

**Wyrok
z dnia 26 stycznia 2017 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki Protokolant:

Łukasz Listkiewicz

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 24 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 stycznia 2017 r. przez wykonawcę **E. Sp. z o.o., (..)** w postępowaniu prowadzonym przez **Instytut Fizjologii i Patologii Słuchu z siedzibą w Warszawie z adresem podanym w ogłoszeniu o zamówieniu: ul. Mokra 17, 05-830 Nadarzyn** przy udziale wykonawcy **C. Sp. z o.o., (...)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty złożonej przez odwołującego.
2. kosztami postępowania obciąża **Instytut Fizjologii i Patologii Słuchu w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **E. Sp. z o.o., (...)**;
- 2.1. zasądza od zamawiającego **Instytutu Fizjologii i Patologii Słuchu z siedzibą w Warszawie** na rzecz wykonawcy **E. Sp. z o.o., (...)** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania (15 000 zł) i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego (3 600 zł).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Instytut Fizjologii i Patologii Słuchu ul. Mokra 17, 05-830 Nadarzyn, Kajełany prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie: „Wykonanie aplikacji komputerowej pozwalającej na wykonywanie telekonsultacji, zdalnego sterowania innymi aplikacjami oraz planowania; zarządzania i koordynowania konsultacjami on-line”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2016/S 179-321571 w dniu 16.09.2016 r. Nr postępowania: IFPS/33/16

Odwołujący: E. sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie wniósł odwołanie wobec czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty dokonanych w toku prowadzonego przez Instytut postępowania.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

1. Unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego;
2. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty złożonej przez Odwołującego;
3. Uznanie oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą.

Odwołujący, jako wykonawca, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu posiada interes prawny w uzyskaniu zamówienia, objętego tym postępowaniem. Z kolei, czynność odrzucenia oferty Odwołującego, podjęta z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, skutkuje powstaniem szkody po jego stronie. Uwzględniając treść złożonych ofert odrzucenie oferty Odwołującego w sposób bezpośredni pozbawia go możliwości uzyskania zamówienia, co potwierdza, że posiada on interes w złożeniu niniejszego odwołania.

UZASADNIENIE

1/ Pismem z dnia 29.12.2016 r. otrzymanym w tym samym dniu Zamawiający poinformował Odwołującego o wynikach badania i oceny ofert, w tym o odrzuceniu złożonej przez niego oferty. Jako podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Z kolei z uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego wynika, że dla podjęcia tej czynności zasadnicze znaczenie miały następujące okoliczności i ustalenia:

- w treści udzielonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień Odwołujący nie wskazał precyzyjnego określenia jednego z istotnych czynników cenotwórczych;
- w treści dodatkowych wyjaśnień Odwołujący potwierdził cenę ww. elementu cenotwórczego, która według informacji

Zamawiającego, potwierdzonej treścią innych ofert i wyjaśnień w postępowaniu, odbiega znacznie (o około 50%) od ceny rynkowej;

- Odwołujący nie przedstawił żadnego dokumentu czy dowodu pozwalającego Zamawiającemu na ustalenie, że Odwołujący będzie w stanie nabyć dany element we wskazanej cenie;

- Złożone dodatkowo zastrzeżenie o alternatywnym sposobie realizacji również nie pozwala Zamawiającemu na przyjęcie, że oferowana cena nie ma charakteru rażąco niskiej. Pozostaje ono w istotnej sprzeczności z treścią złożonych pierwotnie wyjaśnień, ponadto koszt jego zastosowania został całkowicie pominięty przez Wykonawcę.

2.Odwołujący uznaje, że opisane w pkt 1 odwołania czynności Zamawiającego dokonane zostały z naruszeniem art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający w sposób wadliwy dokonał oceny udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień uznając, że ich treść potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

Pismem z dnia 25.11.2016 r.; znak: IFPS/1853/2016 Zamawiający wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Treść wezwania miała charakter ogólny i pokrywała się z treścią art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W odpowiedzi Odwołujący udzielił obszernych wyjaśnień, co zostało potwierdzone przez Zamawiającego w jego piśmie z dnia 29.12.2016 r.

W treści swoich wyjaśnień Odwołujący odniósł się do każdego z punktów wezwania, złożył szczegółową kalkulację ceny oferty oraz przedstawił metodologię ukształtowania tej ceny, stosowaną przy tego rodzaju projektach informatycznych. Treść udzielonych wyjaśnień miała charakter wyczerpujący. Potwierdzała ona, że w swojej wycenie Odwołujący nie pominął żadnego z elementów wchodzących -w zakres zamówienia, a w szczególności wyjaśnienia te prezentowały sposób ukształtowania ceny oferty. Taki sposób udzielenia wyjaśnień był szczególnie istotny z tej przyczyny, że w treści oferty Zamawiający wymagał określenia jedynie ceny ryczałtowej za realizację zamówienia. Odwołujący potwierdził zatem, że zaoferowana cena ma charakter rynkowy, uwzględnia ona zysk wykonawcy i gwarantuje wykonanie całości zamówienia bez poniesienia straty.

W odpowiedzi na powyższe wyjaśnienia Zamawiający skierował do Odwołującego ponowne wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (pismo z dnia 15.12.2016 r.). W treści tego wezwania Zamawiający poprosił o wskazanie nazwy, dostawcy/producenta i rodzaju (wersji) jednego z elementów wchodzących w zakres zamówienia oraz wezwał do potwierdzenia ceny tego elementu wskazanej w złożonej uprzednio kalkulacji ceny oferty.

Pismem z dnia 15.12.2016 r. Odwołujący udzielił odpowiedzi na ww. wezwanie. W sposób precyzyjny wskazał, nazwę, dostawcę/producenta i rodzaj (wersję) żądanego elementu.

Stosownie do wezwania, Odwołujący potwierdził ponadto przyjętą w kalkulacji cenę za wykonanie ww. elementu. Jednocześnie Odwołujący wskazał na ewentualną możliwość zastosowania innego niż ww. rozwiązania, jeżeli na etapie realizacji zamówienia okazałoby się, że możliwe jest jego zastosowanie.

Odwołujący stwierdza, że w świetle treści ww. dodatkowych wyjaśnień nie sposób przyjąć,

że Odwołujący nie udzielił odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 15.12.2016 r.

3.Uwzględniając powyższe, odnosząc się do uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego wskazać należy, co następuje:

Wbrew ustaleniom Zamawiającego, w treści udzielonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień, Odwołujący wskazał wszystkie istotne czynniki cenotwórcze, w tym element, którego wycena jest kwestionowana przez Zamawiającego.

Okoliczność, w której wycena jednego z elementów kalkulacji odbiega od znanych Zamawiającemu cen rynkowych tego elementu nie stanowi podstawy do przyjęcia, że cena całej oferty jest rażąco niska. Należy wskazać, że skierowane do Odwołującego wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp dotyczyło ceny całej oferty, a dodatkowe wezwanie z dnia 15.12.2016 r. miało na celu jedynie wyjaśnienie nazwy przyjętego w kalkulacji jednego z elementów oferty oraz potwierdzenie jego ceny.

Poza wezwaniem do wskazania nazwy jednego z elementów oferty oraz potwierdzenia wyceny tego elementu Odwołujący nie był wzywany przez Zamawiającego do przedstawienia jakichkolwiek dowodów, które miałyby potwierdzić, że będzie on w stanie nabyć ww. element w podanej w kalkulacji cenie.

Zamawiający w sposób wadliwy ocenił wskazane w dodatkowych wyjaśnieniach oświadczenie Odwołującego o ewentualnej możliwości zastosowania przy realizacji zamówienia alternatywnego rozwiązania w stosunku do jednego z elementów przyjętych w kalkulacji.

Podsumowując Zamawiający w sposób wadliwy ustalił, że treść udzielonych przez Odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień potwierdza, że cena całej oferty jest rażąco niska. Dokonując takiej oceny Zamawiający całkowicie pominął istotę pojęcia rażąco niskiej ceny, którą stanowi cena przewidywana wykonanie zamówienia ze stratą tj. poniżej realnych kosztów wykonawcy. Jak wynika z treści udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień brak jest podstaw do ustalenia takiego charakteru zaoferowanej przez niego ceny. W szczególności Zamawiający nie miał żadnych podstaw do ustalenia, że wykonanie zamówienia przy zastosowaniu wskazanej w wyjaśnieniach wyceny

kwestionowanego elementu spowoduje stratę po stronie Odwołującego. Przedstawiona przez Odwołującego szczegółowa kalkulacja ceny oferty, zawierająca ceny jednostkowe (wymaga podkreślenia, że Odwołujący nie był wzywany do złożenia szczegółowej kalkulacji ceny oferty), dawała

Zamawiającemu jednoznaczną podstawę do ustalenia, że cena całej oferty nie jest rażąco niska, nawet przy hipotetycznym założeniu, że wycena jednego z wielu elementów składających się na przedmiot zamówienia została zaniżona. Jeżeli natomiast Zamawiający miał co do tej wyceny wątpliwości, w tym, co do poziomu uwzględnionego zysku, to winien był wezwać Odwołującego do udzielenia stosownych wyjaśnień. W przedmiotowym stanie faktycznym mamy do czynienia z sytuacją, w której Odwołujący udzielił wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a treść tych wyjaśnień nie potwierdza, że cena oferty jest rażąco niska.

Na posiedzeniu odwołujący złożył pismo procesowe z częścią zastrzeżoną jako tajemnica przedsiębiorstwa. W toku rozprawy poparł odwołanie w całości wraz z zawartą w nim argumentacją, jak i uzasadnieniem zawartym w złożonym piśmie procesowym.

Stwierdził, że 28 listopada 2016 r. złożył zamawiającemu obszernie wyjaśnienia dotyczące wysokości zaoferowanej ceny, a na kolejne wezwanie zamawiającego z 15 grudnia 2016 r. udzielił odpowiedzi w zakresie obejmującym wszystkie oczekiwania zamawiającego zawarte w wezwaniu. Stwierdził, że nie miał żadnych podstaw domyślać się, iż zamawiający ma inne wątpliwości dotyczące oferty niż wyrażone w pisemnych wezwaniach.

Stwierdził, że nawet przy hipotetycznym założeniu wyższej ceny elementu cenotwórczego, który podlegał wyjaśnieniom na wezwanie zamawiającego powstała różnica mogłaby być pokryta z pozycji ryzyka i zysku pozostawiając przy tym zysk kilkunastoprocentowy. Podkreślił, że dowody złożone wraz z pismem procesowym dodatkowo potwierdzają realność zaoferowanej ceny i dopuszczalne było przedstawianie ich w toku postępowania odwoławczego. Potwierdził opis i sposób nabycia deklarowanego systemu z korzystnymi skutkami cenowymi dla wykonawcy, a w konsekwencji dla zamawiającego. Przypomniał treść uzasadnienia decyzji o odrzuceniu jego oferty, z której wynika iż powodem odrzucenia jest zaniżenie ceny wyłącznie jednego elementu cenotwórczego.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie z częścią zawierającą informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wniósł o oddalenie odwołania z uzasadnieniem stanowiska zawartym w złożonym piśmie. Stwierdził, że dokonał starannego badania ofert, w tym oferty złożonej przez odwołującego. Zauważył, że pierwsze wyjaśnienie tylko z pozoru było szczegółowe.

Stwierdził, wartość przedmiotu zamówienia, jak i że cenę elementu, co do którego żądał dodatkowych wyjaśnień, oszacował w sposób rzetelny, a jako użytkownik końcowy ocenia,

że nie będzie mógł korzystać z jakichś szczególnych preferencji, które wskazuje odwołujący w piśmie. Wskazał, że w wyjaśnieniach z 15 grudnia 2016 r. wykonawca przedstawił ewentualność zaoferowania innego rozwiązania (str. 2). Brak też było jakichkolwiek informacji o szczególnych warunkach preferencyjnych. Stwierdził, że dowody złożone przez odwołującego wraz z pismem nie mogą być wzięte pod uwagę. Wskazał na sporządzoną przez siebie analizę kosztów trzech wykonawców, w tym odwołującego (o zbliżonych cenach), z której wnioskuje, iż cena odwołującego może być niewystarczająca na rzetelną realizację zamówienia. Wskazał na ceny innych wykonawców, w tym cenę spornego elementu, treść wyjaśnień wykonawców na tę okoliczność (wszystkie z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa) oraz własną analizę porównawczą trzech ofert, w tym oferty odwołującego w celu poparcia stanowiska przedstawionego w decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty odwołującego oraz wyrażonego w toku postępowania odwoławczego.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania dzieląc stanowisko zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść ofert złożonych zamawiającemu, w tym oferty odwołującego oraz przebieg czynności badania i oceny ofert wraz z ich wynikiem końcowym, a także poddając ocenie dowody przedstawione przez strony w toku postępowania odwoławczego, jak również stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba uznała, że podlega ono uwzględnieniu.

Skład orzekający podziela stanowisko zamawiającego, iż prawidłowo w oparciu o przepis art. 90 ust. 1a ustawy pzp podjął, między innymi w stosunku do odwołującego, postępowanie wyjaśniające dotyczące wysokości zaoferowanej ceny z uwagi na jej relacje do wartości przedmiotu zamówienia, jak i średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych

ofert. Wykonawca w wyjaśnieniach przedstawił stosowaną metodologię szacowania kosztów oraz dokonane oszacowanie na podstawie ocen dokonanych przez własnych ekspertów. Jak wynika z treści ponownego wezwania zamawiającego datowanego 15.12.2016 r. zamawiający zwrócił się o wskazanie, nazwy, dostawcy/producenta i rodzaju /wersji/ oferowanych licencji dla serwera bazy danych z potwierdzeniem przekazanych informacji dotyczącej oferowanej ceny tych licencji przypominając przy tym, że oferowane licencje winny uwzględniać wymagania zamawiającego opisane w siwz i przytoczone w treści tego wezwania.

W odpowiedzi udzielonej w tym samym dniu wykonawca potwierdził wymagane parametry i cenę uprzednio zadeklarowaną dla tego elementu.

W decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej zamawiający wskazał na przyczyny odrzucenia oferty odwołującego stwierdzając, że otrzymał obszerną odpowiedź, objętą w całości zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa bez precyzyjnego określenia jednego z istotnych czynników cenotwórczych. W treści dodatkowej odpowiedzi na wezwanie, również objętej zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, element został precyzyjnie zidentyfikowany z potwierdzeniem jego bardzo niskiej ceny. Wg wiedzy zamawiającego, potwierdzonej treścią innych ofert i wyjaśnień, oferowana cena odbiega bardzo znacznie o ok. 50% od ceny rynkowej. Zamawiający nie otrzymał dowodu co do możliwości nabycia danego elementu we wskazanej cenie.

Jak zauważyła składowa orzekająca zamawiający przedstawił znaczącą, wyżej wskazaną, różnicę w stosunku do cen rynkowych w odniesieniu do jednego elementu będącego przedmiotem dodatkowych wyjaśnień. Okoliczności tej nie zaprzeczył w toku rozprawy.

Izba stwierdza, że zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. Nie przesądzając w tym miejscu, czy wykonawca złożonymi na pierwsze wezwanie wyjaśnieniami w pełni udowodnił realność zaoferowanej ceny, należy zauważyć, że z treści kolejnego wezwania zamawiającego w tym zakresie, a dotyczącego konkretnego, jednego elementu cenotwórczego, wykonawca miał podstawy sądzić, że tylko co do tego elementu i jego ceny zamawiający nadal ma wątpliwości i zwraca się o ich „rozwiązanie”. Co do pozostałej treści wyjaśnień mógł być wykonawca sądzić, iż nie budzą zastrzeżeń.

W złożonym odwołaniu wykonawca konsekwentnie podnosi poprawność skalkulowania zaoferowanej ceny, jakkolwiek nie przedstawia dodatkowych dowodów na potwierdzenie stanowiska.

Dowody takie, jak słusznie zauważył zamawiający, zostały złożone dopiero na rozprawie. Zważywszy na treść art. 190 ust. 1 zdanie drugie dający prawo przedstawiania dowodów aż do zamknięcia rozprawy, Izba przyjęła i uznała za znaczące dla rozstrzygnięcia złożone dokumenty, jako potwierdzające zasadność zarzutów odwołania w szczególności co do możliwości pozyskania przez odwołującego spornego elementu. Biorąc poza tym pod

uwagę, że w istocie zamawiający odrzucił ofertę nie z powodu jej rażąco niskiej ceny, lecz rażąco, w jego ocenie, niskiej ceny jednego elementu, uzasadnione jest stwierdzenie o naruszeniu w toku postępowania przepisów ustawy pzp wskazanych w rozpatrywanym odwołaniu.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:.....