

**WYROK**  
z dnia 22 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Packo**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lipca 2016 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lipca 2016 r. przez wykonawcę

**Asseco Data Systems S.A. ul. Żwirki i Wigury 15, 81-387 Gdynia**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej**

**ul. Nowogrodzka 1/3/5, 00-513 Warszawa**

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Ministerstwu Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej wezwanie Comarch Polska S.A. do złożenia wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Asseco Data Systems S.A. tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2.2. zasądza od Ministerstwa Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej na rzecz Asseco Data Systems S.A. kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 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:** .....

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

Zamawiający – Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „usługi asysty technicznej i konserwacji oprogramowania Oracle i środowiska Oracle Exadata” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 26 kwietnia 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 081-143372. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – Asseco Data Systems S.A. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu:

1. podjęcie niezgodnej z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności przepisu art. 7 ust. 3, czynności polegającej na wyborze oferty wykonawcy Comarch Polska S.A. jako oferty najkorzystniejszej,
2. naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Comarch Polska S.A., pomimo że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
3. naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Comarch Polska S.A., pomimo że złożenie przez tego wykonawcę oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
4. naruszenie art. 35 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie dokonania uaktualnienia wartości zamówienia,
5. z ostrożności – naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Comarch Polska S.A. do złożenia wyjaśnień i dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w związku z faktem, że cena oferty tego wykonawcy jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. odrzucenia oferty wykonawcy Comarch Polska S.A.,
3. z ostrożności – wezwania wykonawcy Comarch Polska S.A. do złożenia wyjaśnień i dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w związku z faktem, że cena oferty tego wykonawcy jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego,
4. dokonania ponownej oceny ofert, uwzględniającej kryteria oceny ofert oraz zasady oceny ofert zgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia,
5. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług maintenance środowiska Oracle Exadata oraz asysty technicznej oprogramowania Oracle (ATiK). Zamawiający w załączniku nr 1 do wzoru umowy wyspecyfikował dane charakteryzujące posiadane przez niego produkty, w tym numer kontraktu, nazwę produktu i liczbę licencji, numer dostępu, numer dostępu oraz poziom usługi asysty.

Za bezsporne należy uznać, że wykonanie wymaganych przez Zamawiającego usług jest ściśle i nierozzerwalnie związane z oprogramowaniem Oracle i środowiskiem Oracle Exadata. Dlatego też Zamawiający wymagał złożenia przez wykonawców oświadczenia dotyczącego posiadanego statusu partnera Oracle na poziomie Platinum Partner lub wyższym, a po zawarciu umowy – dostarczenia wystawionego przez producenta oprogramowania i sprzętu Oracle dokument potwierdzający nabycie praw do realizacji usług objętych przedmiotem umowy. Powyższe potwierdza, że jedynym podmiotem określającym zasady sprzedaży, sposobu licencjonowania, świadczenia usług wsparcia i asysty technicznej jest producent oprogramowania – firma Oracle, której przedstawicielem na terenie Polski jest Oracle Polska Sp. z o.o. Zatem nie jest możliwe, legalnie i zgodnie z zasadami określonymi przez Oracle, wykonanie zamówienia bez pozyskania praw do wykonania przedmiotowych usług bez pośrednictwa Oracle Polska Sp. z o.o.

Oferty złożyło 3 wykonawców, którzy zaproponowali następujące ceny: Asseco Data Systems S.A. – 6.952.140,00 zł brutto, Comarch Polska S.A. – 6.420.103,00 zł brutto i Transition Technologies S.A. – 7.018.409,00 zł brutto.

Zamawiający przed otwarciem ofert poinformował, że na sfinansowanie zamówienia posiada kwotę 5.800.065,00 zł brutto.

Zamawiający poinformował, że za najkorzystniejszą uznał ofertę Comarch Polska S.A.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych ma zapobiegać sytuacji, w której zostanie wybrana oferta, która nie daje pewności, że zamówienie publiczne zostanie wykonane lub zostanie wykonane bez uszczerbku dla jego jakości. Ma zatem dawać gwarancje zamawiającemu ochrony przed nieuczciwymi praktykami wykonawców, którzy

zaniżając cenę w celu uzyskania zamówienia, na etapie realizacji mogą sobie to rekompensować niższą jakością lub domaganiem się dodatkowego wynagrodzenia. Jednocześnie przepis chroni rzetelnych wykonawców, gdyż ułatwia eliminowanie z zamówień publicznych tych, którzy łamią zasady uczciwej konkurencji w zakresie ceny.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera jednoznacznej definicji rażąco niskiej ceny. Nie zawierają jej też inne przepisy. Jediną legalną wskazówką przy definiowaniu tego pojęcia są zatem stwierdzenia zawarte w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Odwołującego w przedmiotowym przypadku Zamawiający nie należycie dokonał oceny oferty Comarch Polska S.A.

Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

Tylko uprawniony przedstawiciel producenta oprogramowania Oracle mógł wycenić i złożyć wykonawcom ubiegającym się o zamówienie ofertę na przedmiotowe usługi.

To na Zamawiającym ciążyą określone obowiązki przewidziane przez ustawę Prawo zamówień publicznych, jednym z nich jest prawidłowe ustalenie wartości zamówienia, w oparciu o zasady opisane w art. 32-35 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący nie podnosi, że Zamawiający całkowicie zaniechał wyceny w sposób wskazany w ustawie, niemniej być może nie zachował należytej staranności w tym zakresie. Przepis art. 35 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje dla dostaw lub usług termin 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania jako granicznej daty do ustalenia wartości zamówienia. Być może Zamawiający nie zastosował normy postępowania przewidzianej w ust. 2 art. 35 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdzie wskazano, że jeżeli po ustaleniu wartości zamówienia nastąpiła zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie, zamawiający przed wszczęciem postępowania dokonuje zmiany wartości zamówienia. Odwołujący podkreślił, że przedmiotem zamówienia są usługi, których wartość ustalana jest przez producenta oprogramowania, który sam w sposób dowolny kształtuje politykę cenową dla swoich produktów i usług i w dowolnym momencie może zmienić sposób wyceny oferowanych przez siebie dóbr. Dlatego jest wielce prawdopodobne, że Zamawiający nie dokonał odpowiedniej aktualizacji ceny za usługi zlecane w ramach zamówienia. Jest to o tyle prawdopodobne, że wszyscy wykonawcy ubiegający się o zamówienie złożyli oferty, których wartość przewyższała kwotę, którą Zamawiający przewidział na jego wykonanie.

Dokonanie aktualizacji wartości zamówienia miałoby tę implikację, iż Zamawiający znalazłby się w sytuacji, w której zobowiązany byłby do wykorzystania, w przypadku wykonawcy Comarch Polska S.A. instrumentu prawnego przewidzianego przez przepis art. 90 ust. 1

ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień i dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zamawiający zaniechał zatem wykonania aktualizacji wartości zamówienia, a także, nie widząc podstaw bezpośrednio wskazanych w przepisie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie wezwał Comarch Polska S.A. do złożenia wyjaśnień w zakresie oferowanej ceny.

Wskazane okoliczności nie zmieniają jednak faktu, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę. Odwołujący podkreślił, że w zakresie ww. usług producent oprogramowania – Oracle oferuje wszystkim wykonawcom, którzy zamierzają złożyć ofertę na usługi asysty technicznej i konserwacji (w celu zaoferowania odsprzedaży tych usług klientowi końcowemu) i posiadają odpowiednią jego autoryzację, na takim samym poziomie cenowym. Z wiedzy, którą dysponuje Odwołujący, w przedmiotowym zamówieniu owa zasada była przez Oracle również przestrzegana. W związku z tym za uprawnioną i uzasadnioną należy przyjąć tezę, że wartość świadczenia (cena), za usługi określone w przedmiocie zamówienia, która została, zaoferowana Odwołującemu przez Oracle, została w takiej samej kwocie i na takich samych warunkach, zaoferowana wszystkim innym wykonawcom, w tym także Comarch Polska S.A. Należy zatem stwierdzić, że zaoferowana wykonawcy Comarch cena przez Oracle jest wyższa niż cena zaoferowana przez tego wykonawcę Zamawiającemu w postępowaniu, co oznacza, że cena oferty Comarch Polska S.A., ze względu na rzeczywistą wartość rynkową przedmiotowych usług, skalkulowana została poniżej kosztów ich zakupu. Zatem cena zaproponowana przez Comarch Polska S.A. jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. W takim przypadku Zamawiający zobligowany jest do wykonania czynności przewidzianej przez art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. odrzucenia oferty tego wykonawcy. W świetle przedstawionych dowodów, zdaniem Odwołującego, nie ma bowiem podstaw do zastosowania procedury przewidzianej przez art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych polegającej na wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień i dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Dodatkowo złożenie oferty z rażąco niską ceną stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Zaoferowane przez Comarch Polska S.A. ceny za realizację zamówienia, w ocenie Odwołującego rażąco niskiej, stanowi *de facto* sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, co wypełnia dyspozycję ww. przepisu.

## II Stanowisko zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający stwierdził, że oszacowania wartości przedmiotu zamówienia dokonał 21 marca 2016 r. w wyniku przeprowadzonego rozeznania rynku, zwracając się do 3 podmiotów świadczących usługi w ramach partnerstwa z firmą Oracle, która sama nie świadczy bezpośrednio tego rodzaju usług, a działa poprzez inne podmioty, którym udziela uprawnień i w ramach swojej wyłącznej kompetencji ustala warunki na jakich to następuje. Oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia nastąpiło w oparciu o uzyskane informacje z zachowaniem zasad wynikających z art. 34 ustawy Prawo zamówień publicznych niespełna z miesięcznym wyprzedzeniem (21 kwietnia 2016 r. wszczęcie postępowania), co czyni zadość wymoganiom określonym w art. 35 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W tym stosunkowo krótkim przedziale czasowym nie nastąpiła zmiana okoliczności mających wpływ na dokonanie w tej materii ustalenia, które obowiązywałyby Zamawiającego do dokonania zmian wartości zamówienia.

Zatem szacując wartość przedmiotu zamówienia Zamawiający dołożył należytej staranności wymaganej art. 32 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zostało to dokonane w przepisany art. 35 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych terminie i nie było żadnych podstaw do zastosowania ust. 2 art. 35.

Termin składania i otwarcia ofert został wyznaczony na 1 czerwca 2016 r. Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający poinformował, że na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 5.800.065,00 zł brutto. Wartość zamówienia została również podana wcześniej przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu. Nie wpłynęła też do Zamawiającego na tym etapie informacja o okolicznościach, o których mowa w art. 35 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, i jak dotychczas nie są one mu znane. Zamawiający określa wartość zamówienia w taki sposób, aby nie być zmuszonym do stosowania procedury zwiększania kwot przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia

W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło 3 wykonawców, którzy zaproponowali następujące ceny brutto: Comarch Polska S.A. – 6 420 103,44 zł; Asseco Data Systems S.A. – 6.952.140,00 zł i Transition Technologies S.A. – 7.018.409,52 zł brutto.

Wszystkie złożone oferty zawierały cenę wyższą od kwoty przeznaczonej na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia. Wobec tego Zamawiający podjął decyzję o zwiększeniu kwoty do wybranej najkorzystniejszej oferty, co pozwoliło na dokonanie wyboru oferty wykonawcy Comarch.

Odwołujący wnosi o unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz o odrzucenie wybranej oferty wykonawcy Comarch Polska S.A. ze względu na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a co najmniej o wezwanie tego

wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień i dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zamawiający oponuje przeciwko tego rodzaju wnioskom ze względu na to, iż wykonawca sam ustala we własnym zakresie cenę oferty, a dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców nie daje podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego wykonawcę jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. W tym konkretnym postępowaniu Zamawiający nie miał żadnych przesłanek by przyjąć, że cena oferty Comarch Polska S.A., firmy znanej i liczącej się w branży informatycznej, była ceną nierealną, niewiarygodną i oderwaną od realiów rynkowych, a takie cechy ceny charakteryzują cenę uznawaną za odpowiadającą użytemu w przepisie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych pojęciu „rażąca”, a tylko zaistnienie rażącej dysproporcji w stosunku do przedmiotu zamówienia skutkuje odrzuceniem oferty. W orzecznictwie przyjmuje się, że odrzucając ofertę Zamawiający musi mieć pewność, że nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia za zaoferowaną cenę, a także oczywiste jest dla wszystkich, że za podaną cenę nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia.

W rozpatrywanym przypadku Zamawiający nie mógł i nie powziął przy rozpatrywaniu i ocenie ofert podejrzenia czy przekonania, że ma lub może mieć do czynienia z ofertą zawierającą rażąco niską cenę, skoro ceny wszystkich 3 złożonych ofert odbiegały od kwoty, którą Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia i konieczne było podjęcie decyzji o zwiększeniu środków przeznaczonych na to zamówienie do wysokości oferty z ceną najniższą, która jednocześnie była ofertą najkorzystniejszą. Nie miał tym samym żadnych podstaw do żądanego przez Odwołującego zwrócenia się do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, o którego zastosowanie wnosi Odwołujący, stanowi, że jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert zamawiający zwraca się o złożenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów. Żądanie takie w świetle cytowanego przepisu nie ma żadnych podstaw prawnych, gdyż cena wybranej oferty jest wyższa, a nie niższa od wartości szacunkowej zamówienia i jest niższa tylko o 5,5% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Działania i czynności Zamawiającego nie naruszają przywołanych przepisów, a tym samym nie może być mowy o naruszeniu art. 7 Pzp, a także przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.



### III Ustalenia Izby

Na wstępie 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, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między Stronami.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją obu Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji lub która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z kolei art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Zarzut Odwołującego w stosunku do oferty złożonej przez Comarch Polska S.A. opierał się na tym, że cena tej oferty opiewa na kwotę niższą niż koszt zakupu usługi od firmy Oracle.

Odwołujący wskazał, że koszt wykonania zamówionej usługi składa się z: kosztu zakupu usługi u firmy Oracle, marży wykonawcy, kosztów kredytowania (finansowania w czasie), ewentualnych kosztów monitorowania usługi i wkroczenia w przypadku, gdyby firma Oracle nienależycie reagowała na zgłoszenia, kosztów zabezpieczenia należytego wykonania

umowy itp. z tym, że koszty te są ujmowane co do zasady w ww. marży. Polityka cenowa firmy Oracle sprowadza się do tego, iż wszyscy wykonawcy otrzymują taką samą ofertę cenową, co potwierdza korespondencja załączona do odwołania. Tym samym wykonawcy w przetargu konkurują zasadniczo wysokością marży.

Według Zamawiającego nie da się stwierdzić, że różnica w cenie poszczególnych ofert może sprowadzać się jedynie do kwestii marży. Zamawiający otrzymał oferty w różnych cenach, co wskazywałoby na to, że nie mogą się różnić jedynie marżą, lecz muszą różnić się też innymi elementami. Trudno mu ocenić, jaką cenę Oracle zaoferował Comarchowi.

Nie było sporne jednak, że wynagrodzenie dla firmy Oracle stanowi główną część wynagrodzenia wykonawcy (ceny oferty wykonawcy).

Podczas rozprawy obie Strony były zgodne co do tego, iż usługi zamówionej przez Zamawiającego nie da się wykonać bez udziału firmy Oracle, nie da się też wykonać usługi z mniejszym udziałem firmy Oracle, niż wyceniony w ofercie firmy Oracle dla Odwołującego załączonej do odwołania (oferta ta została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, dlatego w uzasadnieniu nie zostanie podana kwota, na którą usługa ta została wyceniona). Nie było sporne też, że Oracle sam nie wykonuje bezpośrednio zamówień, ale sprzedaje swoje oprogramowanie i usługi za pośrednictwem innych firm, ale usługę dla Zamawiającego prawie w całości wykonywałby Oracle.

Wykonawca Comarch Polska S.A. nie przystąpił do odwołania odwoławczego ani nie złożył żadnych wyjaśnień, które wskazywałyby na sposób obliczenia ceny jego oferty. Zamawiający również nie przedstawił żadnej argumentacji związanej ze wskazaniem elementów, które powinny składać się na cenę oferty oraz ich wysokości. Tym samym jedynym przedstawionym dowodem była załączona do odwołania oferta firmy Oracle dla Odwołującego, zawierająca proponowaną cenę świadczenia usługi.

Z porównania tej ceny z ceną oferty Comarch Polska S.A., po dodaniu podatku od towarów i usług, przy założeniu okresu wymaganych przez Zamawiającego 36 miesięcy świadczenia usługi, rzeczywiście można wnioskować, że wartość wynagrodzenia dla firmy Oracle byłaby wyższa niż kwota, na którą Comarch Polska S.A. wycenił swoją ofertę.

Tym samym może zachodzić przypadek, w którym cena oferty firmy Comarch Polska S.A. została określona na poziomie niższym niż koszt świadczenia usługi, a więc spełnia przesłanki rażąco niskiej ceny. Z tego powodu Zamawiający powinien zastosować procedurę sprawdzającą opisaną w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, pomimo tego, że na etapie postępowania „po otrzymaniu ofert” czy w chwili badania ofert nie ujawniły się okoliczności opisane w tym przepisie. Należy zauważyć, że przesłanki opisane w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych są tylko przesłankami przykładowymi w stosunku do wszystkich sytuacji, które mogą zaistnieć w związku z ceną rażąco niską.

Zrozumiałe jest bowiem, że w zaistniałej sytuacji, kiedy wszystkie oferty opiewały na ceny wyższe niż oszacowana przez Zamawiającego, a do tego były do siebie dość zbliżone, Zamawiający mógł nie powziąć żadnych podejrzeń – wręcz przeciwnie, ceny te mogły mu się wydawać wysokie. Jednak jednocześnie rzeczą powszechnie wiadomą jest, że wykonawcy profesjonalnie i stale zajmujący się świadczeniem danego typu usługi – i otrzymujący oferty bezpośrednio od Oracle – dysponują informacjami, do których Zamawiający nie ma dostępu. Po otrzymaniu więc dodatkowych danych Zamawiający, rozważając zasadność złożonego odwołania, powinien zweryfikować to, czy podjął poprawną decyzję o uznaniu oferty za prawidłową.

Odwołujący poprzez przedstawienie ceny wykonania usługi określonej przez firmę Oracle uprawdopodobnił, że jego zarzuty mogą być słuszne, co jest wystarczające do stwierdzenia, że konieczne jest zastosowanie procedury określonej w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z ustawową procedurą nie można także odrzucić oferty bez umożliwienia wykonawcy złożenia ww. wyjaśnień. Tym samym konieczne było uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności określonych w sentencji.

Po zapoznaniu się z wyjaśnieniami Zamawiającego zawartymi w odpowiedzi na odwołanie Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że Zamawiający oszacował wartość zamówienia w sposób niezgodny w przepisami określonymi w ustawie Prawo zamówień publicznych, nawet jeśli w konsekwencji wartość ta odbiegała od cen następnie złożonych ofert. Nie ma to też w konsekwencji wpływu na możliwość stwierdzenia, czy cena kwestionowanej oferty jest lub nie jest rażąco niska, gdyż badaniu w tym zakresie podlega wyłącznie sama oferta i sposób jej wyceny, a nie wartość zamówienia.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

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 2, § 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:** .....