

WYROK

z dnia 12 maja 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 i 8 maja 2014 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 kwietnia 2014 r. przez wykonawcę

Comparex Poland S.A. ul. Równoległa 2, 02-235 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez

Centralny Ośrodek Informatyki ul. Stawki 3, 02-676 Warszawa

przy udziale wykonawców:

- 1. Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. ul. Kasprzaka 3, 85-321 Bydgoszcz,**
 - 2. Centrum Udostępniania Dokumentów Sp. z o.o. ul. Farbiarska 7a, 02-862 Warszawa**
- zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokończenie czynności wyjaśnienia wysokości ceny, opisanej w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Centralny Ośrodek Informatyki i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Comparex Poland S.A. tytułem wpisu od odwołania,**

2.2. zasądza od Centralnego Ośrodka Informatyki na rzecz wykonawcy Comparex Poland S.A. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907 z późn. 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:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Centralny Ośrodek Informatyki prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „świadczenie usługi serwisu sprzętu komputerowego klasy IBM Mainframe” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 13 marca 2014 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 85716-2014. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący – Comparex Poland S.A. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego, pomimo że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,
2. art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 6 Kodeksu cywilnego poprzez wadliwe sformułowanie zapytania skierowanego do odwołującego,
3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
4. art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, a także inne przepisy wskazane lub wynikające z uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert,
3. dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,
4. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego,
5. przeprowadzenie dowodów z dokumentów, które zostaną przedłożone na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że został wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W wyznaczonym terminie złożył żądane wyjaśnienia stosownie do treści wezwania. Oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych jako zawierająca rażąco niską cenę. W ocenie zamawiającego

wyjaśnienia złożone przez odwołującego nie pozwalają uznać, że cena zaoferowana przez odwołującego nie jest rażąco niska. Zamawiający powołał się w szczególności na niejasności co do ilości urządzeń niezbędnych do obsługi serwisowej, a przez to również wartość tej części kalkulacji oferty, a także na brak wskazania przez odwołującego marży za realizację przedmiotu zamówienia.

Jak wynika z treści art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w przypadku wątpliwości zamawiającego co do wysokości ceny zaoferowanej przez wykonawcę, zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W wezwaniu do wyjaśnienia ceny ofertowej odwołującego zamawiający nie wskazał, w jakim zakresie oferta ta budzi jego wątpliwości pod kątem rażąco niskiej ceny, ale poprzestał na ogólnym sformułowaniu wynikającym z art. 90 ust. 1 i zażądał udzielenia „wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny”.

Wobec tego w wyjaśnieniach odwołujący wskazał na dwa zasadnicze elementy składające się na cenę oferty, tj. cenę sprzętu niezbędnego do wykonania przedmiotu zamówienia oraz cenę pracy zasobów ludzkich, które mają realizować przedmiot zamówienia.

W przypadku ceny sprzętu odwołujący powołał się na okoliczność dysponowania częściami zamiennymi sprzętu niezbędnymi do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia oraz wskazał ceny zakupu poszczególnych komponentów.

Bezzasadny jest zarzut zamawiającego dotyczący braku wskazania liczby urządzeń. W decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający powołuje się na fakt, iż kalkulacja zawiera określenie typu i modelu urządzenia, które ma być serwisowane oraz jednostkową cenę zakupu poszczególnych urządzeń. Zatem już z samego sformułowania zawartego w kalkulacji oferty przedstawionej przez odwołującego oraz z decyzji zamawiającego wynika, że chodzi o jedno urządzenie (jedną sztukę). Zamawiający wskazuje ponadto, iż ceny podane przez odwołującego są zbyt niskie, aby mogły dotyczyć całego urządzenia, co dodatkowo potwierdza, że zamawiający przyjął jako podstawę liczbę sztuk.

Odwołujący powołał się na ceny zakupu poszczególnych komponentów na podstawie ofert przedstawionych przez partnerów handlowych. Ceny te są realne. Do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia możliwe jest zastosowanie używanych komponentów, zamawiający jako nowych wymaga bowiem wyłącznie dysków twardych. Ma to wpływ na cenę komponentów określonych w wyjaśnieniach odwołującego. Odwołujący w wyjaśnieniach wskazał koszt zakupu nowych dysków twardych.

