

Sygn. akt: KIO 216/21

**WYROK**  
z dnia 15 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 12 lutego 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 stycznia 2021 r. przez **wykonawcę VOL System sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Zakład Informatyki Lasów Państwowych im. Stanisława Kostki Wisińskiego z siedzibą w Raszynie** orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy VOL System sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz skierowania ponownego wezwania do wykonawcy VOL System sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp, do złożenia dalszych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących ceny oferty, ze szczegółowym wskazaniem w wezwaniu przez zamawiającego okoliczności mających podlegać wyjaśnieniu.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Zakład Informatyki Lasów Państwowych im. Stanisława Kostki Wisińskiego z siedzibą w Raszynie i

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę VOL System sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,

2.2. Zasądza od zamawiającego Skarbu Państwa Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe Zakład Informatyki Lasów Państwowych im. Stanisława Kostki Wisińskiego z siedzibą w Raszynie na rzecz wykonawcy VOL System sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu kwotę 11 154 zł 90 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto pięćdziesiąt cztery złote dziewięćdziesiąt groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów związanych z dojazdem na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 216/21

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Zakład Informatyki Lasów Państwowych im. Stanisława Kostki Wisińskiego z siedzibą w Raszynie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Rozbudowa Systemu Dostępu do Zasobów Sieciowych CISCO Identity Service Engine (ISE)*”; znak sprawy DZ.270.79.2020. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 15 października 2020 r., za numerem 597717-N-2020.

W dniu 18 stycznia 2021 r. odwołanie wniósł wykonawca VOL System sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, mianowicie od czynności Zamawiającego, podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającej na:

- odrzuceniu oferty Odwołującego, tj. w sytuacji gdy czynność ta nie została poprzedzona poprawną i należyście przeprowadzoną procedurą wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, z uwagi na nieprecyzyjne i ogólnikowe wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień oraz ewentualnie brak ponowienia wezwania do złożenia wyjaśnień,

- odrzuceniu oferty Odwołującego, tj. w sytuacji gdy Odwołujący złożył stosowne wyjaśnienia potwierdzające możliwość wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, oraz mimo że oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia,

- błędnej i nienależytej oceny wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego i oferty Odwołującego, wskutek czego Zamawiający bezpodstawnie uznał, że wyjaśnienia Odwołującego pozostają niewystarczające i oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co dotyczy w szczególności: oceny w zakresie braku załączenia przez Odwołującego dowodów do wyjaśnień; oceny w zakresie rzekomego braku uwzględnienia w tabeli stanowiącej zał. nr 1 do wyjaśnień następujących elementów cenowych wskazanych w części jawnej wyjaśnień mających wpływ na cenę oferty: ceny trzyletniego wsparcia producenta o nazwie produktowej Sup-NV-5K i wysokości zysku wykonawcy wspomnianego w części jawnej wyjaśnień; oceny w zakresie pozostałych wyjaśnień Odwołującego, w tym dot. rzetelności przyjętej wyceny; błędnego oszacowania kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, bezpodstawnego unieważnienia postępowania na podstawie przesłanki, iż cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 90 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że czynność ta nie została poprzedzona poprawną i należyście przeprowadzoną procedurą wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, z uwagi na nieprecyzyjne i ogólnikowe wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień oraz ewentualnie brak ponowienia wezwania do złożenia

wyjaśnień,

2. art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy pzp, przez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że Odwołujący złożył stosowne wyjaśnienia potwierdzające możliwość wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów oraz mimo że oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia,

3. art. 90 ust. 1-3 ustawy pzp, przez błędną i nienależytą ocenę wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego i oferty Odwołującego, wskutek czego Zamawiający bezpodstawnie uznał, że wyjaśnienia Odwołującego pozostają niewystarczające i oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

4. art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp, poprzez unieważnienie postępowania na podstawie przesłanki, iż cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w sytuacji gdy oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu i cena oferty Odwołującego, która jest ofertą najkorzystniejszą, nie przewyższa kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;

2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

3) ponownego badania i oceny ofert i ewentualne nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego, w trybie przepisu art. 90 ustawy pzp, do złożenia dalszych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących ceny oferty, ze wskazaniem okoliczności mających podlegać wyjaśnieniu i nakazanie uwzględnienia przy ocenie przez Zamawiającego ewentualnych dalszych wyjaśnień.

Ponadto, wniósł o:

4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, w wysokości wynikającej z określonych przepisów, określonych na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, co dotyczy w szczególności:

a) kosztów związanych z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy (posiedzenie lub posiedzenia) Izby,

b) kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, jednak nie wyższych niż kwota 3.600,00 zł.

Odnosząc się do zarzutu 1 odwołania Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 18 grudnia 2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących „rażąco niskiej ceny w stosunku do szacowanej wartości zamówienia” działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy pzp. Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w wezwaniu dotyczącym ceny oferty, wzywając do złożenia wyjaśnień, nie wskazał żadnych konkretnych elementów budzących wątpliwości Zamawiającego, lecz wyłącznie powielił treść art. 90 ust. 1 ustawy pzp. W odpowiedzi na wezwanie dot. ceny oferty Odwołujący w dniu 31 grudnia 2020 r. przedstawił wyjaśnienia na piśmie. Odwołujący w pierwszej kolejności przedstawił istotne elementy składowe ceny objętej ofertą, na które składają się: Licencja dożywotnia systemu NACVIEW o nazwie produktowej NV-5K-VM, Trzyletnie wsparcie producenta o nazwie produktowej Sup-NV-5K, Koszt wdrożenia systemu, Koszt roboczogodzin, Koszt noclegów, Koszt dojazdów, Świadczenie usług wsparcia i serwisu technicznego. Odwołujący w pkt. 1.1 i 1.2 opisał oferowaną licencję NV-5K-VM oraz warunki trzyletniego okresu wsparcia producenta (Sup-NV-5K) — w szczególności celem wykazania, iż rozwiązania oferowane cenie objętej ofertą spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. W pkt. 1.3 Odwołujący odniósł się do kwestii kosztów pracy oraz wyraźnie oświadczył, iż wszystkie wynikające z warunków przetargu koszty wykonania interesujących Zamawiającego pozycji kosztorysu ofertowego zostały uwzględnione w cenie oferty i powiększone o zysk przedstawiony w tabeli poniżej. W punktach kolejnych wyjaśnień Odwołujący odniósł się do pozostałych kwestii wynikających z art. 90 ust. 1 ustawy pzp. Z wyjaśnień Odwołującego wyraźnie wynika, iż kalkulacja poszczególnych kosztów uwzględnia aktualne stawki rynkowe i zapewnia dodatkowo Odwołującemu zysk z realizacji zamówienia. W ramach załącznika nr 1 Odwołujący zaś przedstawił tabelaryczne zestawienie poszczególnych elementów składających się na zaoferowaną cenę. Wyniki oceny wyjaśnień Odwołującego Zamawiający zawarł w piśmie z dnia 11 stycznia 2021 r. (zawiadomieniu o odrzuceniu oferty i unieważnieniu postępowania). Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego uznając, iż „w ocenie Zamawiającego złożone wyjaśnienia, potwierdzają, że oferta Wykonawcy VOL System Sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę.”

Odwołujący wskazał, że ugruntowane w doktrynie prawa oraz w orzecznictwie KIO pozostają poglądy, iż:

- wezwanie do wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny powinno być precyzyjne, szczegółowe i wskazywać na konkretne elementy, co do których zamawiający oczekuje wyjaśnień;

- zastosowanie znajduje reguła, którą można sprowadzić do stwierdzenia: „jakie wezwanie, takie wyjaśnienia” co oznacza, iż ogólnikowe wezwanie skierowane przez Zamawiającego powoduje, iż Zamawiający nie może oczekiwać szczegółowych wyjaśnień i konieczna może okazać się procedura kolejnego wezwania jeżeli według Zamawiającego pozostaną wątpliwości do wyjaśnienia;

- odrzucenie oferty z uwagi na ocenę Zamawiającego, iż wyjaśnienia pozostają według Zamawiającego niewystarczające w sytuacji, gdy wezwanie pozostawało ogólnikowe pozostaje bezpodstawne i nieuprawnione.

Odwołujący zaznaczył, że z wezwania dot. ceny oferty nie wynika, które elementy cenotwórcze budzą wątpliwości Zamawiającego. W takiej sytuacji już z tego tylko powodu Zamawiający nie ma podstaw do stawiania Odwołującemu zarzutu, że wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny są niewystarczające (w sytuacji gdy Odwołujący przedstawił swoje wyjaśnienia dotyczące elementów ceny). Odwołujący zauważył również, iż w sytuacji, w której Zamawiający uznaje, iż pozostają wątpliwości do wyjaśnienia lub brakuje jakichś danych lub dowodów w odpowiedzi na ogólnikowe wezwanie, Zamawiający może skorzystać z procedury ponowienia wezwania ze wskazaniem konkretnych wątpliwości i elementów do wyjaśnienia. Powołał się na wyrok KIO z dnia 23 lutego 2017 r., sygn. akt 289/17.

Odwołujący wskazał, że powyższe potwierdza zasadność zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że czynność ta nie

została poprzedzona poprawną i należyte przeprowadzoną procedurą wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących wycięcia ceny lub kosztu, z uwagi na nieprecyzyjne i ogólnikowe wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień oraz ewentualnie brak powołania wezwania do złożenia wyjaśnień.

Odnosnie zarzutów 2 i 3 odwołania Odwołujący podniósł, że zarzuty będące podstawą odrzucenia oferty przez Zamawiającego można sprawdzić do następujących kwestii (dot. oceny wyjaśnień Odwołującego):

- zarzutu braku załączenia przez Odwołującego dowodów do wyjaśnień;

- zarzutu rzekomego braku uwzględnienia w tabeli stanowiącej zał. nr 1 do wyjaśnień następujących elementów cenowych wskazanych w części jawnej wyjaśnień mających wpływ na cenę oferty: ceny trzyletniego wsparcia producenta o nazwie produktowej Sup-NV-5K; o wysokości zysku wykonawcy wspomnianego w części jawnej wyjaśnień.

Zamawiający jednocześnie wskazał, iż „w związku z powyższym Zamawiający uznaje, złożone wyjaśnienia za niewystarczające.” Niezależnie od nieprawidłowo przeprowadzonej procedury wyjaśniającej — która już samoistnie przesądza o bezpodstawności odrzucenia oferty Odwołującego, także ocena wyjaśnień Odwołującego dokonana przez Zamawiającego pozostaje błędna. Błędne w ocenie Odwołującego pozostaje stanowisko Zamawiającego, iż brak załączenia dowodów do wyjaśnień automatycznie stanowi podstawę do uznania wyjaśnień za niewystarczające. Przede wszystkim twierdzenie Zamawiającego, iż nieprzedstawienie dowodów do wyjaśnień może przesądzać automatycznie o tym, iż wyjaśnienia są niewystarczające, pozostaje bezzasadne, ponieważ wezwanie dot. ceny oferty pozostaje ogólnikowe i nieprecyzyjne. W takiej sytuacji Zamawiający nie może wymagać szczegółowych wyjaśnień — co dotyczy także braku wymogu dla przedstawiania w takiej sytuacji dowodów. Odwołujący powołał się na Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 października 2020 r., sygn. akt: KIO 1976/20). Odwołujący dodał, iż nieracjonalne byłoby, aby z uwagi na brak precyzyjnego wezwania Zamawiającego Odwołujący zdobywał i przedstawiał dowody na wszelkie możliwe elementy dot. ceny wskazane w ustawie lub nawet takie nieznanujące się ustawie lub musiał się domyślać w jakim zakresie oraz czego miałyby dotyczyć dowody odnoszące się do wezwania Zamawiającego. Ponadto brak przedstawienia samych dowodów nie stanowi samoistnej przesłanki formalnej nieuznania wyjaśnień przez zamawiającego czy też odrzucenia oferty. Z literalnego brzmienia art. 90 ust. 1 ustawy pzp można bowiem wywieść, iż dowody stanowią dodatkową część wyjaśnień, gdyż zamawiający zwraca się o ich udzielenie, w tym złożenie dowodów. Zamawiający zobowiązany jest przeanalizować i ocenić otrzymane wyjaśnienia m.in. pod kątem ich wiarygodności. Zamawiający przy tym w niniejszej sprawie automatycznie przyjął, iż brak załączenia dowodów przesądzać powinien o niewystarczających wyjaśnieniach co zgodnie z powyższym pozostaje nieuprawnione. Zamawiający w żadnym zakresie nawet nie podjął się wyjaśnienia, dlaczego wyjaśnienia bez załączonych dowodów (tj. opierające się na dowodzie z twierdzeń/oświadczeń Odwołującego) miałyby pozostawać niewiarygodne. Tym bardziej, iż Odwołujący wprost wskazał na to, że przyjęte zostały rynkowe stawki i uwzględniony zysk. Zamawiający nie powinien stawiać zarzutu braku przedstawienia dowodu, lecz w razie powstania wątpliwości co do wyjaśnień może wezwać do złożenia bardziej szczegółowych twierdzeń oraz dowodów.

Odwołujący zauważył również, że błędne pozostaje stanowisko Zamawiającego odnosnie rzekomego braku uwzględnienia w tabeli stanowiącej zał. nr 1 do wyjaśnień elementów cenowych: ceny trzyletniego wsparcia producenta o nazwie produktowej Sup-NV-5K oraz wysokości zysku wykonawcy wspomnianego w części jawnej wyjaśnień. Przede wszystkim Odwołujący zaprzeczył twierdzeniu, iż ww. elementów brakuje w tabeli stanowiącej zał. nr 1 do wyjaśnień. W tabeli znajduje się pozycja „Świadczenie usług wsparcia i serwisu technicznego” — która to pozycja obejmuje trzyletnie wsparcie producenta o nazwie produktowej Sup-NV-5K. Sam fakt, iż Odwołujący przy tej pozycji w tabeli nie wskazał nazwy produktowej Sup-NV-5K oraz oznaczenia, że wsparcie jest trzyletnie nie oznacza, iż tego produktu nie objęto kalkulacją. Rodzaj oferowanego wsparcia wynika wprost z oferty, jak i wprost z wyjaśnień Odwołującego (pkt 1.2 wyjaśnień), więc jasnym pozostaje, że poprzez określenie z tabeli „Świadczenie usług wsparcia i serwisu technicznego” należy rozumieć trzyletnie wsparcie producenta o nazwie produktowej Sup:NV-5K, a nie żadne inne wsparcie. Ponadto Odwołujący wyraźnie podkreślił, iż poszczególne pozycje objęte tabelą uwzględniają zarówno koszty związane z danymi elementami ceny, jak i zysk (w tabeli przedstawiono „rozbicie cenowe”), choć ten zysk nie został osobno wyodrębniony. Co istotne, Odwołujący wprost wskazał w wyjaśnieniach, iż „wszystkie wynikające z warunków przetargu koszty wykonania interesujących Zamawiającego pozycji kosztorysu ofertowego zostały uwzględnione w cenie oferty i powiększone o zysk przedstawiony w tabeli poniżej”. Z powyższego wynika zatem, iż poszczególne pozycje w tabeli zawierają koszty wykonania zamówienia powiększone o zysk. Zysk jest objęty zatem tabelą, choć nie jest osobno wyodrębniony (lecz ujęty łącznie w cenie obejmującej koszt i zysk). Odwołujący wyjaśnia przy tym, iż w tabeli posługuje się wyrażeniem „koszt”, „koszt i dostawa” lub „świadczenie usług”, jednakże chodzi w tych sytuacjach o koszt całkowity dla zamawiającego, obejmujący także zysk Odwołującego. W sytuacji powzięcia wątpliwości w powyższym zakresie Zamawiający mógł zwrócić się o złożenie dalszych wyjaśnień do Odwołującego. Powyższe świadczy o dokonaniu błędnej oceny wyjaśnień przez Zamawiającego, który nie miał podstaw uznać, iż wyjaśnienia są niewystarczające oraz że złożone wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Oznacza to, iż kwestionowane przez Zamawiającego wyjaśnienia Odwołującego pozostają zasadne i potwierdzają brak rażąco niskiej ceny lub kosztu. Co przy tym istotne z pozostałych wyjaśnień Odwołującego jednoznacznie wynika możliwością wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Z wyjaśnień tych wynika także iż złożona oferta została rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana (w szczególności cena nie jest nierealna lub zaniżona w stosunku do przedmiotu zamówienia publicznego).

Odwołujący podniósł również, iż Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego ograniczył się do stwierdzenia, iż z uwagi na brak załączenia dowodów oraz na rzekomy brak wykazania dwóch elementów w zał. nr 1 do wyjaśnień (przy czym brak ten nie występuje, a ocena dokonana przez Zamawiającego pozostaje błędna) i nie wskazał z jakich powodów jego zdaniem cena oferowana przez Odwołującego miałaby być w sposób oczywisty nierealna, czy niemożliwa do spełnienia. Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie powinien pomijać jego doświadczenia i profesjonalnego charakteru świadczenia usług przez Odwołującego. Odwołujący nie jest podmiotem rozpoczynającym świadczenie tego typu usług. Dodatkowo Odwołujący podkreślił, że jego celem jest osiągnięcie zysku z realizacji zamówienia. Jeśli więc doświadczony w realizacji podobnych przedsięwzięć wykonawca oferuje wykonanie zamówienia za określoną cenę, wskazując, iż jego celem jest osiągnięcie zysku, złożone wyjaśnienia uprawdopodobniają poprawność kalkulacji. Należy zatem przyjąć, że zaofiarowana cena jest ceną realną. Tym samym Odwołujący wskazał, że wyjaśnienia i kalkulacja złożona przez niego potwierdzają, że oferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Oferowana cena pokrywa bowiem koszty realizacji zamówienia i zapewnia Odwołującemu zysk. Co więcej wskazania

wymaga, iż cena oferowana przez Wykonawcę pozostaje ceną rynkową. Wartość ceny drugiego oferenta 560 880,00 zł brutto, jest przeszacowana, podobnie jak kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia (tj. 460 282,36 brutto). Zdaniem Odwołującego wynika to z tego, iż podmioty te przyjęły szacunki wynikające z cenników producenta Cisco, natomiast Odwołujący zaoferował rozwiązanie równoważne innego — polskiego producenta — i przyjął stawki rynkowe tego producenta gwarantujące zysk Odwołującemu. W orzecznictwie KIO wskazuje się przy tym, iż w przypadku wykazania, iż rzeczywista, tj. rynkowa (rynek należy w tym przypadku uznać za ostateczne odniesienie wartości dóbr i usług) wartość przedmiotu zamówienia odpowiada zaoferowanej przez wykonawcę cenie, bezprzedmiotowe jest dowodzenie okoliczności i powodów umożliwiających obniżenie ceny przez wykonawcę, a to ze względu, że żadne zniżenie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia nie miało wtedy miejsca. Tym samym potwierdza to, iż Zamawiający dokonał oceny wyjaśnień w sposób błędny i bezzasadnie przyjął, że wyjaśnienia są niewystarczające oraz że cena objęta ofertą Odwołującego pozostaje rażąco niska.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający bezpodstawnie unieważnił postępowania na podstawie przesłanki, iż cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, ponieważ oferta Odwołującego zgodnie z powyższymi rozważaniami nie podlega odrzuceniu i cena oferty Odwołującego, która jest ofertą najkorzystniejszą, nie przewyższa kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W dniu 11 lutego 2021 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. W odpowiedzi jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

W związku z brzmieniem art. 90 ust. 1 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Uwzględniając okoliczność, iż postępowanie wszczęte zostało w dniu 15 października 2020 r., ilekroć w treści uzasadnienia mowa o przepisach materialnych ustawy pzp należy przez to rozumieć ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Jednocześnie, z uwagi na treść art. 92 ust. 2 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Izba postanowiła dopuścić dowody z całości dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie oraz dowody złożone przez Odwołującego na rozprawie.

#### **Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:**

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie postawionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z dokumentami szacowania i oświadczeniem Zamawiającego na rozprawie szacowanie wartości zamówienia zostało przygotowane w oparciu o wycenę systemu Cisco, a szacunkowa wartość zamówienia wyniosła: 374 213,30 zł netto (460 282,36 zł brutto).

Zgodnie z formularzem ofertowym wykonawcy byli zobowiązani do wskazania cen jednostkowych za: „1. Dostawa licencji oprogramowania Cisco Identity Services Engine lub równoważnego oraz subskrypcji, o których mowa w § 3 ust. 2 Umowy. 2. Usługi wdrożenia nowych licencji i subskrypcji, o których mowa w § 3 ust. 3 Umowy.”

Rozdział I pkt 3. 2) OPZ wskazywał: „Oprogramowanie musi być objęte trzyletnim wsparciem producenta niezależnym od statusu partnerskiego Wykonawcy. Oferowane wsparcie musi zapewniać Zamawiającemu przez cały okres trwania: a) możliwość zgłoszenia awarii bezpośrednio producentowi oprogramowania (a nie tylko Wykonawcy zamówienia), b) bezpośredni i wolny od dodatkowych opłat dostęp do pomocy technicznej producenta przez telefon, e-mail oraz WWW, w zakresie rozwiązywania problemów związanych z bieżącą eksploatacją oprogramowania, c) możliwość pobierania bezpośrednio od producenta nowych wydań oprogramowania zgodnie z zapotrzebowaniem Zamawiającego, jednakże w ramach ogólnie dostępnej oferty producenta, a także w ramach wykupionego zestawu funkcjonalności oprogramowania, wraz z wolnym od dodatkowych opłat prawem (tj. licencją) do korzystania z pobranego oprogramowania na zasadach określonych w warunkach licencyjnych dla użytkownika końcowego.”

W postępowaniu wpłynęły dwie oferty: oferta wykonawcy Ventus Communications sp. z o.o., z siedzibą w Poznaniu, który zaoferował produkt Cisco oraz oferta Odwołującego, który zaoferował produkt równoważny: NACVIEW 5000 (NV-5K-VM).

W dniu 18 grudnia 2020 r. Zamawiający skierował do Odwołującego: „Wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny oferty (dot. rażąco niskiej ceny w stosunku do szacowanej wartości zamówienia).” Zamawiający przywołał treść art. 90 ust. 1 ustawy pzp i wskazał, że: „Zamawiający odrzuci 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, zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. W trakcie oceny przedstawionych przez Wykonawcę wyjaśnień dotyczących cenotwórczych elementów oferty zamawiający, działając zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy PZP weźmie pod uwagę przedstawione przez Wykonawcę dowody na poparcie wyjaśnień. Dowody należy złożyć formie pisemnej, w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem.”

W wyjaśnieniach z dnia 31 grudnia 2020 r. Wykonawca wskazał: „Na wycenę złożonej przez nas oferty składają się następujące istotne elementy składowe ceny: a) Licencja dożywności systemu NACVIEW o nazwie produktowej NV-5K-VM b) Trzy letnie wsparcie producenta o nazwie produktowej Sup-NV-5K c) Koszt wdrożenia systemu: a) Koszt roboczo-godzin b) Koszt noclegów c) Koszt dojazdów, Świadczenie usług wsparcia i serwisu technicznego. 1. Metoda wykonania zamówienia, wybrane rozmówanie techniczne oraz koszty 1.1. System NACVIEW jest licencjonowany na liczbę jednocześnie podłączonych urządzeń. Dostępne są licencje na 250, 500 1500 5000, 10 000, 15 20 000, 25 000 i nielimitowaną liczbę jednocześnie podłączonych urządzeń. Niezależnie od wykupionej licencji na liczbę jednocześnie podłączonych urządzeń system NACVIEW posiada taką samą pełną funkcjonalność. Zgodnie z wyżej przedstawionym sposobem licencjonowania wskazana przez Oferenta licencja NACVIEW 5000 model: NV-5K-VM pozwoli uzyskać system dostępu do zasobów sieciowych umożliwiający na jednoczesną obsługę minimum 5 000 urządzeń sieciowych takich jak np. routery: przełączniki sieciowe, punkty dostępowe sieci. Docelowa topologia pozwoli na jednoczesną obsługę minimum 5 000 urządzeń końcowych takich jak np. komputery stacjonarne, laptopy, urządzenia mobilne, telefony IP, drukarki itp. 1.2. Oferowane rozwiązanie będzie objęte trzyletnim okresem wsparcia producenta (Sup-NV-5K), a w całym okresie jego trwania a) będzie można zgłaszać awarie bezpośrednio do producenta (m.in. mailowo lub telefonicznie) b) możliwy będzie bezpośredni i wolny od dodatkowych opłat dostęp do pomocy technicznej producenta przez telefon, e-mail oraz WWW, w zakresie rozwiązywania problemów związanych z bieżącą eksploatacją oprogramowania. Zaoferowane rozwiązanie spełnia wymagania opisane przez Zamawiającego. W szczególności licencje systemu NACVIEW oraz serwis i wsparcie pochodzą z autoryzowanego kanału dystrybucji producenta na teren Unii Europejskiej. Korzystanie z produktu nie stanowi naruszenia majątkowych praw autorskich osób trzecich. 1.3. Odnosząc się do kwestii kosztów zakupu licencji wraz wsparciem oraz kosztów pracy przyjętych powyżej wykonawca Vol System Sp. z c.o. wskazuje, że poniższą kalkulacja została sporządzona przy założeniu kosztów pracy wyższych od minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej ustalonej na podstawie właściwych przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. W imieniu wykonawcy Vol System SP, z o.o. oświadczam także że wszystkie wynikające z warunków przetargu koszty wykonania interesujących Zamawiającego pozycji kosztorysu ofertowego zostały uwzględnione w cenie oferty i powiększone o zysk przedstawiony w tabeli poniżej. Pragniemy podkreślić, że celem wykonawcy Vol System Sp. z o.o. jako podmiotu gospodarczego jest wypracowywanie zysków z realizowanych kontraktów. Podane ceny opierają się więc na rzetelnej kalkulacji kosztów wykonania wskazanych elementów przedmiotowego zamówienia. Oświadczamy, że wynagrodzenie wykonawcy Vol System Sp. z o.o. zostało skalkulowane w oparciu o aktualne stawki rynkowe, które wykonawca Vol System Sp. z o.o. jako profesjonalista w swojej dziedzinie uznaje za najbardziej miarodajne i których przyjęcie jest niezbędne do uzyskania założonego zysku z przedsięwzięcia. W poniższej tabeli przedstawiamy szczegółowe rozbitcie cenowe dla niniejszego przedmiotu oferty. (ZASTRZEŻONE JAKO TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA załącznik nr. 1): Koszt i dostawa licencji NACVIEW 5000 (NV-5K-VM), Koszt wdrożenia systemu, Koszt roboczo-godzin, Koszt noclegów, Koszt dojazdów, Świadczenie usług wsparcia i serwisu technicznego 2. Kwestia pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Wykonawca oświadcza: iż Wykonawcy nie została udzielona pomoc publiczna na podstawie odrębnych przepisów i nie będzie korzystał z żadnej pomocy publicznej w ramach niniejszego zamówienia 3. Kwestia przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie Wykonawca podkreśla, iż nie występują w jego przypadku korzystne czynniki wynikające z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym mogące mieć wpływ na obniżenie ceny. Jednocześnie Wykonawca wskazuje, iż personel Wykonawcy skierowany do wykonania zamówienia zatrudniony pozostaje na podstawie umów o pracę. Wykonawca uwzględnił w cenie oferty koszty wynikające z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym obowiązujących w miejscu w którym realizowane będzie zamówienie. Wykonawca zatrudnia pracowników o wysokich kwalifikacjach i doświadczeniu — specjalistów stanowiących grupę bardzo poszukiwaną na rynku pracy — wobec czego Wykonawca pieczołowicie podchodzi do wszelkich swoich obowiązków jako pracodawcy i przestrzega norm prawa pracy oraz przepisy o zabezpieczeniu społecznym. W szczególności, lecz nie wyłącznie Wykonawca uwzględnia koszty i regulacje dotyczące powstania i ustania stosunku pracy; obowiązków oraz uprawnień pracownika i pracodawcy, czasu pracy, urlopów, ochrony pracy, bezpieczeństwa i higieny pracy. Wykonawca oświadcza także wyraźnie, iż uwzględnił koszty obowiązków w zakresie ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego, określonych w ustawach regulujących system ubezpieczeń społecznych. Ponadto wykonawca uwzględnił w swojej kalkulacji koszty i regulacje z zakresu prawa pracy z zakresu podróży służbowych pracowników oraz rozliczania diet. 4. Kwestia przepisów prawa ochrony środowiska. Wykonawca wskazuje, iż nie występują w jego przypadku korzystne czynniki wynikające z przepisów prawa ochrony środowiska mogące mieć wpływ na obniżenie ceny. Jednocześnie Wykonawca, jako podmiot profesjonalny, działający w branży IT od wielu lat, zna przepisy związane z prowadzeniem działalności i świadczeniem usług z zakresu tej branży, w tym przepisy dot. ochrony środowiska i przestrzega tych przepisów przy realizacji zamówień. 5. Kwestia powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy. Wykonawca wskazuje, iż nie przewiduje powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy. Jednocześnie zaznacza, iż brak korzystania z podwykonawcy powoduje, iż Wykonawca nie musi uwzględniać w swojej cenie marży podwykonawców — co stanowi element oszczędności metody wykonania zamówienia.”

W dniu 11 stycznia 2021 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców uczestniczących w postępowaniu o odrzuceniu oferty Wykonawcy: VOL System Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy pzp. Zamawiający wskazał, że: „W toku badania i oceny ofert Zamawiający powziął podejrzenie, że oferta Wykonawcy VOL System Sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę. W dniu 18 grudnia 2020 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy pzp, wezwał ww. Wykonawcę do złożenia wyjaśnień odnośnie do wysokości zaoferowanej ceny. Wykonawca w dniu 31 grudnia 2020 r. przesłał Zamawiającemu przedmiotowe wyjaśnienia. W toku badania przesłanego dokumentu Zamawiający stwierdził, że do złożonych wyjaśnień Wykonawca nie załączył dowodów potwierdzających, że złożona oferta została skalkulowana w sposób prawidłowy. Zamawiający w piśmie wzywającym do wyjaśnień wyraźnie wskazał, że wymaga złożenia dowodów. Przedstawione wyjaśnienia, w części niezastrzeżonej przez Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa zawierają opisy istotnych elementów składowych ceny: a) Licencja dożywności systemu NACVIEW o nazwie produktowej NV-5K-VM b) Trzy letnie wsparcie producenta o nazwie produktowej Sup-NV-5K c) Koszt wdrożenia systemu: a) Koszt roboczo-godzin b) Koszt noclegów c) Koszt dojazdów Świadczenie usług wsparcia i serwisu technicznego. Ponadto w pkt 1.3 Wykonawca wskazuje, że w tabeli stanowiącej część zastrzeżoną wyjaśnień wykazuje zysk Wykonawcy. W części oznaczanej przez Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa Wykonawca przedstawił tabelaryczne szczegółowe rozbitcie cenowe dla przedmiotu oferty. Suma składowych cen wskazanych w tabeli równa się maksymalnej łącznej cenie wskazanej przez Wykonawcę w ofercie. W toku analizy zestawienia stwierdzono, że nie zawiera elementów cenowych wskazanych w części jawnej wyjaśnień mających wpływ na cenę oferty: 1) ceny trzyletniego wsparcia producenta o nazwie produktowej Sup-NV-5K (pkt 1.2

wyjaśnień). 2) wysokości zysku Wykonawcy wspomnianego w części jawnej wyjaśnień (pkt 1.3 wyjaśnień). W związku z powyższym Zamawiający uznaje, złożone wyjaśnienia za niewystarczające. Tym samym Wykonawca nie wywiązał się z obowiązku wskazanego w art. 90 ust. 2 ustawy pzp i nie wykazał w sposób należyty, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Reasumując, w ocenie Zamawiającego złożone wyjaśnienia, potwierdzają, że oferta Wykonawcy VOL System Sp. z o.o., zawiera rażąco niską cenę.”

W dniu 11 stycznia 2021 r. Zamawiający zawiadomił również wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp wskazując: „W wyznaczonym terminie składania ofert (tj. do 3 listopada 2020 r. do godziny 11:00) wpłynęły w przedmiotowym postępowaniu dwie oferty Wykonawców: 1) Ventus Communications Sp. z o.o., ul. Swoboda 12, 60-391 Poznań z łączną ceną ofertową 560 880,00 zł brutto, 2) VOL System Sp. z o.o., ul. Jana Henryka Dąbrowskiego, 553, 60-451 Poznań z łączną ceną ofertową 312 420,00 zł brutto. W związku z odrzuceniem oferty Wykonawcy VOL System Sp. z o.o., na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp, w postępowaniu pozostała jedna oferta Wykonawcy: Ventus Communications Sp. z o.o. z łączną najniższą ceną ofertową brutto wyższą o 100 597,64 zł od kwoty jaką Zamawiający, zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia (tj. 460 282,36 zł brutto).”

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 4) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.”

W myśl art. 90 ust. 1 ustawy pzp: „1. Jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, 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 2017 r. poz. 847); 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.”

Artykuł 90 ust. 2 i 3 stanowi: „2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. 3. 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.”

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy pzp: „1. Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: 4) cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.”

Przedmiotem sporu w niniejszej sprawie była kwestia prawidłowości wezwania Wykonawcy przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy pzp, a także oceny przez Zamawiającego złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień.

W ocenie Izby, procedura wezwania Odwołującego do wyjaśnień została przeprowadzona nieprawidłowo co w konsekwencji doprowadziło do błędnej oceny złożonych wyjaśnień i odrzucenia oferty Wykonawcy VOL System sp. z o.o. Tym samym Izba uznała za zasadne zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4) oraz art. 90 ust. 1 – 3 ustawy pzp.

W pierwszej kolejności Izba zwraca uwagę, że wezwanie skierowane przez Zamawiającego do Wykonawcy VOL System sp. z o.o. zostało sformułowane w sposób ogólny. Zamawiający nie sprecyzował w wezwaniu, które elementy ceny ze wskazanych w formularzu ofertowym, wzbudziły jego wątpliwości. Zamawiający zaznaczył, że żąda złożenia dowodów nie wskazując, jakie kwestie miałyby zostać poparte dowodami. W istocie wezwanie sprowadzało się wyłącznie do przytoczenia treści art. 90 ust. 1 ustawy pzp i wskazywało, że dotyczy rażąco niskiej ceny w stosunku do szacowanej wartości zamówienia. Zaznaczenia w tym miejscu wymaga, że dyspozycja art. 90 ust. 1 obliguje Zamawiającego do wyspecyfikowania na czym polegają wątpliwości co do ceny oferty, na co wskazują stwierdzenia: „wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia”. Zamawiający nie wziął również pod uwagę okoliczności, którą sam przyznał na rozprawie, że szacunkowa wartość zamówienia została opracowana na podstawie oprogramowania Cisco. Zamawiający miał świadomość, że Odwołujący oferuje produkt równoważny, nieznan Zamawiającemu, a zaistniała rozbieżność w stosunku do szacowanej wartości zamówienia mogła powstać na tym tle. Zamawiający nie sprecyzował jednak w wezwaniu, jakich wyjaśnień oczekuje od Wykonawcy.

W konsekwencji powyższego Odwołujący złożył wyjaśnienia w takim zakresie, jaki uważał za wystarczający. Zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem KIO, skierowanie ogólnego wezwania do wykonawcy powoduje powstanie po stronie wykonawcy uprawnienia do sformułowania wyjaśnień na tyle szczegółowych, jakie w jego ocenie gwarantują potwierdzenie wykonania zamówienia po cenie rynkowej, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Co znamienne w tej sprawie, Wykonawca nie złożył lakonicznych czy uniwersalnych wyjaśnień, wręcz przeciwnie, odniósł się do przesłanek zawartych w treści art. 90 ust. 1 ustawy pzp, jak również przedstawił kalkulację kosztów jakie generuje po jego stronie wykonanie zamówienia, tak aby zapewniło zysk i pozostawało w zgodności z postawionymi warunkami opisu przedmiotu zamówienia. Jak sam Zamawiający podnosił w odpowiedzi na odwołanie, ilość możliwych składników cenotwórczych w tym postępowaniu nie była nieograniczona, a formularz ofertowy zawierał wyłącznie dwie pozycje cenowe. Przy ogólnym wezwaniu Wykonawca nie ma wiedzy, jaki stopień złożoności składanych wyjaśnień i jak szczegółowe robienie kosztów składających się na cenę oferty Zamawiający uzna za wystarczające. W ocenie Izby Odwołujący uczynił zadość ogólnemu wezwaniu Zamawiającego, niemniej jednak złożone wyjaśnienia mogły wzbudzić kolejne wątpliwości po stronie Zamawiającego, które powinny skłonić go do skierowania ponownego wezwania.

Izba zgadza się z Zamawiającym, że instytucja ponownego wezwania do wyjaśnień powinna mieć charakter wyjątkowy, uzasadniony okolicznościami konkretnej sprawy. Zdaniem Izby, taka sytuacja zaistniała w niniejszej sprawie. Wskazuje

na to ocena wyjaśnień dokonana przez Zamawiającego i decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego. Zaznaczyć należy, że odrzucenie oferty eliminuje definitywnie możliwość wykonawcy ubiegania się o zamówienie publiczne, dlatego też Zamawiający nie powinien mieć żadnych wątpliwości, że jest ona właściwa i zgodna z przepisami. W niniejszej sprawie Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy VOL System sp. z o.o. pomimo, że decyzja o odrzuceniu oferty została oparta na dwóch wątpliwych podstawach. Zamawiający wskazał, że w rozbiciu cenowym Wykonawca nie przedstawił zysku. W ocenie Izby, nie można tego było definitywnie stwierdzić na podstawie wyjaśnień. Wykonawca w treści wyjaśnień podał, że w kalkulacji cenowej został ujęty zysk. Jak wynika z odwołania, Wykonawca po prostu nie przedstawił jego wartości w osobnej pozycji. Taka niejasność nie mogła stanowić o uznaniu wyjaśnień za niewyczerpujące, mając na względzie że Zamawiający nie wymagał wezwaniem wykazania tej pozycji. Podobnie jeśli chodzi o drugą z przyczyn odrzucenia oferty czyli brak ceny trzyletniego wsparcia producenta o nazwie produktowej Sup-NV-5K. Z treści wyjaśnień nie wynika, że Wykonawca nie ujął wsparcia producenta w cenie, świadczy o tym fragment wyjaśnień: „Na wycenę złożonej przez nas oferty składają się następujące istotne elementy składowe ceny: (...) b) Trzy letnie wsparcie producenta o nazwie produktowej Sup-NV-5K (...) Oferowane rozwiązanie będzie objęte trzyletnim okresem wsparcia producenta (Sup-NV-5K), a w całym okresie jego trwania a) będzie można zgłaszać awarie bezpośrednio do producenta (m.in. mailowo lub telefonicznie) b) możliwy będzie bezpośredni i wolny od dodatkowych opłat dostęp do pomocy technicznej producenta przez telefon, e-mail oraz WWW, w zakresie rozwiązywania problemów związanych z bieżącą eksploatacją oprogramowania.” Wykonawca podał też cenę za: Świadczenie usług wsparcia i serwisu technicznego. Zamawiający uznał, że jest to usługa wsparcia Wykonawcy, co stało się podstawą odrzucenia oferty, podczas gdy z treści wyjaśnień wynika, że to właśnie wymagane opisem przedmiotu zamówienia wsparcie producenta zostało objęte kalkulacją. Podkreślić należy, że jeśli Zamawiający miał wątpliwości w tej kwestii to mógł dopytać Wykonawcę w ponownym wezwaniu do wyjaśnień. Zamawiający przeprowadził błędną interpretację treści złożonych wyjaśnień. Co więcej, jak słusznie wskazał Odwołujący, działanie Zamawiającego polegające na skierowaniu ogólnego wezwania, a następnie arbitralnym uznaniu, że w wyjaśnieniach brakuje elementów, których Zamawiający oczekiwał co stało się podstawą odrzucenia oferty, należy uznać za nieuprawnione. Wykonawca pozostawał bowiem w niepewności, co do oczekiwań Zamawiającego. Błędne było również uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego, które poza wskazaniem na niespójności w wyjaśnieniach nie zawierało argumentacji potwierdzającej, że cena zaoferowana przez Wykonawcę jest nierealna, a kalkulacja nie przedstawia cen rynkowych dających gwarancję wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Zauważyć należy, że Wykonawca nie dołączył dowodów potwierdzających złożone wyjaśnienia. Izba wskazuje, że nie same dowody świadczą o prawidłowości wyjaśnień rażąco niskiej ceny, ale mają za zadanie uwiarygodnić kalkulację przedstawioną w wyjaśnieniach. Jak słusznie wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, brak dowodów nie może stanowić samoistnej przesłanki odrzucenia oferty, jako zawierającej rażąco niską cenę. Przede wszystkim wykonawca jest zobowiązany złożyć szczegółowe wyjaśnienia, czemu w ocenie Izby Odwołujący podolał. Izba nakazała jednak zgodnie z żądaniem Odwołującego skierowanie ponownego wezwania do wyjaśnień, gdyż złożone przez Wykonawcę mogły budzić kolejne wątpliwości u Zamawiającego, a przedstawione na rozprawie dowody nie mogły zostać wzięte pod uwagę przy rozstrzygnięciu, gdyż Zamawiający powinien mieć możliwość oceny i weryfikacji, czy dalsze wyjaśnienia wraz z dowodami potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Mając na względzie, że w ocenie Izby procedura wezwania nie została przeprowadzona w sposób prawidłowy, Izba nakazała aby w kolejnym wezwaniu Zamawiający szczegółowo przedstawił okoliczności mające podlegać wyjaśnieniu. Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego dotyczącej przedłużenia terminu na złożenie wyjaśnień, Izba wskazuje że okoliczność ta pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu, gdyż Wykonawca przedstawił wyjaśnienia w nowym terminie dozwolonym przez Zamawiającego.

W konsekwencji powyższego Izba uwzględniła również zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4) i nakazała unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp 2019, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 7.500,00 zł, wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł, kosztów związanych z dojazdem na posiedzenie i rozprawę w wysokości 54,90 zł na podstawie faktury Vat oraz biletu kolejowego złożonego przez Odwołującego na rozprawie.

**Przewodniczący.....**