

**WYROK**  
**z dnia 19 grudnia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:                    Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant:                        Cyprian Świś**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 grudnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 grudnia 2013 r. przez MALKOM D. M..... i Wspólnicy Spółka Jawna w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Narodowy Fundusz Zdrowia w Warszawie

przy udziale wykonawców: Unizeto Technologies S.A. w Szczecinie, WASKO S.A. w Gliwicach zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddała odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża MALKOM D. M..... i Wspólnicy Spółka Jawna w Warszawie, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez MALKOM D. M..... i Wspólnicy Spółka Jawna w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od MALKOM D. M..... i Wspólnicy Spółka Jawna w Warszawie, na rzecz Narodowego Funduszu Zdrowia w Warszawie, kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz.907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:                    .....**

### Uzasadnienie

Zamawiający – Narodowy Fundusz Zdrowia - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „Budowa, wdrożenie i serwis systemu Infrastruktury Klucza Publicznego na potrzeby RUM II oraz innych systemów wymagających PKI dla Centrali NFZ (Dostawa systemu Infrastruktury Klucza Publicznego na potrzeby RUM II oraz innych systemów wymagających PKI dla Centrali NFZ (nr AZP-2611-32/13).

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 25 lipca 2013 r. pod numerem 2013/S 145-252305.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

25 listopada 2013 r. zamawiający wezwał Malkom D. M..... i Wspólnicy Spółka Jawna w Warszawie do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę.

Wezwany wykonawca udzielił wyjaśnień, jednak 5 grudnia 2013 r. wniósł odwołanie. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 Pzp tj. naruszenie w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji poprzez faktyczne różnicowanie sytuacji poszczególnych wykonawców w postępowaniu (działania i zaniechania zamawiającego) ze względu na zakres informacji, jakich domaga się od odwołującego w postępowaniu w szczególności zaś wymagania, jakie stawia zamawiający wykonawcy na etapie po złożeniu ofert;
2. art. 29 ust. 1 i 2 Pzp tj. naruszenie (wprost) zasady jednoznacznego i wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia (na określonym etapie postępowania) i domaganie się od odwołującego (na kolejnym etapie w czasie niedozwolonym) dookreślenia przedmiotu zamówienia;
3. art. 36 ust. 1 Pzp tj. naruszenie zasady stałości i zupełności specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej jako „SIWZ” przez dodanie *sui generis* na późniejszym etapie (tj. wezwaniem z dnia 25 listopada 2013 r.) wymagań wobec odwołującego, które nie znalazły się w SIWZ do wykonania na danym etapie postępowania i które (o ile mają być wykonane w zamówieniu przez wykonawcę) muszą zostać wykonane w określonym terminie, tj. w określonej sekwencji zgodnej z SIWZ, w szczególności z wzorem umowy stanowiącym załącznik do SIWZ;
4. art. 38 ust. 4 Pzp przez jego niezastosowanie, podczas gdy w przypadku wiedzy (tu:

domniemanie staranności i profesjonalizmu) zamawiającego winien on dokonać ewentualnej zmiany treści SIWZ przed upływem terminu na składanie ofert przez wykonawców w tym przez Malkom, gdyż zmiany jakich w istocie dokonał zamawiający wezwaniem do wyjaśnień i żądaniem wypełnienia stosownej tabeli są zmianami SIWZ i jako takie powinny być przeprowadzone zgodnie z Pzp w odpowiednim czasie i z zastosowaniem odpowiedniej procedury, której zamawiający zaniechał;

przede wszystkim zaś naruszenia:

5. art. 90 ust. 1 Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie, niewłaściwą interpretację i wykładnię tj. domaganie się od odwołującego, aby ten udzielił „wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny oferty złożonej w ww. postępowaniu” (*vide*: wezwanie z dnia 25 listopada 2013 r.) i „przedstawienie szczegółowego wykazu przedmiotowych składników cenotwórczych (...) z uwzględnieniem pozycji ujętych w załączonej (do wezwania z dnia 25 listopada 2013 r. - przyp. Malkom) tabeli”, tj. danych, które mogą być wymagane od odwołującego dopiero na późniejszych etapach postępowania (*vide*: wzór umowy stanowiący załącznik do SIWZ), a tym samym w istocie dokonanie bezprawnej zmiany SIWZ i stawiania odwołującemu wymogów nie objętych SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. odstąpienia od czynności wzywania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie i formie oraz treści, jak zostało to wskazane w piśmie/wezwaniu zamawiającego do odwołującego z dnia 25 listopada 2013 r.;
2. uznanie za niebyłe wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień na wezwanie zamawiającego z dnia 25 listopada 2013 r.;
3. uznanie za niebyłą odpowiedzi udzielonej przez odwołującego na wezwanie zamawiającego z dnia 25 listopada 2013 r., ewentualnie uznanie jej za wystarczającą;
4. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego poniesionych przez niego kosztów odwołania - zgodnie z normami przepisanyymi.

W uzasadnieniu odwołujący stwierdził, iż zamawiający wykroczył poza wymagania stawiane wykonaniu przedmiotu zamówienia opisane w SIWZ i powołał przede wszystkim w § 3 wzoru umowy (str. 9 *in fine*) zamawiający zażądał, „by budowa i wdrożenie systemu PKINFZ zostało wykonane w następujących terminach:

- 1) wykonanie etapu I obejmującego: a) plan projektu, b) projekt funkcjonalny, c) projekt techniczny, nie później niż w ciągu 2 miesięcy od dnia podpisania umowy”;
- 2) wykonanie etapu II, obejmującego: a) opracowanie dokumentacji technicznej i eksploatacyjnej wymaganej dla budowy i uruchomienia Systemu PKINFZ, b) dostawę sprzętu i Oprogramowania podstawowego niezbędnego do realizacji etapu II, c) budowę środowiska testowego, d) budowę i wdrożenie środowiska produkcyjnego Systemu PKINFZ o docelowej funkcjonalności oraz wydajności 30% docelowej wydajności, e) instalację oraz konfigurację w środowisku testowym i produkcyjnym, f) wdrożenie Systemu PKINFZ w

zakresie umożliwiającym pełną integrację wszystkich komponentów Systemu PKINFZ oraz usług zewnętrznych, g) testy akceptacyjne, h) opracowanie dokumentacji systemu i oprogramowania, i) szkolenia i warsztaty użytkowników oraz administratorów Zamawiającego w zakresie funkcjonalności wykonanych w etapie II, nie później niż w ciągu 6 miesięcy od dnia podpisania umowy";

- 3) III etap ma zakończyć się nie później niż w ciągu 18 miesięcy od dnia podpisania umowy" a obejmować ma „a) opracowanie dokumentacji wymaganej dla rozbudowy Systemu PKINFZ, b) rozbudowę i wdrożenie Systemu PKINFZ produkcyjnego do docelowej wydajności 100% przy zachowaniu funkcjonalności, c) instalację oraz konfigurację w środowisku produkcyjnym, d) testy akceptacyjne, e) zaktualizowanie dokumentacji systemu i oprogramowania, f) szkolenia i warsztaty użytkowników oraz administrator".

Odwołujący wywodził, że jeżeli zamawiający wskazał dosyć szczegółowo, jakie prace mają zostać wykonane przez po zawarciu umowy, to nie może wymagać wykonania części tych prac (wypełnienie tabeli) na etapie „przedumownym”. Argumentował, że dane, które należy zawrzeć w wymaganej przez zamawiającego tabeli są danymi, które powstać powinny na etapie I (wskazanym w § 3 ust. 2 pkt 1 wzoru umowy). Podnosił, że zamawiający niewłaściwie określił przedmiot zamówienia i obecnie interpretuje zapisy SIWZ w sposób tylko sobie pomocny oraz powoływał orzecznictwo przede wszystkim dotyczące opisu przedmiotu zamówienia oraz znaczenia SIWZ.

Odwołujący zarzucił, że w treści wniosku z dnia 25 listopada 2013 r., zamawiający wskazał bardzo szczegółowe wymagania co do wyjaśnień (ich treści), a żaden przepis ustawy nie wskazuje, jak szczegółowe ma być wezwanie do złożenia wyjaśnień, ale też żaden przepis tej ustawy nie określa, jak szczegółowa ma być odpowiedź.

Podniósł, że do wezwania zamawiający załączył tabelę (trzy strony A4), zaś dane jakie miałyby odwołujący zawrzeć w tejże tabeli są w dużej mierze danymi które, albo już znalazły się w ofercie, albo też nie mogą być żądane na obecnym etapie postępowania. Wypełnienie przez odwołującego tabeli w sposób oczywisty będzie obejściem przepisów Pzp w szczególności zaś art. 7 (zasada uczciwej konkurencji) oraz art. 29 Pzp (opis przedmiotu zamówienia) a także art. 36 PZP (treść SIWZ) i art. 38 PZP (zmiana SIWZ).

Odwołujący ocenił, że trzy strony A4 załączone do wezwania do złożenia wyjaśnień są w istocie wykazem sprzętu i oprogramowania, który ma być wskazany (i wykazany) po złożeniu oferty, w sytuacji, gdy zamawiający nie stawiał tego warunku na etapie składania ofert przez wykonawców.

Wykonawcy WASKO S.A. w Warszawie oraz Unizeto Technologies S.A. w Szczecinie przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Wartość zamówienia została ustalona w kwocie 9 567 000 zł netto.

Zgodnie z protokołem z prac komisji przetargowej z 25 listopada 2013 r. W postępowaniu złożono 10 ofert z cenami odpowiednio:

1. Gemalto Sp. z o.o. w Tczewie – 10.191.567 zł.;
2. Konsorcjum: Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., Comp S.A., Intergrated Solution Sp. z o.o. – 5.288.910 zł.;
3. Konsorcjum: Eurokerg Sp. z o.o., Koncept Sp. z o.o. – 3.255.687 zł.;
4. Konsorcjum: UTI GRUP S.A., Grupa UTI Polska Sp. z o.o. – 9.561.232,80 zł.;
5. Petacomp Systemy Informatyczne S.A. – 6.027.000 zł.;
6. Comarch Polska S.A. – 9.165.960 zł.;
7. WASKO S.A. – 7.964.370 zł.;
8. Odwołujący – 2.655.102, 50 zł.;
9. Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S.A. – 6.439.044 zł.;
10. Unizeto Technologies S.A. – 4.823,284 zł.

Pismem z dnia 25 listopada 2013 r. zamawiający wystąpił do wykonawców, którzy złożyli oferty opatrzone nr 2, 3, 8 i 10 z powołaniem się na art. 90 ust. 1 Pzp o wskazanie czynników cenotwórczych mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zamawiający przywołał dyspozycję art. 90 ust. 2 Pzp. Wskazał też, że wykonawca zobowiązany jest wyjaśnić, czy zaoferowana cena nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w postaci utrudniania dostępu do rynku. Zamawiający prosił o przedstawienie szczegółowego wykazu składników cenotwórczych wskazanych w załączonej tabeli, z uwzględnieniem, czy zaoferowana cena będzie miała wpływ na utrzymanie wymaganej jakości.

Tabela stanowiąca załącznik do wezwania przewidywała podanie ceny, liczby, przeznaczenia oraz podstawowych parametrów technicznych 10 komponentów sprzętowych, ceny rodzaju, środowiska produkcyjnego, liczby licencji i przeznaczenia 5 rodzajów planowanego do wykorzystania oprogramowania. W oddzielnej tabeli zamawiający przewidział podanie kosztów zakupu sprzętu i oprogramowania oraz ich sumy.

Zgodnie z wymaganiami zamawiającego wykonawca winien złożyć wraz z ofertą „Opis sposobu realizacji wymagania” potwierdzający spełnianie wszystkich wymagań określonych w Załączniku nr 10 (tabela spełnienia wymagań) do SIWZ tj. łącznie 167 wymagań przez określenie opisu sposobu realizacji, przy czym zamawiający nie żądał wprost podania w nim danych o stopniu szczegółowości wskazanej w wezwaniu.

Zamawiający nie oczekiwał podania przez wykonawców szczegółowych wykazów nazw handlowych aplikacji i sprzętu, gdyż weryfikacja a dostarczonej funkcjonalności nastąpi na etapie testów i odbioru

(odpowiedź na pytanie nr 24 z 5 i 6 sierpnia 2013 r.).

Powołanych ustaleń Izba dokonała na podstawie dowodów z powołanych pism i dokumentów, które w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez zamawiającego znajdują się w aktach sprawy.

Postanowienia wzoru umowy zostały prawidłowo powołane przez odwołującego, ich powtarzanie jest zbędne.

### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego i uznała, że odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia.

Wezwanie do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę jest samoistną czynnością zamawiającego, zatem zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp przysługuje od niej odwołanie. Odwołanie takie nie może być uznane za przedwczesne już choćby z tego względu, że w obecnym stanie prawnym odrzuceniu podlega odwołanie wniesione wyłącznie po upływie terminu przewidzianego ustawą na jego wniesienie (art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp). Zatem podnoszona przez zamawiającego przedwczesność odwołania, z którym to poglądem Izba się nie zgadza, nie uniemożliwia rozpoznania zarzutów odwołania.

Istotne jest przy tym, że zgodnie z poglądem wypracowanym przez orzecznictwo arbitrażowe i sądowe złożenie przez wykonawcę wezwanego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp wyjaśnień uznanych przez zamawiającego za niedostateczne jest zrównane w skutkach z brakiem wyjaśnień w ogóle, to znaczy powoduje odrzucenie oferty wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień (por.: wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie 9 kwietnia 2010 r. sygn. akt IV Ca 1299/09). Wniesienie odwołania wobec czynności wezwania do złożenia wyjaśnień, która zdaniem odwołującego narusza przepisy ustawy, nie tylko jest zatem zgodne z interesem odwołującego w uzyskaniu danego zamówienia, ale również zmierza do zapobieżenia powstania po stronie odwołującego szkody w postaci odrzucenia jego oferty i utraty szansy na uzyskanie zamówienia.

Prezentowanemu pogładowi nie sprzeciwia się żądanie przez odwołującego uznania złożonych przez niego wyjaśnień za niebyłe albo uznanie tych wyjaśnień za wystarczające.

Żądanie takie jest oczywiście błędne, gdyż czynnością, która podlega ocenie Izby w badanym postępowaniu jest czynność wezwania do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę, a nie ocena wyjaśnień udzielonych przez odwołującego. Nieadekwatność żądania odwołania do postawionych zarzutów nie ma znaczenia w postępowaniu odwoławczym. Izba związana jest bowiem wyłącznie zarzutami, nie zaś żądaniami odwołania (*arg a contrario* z art. 192 ust. 7 Pzp).

W razie stwierdzenia, że skarżona czynność zamawiającego narusza przepisy ustawy Izba uwzględniając odwołanie nakazuje zamawiającemu unieważnienie, dokonanie lub powtórzenie

czynności tak, aby przywrócić procedurze stan zgodności z ustawą, nawet jeśli żądanie odwołania było inne.

Izba rozpoznała zatem odwołanie co do istoty i uznała, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Izba zważyła przede wszystkim, że odwołujący nie kwestionował w odwołaniu terminu wyznaczonego mu przez zamawiającego na złożenie wyjaśnień. Kwestia ta jako nie objęta zarzutami odwołania nie może być zatem przedmiotem rozstrzygnięcia Izby.

Izba stwierdziła, że odwołujący dąży do unieważnienia czynności wezwania go do złożenia wyjaśnień zasadniczo z tego powodu, że jego zdaniem zamawiający żąda – wbrew wymaganiom SIWZ – podania informacji, do uzyskania których będzie uprawniony dopiero po podpisaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, po wykonaniu etapu I przez wykonawcę.

Zarzuty naruszenia art. 29 ust. 1 oraz art. 38 ust. 1 i 4 Pzp mogą być postawione w terminie 10 dni liczonych odpowiednio od dnia opublikowania SIWZ, albo o dnia udzielenia wyjaśnień jej treści.

Izba zważyła jednak, że gros zarzutów odwołania wynika z błędnego utożsamiania przez odwołującego czynności wezwania do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę, z czynnością wyjaśniania treści oferty, będącymi dwoma odrębnymi czynnościami w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Pierwsza z nich normowana w art. 90 ust. 1 Pzp jest dokonywana przez zamawiającego jeśli ma on wątpliwości do prawidłowości rzetelności ceny oferty. Tymczasem z instytucji wyjaśniania treści oferty normowanej przez art. 87 ust. 1 Pzp zamawiający korzysta, gdy pewne elementy oferty nie są dla niego jasne. Udzielone wyjaśnienia stanowią bowiem rodzaj wykładni autentycznej oświadczenia woli wykonawcy, jakie stanowi oferta.

Większość orzecznictwa powołanego przez odwołującego oraz wywodzonych z niego postulatów odnosi się do czynności wyjaśniania treści oferty, nie zaś do wyjaśniania ceny oferty.

Argumentacja ta jest zatem chybiona w odniesieniu do badania ceny oferty, zwłaszcza że, zamawiający żądając od wykonawcy wyjaśnień nie wykroczył poza granice wymagań co do jego terminu wykonania przedmiotu zamówienia określonych w SIWZ, w tym we wzorze umowy stanowiącym integralną część SIWZ. Zamawiający w treści wezwania nie żądał bowiem podania nazw handlowych aplikacji i sprzętu, ani też przedstawienia w ramach wyjaśnień, przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego, projektu systemu. Ten drugi fakt przyznał sam odwołujący, który oświadczył na rozprawie, że projekt systemu wymaga więcej danych, niż żądane przez zamawiającego w wyjaśnieniach.

Czytelną intencją zamawiającego wyrażoną w wezwaniu było uzyskanie wyjaśnień ceny oferty w kontekście wymagań jakościowych stawianych przedmiotowi zamówienia, które zostały opisane w SIWZ.

W tym kontekście, nawet gdyby przyjąć, że wezwanie zawierające jako podstawę prawną art. 90

ust. 1 Pzp zawiera w sobie również elementy badania oferty wykonawcy, nie można uznać je za niedopuszczalne. Zamawiający ma prawo zadawać pytania zmierzające do ustalenia, czy oferowany przez danego wykonawcę przedmiot zamówienia spełnia jego oczekiwania wyrażone w SIWZ i czy w tym zakresie został wyceniony. Zamawiającemu nie można natomiast odrzucić oferty z powodu braku spełniania przez oferowane świadczenie wymagań, które nie zostały w SIWZ jasno wyrażone, w okolicznościach sporu - przykładowo - z powodu nieodpowiedniej zdaniem zamawiającego liczby rdzeni serwera.

Istotą sporu jest przede wszystkim zasadność badania ceny oferty odwołującego oraz zakres informacji żądanych w wezwaniu.

Izba uznała, że wezwanie odwołującego do udzielenia wyjaśnień mających wpływ na cenę oferty było zasadne, mając na względzie przede wszystkim różnicę ceny oferty odwołującego zarówno w stosunku do szacunków dokonanych przez zamawiającego, które zostały przez niego upublicznione i nie były kwestionowane przez odwołującego jako zawyżone. Wątpliwości zamawiającego znajdują uzasadnienie również w średniej cenie wszystkich ofert złożonych w postępowaniu.

Zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż wezwał do złożenia ofert wszystkich wykonawców, których ceny wynosiły 50% i poniżej wartości oszacowanej przez zamawiającego. Na odwołującego nie został nałożony ciężar większy, niż na innych wykonawców wezwanych do złożenia wyjaśnień, gdyż wezwania kierowane do wykonawców były jednobrzmiące.

Zamawiający nie jest zobowiązany do tego by wzywać do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty wszystkich wykonawców, którzy ubiegają się o dane zamówienie. Zamawiający wzywa wyłącznie tych wykonawców, co do których zachodzi podejrzenie, że cena ich oferty może być rażąco niska. Zamawiający nie może bowiem odrzucić oferty wykonawcy bez dania mu możliwości wykazania, że cena jego oferty jest obliczona rzetelnie.

*Ratio legis* art. 90 ust. 1 Pzp jest ochrona zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia w przyszłości, lecz jednocześnie również umożliwienie uczciwej konkurencji wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia.

Ta perspektywa wyrażana jest w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich (dawniej Europejski Trybunał Sprawiedliwości). W wyroku z 29 marca 2012 r., (sygn. akt C-599/10, SAG ELV Slovensko a.s.) Trybunał podniósł, że celem procedury badania elementów składowych rażąco niskiej ceny jest zapobieganie arbitralności instytucji zamawiającej i zagwarantowanie konkurencji między przedsiębiorcami na zdrowych zasadach. Jednocześnie wskazał na konieczność jasnego sformułowania żądania kierowanego do wykonawców. Trybunał wywiódł, że „zamiarem prawodawcy Unii było ustanowienie względem instytucji zamawiających wymogu, by dokonywały one weryfikacji składowych elementów rażąco niskich ofert, poprzez nałożenie na nie w tym celu obowiązku zażądania od kandydatów przedstawienia uzasadnienia koniecznego do wykazania, że oferty te są poważne (podobnie wyrok z dnia 27 listopada 2001 r. w sprawach



połączonych C-285/99 i C-286/99 Lombardini i Mantovani). Ponadto Trybunał stwierdził, że dla wykazania, że oferta wykonawcy jest poważna, instytucja zamawiająca powinna w sposób jasny sformułować żądanie skierowane do danych kandydatów, celem umożliwienia im uzasadnienia w sposób kompletny i użyteczny poważnego charakteru oferty.

Również w orzecznictwie krajowym wskazuje się na konieczność skonkretyzowania przez zamawiającego elementów, których wyjaśnienia zamawiający oczekuje. Sąd Okręgowy w Częstochowie, w wyroku z 12 sierpnia 2005 r. (sygn. akt: VI Ca 464/05), stwierdził, że „oczywistym jest jednak, iż, aby ustalić, czy cena całkowita jest rażąco niska, konieczna jest analiza elementów na nią się składających” oraz, że „każdy koszt winien być wyceniony rzetelnie”.

Z kolei Sąd Okręgowy w Olsztynie V Wydział Gospodarczy w orzeczeniu z 9 grudnia 2010 r. (sygn. akt V Ga 122/10) wywiódł, że pytanie skierowane do wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp powinno wskazywać elementy oferty, które podczas badania oferty wzbudziły wątpliwości i co do których zamawiający oczekuje wyjaśnień.

Przyjmując wyrażone wyżej poglądy za własne Izba stwierdziła, że czynność zamawiającego polegająca na wezwaniu odwołującego do złożenia wyjaśnień ceny oferty odpowiada prawu. Zamawiający precyzyjnie wskazał elementy cenotwórcze oferty, których wyjaśnień oczekuje.

Wykonawca obliczający cenę oferty z należytą starannością, zwłaszcza przy tak indywidualnym zamówieniu obejmującym system dedykowany dla konkretnego zamawiającego, wie przecież, z jakich elementów chce zbudować system oraz jaka jest ich wartość.

Przepisy prawa nie sprzeciwiają się temu, aby – w okolicznościach sporu - zamawiający uzyskał wiedzę co do ceny rodzajowo określonych elementów oferty na etapie badania i oceny ofert. Natomiast skutek braku wyjaśnień dotyczących liczby, przeznaczenia oraz parametrów technicznych i przewidywanego zastosowania sprzętu i oprogramowania może być oceniany wyłącznie na gruncie wymagań SIWZ.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....