W odniesieniu do wartości zasobów ludzkich odwołujący powołał się na szacowane zaangażowanie inżynierów serwisowych, które określił na poziomie pomiędzy 45 a 90

osobodni oraz na stawkę za osobodzień. W ramach części ceny ofertowej obejmującej zasoby ludzkie, mieści się jego marża za realizację przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnienia ceny ofertowej nie wymagał podania wysokości marży czy jej procentowego określenia w stosunku do całości ceny ofertowej, żądał tylko wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Odwołujący podał więc dwa elementy składające się na cenę ofertową, w tym maksymalną możliwą cenę zakupu usług zasobów ludzkich.

Marża odwołującego powstaje na dwóch poziomach: 1) maksymalne zaangażowanie inżynierów serwisowych. Określono je na maksimum 90 osobodni i, na podstawie dotychczasowych doświadczeń odwołującego, jest to założenie zawierające bardzo dużą rezerwę, gdyż jeszcze nie zdarzyło się, aby rzeczywiste zaangażowanie pracowników oscyloowało w granicach maksymalnej liczny osobodni. W każdym przypadku, gdy zaangażowanie inżynierów będzie niższe niż 90 osobodni, po stronie odwołującego powstanie zysk. 2) Marża odwołującego mieści się również w samej stawce za osobodzień, która została skalkulowana na poziomie 1.600 zł. Wartość usług zasobów ludzkich, za jakie zapłaci odwołujący, będzie faktycznie niższa (na podstawie średniej dla Mazowsza jest to 500 zł za jeden dzień). Ponadto stawka 1.600 zł jako cena zakupu przez zamawiającego nie może być rozumiana inaczej, gdyż tego rodzaju stawka daje koszt zatrudnienia pracownika za wynagrodzeniem ponad 32 tys. zł miesięcznie. Nie jest to rzeczywisty koszt zatrudnienia pracownika przez odwołującego.

Według odwołującego treść wezwania do wyjaśnień miała bardzo ogólny charakter, tj. jedynie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający nie wzywał odwołującego do wskazania marży, jaką uzyska przy realizacji przedmiotu zamówienia. Występując do wykonawcy z żądaniem wyjaśnień dotyczących domniemania złożenia w postępowaniu oferty z rażąco niską ceną zamawiający zobowiązany jest do sprecyzowania wątpliwości dotyczących zaoferowanej ceny i wskazania elementów oferty, co do których oczekuje złożenia wyjaśnień. Postępowanie z art. 90 ust. 1 ma charakter wyjaśniający i ma na celu przekonać zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Jednakże aby te wątpliwości rozwiązać, musi wiedzieć, które to elementy wzbudziły zastrzeżenia i w jakim kierunku mają iść jego wyjaśnienia.

W ocenie odwołującego udzielona odpowiedź była adekwatna do ogólnikowego żądania zamawiającego. Prawidłowa ocena wyjaśnień wykonawcy jest możliwa wówczas, gdy zamawiający wskazuje w wezwaniu zakres budzący jego wątpliwości.

Odrzucając ofertę zamawiający zobowiązany jest wykazać, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami potwierdzają rażąco niską cenę oferty. Zatem ciężar dowodzenia spoczywa na zamawiającym, ponieważ odrzucenie oferty jest wynikiem dokonanej przez niego oceny wyjaśnień. Zamawiający nie może czynić podstawą do odrzucenia oferty zbyt wąskiego

zakresu udzielonych wyjaśnień, jeśli nie określił wyraźnie swoich oczekiwań w treści wezwania, a uzyskane wyjaśnienia są adekwatne do wezwania oraz możliwe do bezstronnej oceny.

Zgodnie ze stanowiskiem zajmowanym przez KIO cena ofertowa nie zawsze musi zawierać marżę. Wykonawca tym bardziej może również liczyć na marżę w postaci oszczędności.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. W ocenie zamawiającego nie doszło do naruszenia wskazanych przepisów Prawa zamówień publicznych.

Zamawiający wezwał odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W odpowiedzi odwołujący wyjaśnił, że koszt realizacji zamówienia składa się z dwóch kategorii kosztów: części zamiennych oraz pracy zasobów ludzkich realizujących przedmiotowe zamówienia. Odwołujący wskazał też, iż nie jest w stanie przewidzieć dokładnej liczby oraz charakteru awarii i z tej przyczyny dokonał szacunku liczby i charakteru awarii z uwzględnieniem swoich doświadczeń w pogwarancyjnej obsłudze sprzętu. Wskazał również na argumenty, które w jego ocenie pozwalają uznać, że przedłożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Zdaniem zamawiającego argumentacja podana przez odwołującego nie pozwala jednak na uznanie, że działania zamawiającego były niezgodne z przepisami.

Dla oceny wysokości ceny oferty w kontekście możliwości zaistnienia ceny rażąco niskiej bierze się pod uwagę możliwość wykonania za tę cenę przedmiotu zamówienia z należytą starannością, w aktualnych realiach rynkowych oraz z uwzględnieniem indywidualnej sytuacji przedsiębiorcy składającego ofertę. Tymczasem odwołujący z jednej strony wskazuje, że nie jest w stanie oszacować ilości i rodzaju awarii, z drugiej jednak dokonuje kalkulacji ceny w sposób, który nie uwzględnia wszystkich okoliczności i ryzyka związanego ze świadczeniem tego rodzaju usług, biorąc pod uwagę fakt, iż mamy do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym.

Aby zaistniała przesłanka do zastosowania art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, muszą zaistnieć okoliczności uzasadniające wątpliwości zamawiającego co do rzetelnego skalkulowania ceny oferty. Przyjmuje się, że występują one m.in. wówczas, gdy cena oferty odbiega w sposób istotny od wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego lub od średniej ceny ofert złożonych w postępowaniu, niepodlegających odrzuceniu.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 561.600 zł netto, 690.768 zł brutto, natomiast oferty złożone w postępowaniu opiewały na kwoty: 560.880 zł; 1.476 000 zł oraz

oferta odwołującego na kwotę 369.000 zł. Zatem cena oferty odwołującego mogła zostać uznana przez zamawiającego za rażąco niską, a zamawiający miał podstawy do sformułowania zapytania w zakresie ceny.

Cena oferty wykonawcy odbiegająca od pozostałych swoją wartością i od wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia wymaga załączenia odpowiednich dowodów w tej mierze. Ciężar dowodu spoczywa na wykonawcy, czyli treść wyjaśnień winna zawierać informacje, które pozwolą zamawiającemu uznać, iż zaoferowana cena jest realna. W przypadku przedstawienia przez wykonawcę wyjaśnień dotyczących kalkulacji robocizny nieopartych żadnymi dowodami co do realności jej kosztów, zamawiający ma obowiązek odrzucenia jego oferty na zasadzie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający dokonał analizy złożonych wyjaśnień, w wyniku której uznał, że odwołujący nie obalił domniemania istnienia rażąco niskiej ceny. Odwołujący nie wykazał, jakie obiektywne czynniki miały wpływ na wysokość ceny (w szczególności oszczędność, metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów). Odwołujący oparł swoje wyjaśnienia jedynie na kalkulacji kosztów realizacji zamówienia.

Przedstawiona przez odwołującego kalkulacja zawierająca określenie typu i modelu urządzenia, które ma być serwisowane w ramach realizacji niniejszego zamówienia oraz jednostkową cenę zakupu poszczególnych urządzeń, która została zsumowana jako cena łączna bez określenia ilości sztuk, jakie mogłyby ulec awarii w okresie obowiązywania umowy. Kalkulacja nie wskazuje, których z części składowych urządzeń dotyczy cena zakupu wskazana w kalkulacji, gdyż w opinii zamawiającego wskazane ceny są zbyt niskie, aby mogły dotyczyć jakiegokolwiek całego urządzenia.

W treści wezwania do wyjaśnień, powołując się na linię orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, w szczególności wyrok o sygn. akt: KIO 1821/13, zamawiający poinformował wykonawcę o możliwości przedłożenia wszelkich dostępnych dowodów oraz wyliczeń mających wpływ na ocenę oferty odwołującego w kontekście domniemania zaistnienia rażąco niskiej ceny. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów mogących uprawdopodobnić opisane powyżej okoliczności przedstawione w wyjaśnieniach odwołującego. Wyjaśnienia służą skutecznemu obaleniu domniemania rażąco niskiej ceny. Należy także zwrócić uwagę, iż to po stronie wykonawcy leży wybór sposobu udowodnienia realności zastosowanej ceny; nie jest on przy tym związany ściśle treścią wezwania zamawiającego.

Etap postępowania odwoławczego w zakresie rozpatrywania zarzutu wystąpienia w ofercie ceny rażąco niskiej nie jest etapem na składanie nowych dowodów mających potwierdzać

prawidłowość zaoferowanej ceny. Rozprawa nie może stanowić kontynuacji procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a stanowi ocenę zakończonej już procedury wyjaśniającej.

Nie można także zgodzić się z zarzutem nieprawidłowego wezwania do wyjaśnień. W przypadku, gdy oferta zawiera jedynie cenę ryczałtową za wykonanie przedmiotu zamówienia, zamawiający nie ma możliwości sformułowania szczegółowych pytań co do sposobu kalkulacji ceny przez konkretnego wykonawcę. Zamawiający nie powinien również w świetle powyższego ograniczać wykonawcy co do zakresu składanych wyjaśnień, poprzez wskazanie konkretnych elementów oferty, co do których oczekuje wyjaśnień, ponieważ nie posiada żadnej wiedzy, które z elementów oferty mają, w odniesieniu do danego wykonawcy, istotne znaczenie z punktu widzenia możliwości obniżenia ceny oferty w stosunku do cen normalnie występujących na rynku.

Zamawiający nie miał także obowiązku wzywania odwołującego po raz kolejny do złożenia wyjaśnień w tej sprawie. W świetle zasady szybkości postępowania oraz zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców należy stwierdzić, że możliwość wielokrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, który złożył uprzednio wyjaśnienia jedynie ogólnikowe i nieprzekonywające, nie mieści się w dyspozycji art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego niewątpliwie toczy się z udziałem profesjonalistów, a zatem wykonawcy nie mogą powoływać się na okoliczności dotyczące braku ze strony zamawiającego szczegółowego opisu (instrukcji), w jaki sposób wykonawca jest zobowiązany przedstawić wyjaśnienia dotyczące wysokości zaoferowanej ceny. Zauważyć należy, że w pewnych sytuacjach takie szczegółowe wezwanie mogłoby stanowić ograniczenie dla wykonawcy, bowiem zamawiający na etapie wezwania nie ma wiedzy, jakie elementy w przypadku danego wykonawcy mogą mieć znaczenie przy kalkulacji wysokości zaoferowanej przez niego ceny.

Dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż za najkorzystniejszą ofertę została uznana oferta wykonawcy, który został wyłoniony w oparciu o przepisy ustawy. Nie naruszył zatem zasady równego traktowania wykonawców, zgodnie z którą do każdego wykonawcy powinny być stosowane te same zasady oceny jak również te same reguły i zasady prowadzenia postępowania.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła też, że stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami.

W wyjaśnieniach złożonych na wezwanie zamawiającego, dotyczących kalkulacji ceny zaproponowanej w ofercie, odwołujący wskazał na dwie kategorie kosztów: koszt części zamiennych oraz koszt pracy osób realizujących przedmiot zamówienia.

Odwołujący wskazał, że jego kalkulacje oparte są na szacunkach wynikających z jego doświadczenia, gdyż nie jest możliwe przewidzenie dokładnej liczby i charakteru awarii, które wystąpią.

Wskazał też, że do prawidłowego wykonania umowy musi zapewnić dostępność części wskazanych przez niego w wyjaśnieniach (według listy). Nie wszystkie części ujęte na liście muszą być użyte, ale lista tych części jest, według niego, wystarczająca do usunięcia każdej potencjalnej awarii. Odwołujący wskazał, że wartość tych części według otrzymanej przez niego oferty to 165.180,84 zł brutto. Odwołujący założył też 10 awarii dysków twardych i łączny koszt zakupu nowych dysków w wysokości 4.920,00 zł brutto.

Odwołujący oszacował też zaangażowanie inżynierów serwisowych na 45-90 osobodni oraz koszt pracy inżyniera na 1600 zł za osobodzień. Szacunek ten oparty jest na realizacji innych analogicznych umów. Koszt pracy więc to maksymalnie 144.000 zł.

Zaangażowanie dla przeglądu prewencyjnego to 5 osobodni i koszt pracy 8.000 zł (dla kosztów własnych). Koszt dyżurów serwisowych wynosi 5.000 zł i został podzielony na ok. 15 kontraktów, które będą jednocześnie obsługiwane, tj. 750 zł miesięcznie i 9.000 zł w czasie całego kontraktu.

Zatem koszt realizacji zamówienia został oszacowany na 293.293,37 zł netto, a cena oferty to 300.000 zł netto i 369.000 zł brutto, na którą to kwotę opiewa cena oferty.

W informacji o odrzuceniu oferty zamawiający stwierdził, że złożone wyjaśnienia nie pozwalają przesądzić, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Ciężar dowodu spoczywa na wykonawcy, czyli treść wyjaśnień powinna zawierać informacje, które pozwolą zamawiającemu uznać, że zaoferowana cena jest realna.

Po analizie wyjaśnień zamawiający uznał, że wykonawca nie obalił domniemania istnienia rażąco niskiej ceny. Wykonawca nie wskazał, jakie obiektywne czynniki miały wpływ na

wysokość ceny, np. oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej. Wykonawca oparł swoje wyjaśnienia jedynie na kalkulacji kosztów realizacji zamówienia.

Zamawiający uznał koszty pracy za realne, ale wskazał, że koszty części zamiennych budzą jego wątpliwości co do sposobu oszacowania. Kalkulacja zawiera bowiem określenie typu i modelu urządzenia oraz jednostkową cenę zakupu poszczególnych urządzeń, która została zsumowana jako cena łączna bez określenia ilości sztuk, jakie mogłyby ulec awarii. Wskazane przez wykonawcę urządzenia składają się z wielu części, które mogą ulec awarii, a kalkulacja nie wskazuje, których części dotyczy cena zakupu wskazana w kalkulacji, a, zdaniem zamawiającego, wskazane ceny są zbyt niskie, by mogły dotyczyć całych urządzeń.

Zamawiający wskazał też, że w treści wyjaśnień wykonawca pominął jeden z podstawowych elementów cenotwórczych, tj. marżę, co może uprawdopodobniać pominięcie jakiegokolwiek zysku. Wykonawca nie przedstawił też żadnych dowodów.

Biorąc pod uwagę argumenty zamawiającego przywołane w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego oraz podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie należy uwzględnić.

Izba zgadza się ze stanowiskiem zamawiającego, iż kwestia, czy w danej ofercie mamy do czynienia z ceną rażąco niską, czy też nie, powinna być rozstrzygnięta w postępowaniu przetargowym. Jednak warunkiem koniecznym jest dokonanie przez zamawiającego prawidłowej oceny wyjaśnień wykonawcy, a do tego z kolei konieczne jest prawidłowe przeprowadzenie procedury wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych. Sama Izba, w zależności od postawionych w odwołaniu zarzutów, prowadzi we własnym zakresie postępowanie dowodowe, np. w celu uzyskania odpowiedzi, czy zarzut nieprawidłowego odrzucenia oferty (albo zaniechania jej odrzucenia) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych został postawiony słusznie. Oczywiście jest, że zakres owego postępowania dowodowego przed Izbą będzie w dużej mierze zależał m.in. od treści wyjaśnień złożonych wcześniej zamawiającemu.

Jak zaś wynika z uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający nie przeprowadził tych wyjaśnień prawidłowo.

Przede wszystkim należy podkreślić, iż – pomimo że taki „skrót myślowy” jest czasem stosowany w orzecznictwie i piśmiennictwie – na gruncie prawa polskiego i europejskiego nie istnieje żadne domniemanie prawne ani faktyczne, że cena oferty jest ceną rażąco niską. Żądanie wyjaśnień przez zamawiającego w trybie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych co najwyżej powoduje takie „domniemanie”, że wykonawca może

domniemywać, iż zamawiający rozważy odrzucenie jego oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i to odrzucenie nastąpi, jeśli zamawiający nie uzyska satysfakcjonujących go wyjaśnień.

Należy przypomnieć, że konstrukcja przepisów zawierających domniemanie jest odmienna. Klasyczne przykłady to art. 62 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego: „§1 Jeżeli dziecko urodziło się w trakcie trwania małżeństwa albo przed upływem trzystu dni od jego ustania lub unieważnienia, domniemywa się, że pochodzi ono od męża matki. Domniemanie tego nie stosuje się, jeżeli dziecko urodziło się po upływie trzystu dni od orzeczenia separacji. (...) §3 Domniemanie powyższe mogą być obalone tylko na skutek powództwa o zaprzeczenie ojcostwa” czy art. 55 § 1 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego „W razie uznania jednego z małżonków za zmarłego domniemywa się, że małżeństwo ustało z chwilą, która w orzeczeniu o uznaniu tego małżonka za zmarłego została oznaczona jako chwila jego śmierci.”

Przepisów tego typu w ustawie Prawo zamówień publicznych nie ma, a w stosunku do ceny oferty nawet być nie może. Oznaczałoby to bowiem, że ustawodawca zakłada, iż wykonawcy składają „niepoważne” oferty (taką nomenklaturą – „poważna oferta” – posługiwał się Europejski Trybunał Sprawiedliwości). Takiego założenia zaś nie można czynić w stosunku do podmiotów, które profesjonalnie uczestniczą w rynku z założeniem osiągania zysku ze swojej działalności. Należy raczej zakładać, że ich oferty są przemyślane i „poważne”.

Należy też zwrócić uwagę na sformułowanie zawarte w art. 55 ust. 1 dyrektywy 2004/18/WE: „jeżeli w przypadku danego zamówienia oferty odnoszące się do świadczenia wydają się rażąco niskie” – a więc wskazuje ono na poczucie, przypuszczenie zamawiającego w tym zakresie.

Art. 55 dyrektywy 2004/18/WE w ustępie 2. wskazuje też na inną bardzo istotną kwestię: „przez konsultacje z oferentem instytucja zamawiająca weryfikuje składowe elementy oferty, uwzględniając dostarczone dowody.” Oznacza to, że zamawiający powinien tę ofertę z wykonawcą niejako „omówić”, żeby wyjaśnić niejasności i wątpliwości.

Tymczasem zamawiający jako powód odrzucenia oferty podał, iż koszty części zamiennych budzą jego wątpliwości co do sposobu oszacowania, a kalkulacja nie wskazuje, których części dotyczy cena zakupu wskazana w kalkulacji, a wskazane ceny są zbyt niskie, by mogły dotyczyć całych urządzeń. Zamawiający wskazał też, iż brak odniesienia w treści wyjaśnień do marży może uprawdopodobniać pominięcie zysku.

Jeśli zamawiający miał takie wątpliwości, powinien przede wszystkim poprosić wykonawcę o ich wyjaśnienie, a nie przyjmować ich istnienie (wątpliwości) na niekorzyść wykonawcy.

Należy tu zwrócić uwagę, iż wyjaśnienia ceny rażąco niskiej powinny zmierzać do ustalenia stanu faktycznego, aby umożliwić ocenę prawidłowości zastosowanej ceny.

Wyjaśnienia nie muszą być jednoetapowe, gdyż w miarę uzyskiwania wyjaśnień mogą powstawać kolejne pytania. A w przypadku podania w ofercie wyłącznie ceny globalnej (bez jej rozbicia w formularzu ofertowym/cenowym), prawdopodobnie takie nawet być nie mogą. W sytuacji bowiem, w której częścią oferty jest szczegółowy formularz cenowy lub kosztorys, zamawiający może od razu zwrócić się o wyjaśnienie poszczególnych pozycji lub też przedstawić dowody, czy zadeklarowane ceny są realne. W przypadku jednej ceny globalnej oferty takie rozbicie następuje dopiero podczas wyjaśnień – zatem dopiero w tym momencie zamawiający będzie mógł sformułować konkretne pytania co do elementów ceny. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego powinno toczyć się szybko i sprawnie, ale szybkość nie może stać ponad jego rzetelnością. Zamawiający nie musi wielokrotnie wzywać do wyjaśnień, który od początku składa wyjaśnienia ogólnikowe, wymijające i nieprzekonywające, ale powinien wysłuchać wykonawcy, który składa wyjaśnienia sumiennie – dotyczy to w szczególności sytuacji, gdy zamawiający nie zadaje konkretnych pytań.

Co do zakresu pytań – tu rację ma zarówno odwołujący, jak i zamawiający. Oczywiście jeśli wykonawca otrzyma od zamawiającego konkretne pytania, może udzielić mu szczegółowych odpowiedzi w kwestiach, które najbardziej interesują zamawiającego. Jeśli takich pytań nie otrzyma, udziela odpowiedzi w zakresie, który on sam uznaje za najbardziej istotny i trudno mu w tym zakresie stawiać zarzut, gdy wyjaśnienia nie są ogólnikowe i wymijające, ale tzw. „merytoryczne”. Zamawiający ma rację o tyle, że wykonawca, jeśli uzna to za celowe, w swoich wyjaśnieniach może wykraczać poza pytania zamawiającego.

Z treści wyjaśnień odwołującego wynika, że wyjaśnienia te nie były wymijające ani ogólnikowe, a wykonawca starał się udzielić wyczerpującej odpowiedzi.

Jak najbardziej poprawne jest, że wykonawca odniósł wyjaśnienia przede wszystkim do kalkulacji kosztów realizacji zamówienia. Okoliczności takie jak: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej – podane jako przykłady przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości, a następnie w dyrektywach i ustawie Prawo zamówień publicznych – w praktyce u wykonawców występują dość rzadko, toteż i rzadko w wyjaśnieniach są przywoływane.

Ceny rynkowe, ceny konkurencyjnych ofert czy wartość szacunkowa zamówienia mogą posłużyć do wstępnej oceny oferty, tj. do stwierdzenia, czy należy zwrócić się do wykonawcy

o wyjaśnienia, o których mowa w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych. Natomiast ocenie, czy cena jest rażąco niska, podlega już wyłącznie konkretna oferta. Co do cen złożonych w niniejszym postępowaniu ofert należy stwierdzić, iż zaistniała w nich rozbieżność cen powoduje, że są one zupełnie niemiernodajne.

Należy zgodzić się z odwołującym, że przy tego rodzaju zamówieniach (serwis sprzętu) najistotniejsze są dwa czynniki kosztotwórcze – koszt części zamiennych i robocizny. Prawdą jest także, że wykonawca nie jest w stanie przewidzieć dokładnej ilości awarii i musi w tym zakresie poczynić pewne założenia.

Jeżeli zamawiający uważa, że przedstawione przez wykonawcę koszty lub założenia są zaniżone czy błędne (np. 90 osobodni to zbyt mało, nieodpowiednie części, zbyt mało części), powinien wskazać w uzasadnieniu poprawne ich wartości wraz z argumentacją na poparcie swojego stanowiska.

Co do ceny robocizny – zamawiający powinien zastanowić się nad swoim jednolitym stanowiskiem. Z jednej strony twierdzi bowiem, że wysokość stawki za osobodzień nie budzi jego wątpliwości, z drugiej wskazuje, że powinien odrzucić ofertę, gdyż wykonawca nie przedstawił dowodów, że stawka ta jest prawidłowa.

Należy przy tym zwrócić uwagę, że posługiwanie się tezami z wyroków wyrwanymi z kontekstu danej sprawy jest niebezpieczne. Zamawiający ma ocenić daną ofertę w danym postępowaniu zgodnie z danymi wyjaśnieniami, daną sytuacją rynkową i własną oceną danej oferty. Skoro więc uznaje stawkę za prawidłową, to z jakiego powodu ma odrzucić ofertę?

Co do marży – nie ma przeszkód, by wykonawca wliczył ją do ceny roboczogodziny czy osobodnia. Zamawiający nie spytał, jakie elementy składają się na kwotę 1600 zł za osobodzień. Poza tym akurat istotne jest tu, czy ta kwota robocizny nie jest zbyt niska jak za ten rodzaj usługi, a nie to, czy znajduje się w niej marża. W praktyce marżę wykonawca naliczałby najprawdopodobniej, gdyby serwisanci byliby podwykonawcami (do ich stawki doliczałby swój narzut), natomiast w przypadku własnych pracowników podawałby własną stawkę za robociznę, zatem już bez narzutu.

Zatem należy tu ponownie podkreślić, że zamawiający uzyskałby takie, interesujące go informacje, gdyby zwrócił się do wykonawcy ze stosownym zapytaniem i prawidłowe przeprowadzenie wyjaśnień jest tu zasadniczą kwestią.

Co do samego zapytania skierowanego do wykonawcy – polega ono zasadniczo na przytoczeniu treści art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz powołaniu się na jeden z wyroków Izby.

Rzeczywiście jest to zapytanie zbyt ogólne i o ile jeszcze można je zaakceptować w momencie, gdy zamawiający dysponuje jedynie generalną ceną oferty, to nie wtedy, kiedy ma już konkretne informacje i konkretne wątpliwości.

Przywołanie zaś wyroku Izby jeszcze niczego wykonawcy nie mówi. W wyroku tym Izba zawarła dość szczegółowe rozważania co do rażąco niskiej ceny – jednak wyrok ten odnosił się do innej oferty złożonej w innym postępowaniu i nie wiadomo, jakie elementy tego wyroku zamawiający miał na myśli i jak powinien się do niego odnieść odwołujący. Jeśli zamawiający chciał dać wytyczne co do treści wyjaśnień, powinien je wskazać wprost w wezwaniu, a nie pozostawiać, niekoniecznie prawidłowym, domysłom wykonawcy.

Zamawiający ma rację, że ciężar udowodnienia w wyjaśnieniach prawidłowości ceny oferty spoczywa na wykonawcy, czyli treść wyjaśnień powinna zawierać informacje, które pozwolą zamawiającemu uznać, że zaoferowana cena jest realna. Natomiast wykonawca powinien też wiedzieć, w którym kierunku ten dowód ma przeprowadzić, tj. co budzi wątpliwości zamawiającego. Trudno bowiem przedstawiać dowody na nieokreślone okoliczności. Dlatego na którymś etapie wyjaśnień konieczne są konkretne zapytania czy żądania zamawiającego.

Co do samych dowodów, to ich brak nie jest powodem formalnego odrzucenia wyjaśnień, ale oczywiste jest, że może spowodować, że zamawiający nie uzna wyjaśnień za przekonujące i dokona negatywnej oceny wyjaśnień i samej oferty. Tak więc jeśli wykonawca twierdzi np., że jest w stanie zakupić dyski twarde w cenie ok. 400 zł za sztukę (tj. za ok. 10-20% ceny producenta), powinien to zamawiającemu udowodnić, bo oczywiste jest, że zamawiającemu nie wystarczą same zapewnienia.

Przy tym dowody muszą być przekonujące. Aby takie były, muszą m.in. dotyczyć możliwości samego wykonawcy. Bowiem to, że w przeszłości firma X zakupiła od firmy Y dane części po wyjątkowo atrakcyjnej cenie nie oznacza, że możliwość taką będzie miał także odwołujący przy realizacji niniejszej umowy.

Co do aukcji na portalach typu e-Bay, to pomijając słuszne wątpliwości co do pewności tego źródła zakupu, należy obliczyć realne koszty takiego zakupu, a więc nie tylko cenę danej części, ale także jej przesyłki/transportu czy ewentualnego cła (w przypadku przesyłek zagranicznych mogą one być wyższe niż koszt samej części) oraz ryzyko, że część ta okaże się nieodpowiednia (koszty zwrotu, ponownego zakupu itd.).

Przy ocenie wyjaśnień i dowodów zamawiający musi kierować się realiami rynku i własnym doświadczeniem w zakresie realizacji tego typu usług i dotychczasowego przebiegu usług serwisowych posiadanego sprzętu.

Zamawiający musi także sprawdzić, czy wykonawca nie usiłuje ominąć wymogów umowy, jak np. godziny pracy helpdesku. Ma bowiem rację zamawiający, że za podana cenę

wykonawca musi realizować umowę z należytą starannością i z wymogami umownymi, a nie starając się redukować koszty jej wykonania poprzez brak realizacji lub gorszą realizację części usługi.

Izba uznała, że przeprowadzona przez zamawiającego czynność wyjaśnień poziomu ceny oferty odwołującego nie została przeprowadzona prawidłowo (jest niekompletna) i nie pozwala na dokonanie oceny oferty, o której mowa w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego jest mało przekonujące. Czynność ta zatem wymaga dokończenia w celu rozstrzygnięcia wątpliwości, które zamawiający wyraził m.in. w uzasadnieniu odrzucenia oferty.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: