

WYROK
z dnia 7 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 stycznia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 grudnia 2014 r. przez **Odwołującego** – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) Ericpol Sp. z o.o., ul. Targowa 9A, 90-042 Łódź, 2) R-Data Sp. z o.o., ul. Madalińskiego 9, 30-303 Kraków**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** – **Naczelny Sąd Administracyjny, ul. Gabriela Piotra Boduena 3/5, 00-011 Warszawa**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) Pentegy S.A. z siedzibą w Warszawie, 2) MCSI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 3) LTC Sp. z o.o. z siedzibą w Wieluniu, 4) Rekord SI Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsko-Białej**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **Zamawiającego**,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje **Zamawiającemu** unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym ocenę wyjaśnień, złożonych na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) Pentegy S.A. z siedzibą w Warszawie, 2) MCSI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 3) LTC Sp. z o.o. z siedzibą w Wieluniu, 4) Rekord SI Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsko-Białej**;

2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego**, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Zamawiającego** na rzecz **Odwołującego** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 – Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 ze zm.) – dalej: Pzp; postępowanie w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest *„Wykonanie i wdrożenie w Naczelnym Sądzie Administracyjnym, wszystkich wojewódzkich sądach administracyjnych oraz ośrodkach zamiejscowych tych sądów odpowiedniego systemu informatycznego do obsługi postępowania sądowo-administracyjnego”*, nr sprawy: PO-1/2014.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2014/S 162-290602 w dniu 26 sierpnia 2014 r.

W dniu 2 grudnia 2014 r., Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, wskazując na podstawie art. 92 ust. 1 Pzp, że w ww. postępowaniu, jako najkorzystniejsza, wybrana została oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Pentegy S.A., ul. Felińskiego 25, 01-555 Warszawa (lider konsorcjum), MCSI Sp. z o.o., ul. Kasprzaka 49, 01-249 Warszawa, LTC Sp. z o.o., ul. Narutowicza 2, 98-300 Wieluń, Rekord SI Sp. z o.o., ul. Kasprowicza 5, 43-300 Bielsko-Biała. Zamawiający wskazał, że oferta ww. wykonawców jest zgodna z wymogami określonymi w SIWZ oraz najkorzystniejsza wg przyjętego kryterium oceny ofert (cena 100%).

W dniu 12 grudnia 2014 r., Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1) Ericpol Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (lider konsorcjum), 2) R-Data Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 90 ust. 1 – 3 Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania konsorcjum wykonawców Pentegy S.A., MCSI Sp. z o.o., LTC Sp. z o.o., Rekord SI Sp. z o.o., do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oferty;
- 2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum wykonawców Pentegy S.A., MCSI Sp. z o.o., LTC Sp. z o.o., Rekord SI Sp. z o.o., pomimo tego, że oferta ta jest sprzeczna z ustawą;

- 3) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum wykonawców Pentegy S.A., MCSI Sp. z o.o., LTC Sp. z o.o., Rekord SI Sp. z o.o., pomimo tego, że oferta ta jest sprzeczna ze SIWZ;
- 4) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców Pentegy S.A., MCSI Sp. z o.o., LTC Sp. z o.o., Rekord SI Sp. z o.o., pomimo tego, że złożenie tej oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 5) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum wykonawców Pentegy S.A., MCSI Sp. z o.o., LTC Sp. z o.o., Rekord SI Sp. z o.o., pomimo tego, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 6) naruszenie art. 91 Pzp poprzez uznanie za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez konsorcjum wykonawców Pentegy S.A., MCSI Sp. z o.o., LTC Sp. z o.o., Rekord SI Sp. z o.o., pomimo tego, iż oferta ta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1,2,3 i 4 Pzp.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- 2) odrzucenie oferty złożonej przez konsorcjum wykonawców Pentegy S.A., MCSI Sp. z o.o., LTC Sp. z o.o., Rekord SI Sp. z o.o.;
- 3) dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej;
alternatywnie, w przypadku nieuwzględnienia ww. żądań Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:
 - 1) powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
 - 2) wezwanie konsorcjum wykonawców Pentegy S.A., MCSI Sp. z o.o., LTC Sp. z o.o., Rekord SI Sp. z o.o., do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp oraz
 - 3) poinformowanie wykonawców o ponownym wyborze oferty.

Odwołujący podkreślił jednocześnie, iż posiada interes we wniesieniu odwołania, jako podmiot, który ma interes w tym, aby oferta konsorcjum wykonawców Pentegy S.A., MCSI Sp. z o.o., LTC Sp. z o.o., Rekord SI Sp. z o.o. (dalej także jako: konsorcjum Pentegy), została odrzucona oferta Odwołującego wybrana, jako oferta najkorzystniejsza.

W uzasadnieniu w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 i 2 Pzp, Odwołujący wskazał m.in., że zgodnie z SIWZ wykonawca zobowiązany był w ofercie wskazać części zamówienia, których wykonanie powierzy podwykonawcom. Konsorcjum wykonawców Pentegy S.A., MCSI Sp. z o.o., LTC Sp. z o.o., Rekord SI Sp. z o.o., w swojej ofercie złożyło w tym zakresie dwa sprzeczne, a więc wykluczające się oświadczenia. W ocenie Odwołującego, zachodząca w ofercie ww. konsorcjum sprzeczność w istotny sposób wpływa

