

WYROK
z dnia 14 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 maja 2020 r. przez wykonawcę Abakus Systemy Teleinformatyczne sp. z o.o. w Bielsku Białej w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Łódź działające przez Łódzki Ośrodek Geodezji w Łodzi

przy udziale wykonawcy Softiq sp. z o.o. w Gliwicach zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Miastu Łódź działającemu przez Łódzki Ośrodek Geodezji w Łodzi unieważnienie czynności odrzucenia oferty Abakus Systemy Teleinformatyczne sp. z o.o. w Bielsku Białej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych;

2. kosztami postępowania obciąża Miasto Łódź działające przez Łódzki Ośrodek Geodezji w Łodzi i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Abakus Systemy Teleinformatyczne sp. z o.o. w Bielsku Białej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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 Łodzi.

**Przewodniczący:
Uzasadnienie**

Zamawiający - Miasto Łódź działające przez Łódzki Ośrodek Geodezji w Łodzi - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest IPS - zakup i wdrożenie aplikacji Elektroniczna Karta Zdrowia Ucznia na potrzeby projektu „Budowa systemów teleinformatycznych wspierających realizację I Etapu Programu Inteligentna Polityka Społeczna w Łodzi - IPS” współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Łódzkiego na lata 2014 - 2020. Projekt jest realizowany przy współfinansowaniu z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Łódzkiego na lata 2014 - 2020, Oś Priorytetowa VII: Infrastruktura dla usług społecznych, Działanie VII. 1 Technologie informacyjno- komunikacyjne, Poddziałanie VII.1.3 Technologie informacyjno-komunikacyjne Miasto Łódź. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 535118-N-2020 z 28 kwietnia 2020 r. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy Abakus Systemy Teleinformatyczne sp. z o.o. w Bielsku Białej. Na tę czynność wykonawca wniósł odwołanie 27 maja 2020 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1a pkt. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 Pzp polegające na błędnym uznaniu, że wyjaśnienia odwołującego odnośnie zaoferowanej ceny potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do

przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości oraz uchylenie w całości czynności zamawiającego w postaci odrzucenia oferty odwołującego z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2. w razie nieuwzględnienia wniosku, o którym mowa w pkt 1, uwzględnienie wniosku w całości oraz o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia w dniu 22 maja 2020 r. oferty odwołującego z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. dopuszczenie i przeprowadzenie przez Izbę, dowodów powołanych w treści odwołania na okoliczności w nim wskazane;
4. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa według norm przepisanych.

Wykonawca Softiq sp. z o.o. w Gliwicach w terminie przewidzianym ustawą przystąpił do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. Przystępujący zachował obowiązek przekazania kopii zgłoszenia przystąpienia i wniósł o oddalenie odwołania.

Odwołujący pismem z 3 czerwca 2020 r. odniósł się do argumentacji zawartej w przystąpieniu do udziału w postępowaniu odwoławczym, podtrzymał żądania odwołania. W replice przystępujący złożył pismo z 7 lipca 2020 r.

Na rozprawie odwołujący i przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w rozdziale III SIWZ.

W pkt 3.3. Zamawiający wskazał, że wymaga :

3.3.1 Opracowania dokumentu Plan Realizacji Zamówienia (dalej PRZ) według wymagań opisanych w rozdziale VIII.

3.1.1. Instalacji dostarczonej aplikacji na serwerach wirtualnych umieszczonych na infrastrukturze przetwarzania danych Miejskiego Centrum Przetwarzania Danych (dalej MCPD) udostępnionej przez Zamawiającego.

3.1.2. Przeprowadzenie instruktażu pracowników wskazanych przez Zamawiającego z obsługi dostarczonej aplikacji.

3.1.3. Wykonanie Dokumentacji Powykonawczej.

3.1.4. Świadczenie serwisu gwarancyjnego przez okres nie krótszy niż 12 miesięcy (zgodnie z ofertą Wykonawcy) od daty podpisania Protokołu Odbioru Końcowego.

Zgodnie z rozdziałem XIV pkt 14.1 SIWZ za ofertę najkorzystniejszą zostanie uznana oferta zawierająca najkorzystniejszy bilans punktów w kryteriach :

1) Cena brutto - 90%

2) Okres udzielonej gwarancji i rękojmi - 10%

Zamawiający ustalił wartość przedmiotu zamówienia na kwotę 203.000 zł.

Zgodnie z oświadczeniem zamawiającego na rozprawie ustalając wartość zamówienia zamawiający zwrócił się do czterech wykonawców z branży. Uzyskał odpowiedź od Asseco Poland S.A.

Przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia - 249.690 zł brutto.

W postępowaniu złożono trzy oferty:

1. Przystępujący z ceną 169.740 zł, okresem gwarancji 24 miesięcy i warunkami płatności zgodnie z SIWZ
2. Odwołujący z ceną 143.971,50 zł, okresem gwarancji 60 miesięcy i warunkami płatności zgodnie z SIWZ;
3. Sygnity S.A. w Warszawie z ceną 421.275,00 zł brutto, okresem gwarancji 12 miesięcy i warunkami płatności zgodnie z SIWZ.

Pismem z 19 maja 2020 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty.

Wskazał, że cena oferty odwołującego jest niższa o 42,34% od ceny wstępnie oszacowanej przed wszczęciem postępowania oraz o 41,24 średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Cena ta wydaje się niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i „zastanawia Zamawiającego” co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający powołując się na art. 90 ust. 1 Pzp wezwał odwołującego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny w złożonej ofercie, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Pismem z 20 maja 2020 r. odwołujący udzielił odpowiedzi. Poinformował, że kalkulację ceny oferty wykonał w oparciu o SIWZ udostępnioną przez zamawiającego wraz ze wszystkimi załącznikami i odpowiedziami na pytania oferentów. Wyjaśnił, że kalkulację ceny oparł o kilka istotnych czynników, które wpłynęły na jej wysokość. Są to:

1. Posiadanie kompetentnego, własnego zespołu zapewniającego przygotowanie przedmiotowej aplikacji obejmującego fazy wszystkie fazy realizacyjne poczynając od analizy, poprzez projektowanie, wykonanie, a następnie jego wdrożenie;
2. Posiadanie własnych komponentów zapewniających przyspieszenie, a tym samym obniżenie kosztów procesu wytwarzania aplikacji;
3. Posiadanie własnego zespołu utrzymania wielu autorskich systemów, działającego w trybie 24/7/365;
4. Posiadanie dużych doświadczeń w budowie interfejsów wymiany informacji pomiędzy różnego rodzaju zewnętrznymi systemami;
5. Posiadanie wieloletniego doświadczenia w budowie różnorodnych systemów bazodanowych na terenie kraju.

Odwołujący wskazał również, że działa na rynku już od 2004. Podstawowym profilem działalności jest tworzenie autorskich systemów w obszarze rozwiązań branży ITC. W trakcie ponad 15-letniej działalności dostarczył szereg rozwiązań dla wielu instytucji publicznych na terenie kraju. W oparciu o wieloletnie doświadczenia w budowie systemów teleinformatycznych wytworzył szereg rozwiązań organizacyjno-technicznych, zapewniających sprawne realizowanie projektów informatycznych. Doświadczenie w tworzeniu aplikacji oraz integracji infrastruktury pozwala z dużym prawdopodobieństwem wycenić wielkość projektu. W Załączniku nr 1 do pisma odwołujący zawarł kalkulację ceny, obejmującą wartości poszczególnych pozycji kosztotwórczych:

1. Przygotowanie aplikacji wraz z jej wdrożeniem, o funkcjonalności określonej w OPZ wraz z udzielonymi wyjaśnieniami - 120 osobodni;
2. Przyjęta stawka rozliczenia w oparciu o własne zasoby - 700,00 zł /osobodzień netto;
3. Koszt przygotowania aplikacji - 84.000 zł;
4. Gwarancja na system 25% kwoty wykonania - 21.000 zł;
5. Ogółem przygotowanie aplikacji oraz gwarancja - 105.000 zł;
6. Zysk 10-20% zależny od ilości osób użytkujących rozwiązanie. W tym postępowaniu przyjęto zysk na poziomie około 11,5% - 12.050,00
7. Wartość netto oferty - 117.050 zł;
8. Wartość brutto oferty - 143.971,50 zł.

Pismem z 22 maja 2020 r. zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. W uzasadnieniu wskazał, że zwrócił się z prośbą o udzielenie wyjaśnień i przedstawienia dowodów dotyczących cen materiałów, sprzętu i transportu mających wpływ na wysokość ceny. W wyznaczonym terminie,

wykonawca złożył wyjaśnienia, lecz bez przedstawienia dowodów.

Zamawiający wywiódł, że żądanie złożenia wyjaśnień oznacza, że ciężar dowodu w sprawie rażąco niskiej ceny oferty spoczywa na wykonawcy, który powinien udowodnić, nie budząc wątpliwości zamawiającego, że składowe ceny są racjonalne i umożliwiają prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia te powinny w sposób maksymalnie rzeczowy i precyzyjny wykazywać realność zaoferowanej ceny.

Zamawiający ocenił, że z lakonicznych wyjaśnień, nie popartych jakimikolwiek dowodami, ponad wszelką wątpliwość nie wynika, że cena nie jest rażąco niska i że na takim poziomie zagwarantuje zrealizowanie zamówienia. Ogólnikowe deklaracje co do niskich kosztów realizacji zamówienia, czy też doświadczenia nie poparte żadnymi dowodami, nie mogą zostać zaakceptowane przez zamawiającego i w tej sytuacji muszą skutkować odrzuceniem oferty. Zdaniem zamawiającego wykonawca w przedstawionych wyjaśnieniach posłużył się jedynie tabelką z wycenionymi hasłami.

Zamawiający zarzucił, że niemożliwe jest zapewnienie odpowiedniego poziomu świadczenia gwarancji w okresie 5 lat, przy zaplanowaniu kosztu świadczenia serwisu gwarancyjnego w tym okresie na 21.000 zł przy uśrednionej stawce za roboczogodzinę 700 zł netto. Nawet zakładając, że całość przewidywanej kwoty pochłoną koszty osobowe, daje to obciążenie na poziomie zaledwie 6 osobodni na rok. W oparciu o doświadczenie zamawiającego należy przyjąć średnią ilość zgłaszanych wad na poziomie 50 rocznie, to można szacować, że średnią pracochłonność obsługi jednego zgłoszenia wykonawca określa na około godzinę, łącznie ze wszystkimi czynnościami związanymi z analizą, realizacją dostarczeniem aktualizacji, uzupełnieniem dokumentacji oraz działaniami zarządczymi. Jest to założenie nierealne, tym bardziej, że koszty osobowe nie są jedynymi kosztami, a ponadto należy się liczyć ze wzrostem średniej stawki godzinowej. Dodatkowo różnorodność technologii „zwiększa nieufność Zamawiającego do oferty wykonawcy, gdzie analogiczne niedoszacowanie mogło się pojawić także przy ocenie prac analitycznych, realizacyjnych i wdrożeniowych w okresie wykonawczym projektu”.

Zamawiający ocenił, że wykonawca nie wykazał w swoich wyjaśnieniach, że dysponuje produktem o zbliżonej funkcjonalności przytaczając jedynie dość ogólne stwierdzenia, w których powołuje się na swoje dotychczasowe doświadczenie. W opinii zamawiającego jedynie posiadanie zbliżonego już rozwiązania dawałoby szansę na utrzymanie deklarowanych parametrów finansowych.

Zamawiający podniósł, że brak załączenia dowodów uniemożliwia obiektywną ocenę, czy w ofercie nie doszło do rażąco niskiej ceny. Zamawiający nie mógł narzucić wykonawcy sposobu udzielania wyjaśnień dotyczących ceny, ale w wezwaniu wyraźnie wezwał do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny w złożonej ofercie. Zamawiający wskazał w wezwaniu te elementy oferty, które na etapie oceny budzą jego największe wątpliwości i oczekiwał, że te elementy zostaną odpowiednio uzasadnione. Wykonawca nie uczynił zadość żądaniu, w szczególności, nie przedstawił dowodów na okoliczności, które mogły znacząco wpłynąć na obniżenie ceny ofertowej.

Zamawiający ocenił, że wykonawca przedstawił jedynie ogólnikowe stwierdzenia, które uniemożliwiają pozytywną weryfikację wyjaśnienia oferty i z tego powodu nie można ich uznać za wystarczające. Wyjaśnienia nie wskazują na indywidualne, dostępne jedynie jemu uwarunkowania uzasadniające wysokość zaoferowanej ceny, a informacja o wykonaniu podobnych zadań na przestrzeni kilku lat nie jest dowodem przesądzającym o sposobie ich kalkulacji.

Zamawiający w konkluzji stwierdził, że oferta odwołującego po wyjaśnieniach nadal pozostaje rażąco niska, z ceną nierealistyczną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości i zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego kosztów. W związku z brakiem przedstawienia dowodów na okoliczności, które mogły znacząco wpłynąć na obniżenie ceny ofertowej zamawiający na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy odrzuca tę ofertę.

W tym stanie rzeczy odwołujący wniósł odwołanie.

Powołane ustalenia zostały dokonane na podstawie SMWZ i wymienionych dokumentów znajdujących się w aktach sprawy.

Odwołujący zastrzegł wprowadzić załącznik nr 1 do wyjaśnień jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów art. 11 ust. 4 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jednak z uwagi na ujawnienie tych informacji w aktach sprawy, piśmie o odrzuceniu oferty, piśmie procesowym przystępującego oraz na jawnej rozprawie, Izba przywołała je w opisie stanu faktycznego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwolujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą oraz nieuzyskania zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 90 ust. 1 *in initio* Pzp stanowi, że jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zgodnie z art. 90 ust. 1a 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 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający jest zobowiązany do wystąpienia o udzielenie wyjaśnień. Natomiast zgodnie z art. 90 ust. 3 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.

Odwolujący udzielił wyjaśnień, zatem należy rozważyć, czy wyjaśnienia te potwierdzają rażące zaniżenie ceny oferty tego wykonawcy. Na to pytanie należy odpowiedzieć przecząco.

W postępowaniu odwoławczym stosownie do art. 180 ust. 1 Pzp Izba ocenia czynność zamawiającego. W okolicznościach sporu czynnością tą jest odrzucenie oferty odwołującego z powodu rażącego zaniżenia jej ceny po ocenie wyjaśnień, zatem w celu zbadania zarzutów odwołania należy odnieść się do informacji o odrzuceniu tej oferty. Przedmiotem sporu jest tu bowiem, nie cena oferty *sensu stricto*, lecz ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę. Postępowanie odwoławcze ma na celu ustalenie, czy zamawiający z treści wyjaśnień wyciągnął prawidłowe i zgodne z ustawą wnioski. W tych granicach odwołujący się wykonawca może być obciążony ciężarem dowodu zgodnie z art. 190 ust. 1a pkt 1 Pzp.

Izba zważyła, że uzasadnienie informacji o odrzuceniu oferty zawarte w piśmie z 22 maja 2020 r. nieprawidłowo przywołuje okoliczności faktyczne sprawy, a wnioski zamawiającego wynikające z analizy wyjaśnień są wadliwe.

Przede wszystkim dostrzec należy, że wezwanie odwołującego do wyjaśnienia elementów oferty wbrew twierdzeniu zamawiającego nie zawierało zobowiązania do udzielenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów dotyczących cen materiałów, sprzętu i transportu. Przeciwnie, z pisma z 19 maja 2020 r. wzywającego odwołującego do udzielenia wyjaśnień wynika, że zamawiający przywołał wyłącznie treść art. 90 ust. 1 Pzp, który w sposób przykładowy wskazuje niektóre grupy kosztów oraz wybrane czynniki mogące mieć znaczenie dla wysokości ceny oferty. Wbrew uzasadnieniu informacji o odrzuceniu oferty zamawiający nie wskazał zatem w wezwaniu elementów oferty, które na etapie oceny

budzą jego największe wątpliwości, w szczególności nie wyraził poglądu, że jedynie dysponowanie produktem o zbliżonej funkcjonalności pozwala na takie ustalenie ceny oferty, ani nie wezwał odwołującego do potwierdzenia, czy produkt taki posiada.

Już z tego względu czynność odrzucenia oferty odwołującego jest wadliwa. Zamawiający nie może bowiem odrzucać oferty zarzucając wykonawcy brak podania informacji, których od niego nie żądał.

Zamawiający jest wprawdzie uprawniony do tego, aby odrzucić ofertę tylko z powodu otrzymania niedostatecznych wyjaśnień, jednak o niedostatecznych, zbyt ogólnych wyjaśnieniach można mówić w sytuacji, gdy zamawiający dokonuje wezwania w sposób konkretny, a wykonawca odpowiada bardzo ogólnie, w szczególności nie odwołując się do realiów postępowania i treści swojej oferty. W okolicznościach sporu wyjaśnienia udzielone przez odwołującego należy uznać za adekwatne do wezwania zamawiającego. Jeśli zamawiający oczekiwał informacji bardziej szczegółowych, był uprawniony do wystąpienia o wyjaśnienia, które doprecyzowałyby już uzyskane informacje.

Zamawiający nieprawidłowo ocenił wyjaśnienia ceny oferty udzielone przez odwołującego. Zamawiający eksponuje kwestię braku złożenia dowodów potwierdzających prawidłowość obliczenia ceny oferty. Dostrzec jednak trzeba, że przepisy ustawy nie wiążą sankcji odrzucenia oferty z niezłożeniem przez wykonawcę dowodów. Zamawiający może oprzeć się na samych wyjaśnieniach, jeśli w dostatecznym stopniu uzasadniają one poprawność obliczenia ceny oferty. Oceny wyjaśnień należy dokonywać *ad casum* z uwzględnieniem specyfiki danego postępowania, które tworzą ich kontekst. Zamawiający tymczasem zbadał wyjaśnienia udzielone przez odwołującego z pominięciem tego kontekstu. Przede wszystkim zamawiający stracił z pola widzenia, że z trzech ofert złożonych w postępowaniu, dwie wskazywały ceny znacząco niższe niż szacunki zamawiającego i nie różniące się istotnie między sobą. Natomiast oferta, której cena przewyższała szacunki zamawiającego, była złożona przez wykonawcę będącego spółką giełdową, zatem o innym rozmiarze przedsiębiorstwa niż odwołujący i przystępujący. Zamawiający szacując wartość zamówienia oparł się na odpowiedzi jednego wykonawcy również będącego spółką giełdową. W tym stanie rzeczy trudno uznać, że same różnice w stosunku do wartości zamówienia oraz cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu uzasadniają przypuszczenie, że cena oferty odwołującego jest nierynkowa.

Cena oferty powinna objąć wymagania opisane przez zamawiającego w SIWZ. Zamawiający nie wskazał w opisie przedmiotu zamówienia, że średnia liczba zgłaszanych wad wynosi ok. 50 rocznie, zatem argument ten nie może być wzięty pod rozwagę przy badaniu ceny oferty odwołującego. Jednak nawet gdyby przyjąć założenie przeciwne, to pogląd zamawiającego o niedoszacowaniu kosztów serwisu opiera się na błędnym odczytaniu wyjaśnień odwołującego. W załączniku nr 1 odwołujący w sposób nie budzący wątpliwości wyszczególnił odrębnie koszty gwarancji stanowiącej ustaloną procentowo wartość kosztów wykonania (poz. 3), koszty przygotowania aplikacji wraz z jej wdrożeniem, o funkcjonalności określonej w OPZ wraz z udzielonymi wyjaśnieniami (poz. 1) oraz przyjętą stawkę rozliczenia w oparciu o własne zasoby. Już z samego opisu poszczególnych pozycji wynika, że poz. 1 i 2 zawierają kwoty nie dotyczące gwarancji. Potwierdzają to także wartości wskazane w tabeli, będące wynikiem działań matematycznych. Zgodzić się też należy z odwołującym, że wykonawca organizuje świadczenie usług serwisu na potrzeby wszystkich realizowanych przez siebie umów, zatem ponosi ich koszt niezależnie od tego, czy zawarłby umowę z zamawiającym. Brak jest podstaw do twierdzenia, że usługi te powinny być wyceniane na takich samych zasadach jak usługa dostarczenia i wdrożenia rozwiązania.

Oceniane na tym tle wyjaśnienia odwołującego nie potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnień złożonych przez odwołującego nie sposób uznać za nierzetelne, ogólnikowe i lakoniczne.

Odwołujący wezwany do złożenia wyjaśnień wskazał, jak obliczył cenę swojej oferty, jakie są jej elementy składowe, a kalkulację tę Izba uznała za wiarygodną. Zwraca uwagę, że zamawiający zarówno w uzasadnieniu informacji o odrzuceniu oferty odwołującego, jak i na rozprawie nie wskazał, dlaczego cenę oferty odwołującego uznał za zaniżoną, a jedynie wskazywał na wątpliwości. W ocenie Izby samo twierdzenie o wątpliwościach bez wskazania z czego one wynikają, albo innymi słowy, jakich jeszcze informacji zamawiający by oczekiwał, nie uzasadnia odrzucenia oferty.

Oprócz części opisowej charakteryzującej działalność odwołującego, zamieszczono bowiem obliczenia poszczególnych grup kosztów. Odwołujący odniósł się do wymagań SIWZ, a także został uwzględniał zysk na poziomie 11,5 %. W części opisowej wyjaśnień odwołujący wskazał, że posiada własne komponenty zapewniające przyspieszenie

procesu wytwarzania aplikacji oraz własny autorski zespół utrzymania wielu autorskich systemów, działającego w trybie 24/7/365. Te cechy odwołującego wskazują na oszczędności przy wykonaniu zamówienia oraz posiadanie przez odwołującego rozwiązań technicznych oraz sprzyjających warunków wykonywania zamówienia. Cechy te wespół z posiadaną przez odwołującego kadrą i doświadczeniem mają znaczenie dla kosztów oferty.

Niezasadnie zamawiający domaga się od odwołującego wykazania dostępnych jedynie odwołującemu uwarunkowań uzasadniających wysokość ceny oferty. Takie oczekiwania byłyby uzasadnione w sytuacji, gdy cena oferty odwołującego istotnie różniła się od cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu.

Izba uznała wyjaśnienia odwołującego za adekwatne do wezwania. Odwołujący sprostował wynikającemu z art. 90 ust. 2 oraz art. 191 ust. 1 pkt 1a Pzp obowiązki wykazania, że cena złożonej przez niego oferty nie jest rażąco niska. Fakt, że drugi wezwany wykonawca złożył wyjaśnienia bardziej szczegółowe, nie może przemawiać przeciwko odwołującemu. Punktem odniesienia przy badaniu wyjaśnień nie jest bowiem treść wyjaśnień konkurenta, lecz oczekiwania zamawiającego wyrażone w wezwaniu. Jeśli wyjaśnienia są konkretne, adekwatne do wezwania, odnoszą się do opisu przedmiotu zamówienia nie sposób uznać ich za lakoniczne i powierzchowne. Brak jest zatem podstaw do uznania, że wyjaśnienia złożone przez odwołującego powinny być pominięte i traktowane tak, jakby w ogóle nie zostały złożone.

Izba uznała, że wyjaśnienia złożone przez odwołującego wyjaśniają sposób obliczenia ceny oferty i nie potwierdzają jej rażąco niskiego charakteru, zatem zamawiający odrzucając tę ofertę naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp. Naruszenia, których dopuścił się zamawiający mogą mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż oferta odwołującego może być uznana za najkorzystniejszą. Wybór najkorzystniejszej oferty w sytuacji wadliwego odrzucenia oferty, która mogłaby być uznana za najkorzystniejszą, stanowiłby naruszenie przepisów ustawy.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji, nakazując zamawiającemu dokonanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Z brzmienia art. 192 ust. 2 pkt 1 Pzp wynika, że Izba nie może unieważnić czynności zamawiającego, może jedynie nakazać takie działanie zamawiającemu.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Przewodniczący: