomie ...), jak również potencjalne ryzyko związane z jego wykonaniem (tj. na poziomie....) . Tym samym cena za ryzyko zgodnie z zasadami wyceniania ryzyka przez S&T, uwzględnia w szczególności:

- odpowiedzialność kontraktową wykonawcy, w tym ewentualne kary umowne,
- niedoszacowanie pracochłonności,
- znajomość rozwiązań funkcjonalnych u Zamawiającego,
- ryzyko kursowe,
- wieloletnie doświadczenie firmy w prowadzeniu tego typu projektów,
- stopień skomplikowania przedmiotu zamówienia określonego w SIWZ,
- zasoby kadrowe i kompetencyjne S&T.

Wykonawca podkreślił również, że złożenie oferty było poprzedzone wielowątkową procedurą akceptacji biznesu m.in. od strony finansowej oraz, że posiada wdrożony system zarządzania jakością ISO. Reasumując, oświadczył i potwierdził, że w zaoferowanej cenie brutto uwzględniono wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia oraz uwzględniono wszystkie wymagania określone we wzorze umowy oraz we wszystkich załącznikach do wzoru umowy, a w szczególności pracochłonność oraz stopień skomplikowania świadczenia usługi serwisowej w okresie obowiązywania umowy.

Jak z powyższego wynika, złożone wyjaśnienia są ogólnikowe i odwołują się do powtarzanych wielokrotnie przez wykonawców czynników takich jak: znajomość oferowanego rozwiązania, posiadanie zasobów własnych, doświadczenie, posiadanie wyspecjalizowanego zespołu czy upusty cenowe. Jednocześnie wykonawca nie wskazał w jaki sposób i w jakim stopniu ich istnienie przekłada się na obniżenie kosztów zamówienia – wbrew wyraźnemu żądaniu wyrażonemu przez zamawiającego w treści wezwania z dnia 27 września 2018 roku. Także, wbrew żądaniu zamawiającego wykonawca ten nie załączył do wyjaśnień żadnych dowodów, jak i szczegółowej kalkulacji. Jedynie w treści wyjaśnień, zawarł tabelę z wyszczególnionymi cenami za poszczególne elementy przedmiotu zamówienia – tożsamą jak ujętą w formularzu ofertowym - a zatem nie sposób uznać, że był to nowy element wyjaśniający sposób kalkulacji ceny, który miał potwierdzać, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Za przedstawienie wymaganej kalkulacji nie sposób również uznać tabeli nr 2 z wyjaśnień przystępującego, albowiem w identycznym układzie, jak tabela nr 1 (ujęta w ofercie), wskazywała jedynie na niższe ceny poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia. Przystępujący wywodził na tej podstawie, że zobrazował zamawiającemu w jaki sposób zamierza osiągnąć zysk oraz, że uwzględnił w cenie również ryzyko. Izba jednak uznaje w tym zakresie twierdzenia wykonawcy za gołostowne, nie wyjaśniające w żaden sposób, że cena oferty została prawidłowo skalkulowana.

Reasumując, w ocenie Izby, wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum S&T w odpowiedzi na pierwsze wezwanie zamawiającego z dnia 27 września 2018 roku do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są ogólne, lakoniczne, niewyczerpujące, nie odpowiadają wezwaniu zamawiającego i nie potwierdzają realności zaoferowanej ceny. Poza tym nie zostały poparte jakimikolwiek dowodami, ani też szczegółową kalkulacją, o co prosił zamawiający w przedmiotowym wezwaniu.

Izba w składzie orzekającym w niniejszej sprawie podziela argumentację wyrażoną w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 września 2018 roku, wydanym w sprawie o sygn. akt: KIO 1764/18, iż: „W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jak i w orzecznictwie sądów powszechnych, ugruntowany jest pogląd, iż sytuacja prawna wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólne, nieadekwatne do wezwania, nie poparte dowodami, nie pozwalające na ustalenie czy cena została skalkulowana prawidłowo, jest w zasadzie analogiczna do sytuacji wykonawcy, który zaniechał złożenia jakichkolwiek wyjaśnień (por. m.in. wyrok KIO z dnia 19 maja 2016 r., sygn. akt KIO 722/16, wyrok KIO z dnia 20 maja 2010 r., sygn. akt KIO 730/10, wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 12 sierpnia 2005 r. sygn. VI Ca 464/05, wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 4 czerwca 2008 r., sygn. X Ga 127/08) (...).

Obowiązkiem wykonawcy jest, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny, a brak tych wyjaśnień, czy też złożenie wyjaśnień nieprzekonujących, skutkować winny odrzuceniem oferty (por. m.in. wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2016 r., sygn. akt KIO 2721/15). Podkreślić trzeba, iż efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. W ocenie Izby istotną wagę jaką przypisać należy przedstawieniu szczegółowych wyjaśnień potwierdza ustawowy wymóg przedstawienia dowodów na poparcie stawianych tez wynikający z art. 90 ust. 1 Ustawy Pzp, zgodnie z którym jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu.”

W konsekwencji Izba uznała, że wykonawca nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Tym samym, zamawiający, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum S&T na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, już w związku ze złożeniem pierwszych wyjaśnień z dnia 4 października 2018 roku, naruszył przepisy ustawy Pzp w tym zakresie.

Ponadto, w ocenie Izby, brak było podstaw do wystosowania drugiego wezwania z dnia 23 października 2018 roku do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, co słusznie podnosił odwołujący. Należy bowiem zauważyć, że wystosowanie ponownego wezwania do wyjaśnień nie może usprawiedliwiać niewywiązania się przez wykonawcę z obowiązku złożenia rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień w odpowiedzi już na pierwsze wezwanie.

W związku z powyższym Izba uznała, że takie działanie zamawiającego stanowi naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła - jak w punkcie 1 i 2 sentencji wyroku – uwzględniając odwołanie i nakazując zamawiającemu w części 1 unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Konsorcjum S&T na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz oddalając zarzuty odwołania w pozostałym zakresie.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b) oraz § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.

Stosownie do § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b) powołanego powyżej rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się:

1) wpis, obejmujący w szczególności (...)

2) uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b lub § 5 ust. 3 pkt 2, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego oraz wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące w szczególności (...).

b) wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3600 zł.

Zgodnie zaś z § 5 ust. 2 pkt 2 ww. rozporządzenia w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy zamawiający uwzględnił część zarzutów, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów odwołania, Izba zasądza od wnoszącego sprzeciw równowartość kwoty wpisu na rzecz odwołującego oraz koszty, o których mowa w § 3 pkt 2, na rzecz odwołującego lub zamawiającego.

W niniejszej sprawie Izba uwzględniła odwołanie.

Przystępujący – Konsorcjum S&T – wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości.

Tym samym na podstawie § 5 ust. 2 pkt 2 ww. rozporządzenia przystępujący został obciążony kosztami postępowania odwoławczego.

Na koszty postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15 000,00 zł, którą to kwotę Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego, a także koszty związane z wynagrodzeniem pełnomocnika odwołującego w wysokości 3 600,00 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba orzekła o kosztach postępowania jak w pkt 3 sentencji wyroku i zasądziła od przystępującego na rzecz odwołującego kwotę 18 600,00 zł tytułem uiszczanego wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....