na treść złożonej przez tego wykonawcę oferty oraz przesądza o jej niezgodności z SIWZ i ustawą. Odwołujący wskazał przy tym, że w przypadku gdyby powyższy zarzut był jedynym, które Odwołujący podnosi w niniejszym postępowaniu Zamawiający mógłby rozważyć dokonanie stosownej zmiany oferty Konsorcjum Pentegy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Jednakże wobec dalszych zarzutów oraz faktu, iż Konsorcjum Pentegy zaoferowało w niniejszym postępowaniu rażąco niską cenę, zachodząca sprzeczność co do złożonego oświadczenia dotyczącego podwykonawstwa w związku z jego istotnym wpływem na realizację zamówienia, powinna być interpretowana w możliwie najbardziej rygorystyczny sposób. A zatem, sprzeczność ta powinna skutkować odrzuceniem oferty Konsorcjum Pentegy.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, Odwołujący wskazał m.in., że Konsorcjum Pentegy zaoferowało, iż zrealizuje zamówienie za 12 151 662,00 złotych brutto oraz 9 356 779, 74 złotych netto (przy uwzględnieniu 23 % stawki VAT). W niniejszym postępowaniu Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 16 583 333,33 złotych netto. Z uwzględnieniem prawa opcji w wysokości 10% szacunkowej wartości zamówienia wartość szacunkowa netto stanowiła natomiast kwotę 18 241 666,66 złotych netto. Bezpośrednio zaś przed otwarciem ofert Zamawiający wskazał, iż zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 20 397 500,00 zł brutto. Cena netto zaoferowana przez Konsorcjum Pentegy, wynosząca 9 356 779, 74 złotych netto w porównaniu do szacunkowej wartości zamówienia w wysokości 16 583 333,33 złotych netto jest zatem niższa od szacunkowej wartości zamówienia o ok 7 mln złotych, a zatem cena oferty Konsorcjum Pentegy stanowi niecałe 60 % szacunkowej wartości zamówienia. Biorąc natomiast pod uwagę wysokość cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu Odwołujący stwierdził, że zaoferowana przez Konsorcjum Pentegy cena oferty jest niższa od najdroższej z zaoferowanych cen o ponad 23 miliony złotych brutto oraz niższa od ceny oferty na drugim miejscu, tj. oferty Odwołującego o prawie 3,5 miliona złotych brutto, zaś od średniej ceny wszystkich ofert cena ta jest niższa o ok. 40 %. Odwołujący podniósł jednocześnie, że różnica pomiędzy ceną, jaką zaoferowało Konsorcjum Pentegy za wykonanie przedmiotu zamówienia, a cenami zaoferowanych przez pozostałych wykonawców jest najbardziej widoczna w odniesieniu do ceny za wykonanie poz. 5 formularza ofertowego, obejmującej w szczególności usługi szkoleniowe i wdrożeniowe. Odwołujący argumentował, że różnice pomiędzy ceną zaoferowaną przez Konsorcjum Pentegy a pozostałymi cenami ofert złożonymi w niniejszym postępowaniu, a także szacunkową wartością zamówienia oraz kwotą, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia w oczywisty sposób dowodzą, że cena oferty Konsorcjum Pentegy istotnie odbiega od warunków rynkowych oraz uniemożliwia realizację zamówienia zgodnie z SIWZ. Odwołujący stwierdził w konkluzji, że zaoferowana przez Konsorcjum Pentegy cena oferty jest nierealistyczna i nie uwzględnia wszystkich

kosztotwórczych składników ceny oferty zamówienia. Cena ta jest zatem rażąco niska ponieważ nie zapewnia Zamawiającemu wykonanie zamówienia w sposób należyty i zgodnie z SIWZ. W treści odwołania Odwołujący przedstawił jednocześnie wyliczenia dotyczące w szczególności kosztów szkolenia, kosztów wykonania usługi wdrożenia systemu, kosztów konsultacji prawnika, kosztów gwarancji na system, kosztów przeprowadzenia analizy oraz zaprojektowania systemu informatycznego wraz ze sporządzeniem pisemnej analizy i projektu systemu, kosztów zbudowania dedykowanego systemu informatycznego, kosztów dostawy oprogramowania bazowego, kosztów dostawy infrastruktury technicznej. Na podstawie własnych wyliczeń Odwołujący wskazał, że cena oferty Konsorcjum Pentegy jest prawie o 3 miliony złotych netto niższa niż wartość minimalnych, niezbędnych kosztów realizacji zamówienia. Podsumowując Odwołujący stwierdził, że cena zaoferowana przez Konsorcjum Pentegy jest ceną, która nie uwzględnia wszystkich czynników wpływających na koszt realizacji zamówienia. Nadto, cena ta znacząco odbiega od cen zaoferowanych przez innych wykonawców w niniejszym postępowaniu, jak również od szacunkowej wartości zamówienia. Co więcej, cena ta nie zapewnia wykonawcy osiągnięcie zysku przy realizacji zamówienia. Nie ulega zatem wątpliwości, że cena oferty tego wykonawcy jest rażąco niska.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 – 3 Pzp Odwołujący wskazał m.in., że pomimo oczywistego faktu, iż cena zaoferowana przez Konsorcjum Pentegy miała charakter rażąco niskiej ceny, Zamawiający nie wezwał tego wykonawcy, zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 1-3 Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących składników ceny oferty mających wpływ na wysokość ceny. Odwołujący podkreślił przy tym, że w świetle przepisów Pzp obowiązuje domniemanie, iż cena oferty niższa 30 % od szacunkowej wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (co w przedmiotowej sytuacji ma miejsce) jest ceną rażąco niską, które to domniemanie obliguje Zamawiającego do wezwania wykonawcy do wykazania, iż cena oferty nie jest rażąco niska (art. 90 ust. 1 i 2 Pzp). Odwołując argumentował także, że w niniejszej sprawie – z uwagi na podnoszone okoliczności wskazujące na rażące zaniżenie ceny – Konsorcjum Pentegy powinno złożyć wyjaśnienia i udowodnić, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, zaś Zamawiający powinien wezwać tego wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp. Zamawiający nie czyniąc tego naruszył przepisy ustawy Pzp, co miało istotny wpływ na wynik postępowania.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, Odwołujący wskazał m.in., że złożenie oferty przez konsorcjum Pentegy stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Konsorcjum Pentegy zaoferowało bowiem realizację przedmiotu zamówienia za cenę poniżej kosztów realizacji zamówienia, zgodnie z wymaganiami wynikającymi z SIWZ. Tym samym, Konsorcjum Pentegy składając swoją ofertą zaoferowało Zamawiającemu warunki realizacji

zamówienia (tj. cenę) uniemożliwiający wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ. Konsorcjum Pentegy złożyło zatem ofertę będąc w pełnej świadomości, iż niemożliwa będzie realizacja zamówienia po zaoferowanej cenie zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, co naraża Zamawiającego na szkodę związaną z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia. Tym samym, Konsorcjum Pentegy mając świadomość, że oferuje cenę nierealistyczną za wykonanie zamówienie, tj. cenę nieuwzględniającą wszystkich pozycji kosztowych, utrudniło w sposób nieuczciwy dostęp innym wykonawcom do przedmiotowego zamówienia. Odwołujący wskazał także, że złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, gdy wykonawca zaniża cenę oferty, co prowadzi do nieuczciwego ograniczenia dostępu do zamówienia innym wykonawcom.

Pismem z dnia 22 grudnia 2014 r. (data pisma i wpływu do KIO) Zamawiający poinformował, że uwzględni odwołanie złożone przez Odwołującego dotyczące:

- 1) zarzutu zaniechania czynności wezwania konsorcjum wykonawców Pentegy S.A., MCSI Sp. z o.o., LTC Sp. z o.o., Rekord SI Sp. z o.o., do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oferty;
- 2) zarzutu zaniechania wyjaśnienia sprzeczności w treści oferty złożonej przez ww. konsorcjum w zakresie powierzenia części zamówienia podwykonawcom.

Jednocześnie Zamawiający wskazał, że nie ma prawnej możliwości uwzględnienia zarzutu zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum wykonawców Pentegy S.A., MCSI Sp. z o.o., LTC Sp. z o.o., Rekord SI Sp. z o.o., z uwagi na to, że stosownie do przepisów ustawy Pzp czynność taka musi zostać poprzedzona wezwaniem wykonawcy do wyjaśnień. Zamawiający oświadczył ponadto, że powtórzy czynność oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, po przeprowadzeniu stosownej procedury wyjaśniającej.

Pismem z dnia 2 stycznia 2015 r. (data pisma i wpływu do KIO), Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości. W uzasadnieniu, w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny, wskazano m.in., że w fazie dokonywania wyboru najkorzystniejszej oferty brak było podstaw do powzięcia wątpliwości, czy najkorzystniejsza ofert zawiera rażąco niską cenę. Podniesiono, że oferta konsorcjum wykonawców SII Sp. z o.o. i Maxto Sp. z o.o., jako „rażąco wysoka” nie może być brana pod uwagę, jako podstawa do wnioskowania w zakresie cen pozostały ofert. W myśl ukształtowanego orzecznictwa punkt odniesienia dla oceny ewentualności wystąpienia rażąco niskiej ceny mogą stanowić pozostałe oferty, zbliżone do siebie pod względem cenowym, które wynoszą odpowiednio 12,15 mln, 15,62 mln i 17,02 mln złotych. Średnia arytmetyczna wynikająca z tych trzech ofert wynosi 14.932.235,67 zł, zaś oferta Konsorcjum, wybrana przez Zamawiającego jako

najkorzystniejsza, stanowi 81,38% tej średniej. W tym stanie rzeczy brak jest podstaw do wnioskowania, jakoby złożenie tej oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji - po „odrzućeniu” oferty skrajnej, w wysokości przekraczającej 35,7 mln złotych, pozostałe oferty są bowiem zbliżone do siebie pod względem cenowym.

Zamawiający wskazał także, że na podstawie oferty złożonej przez Konsorcjum Pentegy, Zamawiający nie miał wątpliwości co do poprawności kalkulacji ceny i co do tego, że nie powinna ona podlegać wyjaśnieniu z zastosowaniem przepisu art. 90 ustawy Pzp. W szczególności, podstawy do takiej oceny nie dawało porównanie ceny Konsorcjum z wartością szacunkową zamówienia. Określając bowiem wartość szacunkową zamówienia Zamawiający przyjął, że w postępowaniu mogą zostać zaoferowane różne rozwiązania, które będą wykorzystywały różne technologie, różniące się znacząco kosztami. Wartość szacunkowa ustalona została w sposób ostrożny i zakładający, że w postępowaniu mogą zostać złożone oferty znacząco niższe niż ta wartość. Zamawiający podkreślił przy tym, że w orzecznictwie wielokrotnie podkreśla się, że wartość szacunkowa jako punkt odniesienia do rozważań, czy cena nie ma charakteru rażąco niskiej albo czy nie zachodzą okoliczności uzasadniające wezwanie do jej wyjaśnienia na podstawie art. 90 ustawy, musi być traktowana z rezerwą. Wskazano także, że każda z trzech ofert jest niższa od wartości szacunkowej zamówienia ustalonej przez Zamawiającego, wobec czego wartość ta nie może mieć w tym kontekście charakteru decydującego. Należy przy tym mieć na względzie, że Zamawiający - szacując wartość zamówienia dla prowadzonego postępowania - zmuszony był do uwzględnienia katalogowych cen niektórych produktów i usług składających się na przedmiot zamówienia, rynek informatyczny nie cechuje się bowiem (w przeciwieństwie np. do robót budowlanych, gdzie stosuje się katalogi nakładów rzeczowych (KNR)) obiektywną standaryzacją usług i stawek. Podkreślono następnie, że Zamawiający w SIWZ dokonał opisu funkcjonalnego przyszłego systemu, nie narzucając konkretnych rozwiązań technologicznych dla oferowanego sprzętu i oprogramowania. Oznacza to w szczególności, że Wykonawcy mogli uwzględnić w tworzonych ofertach sprzęt i oprogramowanie różnych producentów i różnego rodzaju (niekiedy znacząco różniące się pod względem cenowym), w tym również tzw. oprogramowanie otwarte dystrybuowane na zasadzie nieodpłatnej. Odnosząc się do cen rynkowych Zamawiający argumentował także, że nie sposób nie zauważyć, iż w wyniku podnoszonej powyżej możliwości oferowania różnorodnych rozwiązań i korzystania z wielu technologii, jak również z uwagi na brak standaryzacji tych usług, oferowane ceny charakteryzują się dużym zróżnicowaniem. Znajduje to również swój wyraz w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, gdzie wskazuje się wprost na znaczne rozbieżności cenowe na rynku usług informatycznych, podkreślając, iż w tej sytuacji decydujące znaczenie ma ocena sytuacji w zakresie innych postępowań w podobnym zakresie lub też realia rynkowe w zakresie elementów lub usług tego samego rodzaju. Podniesiono również, że Zamawiający otrzymując

oferty w tym postępowaniu poddał analizie ceny ofert, w tym porównał je do cen oferowanych w innych postępowaniach mających za przedmiot systemy informatyczne dedykowane dla rozproszonych jednostek, obejmujące obsługę procesów realizowanych w tych jednostkach oraz obieg dokumentów. Wynik tej analizy prowadzi do wniosku, że zaoferowana przez Konsorcjum cena nie jest ceną odbiegającą od cen za tego rodzaju zamówienia. Zamawiający przywołał w tym zakresie przykłady postępowań prowadzonych przez Ministerstwo Sprawiedliwości oraz Okręgowego Inspektora Pracy.

Zamawiający podniósł także, że wnioskowanie w zakresie rażąco niskiej ceny nie może odnosić się do poszczególnych cen składowych. Argumentowano przy tym, że Odwołujący dokonał symulacji wydatków związanych z realizacją zamówienia w oparciu nie o rzeczywistość funkcjonujące stawki na rynku, ale tak, by ta kalkulacja potwierdziła z góry założoną tezę. Podkreślono jednocześnie, że w analizowanym postępowaniu cena ma charakter ryczałtowy, a Zamawiający nie przewidział jakichkolwiek konsekwencji w związku z taką lub inną wyceną poszczególnych pięciu elementów. Ich wydzielenie miało charakter jedynie techniczny, pomocniczy dla wykonawców, wskazujący na główne płaszczyzny związane z wykonaniem zamówienia, w szczególności w celu zaakcentowania obowiązku ich uwzględnienia. Wykonawcy jednak mieli pełną swobodę w zakresie umieszczenia poszczególnych elementów związanych z wykonaniem zamówienia w pięciu wskazanych przez zamawiającego kategoriach i przypisywania różnych wydatków i nakładów do tych kategorii. Obowiązek pogrupowania wydatków w pięć kategorii ma na gruncie tego postępowania charakter porządkowy, pomocniczy, nie oznacza jednak w żadnej mierze kosztorysu. Stąd wycena szkoleń, do czego Odwołujący przywiązał tak wielką wagę nie ma najmniejszego znaczenia, jeśli wziąć pod uwagę, że wykonawca koszty tego rodzaju czynności mógł przypisać - stosownie do przedmiotu tych szkoleń - do kategorii związanej z oprogramowaniem lub sprzętem.

Dodatkowo, Zamawiający wskazał, że Odwołujący dokonał błędnego ustalenia w zakresie stanu formalno-prawnego sprawy. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych w brzmieniu wskazanym przez Odwołującego i z którego Odwołujący wywodzi dalsze skutki prawne, obowiązuje od dnia 19 października 2014 r., tj. od dnia wejścia w życie ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2014 r. poz. 1232). Zgodnie zaś z art. 3 przywołanej ustawy „*do postępowań (...) wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz odwołań i skarg dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe (...)*”. Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało ogłoszone w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej i było udostępniane w bazie TED począwszy od dnia 22 sierpnia br., zatem w świetle przywołanych powyżej przepisów oczywistym jest, że nie znajduje do

niego zastosowania art. 90 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych w brzmieniu przywoływanym przez Odwołującego.

Zamawiający argumentował ponadto, że w obecnej fazie stanowisko Zamawiającego zostało potwierdzone złożonymi przez Konsorcjum Pentegy wyjaśnieniami. Zamawiający, mając na uwadze podnoszone przez Odwołującego zarzuty, wskazujące, że oferowana cena wzbudziła wątpliwości osób trzecich, pismem z dnia 22 grudnia 2014 r. poinformował Krajową Izbę Odwoławczą o uznaniu zarzutu zaniechania czynności wezwania konsorcjum wykonawców Pentegy S.A., MCSI Sp. z o.o., LTC Sp. z o.o., Rekord SI Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oferty. W efekcie Zamawiający wezwał Konsorcjum do wyjaśnień w tym zakresie, które to wyjaśnienia potwierdziły wcześniejsze stanowisko Zamawiającego odnośnie braku podstaw do uznania, iż złożona oferta zawiera rażąco niską cenę. Konsorcjum przedstawiło bowiem konkretną kalkulację oferowanej ceny oraz wskazało na inne okoliczności mające wpływ na te wyliczenia, w tym w szczególności w zakresie przyjętych stawek oraz rozwiązań technicznych, również dostępnych na zasadzie nieodpłatnej.

W zakresie zarzutu dotyczącego oświadczenia o podwykonawcach Zamawiający wskazał, że nie zastrzegł w SIWZ obowiązku osobistego wykonania jakiegokolwiek części zamówienia. Wykonawcy mieli zatem swobodę w zakresie wskazania części zamówienia, która będzie realizowana przy udziale podwykonawców. Ponadto ustawa - Prawo zamówień publicznych wprost ustanawia „*dowolną zmianę lub rezygnację przez wykonawcę ze wskazanych personalnie podwykonawców*” (wyrok KIO z dnia 16 lipca 2014 r. /KIO 1366/14/), zaś „*nieprecyzyjność wypełnienia żądania zamawiającego dotyczącego wskazania części podwykonawstwa pozbawione jest negatywnych konsekwencji prawnych wyrażonych w ustawie. Ustawodawca nie określił konsekwencji, jakie grożą wykonawcy za nieprawidłowe podanie lub też za brak podania wskazania udziału podwykonawców*” (wyrok KIO z dnia 28 sierpnia 2013 r. /KIO 1928/13/). W tym stanie rzeczy podanie lub brak informacji o zakresie podwykonawstwa, poza walorem informacyjnym, nie rodzi żadnego skutku zobowiązaniowego, co do sposobu wykonania zamówienia określonego w ofercie. Zamawiający wskazał jednocześnie, że w piśmie z dnia 22 grudnia 2014 r., chcąc rozwiązać wszelkie wątpliwości również w tym przedmiocie, uznał podnoszony przez Odwołującego zarzut, w wyniku czego wezwał Konsorcjum do wyjaśnień. Z wyjaśnień tych jednoznacznie wynika, że zamiarem Konsorcjum jest powierzenie części zamówienia podwykonawcom, zgodnie z oświadczeniem złożonym na załączonym do oferty dedykowanym druku, zaś niewłaściwe skreślenie dokonane na formularzu ofertowym było efektem omyłki.

Pismem z dnia 18 grudnia 2014 r., zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

Pentegy S.A., MCSI Sp. z o.o., LTC Sp. z o.o., Rekord SI Sp. z o.o. Izba stwierdziła na posiedzeniu skuteczność zgłoszonego przystąpienia i dopuściła ww. wykonawców do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika. Izba oddaliła opozycję przeciwko zgłoszonemu przystąpieniu wniesioną przez Odwołującego. W ocenie Izby zgłaszający przystąpienie miał interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść Zamawiającego. Została spełniona przesłanka art. 185 ust 3 Pzp, zaś zgłaszający opozycję nie uprawdopodobnił, że zgłaszający przystąpienie nie ma tego interesu. Ponadto w ocenie Izby treść pełnomocnictw złożonych przez Przystępującego (Konsorcjum Pentegy) nie pozostawiała wątpliwości, iż zostały one udzielone spółce Pentegy S.A., jako liderowi, przez wszystkich członków konsorcjum ubiegających się wspólnie o udzielenie przedmiotowego zamówienia, a tym samym również wszyscy członkowie tego konsorcjum umocowali wspólnie spółkę Pentegy S.A., jako lidera, do zgłoszenia przystąpienia.

Odwołujący w toku postępowania przed Izbą oświadczył, iż nie podtrzymuje zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (zarzuty z pkt 2 i 3 odwołania). Pozostałe zarzuty odwołania zostały podtrzymane. Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości. W toku rozprawy strony i uczestnik postępowania podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie i wdrożenie w Naczelnym Sądzie Administracyjnym, wszystkich wojewódzkich sądach administracyjnych oraz ośrodkach zamiejscowych tych sądów odpowiedniego systemu informatycznego do obsługi postępowania sądowo-administracyjnego, zapewniającego pełną możliwość realizacji w tym Systemie wszystkich czynności określonych procedurą postępowania przed sądami administracyjnymi, którego rezultatem będzie zapewnienie tym sądom możliwości sprawnego i niezakłóconego toku wykonywania funkcji orzeczniczych i procesowych, stosownie do obowiązujących w tym zakresie przepisów ustawy:

- 1) Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, przy uwzględnieniu projektowanych zmian określonych w projekcie ustawy o zmianie ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (druk sejmowy nr 1633);
 - 2) o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne;
 - 3) o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach;
- oraz aktów wykonawczych do tych ustaw, jak również wynikające z SIWZ.

Przedmiot zamówienia obejmuje w szczególności:

- 1) sporządzenia analizy systemowej, zaprojektowanie, wykonanie, zainstalowanie i przekazanie Zamawiającemu do testów poszczególnych modułów Systemu, zawierających wszystkie funkcjonalności wymienione w SIWZ;
- 2) opracowanie i przekazanie Zamawiającemu do akceptacji planu testów funkcjonalnych systemu oraz metodyki przeprowadzania testów wydajnościowych;
- 3) sporządzenie projektu infrastruktury technicznej, uwzględniającego środowisko produkcyjne i testowe, obejmującego:
 - a. wykaz urządzeń niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania Systemu wraz z ich szczegółową specyfikacją techniczną;
 - b. kompleksowe wymagania dla pomieszczeń serwerowni, w tym w szczególności w zakresie zasilania, klimatyzacji i systemów p. poż.;
 - c. projekt sieci rozległej pomiędzy centrami przetwarzania i sądami administracyjnymi, w tym w szczególności w zakresie wymagań na łącza sieci;
- 4) dostawę i instalację w miejscach przeznaczenia oraz konfigurację wszystkich urządzeń wymienionych w projekcie infrastruktury technicznej, w zakresie wynikającym z pkt 3 lit. a i c, w tym wykonanie sieci rozległej;
- 5) dostawę i instalację pełnego oprogramowania niezbędnego dla prawidłowego funkcjonowania Systemu, w tym oprogramowania bazowego i dedykowanego w rozumieniu określonym w SIWZ;
- 6) dokonanie integracji z systemami używanymi przez Zamawiającego oraz migracji danych z tych systemów, w tym weryfikacji danych po migracji;
- 7) dokonanie integracji ze wskazanymi przez Zamawiającego systemami zewnętrznymi;
- 8) wdrożenie poszczególnych modułów oraz całego Systemu w sądach administracyjnych po pozytywnym zakończeniu testów;
- 9) opracowanie i przekazanie Zamawiającemu kompletnej dokumentacji Systemu (w tym dokumentacji infrastruktury technicznej), instrukcji obsługi w wersji dla użytkownika i administratora, kodów źródłowych oprogramowania dedykowanego (ze szczegółową i kompletną instrukcją przygotowania programu wynikowego) oraz nośników instalacyjnych;
- 10) przekazanie Zamawiającemu autorskich praw majątkowych do oprogramowania dedykowanego będącego częścią Systemu, a także dostarczenie licencji do pozostałego oprogramowania;
- 11) przeprowadzenie szkoleń dla użytkowników i administratorów Systemu w zakresie obsługi jego poszczególnych modułów, całego systemu oraz zainstalowanych w ramach umowy urządzeń;
- 12) świadczenie gwarancji jakości Systemu i infrastruktury technicznej w okresie 60 m-cy od dnia odbioru końcowego Systemu.

System wdrożony zostanie w Naczelnym Sądzie Administracyjnym oraz szesnastu wojewódzkich sądach administracyjnych w Białymstoku, Bydgoszczy, Gdańsku, Gliwicach, Gorzowie Wlkp., Kielcach, Krakowie, Lublinie, Łodzi, Opolu, Olsztynie, Poznaniu, Rzeszowie, Szczecinie, Warszawie, Wrocławiu – przy czym dla WSA w Warszawie uwzględnić należy, iż sąd ten ma siedzibę w dwóch lokalizacjach w Warszawie, a ponadto Ośrodek Zamiejscowy w Radomiu.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w Załączniku nr 1 do SIWZ (OPZ – Szczegółowe założenia projektowe systemu informatycznego obsługi działalności orzeczniczej sądów administracyjnych). W załączniku nr 1 do SIWZ wskazano m.in., że System Obsługi Postępowania Sądowoadministracyjnego (OPSAD), będący przedmiotem zamówienia, będzie wspierał wojewódzkie sądy administracyjne oraz Naczelny Sąd Administracyjny w zakresie: obsługi spraw sądowoadministracyjnych; obiegu korespondencji w postaci papierowej i elektronicznej; udostępniania akt elektronicznych w Internecie; archiwizowania spraw oraz obsługi archiwów zakładowych; przygotowywania zestawień statystycznych dotyczących prowadzonych spraw. Bezpośrednim celem wdrożenia Systemu jest spełnienie wymogów art. 4 ustawy z dnia 10 stycznia 2014 r. o zmianie ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2014 r., poz. 183), zmieniającego ustawę o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (t.j. Dz. U. z 2012 r., poz. 270 z późn. zm.). Celem wdrożenia Systemu jest również usprawnienie działania sądów administracyjnych i poprawa efektywności ich pracy dzięki wykorzystaniu elektronicznego obiegu dokumentów i częściowej automatyzacji procesów. W Załączniku nr 1 do SIWZ, Zamawiający opisał ponadto Koncepcję Funkcjonalną Systemu, Wymagania Funkcjonalne, Wymagania Dotyczące Procesu Wdrożenia Systemu.

Termin wykonania zamówienia został określony: do dnia 31 grudnia 2016 r.

W Opisie sposobu obliczenia ceny Zamawiający wskazał, że obowiązującą formą wynagrodzenia będzie wynagrodzenie ryczałtowe, odzwierciedlające wszystkie prace niezbędne do wykonania całości przedmiotu zamówienia, w tym przekazanie praw autorskich i licencji, wynikające wprost ze SIWZ oraz inne nie ujęte w specyfikacji, a niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia, jak również ryzyko wykonawcy i jego odpowiedzialność za prawidłowe zaprojektowanie i wykonanie przedmiotu umowy, w tym za prawidłowe oszacowanie nakładów pracy, sprzętu i kosztów koniecznych do właściwego wykonania przedmiotu umowy oraz wszystkie koszty związane z realizacją całego przedmiotu zamówienia (np. opłaty, podatki, cła). Cenę ryczałtową należy obliczyć na podstawie SIWZ, w tym w szczególności na podstawie koncepcji funkcjonalnej systemu teleinformatycznego. Na cenę ofertową składają się wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, niezbędne do jego wykonania zgodnie ze standardami ilościowymi, jakościowymi i czasowymi określonymi w SIWZ.

W Załączniku nr 4 do SIWZ, w § 8 Ogólnych warunków umowy, Zamawiający określił, że strony ustalają, że obowiązującą je formą wynagrodzenia za wykonanie całego przedmiotu umowy jest wynagrodzenie ryczałtowe w rozumieniu art. 632 Kodeksu cywilnego.

Zgodnie z przyjętym przez Zamawiającego Opisem kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert, jedynym kryterium w tym postępowaniu przetargowym jest cena ryczałtowa za cały przedmiot zamówienia – 100%. Zamawiający zastrzegł przy tym, że w toku oceny ofert może żądać od wykonawcy pisemnych wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Wykonawca będzie zobowiązany do przedstawienia pisemnych wyjaśnień w terminie określonym przez Zamawiającego.

Zgodnie z Protokołem postępowania w trybie przetargu ograniczonego bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiając podał, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 20.397.500,00 zł brutto, zaś po uwzględnieniu prawa opcji w wysokości 10% wartości szacunkowej zamówienia, kwota ta może stanowić łącznie 22.437.250,00 zł brutto. Do upływu terminu składania ofert zostało złożone 4 oferty: 1) oferta konsorcjum wykonawców Pentegy S.A., MCSI Sp. z o.o., LTC Sp. z o.o., Rekord SI Sp. z o.o. z ceną brutto 12.151.662,00 zł; 2) oferta konsorcjum wykonawców: SII Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (lider) Maxto Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Krakowie z ceną oferty brutto 35.721.894,00 zł; 3) oferta wykonawcy Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie z ceną oferty brutto 17.024.430,00 zł; 4) oferta konsorcjum wykonawców Ericpol Sp. z o.o. (lider) i R-Data Sp. z o.o. z ceną oferty brutto 15.620.615,01 zł.

Zgodnie z ofertą konsorcjum Pentegy, podana w ofercie cena ryczałtowa obejmuje: 1) koszt wykonania analizy systemowej i projektu w wysokości: 783.510,00 zł brutto; 2) koszt wytworzenia oprogramowania dedykowanego w wysokości 6.584.682,00 zł brutto; 3) koszt oprogramowania bazowego w wysokości 128.658,00 zł brutto; 4) koszt infrastruktury technicznej (w tym wykonanie sieci rozległej) 4.193.562,00 zł brutto; 5) inne (np. szkolenia, wdrożenie, itp.) 461.250,00 zł.

Pismem z dnia 2 grudnia 2014 r., Zamawiający działając na podstawie art. 92 ust. 1 Pzp poinformował, że w niniejszym postępowaniu, jako najkorzystniejsza, wybrana została oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Pentegy S.A., ul. Felińskiego 25, 01-555 Warszawa (lider konsorcjum), MCSI Sp. z o.o., ul. Kasprzaka 49, 01-249 Warszawa, LTC Sp. z o.o., ul. Narutowicza 2, 98-300 Wieluń, Rekord SI Sp. z o.o., ul. Kasprowicza 5, 43-300 Bielsko-Biała. Oferta ta otrzymała łącznie 100 pkt. Zamawiający wskazał, że oferta ww. wykonawców jest zgodna z wymogami określonymi w SIWZ oraz najkorzystniejsza wg przyjętego kryterium oceny ofert (cena 100%). Oferta Odwołującego zajęła drugą pozycję rankingu z łączną punktacją 77,79.

Pismami z dnia 22 grudnia 2014 r., po przekazaniu do Krajowej Izby Odwoławczej informacji o uwzględnieniu zarzutów dotyczących zaniechania czynności wezwania konsorcjum wykonawców Pentegy S.A., MCSI Sp. z o.o., LTC Sp. z o.o., Rekord SI Sp. z o.o., do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oferty oraz zaniechania wyjaśnienia sprzeczności w treści oferty złożonej przez ww. konsorcjum w zakresie powierzenia części zamówienia podwykonawcom, Zamawiający dokonał następujących czynności:

Działając na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, Zamawiający wezwał konsorcjum wykonawców Pentegy S.A., MCSI Sp. z o.o., LTC Sp. z o.o., Rekord SI Sp. z o.o., do udzielenia wyjaśnień w zakresie wszystkich elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. W przedmiotowym wezwaniu Zamawiający wskazał, że *„w związku ze złożoną w ww. postępowaniu ofertą oraz uwzględniając zarzuty podniesione w odwołaniu na wybór najkorzystniejszej oferty, wzywam Państwa do udzielenia wyjaśnień w zakresie wszystkich elementów mający wpływ na wysokość zaoferowanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia, ze szczególnym uwzględnieniem wskazanych w formularzu ofertowym pozycji: koszt oprogramowania bazowego, koszt infrastruktury technicznej (w tym wykonania sieci rozległej) oraz pozostałych składników, wykazanych w pozycji „inne”.* Zamawiający określił termin na złożenie wyjaśnień do dnia 29 grudnia 2014 r., do godz. 12:00.

Działając na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, Zamawiający wezwał do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści oferty. W przedmiotowym wezwaniu Zamawiający wskazał, że *„w związku ze złożoną w ww. postępowaniu ofertą oraz uwzględniając zarzuty podniesione w odwołaniu na wybór najkorzystniejszej oferty, uprzejmie proszę o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w zakresie wskazania w pkt 2 formularza ofertowego, iż prace objęte zamówieniem zamierzacie Państwo wykonać samodzielnie, przy jednoczesnym wykazaniu w dalszej części oferty, że prace w zakresie projektu i budowy sieci WAN powierzycie Państwo podwykonawcom”.* Zamawiający określił termin na złożenie wyjaśnień do dnia 29 grudnia 2014 r., do godz. 12:00.

Na prośbę konsorcjum wykonawców Pentegy S.A., MCSI Sp. z o.o., LTC Sp. z o.o., Rekord SI Sp. z o.o., Zamawiający przedłużył termin złożenia wyjaśnień na dzień 31 grudnia 2014 r., do godz. 12:00.

Pismami z dnia 30 grudnia 2014 r., konsorcjum wykonawców Pentegy S.A., MCSI Sp. z o.o., LTC Sp. z o.o., Rekord SI Sp. z o.o., udzieliło wyjaśnień w odpowiedzi na ww. wezwania. Wyjaśnienia te, oraz załączniki do pism, zostały zastrzeżone przez ww. konsorcjum, jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 2 stycznia 2015 r., Zamawiający poinformował Odwołującego, że przeprowadził postępowanie wyjaśniające, stosownie do wcześniejszego pisma z dnia 22 grudnia 2014 r.

Pismem z dnia 2 stycznia 2015 r., Zamawiający, działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, poinformował konsorcjum Pentegy o poprawieniu omyłki w złożonej ofercie. Wskazano, że biorąc pod uwagę złożone wyjaśnienia, Zamawiający przyjął, że wykonawca dokonał omyłkowego skreślenia niewłaściwej pozycji w pkt 2 formularza ofertowego.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Przyjęte przez Zamawiającego kryterium oceny ofert (cena brutto – waga 100%), odniesione do oferty Odwołującego, wskazuje, że w razie potwierdzenia stawianych zarzutów i uwzględnienia odwołania, Odwołujący miałby szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W konsekwencji, zarzucone Zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy Pzp mogło powodować naruszenie interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz szkodę z tego tytułu.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Podstawę uwzględnienia odwołania stanowi fakt, iż potwierdził się zarzut zaniechania czynności wezwania konsorcjum Pentegy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, co w ocenie Izby mogło mieć wpływ na wynik postępowania. W konsekwencji za obarczony wadą należało uznać dotychczasowy wybór oferty najkorzystniejszej (art. 91 Pzp). Zarzuty dotyczące niezgodności oferty ww. konsorcjum z ustawą oraz SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp) nie zostały podtrzymane przez Odwołującego, a tym samym Izba nie miała podstaw do orzekania w tym zakresie. Zarzuty dotyczące naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, w okolicznościach niniejszej sprawy, należało uznać aktualnie za przedwczesne, co również skutkowało tym, iż Izba nie mogła przeprowadzić ich merytorycznej oceny, co jednak nie czyniło całego odwołania bezpodstawnym.

Na wstępie należy wskazać, że zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Ponadto, stosownie do art. 191 ust. 2 Pzp, wydając wyrok, Izba bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku

postępowania. Orzeczenie winno zatem rozstrzygać o zarzutach i żądaniach kierowanych wobec kwestionowanych czynności, uwzględniając zarazem wszystkie okoliczności, także te które nastąpiły po wniesieniu odwołania, a wpływają na ocenę zarzutów stawianych w odwołaniu.

W związku z powyższym, orzekając w sprawie Izba miała na uwadze, że Odwołujący postawił w odwołaniu zarzuty nakierowane na wykazanie, że Zamawiający powinien był powziąć wątpliwość, co do poprawności ceny oferty Przystępującego i wezwać tego wykonawcę do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp. Zamawiający zasadnie wskazał przy tym w treści odpowiedzi na odwołanie, że w niniejszej sprawie przepis art. 90 ust. 1 Pzp może znajdować zastosowanie jedynie w brzmieniu obowiązującym przed nowelizacją wprowadzoną z dniem 19 października 2014 r., na mocy ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych, Dz.U.2014.1232. Istotne jest, że po wniesieniu odwołania Zamawiający po części uczynił zadość żądaniom odwołania, w związku z czym, pismem z dnia 22 grudnia 2014 r. wezwał Przystępującego do wyjaśnienia wszystkich elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Z uwagi na powyższe, Izba musiała ocenić kwestionowane przez Odwołującego czynności i zaniechania Zamawiającego z uwzględnieniem czynności podjętych w postępowaniu przez Zamawiającego po wniesieniu odwołania i z uwzględnieniem stanu istniejącego na moment zamknięcia rozprawy.

Izba nie zgodziła się z argumentacją Zamawiającego, że czynność wezwania została podjęta poza postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego i miała służyć jedynie postępowaniu odwoławczemu oraz, że miała zostać podjęta z ostrożności procesowej, dla potwierdzenia słuszności wcześniejszej oceny, co do wyboru najkorzystniejszej oferty. Przeczy temu przede wszystkim formalny charakter wezwania, w tym zarówno powołanie w jego podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, jak i treść wezwania, z którego jednoznacznie wynika, że Zamawiającemu nie chodziło o uzyskanie stanowiska wykonawcy na potrzeby postępowania odwoławczego, ale o udzielenie – stosownie do procedury wyjaśniającej z art. 90 Pzp - wyjaśnień w zakresie wszystkich elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Także Przystępujący nie traktował tego wezwania, jako wystosowanego jedynie w celu informacyjnym, pozbawionego rygorów wynikających z przepisów ustawy Pzp i nie zobowiązującego do odpowiedzi, skoro odpowiedział na to wezwanie w wyznaczonym terminie. Izba nie znalazła także podstaw do uznania, by pierwotne uwzględnienie zarzutu zaniechania wezwania z art. 90 ust. 1 Pzp, jak również poinformowanie o tym, że Zamawiający dokona ponownego badania i oceny ofert po przeprowadzeniu procedury wyjaśniającej, a następnie żądanie oddalenia także tej części zarzutów odwołania, mogło być traktowane jedynie jako zmiana stanowiska procesowego. Zamawiający w sposób formalny dokonał

czynności wezwania. Ta czynność faktycznie zaistniała w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a skoro tak to musiała ona wywoływać określone skutki prawne. Stanowisko przedstawione w tym zakresie w odpowiedzi na odwołanie należało uznać jedynie za taktykę procesową, która w ocenie Izby nie mogła jednak zasługiwać na uwzględnienie. Dopiero na etapie posiedzenia i rozprawy przed Izbą Zamawiający postawił twierdzenie, iż uzyskanie wyjaśnień od Przystępującego miało służyć jedynie postępowaniu odwoławczemu, a więc stanowić swoisty materiał dowodowy. Tego rodzaju twierdzenia nie mogły jednak zmienić rzeczywistego charakteru działań Zamawiającego, który zastosował art. 90 ust. 1 Pzp, wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień, powołując się precyzyjnie na ten przepis, wskazując przy tym, że ma to związek z uwzględnieniem zarzutu odwołania, poinformował o tym fakcie Izbę, jak również Odwołującego, któremu w piśmie z dnia 2 stycznia 2015 r. przekazał informację o przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego. Brak było w konsekwencji podstaw do uznania, że Zamawiający nie przeprowadzał postępowania wyjaśniającego z art. 90 ust. 1 Pzp, gdy wszystkie okoliczności, w tym treść pism powstałych po wniesieniu odwołania wskazywały, iż istotą i celem działań Zamawiającego było właśnie przeprowadzenie tej procedury. Twierdzenia, iż miało to służyć jedynie postępowaniu odwoławczemu Izba uznała jedynie za taktykę procesową, która nie zasługiwała na uwzględnienie, nie znajdując przy tym oparcia w faktach i przepisach ustawy Pzp.

W konsekwencji, czynność wezwania dokonana pismem z dnia 22 grudnia 2014 r., musiała być dostrzegana przez Izbę przy wydawaniu wyroku. Fakt podjęcia tej czynności, mimo zaniechania unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, nie pozwala bowiem uznać jej za niebyłą i pozostającą poza postępowaniem.

Powyższe oznacza także zdaniem Izby, że pomimo nie unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający w rzeczywistości dokonał rewizji decyzji w przedmiocie wyboru najkorzystniejszej oferty, podejmując czynność, która jest właściwa dla etapu poprzedzającego ten wybór, tj. dla etapu badania i oceny oferty. Powyższe oznacza także, że intencją Zamawiającego było poddanie ceny zaoferowanej przez Przystępującego analizie przez pryzmat regulacji zawartej w art. 90 Pzp.

Z uwagi na to, że czynność ta konsumuje jeden z zarzutów postawionych w odwołaniu, Izba musiała uznać, że Zamawiający po otrzymaniu odwołania podzielił w tym zakresie argumentację odwołania i powziął wątpliwości, co do poprawności ceny oferty Przystępującego, czemu dał właśnie wyraz poprzez wezwanie tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień. To wezwanie wyczerpuje także część żądań odwołania. Bez unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty byłoby to jednak jedynie pozorne wyczerpanie żądania odwołania. W postępowaniu nadal istniała bowiem niewzruszona przez Zamawiającego czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, w ramach której nie uwidoczniło się oceny złożonych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Izba uznała także, że potwierdzenie zarzutu zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień stanowi o naruszeniu przepisów Pzp mogących mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zamawiający nie unieważnił wyboru najkorzystniejszej oferty, zaś odwołanie jest skierowane także wobec tej czynności. Skoro zatem wybór najkorzystniejszej oferty nie został unieważniony nie można było przyjąć, że zarzucane naruszenie art. 90 ust. 1 Pzp – które zostało przez Zamawiającego potwierdzone wezwaniem do złożenia wyjaśnień – nie ma wpływu na wynik postępowania. Brak takiego wpływu miałyby dopiero czynność wezwania do złożenia wyjaśnień poprzedzona unieważnieniem czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Należy wskazać w tym miejscu, że tożsame zagadnienie było przedmiotem oceny Izby w sprawie o sygn. akt KIO 1881/13. W pełni aktualne i adekwatne do niniejszej sprawy pozostają tezy wyroku wydanego w ww. sprawie (wyrok z dnia 13 sierpnia 2013 r.), gdzie Izba wyraziła pogląd, iż: *„(...) 2. Przepis art. 90 ust. 1 Pzp znajduje zastosowanie w fazie badania i oceny ofert i uzyskanie na jego podstawie wyjaśnień powinno nastąpić przed rozstrzygnięciem postępowania. 3. Zaakceptowanie stanu, w którym zamawiający uzyskiwałby wyjaśnienia dotyczące kalkulacji ceny, a następnie dokonywałby ich oceny nie dokonując rewizji uprzednio dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty, sprzyjałoby sytuacjom, w których zamawiający pozbawiałby wykonawców możliwości zakwestionowania swojej decyzji. W związku z powyższym: z jednej strony taka pozytywna ocena wyjaśnień nie byłaby w żaden sposób zaprezentowana – skoro miałyby mieścić się w ramach wcześniej dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty, z drugiej zaś – odwołanie od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, który miałby następować wcześniej niż uzyskanie wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny, byłoby zawsze odwołaniem złożonym z uchybieniem terminu na kwestionowanie tego wyboru. 4. Ocena złożonych wyjaśnień powinna znaleźć wyraz w odpowiednim rozstrzygnięciu postępowania, wobec którego zainteresowani wykonawcy będą mogli podnosić ewentualne zastrzeżenia”.*

W ocenie Izby, w niniejszej sprawie złożone wyjaśnienia muszą zostać przez Zamawiającego ocenione. Aktualnie brak jest w postępowaniu takiej płaszczyzny, w której Zamawiający dałby wyraz ocenie tych wyjaśnień. Płaszczyzną tą nie może być stanowisko procesowe zawarte w odpowiedzi na odwołanie. Ocena ta musi więc znaleźć formalne odzwierciedlenie, tj. musi znaleźć wyraz w odpowiednim rozstrzygnięciu postępowania. Tylko takie procedowanie pozwoli zapewnić rzeczywiste, a nie iluzoryczne, prawo do kwestionowania decyzji Zamawiającego. Przyjęcie argumentacji Zamawiającego prowadziłoby, zdaniem składu orzekającego, do ograniczenia tego prawa. Odwołujący nie mógł wcześniej podnosić zarzutów, co do prawidłowości oceny złożonych wyjaśnień – gdyż te pojawiły się dopiero w toku postępowania odwoławczego i nie mogły stanowić okoliczności faktycznych będących podstawą stawianych zarzutów. Przepisy ustawy Pzp nie przewidują przy tym możliwości rozszerzenia zarzutów odwołania. Ponadto, Odwołujący zostałby

pozbawiony możliwości zapoznania się, bądź żądania umożliwienia zapoznania się, z treścią wyjaśnień, gdyż te zostały zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa. W niniejszym odwołaniu Odwołujący nie mógł nawet stawiać zarzutów dotyczących objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa złożonych wyjaśnień, gdyż te pojawiły się dopiero po upływie terminu na wniesienie odwołania od czynności wyboru z dnia 2 grudnia 2014 r.

W niniejszej sprawie, podobnie jak w przytoczonym powyżej wyroku, Izba podkreśla, że przepis art. 90 ust. 1 Pzp znajduje zastosowanie w fazie badania i oceny ofert, a uzyskanie na jego podstawie wyjaśnień powinno nastąpić przed rozstrzygnięciem postępowania. Skoro w tej sprawie Zamawiający zastosował ten przepis to znaczy, że dokonał rewizji swojej wcześniejszej decyzji. Z uwagi na to, że Zamawiający nie unieważnił jednak wyboru oferty najkorzystniejszej Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie tej czynności, jak również powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym ocenę wyjaśnień złożonych na podstawie art. 90 Pzp. Ocena tych wyjaśnień powinna znaleźć wyraz w odpowiednim rozstrzygnięciu postępowania, wobec którego zainteresowani wykonawcy będą mogli podnosić ewentualne zastrzeżenia.

Izba nie nakazywała przy tym wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, mimo takiego żądania zawartego w odwołaniu, gdyż to zostało już wykonane i nakazywanie przez Izbę o powyższym byłoby bezprzedmiotowe.

Przed Zamawiający pozostaje natomiast ocena tych wyjaśnień oraz wyartykułowanie jej rezultatu w rozstrzygnięciu postępowania. W ramach tego postępowania odwoławczego, dotyczącego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z 2 grudnia 2014 r., Izba nie mogła oceniać tych wyjaśnień. Ich ocena – najpierw przez Zamawiającego – winna bowiem znaleźć wyraz w następującym po ich uzyskaniu rozstrzygnięciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jak wskazuje się w orzecznictwie *„definicja "określonego terminu" na złożenie wyjaśnień Zamawiającemu (art. 90 ust 1 ustawy P.z.p.) oznacza, że informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane Zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego (celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego przyjęcia oferty lub jej odrzucenia), a nie w toku postępowania odwoławczego lub skargowego"* (wyrok SO w W., sygn. akt IV Ca 1299/09).

Z uwagi na powyższe, jako przedwczesne należało ocenić, zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp. Samo zastosowanie art. 90 ust. 1 Pzp nie świadczy o tym, że cena oferty jest rażąco niska. Zamawiający stosując ten przepis obalił jednak domniemanie prawidłowości tej ceny i teraz, po uzyskaniu wyjaśnień, musi przedstawić stanowisko, czy uznaje prawidłowość tej ceny, czy też nie. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego musi bowiem być przestrzegany określony porządek rzeczy. Skoro Zamawiający dokonał czynności wezwania, która jest właściwa dla etapu badania i oceny ofert, to tym samym przesądził o swojej wcześniej decyzji w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty i postawił się

przed obowiązkiem dokonania oceny tych wyjaśnień i podjęcia ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, uwzględniającej wnioski płynące z analizy otrzymanych wyjaśnień. Dopiero w odniesieniu do ponownego wyboru, jeżeli będzie tożsamy, będzie możliwa ocena zarzutu rażąco niskiej ceny czy czynu nieuczciwej konkurencji, powiązanego z twierdzeniami o rażąco niskiej cenie, jeżeli Odwołujący zdecyduje się ewentualnie na skorzystanie ze środka ochrony prawnej i podnoszenie w nim przedmiotowych zarzutów. Z uwagi na uznanie powyższych zarzutów za przedwczesne Izba nie brała pod uwagę złożonych w tym zakresie wniosków dowodowych (Odwołującego, jak i Przystępującego). W istocie to działania Zamawiającego doprowadziły to tego, że powyższe zarzuty musiały zostać uznane za przedwczesne, Izba finalnie nie mogła ich merytorycznie rozpoznać, a jednocześnie odwołanie – wobec potwierdzenia działaniami Zamawiającego, jednego z zarzutów odwołania mogącego mieć wpływ na wynik postępowania – musiało zostać uwzględnione.

Mając powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. W związku z uwzględnieniem odwołania Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (§ 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b) 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: