

Sygn. akt: KIO 34/18

WYROK

z dnia 17 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Danuta Dziubińska**

Protokolant: **Marcin Jakóbczyk**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 stycznia 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 stycznia 2018 r. przez wykonawcę **Damovo Polska sp. z o.o., ul. Postępu 21 B, 02-676 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Obsługi Administracji Rządowej, ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **W. R., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą DIR W. R., ul. Poziomkowa 5, 86-300 Grudziądz** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu - **Centrum Obsługi Administracji Rządowej**:
 - 1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - 1.2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym ponowne wezwanie wykonawcy **DIR W. R.** do złożenia wyjaśnień oraz złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty, w zakresie kosztów świadczenia usług, o których mowa w Rozdziale I Opisu Przedmiotu Zamówienia, z uwzględnieniem kosztów:

- pracy asysty technicznej, w tym kosztów absencji m.in. z powodu urlopów, chorób,
 - gotowości serwisu 7 dni w tygodniu 24 godziny na dobę,
 - szkoleń technicznych dla użytkowników systemu,
 - przedłużenia programów wsparcia i gwarancji u Producenta Systemu Telekomunikacyjnego Ericsson MD 110 MiVOice MXOne Telephony Switch z zachowaniem ciągłości dla wygasających kontraktów;
2. oddała odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych;
3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego - **Centrum Obsługi Administracji Rządowej** i:
- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych 00 groszy) uiszczoną przez wykonawcę **DIR W. R.** tytułem wpisu od odwołania,
- 3.2. zasądza od zamawiającego – **Centrum Obsługi Administracji Rządowej** na rzecz odwołującego - **DIR W. R.** kwotę **11 100,00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych 00 groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) 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

Centrum Obsługi Administracji Rządowej (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, postępowanie o zamówienie publiczne pod nazwą „Serwis pogwarancyjny centrali telefonicznej firmy Ericsson/Aastra typu MiVOice MXOne Telephony Switch”, numer postępowania 120/2017/WliT. Wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 12 grudnia 2017 r., numer 631794-N-2017 ze zmianą zamieszczoną w BZP w dniu 18 grudnia 2017 r. nr 500076642-N-2017. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 29 grudnia 2017 r. Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez W. R., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą DIR W. R. w Grudziądzu.

W dniu 3 stycznia 2018 r. wykonawca Damovo Polska sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności wyboru przez Zamawiającego oferty złożonej przez Wykonawcę DIR W. R., jako najkorzystniejszej oraz wobec zaniechania wezwania tego Wykonawcy w trybie art.90 ust. 1 i 1a pkt 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień wykazujących, iż oferowana cena nie jest ceną rażąco zaniżoną oraz wobec zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia tej oferty w oparciu o przepis 90 ust.3 ustawy Pzp. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 90 ust.1a pkt 1 ustawy Pzp poprzez jego pominięcie, polegające na zaniechaniu obligatoryjnego wystąpienia przez Zamawiającego do Wykonawcy DIR W. R. o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w art.90 ust.1 Pzp, pomimo iż cena całkowita oferty tego wykonawcy jest niższa o co najmniej 30% zarówno od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, jak również od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert;
- 2) art. 90 ust. 1 Pzp poprzez jego pominięcie, polegające na zaniechaniu wystąpienia przez Zamawiającego do Wykonawcy DIR W. R. o udzielenie wyjaśnień,

o których mowa w art.90 ust. 1 ustawy Pzp, pomimo iż zaferowana cena ofertowa ma charakter rażąco niskiej i winna budzić wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego;

- 3) art.90 ust.3 ustawy Pzp i art.89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez ich pominięcie polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy DIR W. R. jako zawierającej cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 4) art.89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego pominięcie polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy DIR W. R. jako nieodpowiadającej treści SIWZ;
- 5) art.91 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej podlegającej odrzuceniu;
- 6) art. 7 ust.3 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy wybranego w sposób sprzeczny z przepisami ustawy Pzp.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Wykonawcy DIR W. R.;
- 3) nakazanie unieważnienia czynności oceny ofert;
- 4) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert;
- 5) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Wykonawcy DIR W. R. w oparciu o przepis art.90 ust.3 ustawy Pzp lub przepis art.89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;
- 6) ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wystąpienia do Wykonawcy DIR W. R. o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w art.90 ust. 1 ustawy Pzp, w oparciu o przepis art.90 ust. 1 i 1a pkt 1 ustawy Pzp;
- 7) nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego;

Wykazując interes prawny w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej w Odwołujący podał, iż jako jedyny złożył ofertę spełniającą postawione przez Zamawiającego warunki oraz zawierającą rzeczywistą i racjonalną kalkulację ceny ofertowej, pozwalającą na prawidłowe wykonanie zamówienia w ramach kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na jego realizację. W wyniku wyboru oferty najkorzystniejszej z rażącym naruszeniem przepisów art.91 ust. 1 oraz art.7 ust.3 ustawy Pzp, Odwołującemu nie została powierzona realizacja

zamówienia. Może to prowadzić do powstania po stronie Odwołującego szkody majątkowej z uwagi na pozbawienie zysku, związanego z realizacją przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący podał, iż zgodnie z treścią przepisu art. 90 ust.1a pkt 1 ustawy Pzp, w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od: wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w art.90 ust.1 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, iż oferta Wykonawcy DIR W. R. zawiera cenę ryczałtową 132.000,00 złotych brutto. Tymczasem przewidziana przez Zamawiającego wartość zamówienia, zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 22 grudnia 2017 r. wynosi 362.850,00 złotych brutto. Zaproponowana przez Wykonawcę DIR W. R. cena ofertowa była blisko trzykrotnie (ponad 63 %) niższa niż wartość zamówienia przewidzianej przez Zamawiającego. Odwołujący zauważył również, iż do podobnego wniosku prowadzi odniesienie ceny ofertowej Wykonawcy DIR W. R. do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Średnia arytmetyczna wszystkich ofert złożonych w postępowaniu wynosi 242.904,13 zł. Cena oferty Wykonawcy DIR W. R. jest zatem niemal dwukrotnie (prawie 46 %) niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Odwołujący stwierdził, iż spełnione zostały obydwie przesłanki wskazane w art.90 ust.1a pkt 1 ustawy Pzp, co powinno skutkować wezwaniem Wykonawcy DIR W. R. do złożenia wyjaśnień i ewentualne odrzuceniem oferty tego Wykonawcy w oparciu o przepis art.90 ust.3 ustawy Pzp oraz art.89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Natomiast dokonanie przez Zamawiającego wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty Wykonawcy DIR W. R., z pominięciem uprzedniego wystąpienia do tego Wykonawcy o przedstawienie wyjaśnień, o których mowa w art.90 ust. 1 ustawy Pzp przy tak istotnych rozbieżnościach wysokości ceny ofertowej, w ocenie Odwołującego, należy uznać za naruszenie art.90 ust. 1a pkt 1 oraz art. 90 ust.3 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego cenę oferty Wykonawcy DIR W. R. należy uznać za rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia i czyniącą niemożliwym wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. W związku z tym spełniona była również wskazana w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przesłanka wystąpienia przez Zamawiającego do tego wykonawcy o udzielenie dodatkowych wyjaśnień i ewentualnie odrzucenia oferty w oparciu o przepis art. 90 ust.3 Pzp. Wynika to, zdaniem Odwołującego, z następujących okoliczności:

- 1) Zamawiający w Opisie Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ”) w §1 pkt 1 ppkt 1 wymagał przedłużenia wsparcia producenta dla Systemu dla wygasających kontraktów. Systemy, które wymagają przedłużenia serwisów uproducenta systemu to MiCollab Advanced

Messaging (OneBox) oraz RightFax. Kwota wykupienia serwisów Producenta w tym wypadku to około 36 000 - 40 000 PLN netto, w zależności od obecnej kampanii rabatowej producenta. Odwołujący dodał, iż jego oferta zawierała kalkulację kosztów wykupienia wsparcia producenta;

- 2) Zamawiający w §1 pkt. 1 ppkt 2 OPZ wymagał dostawy i wymiany modułów baterii zasilania awaryjnego dla systemu MiVoice MX-One TSW. Zadanie to wiąże się w z wymianą 24 baterii, gdzie szacunkowy koszt sprzętu i robocizny to około 19 500 PLN netto. Usługa wymiany musi zostać wykonana przez osoby posiadające uprawnienia elektryczne do wykonania tego zadania. Odwołujący dodał, iż jego oferta zawierała dostawę, wymianę baterii oraz ich utylizację;
- 3) Zamawiający w §1 pkt 1 ppkt 9 OPZ wymagał gotowości serwisu 7 dni w tygodniu, 24 godziny na dobę. Wykonanie takiej usługi wymaga wprowadzenia m.in. dyżurów oraz poniesienia dodatkowych kosztów w związku z utrzymaniem dostępności Inżynierów Serwisu dla każdej technologii, która wchodzi w skład Systemu. Takie wymaganie stawia przed wykonawcą konieczność zbudowania zespołu, który będzie w pełni dyspozycyjny w trakcie realizacji usługi. Odwołujący dodał, iż posiada własne centrum serwisowe w oparciu o Inżynierów Serwisu dostępnych w miejscowości świadczenia usługi serwisowej;
- 4) Zamawiający w §1 pkt 1 ppkt 11-12 OPZ wymagał zapewnienia dostępności i naprawy uszkodzonych części w ramach miesięcznego wynagrodzenia. W celu zapewnienia realizacji tego wymogu Wykonawca zobowiązany jest utrzymywać stan magazynowy na takim poziomie, aby zapewnić ciągłość pracy systemu. W przypadku Systemu posiadanego przez Zamawiającego, większość podzespołów nie jest możliwa do wymiany na taki sam komponent. W związku z powyższym konieczna jest wymiana elementu na nowy model wraz z wymianą okablowania. Odwołujący dodał, iż uwzględnił w swojej ofercie ryzyko wystąpienia awarii kart systemowych wraz z koniecznością wymiany okablowania do kart systemowych. Szacunkowy koszt zapewnienia dostępności dla podstawowych elementów to około 10 000 zł netto;
- 5) Zamawiający w §1 pkt 1 ppkt 19 OPZ wymagał asysty technicznej przez 5 dni roboczych w siedzibie zamawiającego w godzinach pracy urzędu. Wiąże się to z zapewnieniem odpowiedniej ilości osób do zagwarantowania ciągłości serwisu w przypadku choroby, urlopu lub innych sytuacji kryzysowych. Przy założeniu powyższych wymagań, przybliżony minimalny koszt dla pracodawcy oddelegowanego pracownika do siedziby Zamawiającego wraz z zapewnieniem ciągłości serwisu to 9 750,00 zł miesięcznie tj. 117.000 zł w skali roku. Zgodnie ze statystykami GUS, średnie wynagrodzenie specjalisty to 5 342,99 zł

brutto. Wymieniony koszt dotyczy pracownika oddelegowanego na miejsce, należy również uwzględnić koszty związane ze wsparciem specjalistów w danej technologii. Odwołujący dodał, iż zawarł w swojej ofercie koszty związane z urlopami oraz ryzyko wystąpienia choroby lub innych sytuacji wiążących się z absencją pracownika na miejscu świadczenia usługi serwisowej;

- 6) Zamawiający w § 1 pkt. 1 ppkt 27a-b OPZ wymagał przeprowadzenia szkoleń. Zorganizowanie szkolenia wymaga zaangażowania dodatkowej osoby do przeprowadzenia zajęć wraz z testami oraz systemem szkoleniowym. W odniesieniu do ppkt 27b, szkolenie zaawansowane wymaga przygotowania odpowiedniego środowiska technicznego, aby przeprowadzić szkolenia umożliwiające wprowadzenie administratorów na zaawansowany poziom serwisowy. Odwołujący dodał, iż posiada w swojej siedzibie centrum szkoleniowe, umożliwiające przeprowadzenie szkolenia w zakresie zaawansowanym. Wszelkiego rodzaju koszty związane ze szkoleniem m.in. zasoby ludzkie, zasoby sprzętowe oraz czas pracy został uwzględniony w wycenie jego oferty. W zależności od zakresu szkolenia (podstawowe czy zaawansowane) należy, zdaniem Odwołującego, przewidzieć do realizacji zadania od 2 500 zł do 5000 zł za jedną osobę.

Uzasadniając zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, iż zgodnie z treścią §1 pkt 1 ppkt 3-4 OPZ Zamawiający wymagał świadczenia wsparcia serwisowego dla Sytemu w pełnym wymiarze kompetencyjnym (§1 pkt 2). Wymaga to od Wykonawców posiadania kompetencji oraz ich wykazania w toku postępowania przetargowego. Okoliczność ta nie została jednak w żaden sposób wykazana przez Wykonawcę DIR W. R., brak było zatem podstaw do uznania, iż wykonawca ten posiada wymagane kompetencje. Potwierdzeniem posiadanych kompetencji byłby w ocenie Odwołującego certyfikat producenta oprogramowania w zakresie produktów MiVoice MXOne TSW, MiCollab Advanced Messaging (OneBox), RightFax oraz IBB, których posiadania Wykonawca ten nie wykazał. Odwołujący zaznaczył przy tym, iż posiada on odpowiednie kompetencje potwierdzone certyfikatami producenta oraz wieloletnim doświadczeniem i wykazał to.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający podkreślił, iż Odwołujący w żadnym momencie nie wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie dokumentacji postępowania. O ile treść wyjaśnień Przystępującego została zastrzeżona, jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) i Odwołujący nie ma do niej dostępu, o tyle treść wezwania Zamawiającego jest jak najbardziej jawna. Zamawiający podał, iż Przystępujący w zakreślonym terminie złożył odpowiedź na wezwanie z dnia 22 grudnia 2017 r. wraz z dowodami potwierdzającymi realność zaoferowanej ceny,

którą, zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa, jak również przedstawił kalkulację kluczowych kosztów świadczenia usług określonych w opisie przedmiotu zamówienia (dalej: opz). Wyjaśnienia w szczególności precyzują kluczowe obciążenia dla Wykonawcy tj. koszt zatrudnienia pracownika, o kompetencjach wymaganych przez Zamawiającego na umowę o pracę, koszt dostawy, wymiany modułów baterii zasilania awaryjnego określonych w pkt 1.1.2 opz (wraz z dowodem potwierdzającym) oraz sposób organizacji magazynu części zamiennych. Zamawiający dokonał analizy złożonych wyjaśnień oraz przedstawionych dowodów i uznał je za wystarczające. Tym samym Zamawiający przyjął, że cena zawarta w ofercie Wykonawcy nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i obejmuje cały zakres, o którym mowa w opz. Z tego też powodu Zamawiający nie odrzucił oferty ani na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, ani na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, a jego działanie było zgodne z obowiązującą regulacją.

Odnosząc się do wyliczeń i założeń zawartych przez Odwołującego w punkcie III uzasadnienia odwołania Zamawiający wskazał, że informacje te, szczególnie w zakresie kosztów odnoszą się jedynie do Odwołującego, który dla udowodnienia stawianej tezy o rzekomo rażąco niskiej cenie wskazuje swoje koszty i swoje rozumienie sposobu realizacji zamówienia, który odbiega od postanowień zawartych w opz. Odwołujący w punkcie III.I uzasadnienia odwołania przedstawił kalkulację kosztów przedłużenia wsparcia producenta dla systemów MiCpIIab Advanced Messaging (OneBox) i systemu RightFax. Zamawiający w SIWZ nie wymagał przedłużenia programów wsparcia dla systemu MiCpIIab Advanced Messaging (OneBox) ani systemu RightFax, a jedynie dla Ericsson MD 110 MiVOice MXOne Telephony Switch. System Ericsson MD 110 to system stary i obecnie nie jest już produkowany - firma Ericsson od kilku lat nie produkuje central telefonicznych, a technologię MD110 firmy Ericsson w wyniku działań rynkowych początkowo przejęła firma Aastra, a po kilku latach firma Mitel. W związku z kolejnymi przejęciami dostęp do wsparcia producenta jest obecnie bardzo ograniczony i w praktyce podmioty serwisujące stare centrale telefoniczne wyprodukowane przez firmę Ericsson z niego nie korzystają. Systemy te przez lata były dość popularne w Polsce i serwisanci obsługujący je posiadają duże doświadczenie w rozwiązywaniu nawet skomplikowanych problemów, dzięki czemu są w stanie konserwować i naprawiać te systemy bez wykorzystania wsparcia producenta. Rozwiązują problemy przy pomocy własnej wiedzy i umiejętności. Zapis w SIWZ został umieszczony asekuracyjnie jako zobowiązanie Wykonawcy do zapewnienia wsparcia serwisu producenta w sytuacji wystąpienia zdarzenia krytycznego i braku możliwości rozwiązania problemu we własnym zakresie przez Wykonawcę. W stanie faktycznym, gdy Wykonawca posiada wykwalifikowanych inżynierów, wystąpienie konieczności wykupienia takiego wsparcia w celu rozwiązania nietypowego problemu jest minimalne.

Odnosząc się przedstawionej przez Odwołującego kalkulacji kosztów dostawy i wymiany modułów baterii zasilania awaryjnego dla systemu MiVoice MX-One TSW, Zamawiający wskazał, iż nie odbiega ona od warunków rynkowych i jest porównywalna z pozycją kosztów wskazaną przez Przystępującego w wyjaśnieniach z dnia 28 grudnia 2017 r. i stwierdził, że nie ma podstaw do kwestionowania prawidłowości kalkulacji Wykonawcy DIR W. R., w szczególności w świetle dowodu dołączonego do wyjaśnień Przystępującego.

Zamawiający zauważył, iż Odwołujący przedstawił swoją wizję sposobu realizacji wymagania określonego w opz pkt 1.1.9 - gotowość serwisu - 7 dni w tygodniu 24 godziny na dobę. Wymagania określone w SIWZ dotyczące gotowości serwisu 24h przez 7 dni w tygodniu należy jednak zestawić z warunkami SLA. Deklarowane przez Wykonawcę czasookresy dla napraw w przypadku wystąpienia incydentów nie warunkują konieczności utrzymywania tylko i wyłącznie na potrzeby Zamawiającego zespołu inżynierów w pełnej gotowości całodobowo przez 365 dni w roku, jak twierdzi Odwołujący. Wprost przeciwnie - warunki SLA umożliwiają wykorzystanie automatyki zgłoszeń i potwierdzeń bez konieczności angażowania pracowników Wykonawcy, jednocześnie określając ramy czasowe przywrócenia sprawności systemu. Fakt, że Odwołujący zbudował w pełni dyspozycyjny zespół do realizacji zamówienia w żaden sposób nie oznacza, że na każdym innym wykonawcy ciąży obowiązek zbudowania takiego zespołu, szczególnie jeśli Zamawiający w żadnym miejscu SIWZ takiego wymagania nie określił.

Zamawiający podał, iż wskazane przez Odwołującego punkty opz 1.1.11: naprawa i wymiana uszkodzonych elementów (w ramach miesięcznego wynagrodzenia) i 1.1.12 zapewnienie produktów i transport części jako istotny czynnik cenotwórczy, z przedstawieniem hipotetycznej przykładowej kalkulacji kosztów wymiany jednego z elementów centrali pokazuje, że Odwołujący przedstawił swój sposób realizacji zamówienia, mimo, że Zamawiający nie ograniczył Wykonawcom możliwości naprawy części we własnym zakresie, czy też wykorzystania przy świadczeniu usługi podzespołów używanych, a tym samym nie narzucił konieczności wymiany na ich nowe modele wymagające innych komponentów dla prawidłowego działania. Przystępujący natomiast wskazał w wyjaśnieniach, iż jego zasoby w zakresie produktów i części zamiennych są wystarczające do należytego wykonania zamówienia.

Zamawiający zauważył, iż Odwołujący w punkcie III.5 uzasadnienia odwołania wskazuje pkt 1,1.19 opz - asysta techniczna pełniona przez 5 dni roboczych w siedzibie Zamawiającego co najmniej w godzinach pracy urzędu tj. 8.15 -16.15, sugerując kalkulację przybliżonych minimalnych kosztów pracodawcy. W przytoczonych wyliczeniach nie posługuje się jednak kwotami minimalnymi a średnim statystycznym wynagrodzeniem dla specjalisty uzyskanym z danych GUS, co do których brak jest informacji jaki poziom kompetencji był uwzględniony

przy pozyskiwaniu danych przez GUS (m.in, założeń badania statystycznego dotyczących stopnia zawansowania serwisowanych systemów i zakresu wsparcia), Przystępujący natomiast w wyjaśnieniach przedstawił kalkulację kosztów zatrudnienia, która nie budzi wątpliwości Zamawiającego co do prawdziwości i prawidłowości przedstawionych danych.

Odnosząc się do kwestii szkoleń, zamawiający stwierdził, iż twierdzenie Odwołującego że zorganizowanie szkolenia wymaga zaangażowania dodatkowej osoby do przeprowadzenia zajęć wraz z testami oraz systemem szkoleniowym jest błędne i niepoparte żadnymi dowodami, czy chociażby przesłankami. Odwołujący ma pełną świadomość bezzasadności swojej tezy, gdyż świadczył usługę w poprzednich latach. Szkolenia przeprowadzane były siedzibie Zamawiającego przez osobę świadczącą usługę w ramach asysty technicznej sprowadzały się głównie do ogólnych instrukcji obsługi aparatów dla nowych pracowników. Zamawiający nie wymagał w SIWZ szkoleń umożliwiających wprowadzenie administratorów na zaawansowany poziom serwisowy.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący przyjął błędne założenie, że czynności serwisowe i szkolenia mają być rozpatrywane odrębnie od asysty technicznej świadczonej w godzinach pracy Zamawiającego. Z wieloletniego doświadczenia Zamawiającego wynika, iż w stanie faktycznym niemal wszystkie czynności wskazane w opz pkt 1 wykonywane są przez pracownika oddelegowanego do siedziby Zamawiającego. Asysta techniczna jest jednym elementem świadczonej usługi o marginalnym zaangażowaniu czasowym. Ponadto oddzielenie szkoleń od asysty technicznej i obsługi serwisowej byłoby tworem sztucznym, niepożądanym i kosztochłonnym. Szkolenia nie wymagają zaawansowanego technicznie technologicznie centrum szkoleniowego, tym bardziej, że mają odbywać się w siedzibie Zamawiającego i sprowadzają się głównie do ogólnych instrukcji obsługi aparatów telefonicznych dla nowych pracowników i może je prowadzić inżynier oddelegowany do siedziby Zamawiającego.

Zamawiający wyjaśnił, że dokonując analizy złożonych przez Przystępującego wyjaśnień stwierdził, że jak najbardziej możliwa jest realizacja zamówienia za cenę zawartą w ofercie, gdyż przyporządkowując z opz poszczególne elementy składające się na cenę wykonania zamówienia, o których mowa w Zakresie przedmiotu zamówienia, należy stwierdzić, że: punkt 1 podpunkty 3 - 8, 10 - 11 i 13 - 27 zawarte są w kosztach pracownika, który będzie realizował zamówienie (kwota w aktach sprawy w treści wyjaśnień), zaś punkt 1 podpunkt 2 zawarty jest w koszcie wymiany baterii, co potwierdza także dowód dołączony do wyjaśnień (w aktach sprawy). Przyjmując informacje zawarte w wyjaśnieniach Przystępującego, Zamawiający stwierdził, iż zaoferowana kwota w pełni pokrywa zakres zamówienia. Z tego też powodu brak jest podstaw do przyjęcia, że zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 zasługuje na uwzględnienie.

Na marginesie Zamawiający zauważył, że w związku z koniecznością zapewnienia serwisu centrali telefonicznej objętej przedmiotowym postępowaniem, w związku ze złożonym odwołaniem, zobowiązany był zapewnić opiekę serwisową do czasu zakończenia postępowania. W tym celu zwrócił się do obu wykonawców, zarówno Przystępującego jak i Odwołującego, z zapytaniem ofertowym i to oferta Przystępującego została uznana za najkorzystniejszą. Co znamienne, zakres zamówienia objęty zapytaniem ofertowym w pełni odpowiada zakresowi niniejszego postępowania, a cena za jaką świadczy Przystępujący aktualnie usługi serwisowe to 11 000 zł brutto (kopia umowy z dnia 5 stycznia 2018 r., Nr 5/2018/WIT- dowód nr 3). Cena ta zatem, jako dokładnie taka sama, w żaden sposób nie odbiega od zaoferowanej w postępowaniu, co potwierdza nie tylko słuszność decyzji Zamawiającego o jej przyjęciu i nieodrzuconiu z tytułu rażąco niskiej ceny, ale też konkurencję między wykonawcami funkcjonującymi w branży usług serwisowych.

Ustosunkowując się do zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez jego pominięcie polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy DIR W. R. jako nieodpowiadającej treści SIWZ, Zamawiający zauważył, iż wskazany przez Odwołującego §1 pkt. 1 ppkt. 3-4 Opisu Przedmiotu Zamówienia wymagał świadczenia wsparcia serwisowego dla Sytemu w pełnym wymiarze kompetencyjnym (§1 pkt. 2) nie oznacza obowiązku wykazania się przez wykonawców posiadaniem certyfikatu producenta oprogramowania w zakresie produktów MiVoice MXOne TSW, MiCollab Advanced Messaging (OneBox), RightFax oraz IBB. Zamawiający nie wymagał przedłożenia przedmiotowych dokumentów ani do oferty ani na żadnym innym etapie postępowania. Wręcz w odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ, który wpłynął w toku postępowania, w dniu 18.12.2017 r., Zamawiający zmodyfikował treść SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej poprzez odstąpienie od wymogu wykazania posiadania certyfikatu potwierdzającego posiadanie statusu Gold Partner (lub wyższy) producenta centrali telefonicznej MiVoice MX-One (znak: WZP/1096/2011/ES - dowód nr 2). Jednocześnie Zamawiający podtrzymał pozostałe wymogi dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Przystępujący wykazał spełnianie przedmiotowych warunków udziału w postępowaniu.

W dalszej części pisma Zamawiający stwierdził, iż podnoszone przez Odwołującego zarzuty naruszenia: art. 91 ust. 1 poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej podlegającej odrzuceniu oraz art. 7 ust. 3 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy wybranemu w sposób sprzeczny z przepisami Pzp, nie zasługują na uwzględnienie, a zamawiający nie będzie się do nich szczegółowo odnosił, gdyż Odwołujący nie zawarł w treści złożonego odwołania żadnego uzasadnienia i dowodów potwierdzających naruszenie wskazanych powyżej przepisów.

Pismem złożonym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 stycznia 2018 r. wykonawca DIR W. R. (dalej: „Przystępujący”) zgłosił swoje przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego. Przystępujący wskazał, iż ma interes w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania po stronie Zamawiającego, ponieważ złożył ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę, która została wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza. Ewentualne uwzględnienie odwołania spowoduje odrzucenie jego oferty i tym samym uniemożliwi uzyskanie przez niego zamówienia.

Przystępujący na rozprawie złożył pismo, w którym ustosunkował się do zarzutów odwołania, stwierdzając na wstępie, iż Odwołujący nie udowodnił swoich twierdzeń opierając je wyłącznie na całkowicie chybionych wywodach oraz wniósł o oddalenie odwołania w całości. Przystępujący wskazał, iż zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, a więc ciężar dowodu spoczywa na Odwołującym. Natomiast ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego lub zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania. Przystępujący stwierdził również, iż zarzut pominięcia art. 90 ust. 1 pkt i art. 90 ust. 1 ustawy jest bezzasadny, ponieważ Zamawiający w dniu 22 grudnia 2017 r. zwrócił się do niego o złożenie wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy. Takie wyjaśnienia zostały złożone w wymaganym terminie.

Odnosząc się do zarzutu rażąco niskiej ceny, Przystępujący stwierdził iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, oraz, że wskazał w swoich wyjaśnieniach, co składa się na cenę jego oferty i że przedmiot zamówienia jest możliwy do wykonania za cenę przez niego podaną, z zagwarantowaniem również zysku. Zdaniem Przystępującego w niniejszym postępowaniu kwestia rażąco niskiej ceny pojawiła się tylko dlatego, że Odwołujący od dłuższego czasu świadczy usługi wsparcia serwisu pogwarancyjnego za znacznie zawyżonym wynagrodzeniem. A skoro cena za świadczenie usług serwisu była ustalona na takim poziomie, to Zamawiający zmuszony był do przeznaczenia środków finansowych w wysokości zbliżonej do wartości wynagrodzenia Odwołującego. Pojawienie się konkurenta w tym postępowaniu, który zaproponował niższą cenę spowodowało wszczęcie procedury wyjaśnienia zaoferowanej ceny.

Przystępujący podał, iż działa na rynku telekomunikacyjnym od ponad trzydziestu lat. Prowadzi działalność związaną ze sprzedażą, konfiguracją i serwisowaniem central telefonicznych tych starego typu (jaką posiada Zamawiający) oraz nowego typu (IP). Zajmuje się również tworzeniem oprogramowania wspierającego procesy biznesowe jego klientów oraz realizacją projektów outsourcingowych. Tworzy dedykowane rozwiązania dopasowane do

potrzeb klientów oraz świadczy kompleksowe usługi z zakresu outsourcingu IT. W jego portfolio znajdują się również aplikacje telekomunikacyjne umożliwiające integrację z dowolnym systemem informatycznym. Nie jest, więc tak, że Przystępujący jest podmiotem nieposiadającym wiedzy, doświadczenia i kwalifikacji, który nie potrafi świadczyć usług wsparcia technicznego. Przystępujący przedstawił referencje potwierdzające jego doświadczenie. Znane są, zatem Przystępującemu realia, ceny i koszty serwisowania tego typu central telefonicznych. W niniejszym postępowaniu usługa dotyczy centrali telefonicznej Ericsson MD 110 MiVOice MXOne Telephony Switch, która liczy prawie 20 lat. Nie jest to, zatem system najnowszej generacji, który wymaga wielu nakładów. Zadaniem centrali jest umożliwienie wykonywania połączeń głosowych przez pracowników Zamawiającego między sobą oraz połączeń wychodzących. Wiele elementów centrali nie jest już wspieranych przez producentów. Zamawiającemu chodziło zatem, aby wykonawca zapewnił wymianę baterii zasilania oraz przeznaczył jedną osobę, która będąc na miejscu codziennie będzie czuwała nad prawidłowym funkcjonowaniem centrali, a kiedy będzie taka potrzeba dokonywała przeglądów, usuwania awarii, aktualizacji danych, konfiguracji i rekonfiguracji, instruowała pracowników Zamawiającego jak obsługiwać aparat telefoniczny. Zdaniem Przystępującego Zamawiający wyraźnie wskazał, że jego intencją jest znalezienie partnera, który ma doświadczenie w wykonywaniu serwisowania tego typu systemów bez potrzeby posiadania specjalnych certyfikatów czy statusu partnerów producentów takiego sprzętu. Zamawiający odstąpił od wymogu określonego w pkt IV. 1 ppkt 1.3 b SIWZ, tj. posiadania statusu Gold Partner (lub wyższy) producenta centrali telefonicznej MiVoice MX-One, co oznacza, że formułując dopuszczał każdego wykonawcę, który zapewni mu serwisowanie centrali telefonicznej. Powołując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 kwietnia 2009 roku (sygn. akt KIO/UZP 360/00) Przystępujący stwierdził, iż w przypadku zamówienia na usługi, które w dużej mierze mają wymiar niematerialny, jak w niniejszym postępowaniu, wykazanie rynkowości wyceny jest utrudnione i nie można przesądzać, że cena oferty Przystępującego jest tak niska, że nie jest możliwe świadczenie usług.

Nadto Przystępujący wskazał, iż Zamawiający nie wymagał przedłużenia serwisów producenta systemów MiCollab Advanced Messaging (OneBac) oraz RightFax. Dlatego pozbawione podstaw jest szacowanie na poziomie 40 000 zł ceny wykupienia serwisów. Zamawiający wymagał dostawy i wymiany modułów baterii zasilania awaryjnego dla systemu. I taka dostawa zostanie wykonana za określoną kwotę, co Przystępujący wyjaśnił w swoich wyjaśnieniach. Przystępujący podał również, iż zapewnia Zamawiającemu serwis 7 dni w tygodniu i 24 godziny na dobę, ponieważ posiada własne centrum serwisowe od wielu lat. Zamawiający nie jest pierwszym klientem Przystępującego, zatem stworzenie takiego centrum serwisowego od podstaw nie było konieczne. Nie wymagało to jakichkolwiek nakładów ze jego

strony. Na dowód tych twierdzeń Przystępujący załączył swoją stronę www potwierdzającą przyjmowanie zgłoszeń serwisowych w trybie 24/7.

Następnie Przystępujący podał, iż w swoich wyjaśnieniach wyjaśnił, że posiada stany magazynowe na takim poziomie, że jest w stanie zapewnić ciągłość pracy systemu. Przystępujący posiada karty systemowe na wymianę na magazynie, który wskazał w swoich wyjaśnieniach. Sama wymiana elementu czy okablowania będzie wykonywana przez pracownika wskazanego w ofercie w ramach jego wynagrodzenia. Nawet, jeżeli przyjąć za Odwołującym, że szacunkowy koszt zapewnienia dostępności podstawowych elementów wynosi 10 000 zł netto to taki koszt będzie mógł być pokryty przez Przystępującego z wynagrodzenia, jakie otrzyma z tytułu wykonywania usług, bez uszczerbku dla swojego zysku. Jednak stoi na stanowisku, że zapas kart systemowych, który posiada nie będzie powodował konieczności wydatkowania takiej kwoty.

Przystępujący podał również, iż gwarantuje Zamawiającemu asystę techniczną przez 5 dni roboczych w siedzibie Zamawiającego w godzinach pracy urzędu. Koszt oddelegowanego pracownika został wskazany w wyjaśnieniach Przystępującego. Ponadto, Przystępujący zatrudnia jeszcze 18 pracowników, w tym 2 w Warszawie, którzy w każdej chwili mogą zastąpić wskazanego w ofercie pracownika Przystępującego w razie takiej potrzeby. Przystępujący zwrócił uwagę na bardzo wysokie, jego zdaniem, wynagrodzenie oddelegowanego pracownika Odwołującego (ok. 10 000 zł miesięcznie) przy średnim wynagrodzeniu ok. 5000 zł. Odwołujący zaoferował, zatem Zamawiającemu asystę dwukrotnie droższą niż średnia cena na tynku. Przystępujący w wyjaśnieniach wskazał, jakie koszty poniesie na pracownika, który będzie wykonywał asystę techniczną w siedzibie Zamawiającego.

W dalszej części pisma Przystępujący oświadczył, iż przewidział szkolenia dla pracowników Zamawiającego oraz, że trudno się zgodzić z Odwołującym, że koszt szkolenia jednej osoby wynosić może aż 5000 zł, ponieważ szkolenie techniczne dla użytkowników systemu na poziomie podstawowym dla nowo zatrudnionych pracowników ma polegać na tym, że przedstawiciel wykonawcy pokazuje tym pracownikom jak obsługuje się aparaty telefoniczne, czyli jak wybrać numer, przełączyć rozmowę, wykonać połączenie. Są to podstawowe czynności, za które Odwołujący chciałby uzyskać wynagrodzenie w wysokości 5000 zł. Co do szkolenia na poziomie zaawansowanym, co do produktów dotyczących centrali telefonicznej, to jest to zaznajomienie wybranych pracowników z obsługą centrali telefonicznej, przy czym Zamawiający nie posiada takich pracowników, którzy mogliby być przeszkoleni, skoro wymaga od wykonawcy oddelegowania do siedziby Zamawiającego pracownika wykonawcy. Zarówno podstawowe szkolenie jak i szkolenie zaawansowane wykonywać będzie w ramach swojego wynagrodzenia pracownik Przystępującego, wskazany w jego ofercie. Natomiast Odwołujący określa koszt takich szkoleń na 30 000 zł.

Przystępujący podał również, iż mając na uwadze dane wskazane przez Odwołującego: cena baterii 19 500 zł netto, karty systemowe 10 000 zł netto oraz wynagrodzenie dla pracownika 117 000 zł netto, przy średnim koszcie specjalisty podanym przez GUS wynoszącym 63 600 zł netto, można wskazać, że cena oferty Odwołującego powinna wynosić 146 500 zł netto, a gdyby zatrudnić pracownika mającego średnie wynagrodzenie wskazane przez GUS, to cena oferty wyniosłaby 93 100 zł netto, a więc byłaby to cena zbliżona do oferty Przystępującego. Tymczasem wartość oferty Odwołującego wyniosła około 290 000 zł netto. Odwołujący przyjął, zatem 200 000 zł zysku, próbując to uzasadnić koniecznością zapewnienia trenerów na szkolenia (30 000 zł), wykupem niewymaganych programów (40 000 zł) i zatrudnieniem drogiego pracownika oddelegowanego do siedziby Zamawiającego. Za taką kwotę Zamawiający mógłby sfinansować koszt zakupu nowej centrali IP, która spełniałaby wszystkie funkcjonalności obecnej centrali. Koszt takiej centrali to ok. 250 000 zł netto wraz z aparatami telefonicznymi.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, Przystępujący stwierdził, iż jego oferta jest zgodna z SIWZ. Odwołujący nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu, że jest inaczej. W swoim odwołaniu wskazuje jedynie, że Przystępujący nie posiada kompetencji w zakresie świadczenia wsparcia serwisowego dla centrali telefonicznej, a miałby te kompetencje gdyby posiadał certyfikat producenta oprogramowania w zakresie produktów MiVoice MXOne TSW, MiCollab Advanced Messaging, RightFax oraz IBB.

Zamawiający określił w SIWZ warunki udziału w postępowaniu, (pkt IV SIWZ). Brak ich spełnienia uprawniał Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy. Przystępujący złożył Zamawiającemu wszelkie wymagane przez niego oświadczenia i dokumenty, również te, które potwierdzają kompetencje Przystępującego do wykonania zamówienia. Wszystkie te warunki zostały spełnione przez Przystępującego. Zamawiający nie wymagał jakichkolwiek certyfikatów producenta oprogramowania w zakresie produktów wskazanych w odwołaniu. Nie ma, więc żadnych podstaw, aby uznać, że Przystępujący sporządził ofertę niezgodną z SIWZ. Na poparcie swojego stanowiska Przystępujący przywołał wyrok KIO z dnia 3 lutego 2014 r., sygn. akt KIO 82/14.

Po zapoznaniu się m.in. z treścią wezwania skierowanego przez Zamawiającego do Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny oferty oraz wyjaśnieniami złożonymi przez Przystępującego, po przeprowadzeniu rozprawy i wysłuchaniu stanowisk i oświadczeń stron i uczestnika postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza, ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych, nie została wypełniona żadna z przesłanek, skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp oraz, że wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Tym samym odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Izba stwierdziła, iż Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej, ponieważ została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, w postaci interesu w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący złożył ofertę, która według przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert, w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. Wybór oferty Przystępującego skutkuje pozbawieniem Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, a w konsekwencji możliwością poniesienia szkody.

Izba stwierdziła, iż stosownie do art. 185 ust. 3 ustawy Pzp, Przystępujący stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego. Przystąpienie nastąpiło z zachowaniem wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, w tym z wykazaniem interesu Przystępującego w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. Oferta Przystępującego została wybrana jako najkorzystniejsza. Uwzględnienie odwołania może spowodować odrzucenie jego oferty, a tym samym może uniemożliwić uzyskanie zamówienia.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców, tj. Odwołujący z ceną 132 000,00 zł i Przystępujący z ceną 353 808,27 zł. Zamawiający przewidział na realizację zamówienia kwotę 362 850,00 zł.

Wezwaniem z dnia 22 grudnia 2017 r. o treści: „Centrum Obsługi Administracji Rządowej na podstawie art. 87 w związku z art. 90 ust. 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wzywa do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Zamawiający przewidział na realizację zamówienia środki finansowe w wysokości 362.850,00 zł brutto., W złożonej ofercie zaproponowali Państwo wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę ryczałtową brutto 132 000,00 zł, która stanowi 36,38% wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz 54,34% średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert. Zgodnie z art. 90 Zamawiający zwraca się z prośbą o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny zgodnie z ust. 2 powyższego paragrafu. Wyjaśnienia wraz z dowodami należy przekazać drogą elektroniczną za pośrednictwem Platformy Zakupowej w zakładce Pytania/Informacje w sposób analogiczny jak w przypadku oświadczeń i dokumentów składanych po terminie składania ofert do dnia

28.12.2017 r. do godziny 14:00." Zamawiający wystąpił do wykonawcy DIR W. R. o wyjaśnienia w związku z podejrzeniem rażąco niskiej ceny.

Wykonawca DIR W. R. w określonym terminie złożył wyjaśnienia zastrzegając, iż stanowią one tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Wykonawca ten załączył dowód w postaci oferty dostawcy baterii.

Treść przywołanych przez Odwołującego na poparcie zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny podpunktów Rozdziału I opz (określonego w odwołaniu, jako § 1 opz) w pewnym zakresie różni się od treści tego dokumentu. W związku z tym, ich pełne przywołanie jest uzasadnione. Stosownie do pkt 1 ppkt 1 opz Wykonawca jest zobowiązany do świadczenia na rzecz Zamawiającego bez dodatkowych opłat:

- " 1) *Przedłużenia programów wsparcia i gwarancji u Producenta Systemu Telekomunikacyjnego Ericsson MD 110 MiVOice MXOne Telephony Switch z zachowaniem ciągłości dla wygasających kontraktów;*
- 2) *Jednorazowa dostawa i wymiany modułów baterii zasilania awaryjnego wchodzącego w skład Systemu Telekomunikacyjnego na modele o parametrach nie niższych niż obecnie zainstalowane, a wykazanych w Załączniku nr 1 do SIWZ - Lista Komponentów Systemu Telekomunikacyjnego. Na dostarczony sprzęt Wykonawca zapewni gwarancję producenta na okres minimum 2 lat od daty podpisania protokołu odbioru bez uwag i zastrzeżeń; (...)*
- 9) *gotowości serwisu – 7 dni w tygodniu 24 godziny na dobę, (...)*
- 11) *naprawy i wymiany uszkodzonych elementów (w ramach miesięcznego wynagrodzenia),*
- 12) *zapewnienie produktów i transport części, (...)*
- 19) *asysta techniczna pełniona przez 5 dni roboczych w siedzibie Zamawiającego co najmniej w godzinach pracy urzędu tj. 8.15 – 16.15, (...)*
- 27) *szkolenia techniczne dla użytkowników systemu:*
- a) *na poziomie podstawowym dla nowo zatrudnionych użytkowników systemu (jedno szkolenie maksymalnie 4 pracowników, szkolenie wykonane w siedzibie Zamawiającego),*
- b) *na poziomie zaawansowanym z produktów dotyczących centrali telefonicznej MiVOice MXOne Telephony Switch dla dwóch pracowników Zamawiającego."*

Nie jest sporne, iż SIWZ nie zawiera wymogu w zakresie przedłożenia przez wykonawcę certyfikatów producenta oprogramowania w zakresie produktów MiVoice MXOne TSW, MiCollab Advanced Messaging (OneBox), RightFax oraz IBB.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż ze względu na zastrzeżenie przez Wykonawcę DIR W. R., jako tajemnicy przedsiębiorstwa, złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, Izba nie może w uzasadnieniu wyroku w sposób szczegółowy odnieść się do zastrzeżonych dokumentów. Nie wpływa to jednak na możliwość oceny zasadności zarzutów odwołania.

Odnosząc się do zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba stwierdza, iż wobec wezwania Wykonawcy W. R. do złożenia wyjaśnień, dotyczących wyliczenia ceny oferty i cofnięcia na rozprawie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 90 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, rozpoznawanie odwołania w zakresie tych zarzutów stało się bezprzedmiotowe. Rozpoznaniu przez Izbę podlegały pozostałe zarzuty odwołania.

W zakresie zarzutu odnoszącego się do rażąco niskiej ceny, w tym naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, Izba na wstępie wskazuje, że w ramach jej kognicji mieści się ocena czynności zamawiającego w kontekście przywołanych w ramach rozpoznawanego środka ochrony prawnej okoliczności faktycznych i adekwatnych do zaskarżonej czynności przepisów, stanowiących wzorce kontroli dla czynności podejmowanych w toku procedury. *Rozprawa nie może stanowić kontynuacji procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp skoro postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą stanowi ocenę zakończonej już procedury wyjaśniającej na okoliczność zaoferowania rażąco niskiej ceny.* (por. m.in. wyrok KIO z dnia 16 grudnia 2010 r. sygn. KIO 2604/10). W związku z tym, w przedmiotowym zakresie, Izba ocenia treść wyjaśnień, jakimi dysponował Zamawiający oraz czynność ich oceny przez Zamawiającego, nie zaś dodatkowe wyjaśnienia przedstawione przez Przystępującego przed Izbą. *Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. akt IV Ca 1299/09 stwierdzić należy, że składanie przez skarżącego dopiero na rozprawie, dodatkowych wyjaśnień i przedstawianie przed KIO nowych argumentów w celu wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny, nie może być wzięte pod uwagę ani przez KIO ani tym bardziej przez Sąd Okręgowy. 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 przed KIO* (por. m.in. wyrok KIO z dnia 27 lipca 2017 r. sygn. akt 1336/17 i wyrok KIO 28 lutego 2017 sygn. akt KIO 288/17).

W związku z powyższym w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, ocenie Izby podlegała czynność oceny przez Zamawiającego wyjaśnień,

złożonych przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego w związku z podejrzeniem rażąco niskiej ceny oferty, wystosowanym na podstawie art. 90 ust.1a ustawy Pzp.

Skierowanie do Przystępującego wezwania do udzielenia wyjaśnień oznacza, że Zamawiający nie dopatrył się zaistnienia okoliczności wyłączających obowiązek wezwania do wyjaśnienia, tj. nie stwierdził, iż rozbieżność w cenie wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia (art. 90 ust. 1a pkt 1 in fine), np. stwierdzając ustalenie przez siebie wartości przedmiotu zamówienia na znacząco wyższym poziomie niż wynikałoby to z realiów rynkowych, a złożone w postępowaniu oferty potwierdzają tę sytuację (por. opinia UZP „Badanie rażąco niskiej ceny po nowelizacji”, www.uzp.gov.pl). Wystąpienie o wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny nie jest bowiem jedynie czysto formalnym elementem procedury udzielania zamówienia publicznego, lecz służy do uzyskania konkretnych informacji celem uzyskania możliwości oceny (rozwiązania wątpliwości zamawiającego) czy zaoferowana cena jest realna, skalkulowana w sposób rzetelny i ekonomicznie uzasadniony, z zapewnieniem zysku dla wykonawcy z danego zadania. Jakkolwiek ustawa Pzp nie zawiera definicji rażąco niskiej ceny, to jednak w orzecznictwie i doktrynie przyjmuje się, że występuje ona m.in., gdy jest nierealistyczna, gdy nie budzi wątpliwości, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie za nią przedmiotu zamówienia byłoby nieopłacalne, gdy różnica cen nie będzie możliwa do uzasadnienia obiektywnymi okolicznościami pozwalającymi wykonawcy zrealizować to zamówienie bez strat i dodatkowego finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne (por. m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009 r. sygn. akt XII Ga 88/09 – LEX nr 552013).

Stosownie do art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach powinien nie tylko przedstawić zastosowaną kalkulację oferty, ale też przedłożyć dowody, które uzasadniają przyjętą przez niego wycenę przedmiotu zamówienia. W przypadku złożenia wyjaśnień przez wykonawcę, *jeżeli zamawiający nie stwierdzi rażąco niskiej ceny, to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe, w tym art. 6 kc, zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na tym, kto z faktu tego wywodzi skutki prawne* (por. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn.. akt XIX Ga 3/07). W przedmiotowym stanie faktycznym sprawy ciężar dowodu w zakresie nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego wyjaśnień złożonych przez Przystępującego, a w konsekwencji istnienia w ofercie Przystępującego rażąco niskiej ceny, spoczywał na Odwoływającym. Wobec objęcia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa, co nie było kwestionowane przez żadną ze stron, Odwoływający miał w tym zakresie utrudnione zadanie. Odwoływający podjął próbę wykazania, z jakich powodów, oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę, oraz - w zakresie, w jakim powziął o nich wiadomość z otrzymanych pism od Zamawiającego

i Przystępującego oraz stanowisk tych podmiotów zaprezentowanych na rozprawie – podjął próbę wykazania, z jakich względów wyjaśnienia przedstawione przez Przystępującego, nie mogły służyć uznaniu, że oferta Przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przystępujący złożył wyjaśnienia. Wyjaśnień tych nie można uznać w całości za lakoniczne i gołosłowne, tj. nie można przyjąć, iż nie zostały złożone, czego skutkiem byłoby odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy. Nie można także przyjąć, iż ich ocena prowadzi jednoznacznie do wniosku, iż potwierdzają one wystąpienie w ofercie rażąco niskiej ceny. W związku z tym na ich podstawie nie można odrzucić oferty tego Wykonawcy. Treść tych wyjaśnień budzi wątpliwości, co wskazuje, iż nie powinny być także uznane za wykazujące, iż oferta Przystępującego została rzetelnie skalkulowana. Potwierdza to także okoliczność, iż na rozprawie Przystępujący rozszerzył swoje wyjaśnienia. Tym samym, w ocenie Izby, przyjmując wyjaśnienia, złożone przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego, za wystarczające do stwierdzenia braku rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego, Zamawiający dał wyraz temu, iż nie ocenił tych wyjaśnień w należyty sposób.

Wyjaśnienia zawierają ogólne stwierdzenia dotyczące prawidłowej kalkulacji ceny oferty, zawierają również bardziej szczegółowe, acz niepełne odniesienie się do niektórych elementów kosztowych, wraz z dowodem na potwierdzenie jednego z nich tj. ceny zakupu baterii. Zostało wykazane przez Odwołującego oraz wynika to także ze stanowisk Zamawiającego i Przystępującego, zaprezentowanych na rozprawie, iż istnieje potrzeba doprecyzowania tych wyjaśnień oraz pozyskania przez Zamawiającego szerszych informacji w zakresie już przekazanych przez Przystępującego w sposób ogólny wyjaśnień. Nie zmienia tej oceny wskazywany przez Przystępującego niematerialny charakter przedmiotu zamówienia. Niezależnie, bowiem od rodzaju zamówienia cena oferty musi być realistyczna i pozwalać na należyte wykonanie zamówienia z jednoczesnym zabezpieczeniem zysku dla wykonawcy. Nie zmienia tej oceny również podnoszona przez Zamawiającego okoliczność, iż od dnia 5 stycznia 2018 r. Przystępujący świadczy na jego rzecz takie usługi za wynagrodzenie miesięczne analogiczne jak w złożonej ofercie. Wynika to m.in. z bardzo krótkiego okresu czasu świadczenia tych usług.

Złożone przez Przystępującego wyjaśnienia wymagają doprecyzowania, w szczególności w zakresie kosztów pracy Wykonawcy, do czego obliguje przepis art. 90 ust.

1 pkt 1 ustawy Pzp. Podanie przez Wykonawcę wynagrodzenia jednego pracownika, w sytuacji, gdy wymagana jest jednocześnie gotowość serwisu 7 dni w tygodniu 24 godziny na dobę i przy możliwości absencji tego pracownika np. z powodu choroby czy urlopu, w ocenie Izby, nie może być uznane za wystarczające do uznania, iż oferta została prawidłowo skalkulowana. Taką ocenę potwierdzają również informacje zawarte w piśmie Przystępującego, złożonym na rozprawie, dotyczące m.in. liczby zatrudnionych pracowników i sposobu realizacji usług w zakresie szkoleń technicznych dla użytkowników systemu. Wyjaśnienia wymagają również szerszych informacji w zakresie kosztu przedłużenia programów wsparcia i gwarancji u Producenta Systemu Telekomunikacyjnego Ericsson MD 110 MiVOice MXOne Telephony Switch z zachowaniem ciągłości dla wygasających kontraktów, co było wymagane w opz i który to wymóg Zamawiający potwierdził na rozprawie.

Potwierdził się, zatem zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający przy dokonywanej ocenie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę powinien bowiem, stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wziąć pod uwagę obiektywne czynniki, tylko przykładowo wymienione w tym przepisie, przy czym wyjaśnienia powinny wyczerpująco wskazywać wszystkie czynniki mające wpływ na cenę i pozwalać, w sposób niebudzący wątpliwości, na ustalenie, czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Przedmiotowe wyjaśnienia złożone przez Przystępującego nie pozwalały na takie jednoznaczne ustalenie. W związku z tym nie mogły być uznane za potwierdzające brak w ofercie Przystępującego rażąco niskiej ceny. Jednakże w okolicznościach przedmiotowej sprawy, w ocenie Izby, należy mieć na uwadze także sposób sformułowania przez Zamawiającego wezwania z złożenia wyjaśnień. Jak pokazuje jego treść przedstawiona w ustaleniach faktycznych niniejszego uzasadnienia, wystąpienie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień przez Przystępującego było nieprecyzyjne i nie zawierało wskazania elementów, w odniesieniu, do których Zamawiający oczekuje dostatecznie szczegółowych wyjaśnień lub kalkulacji. Pismo to nie zawiera precyzyjnego określenia żądanego zakresu wyjaśnień, nie podaje konkretnych wątpliwości Zamawiającego odnoszących się do podejrzenia rażąco niskiej ceny. Tymczasem wezwanie do złożenia wyjaśnień powinno być konkretne, precyzyjne, szczegółowe, zawierać podstawę prawną wezwania, tak, aby z jednej strony umożliwić wykonawcy wyjaśnienie wątpliwości, jakie posiada zamawiający w zakresie ceny oferty, a z drugiej strony umożliwić zamawiającemu ocenę udzielonych wyjaśnień. Należy, bowiem zauważyć, iż zasady, jawności, pisemności i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wymagają, aby ocena wyjaśnień wykonawców była związana z jasnymi i jednoznacznymi wymaganiami w tym zakresie.

W związku z tym, iż wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień nie spełniało ww. wymagań, to okoliczność, iż udzielone wyjaśnienia nie są wystarczająco precyzyjne

i powinny wzbudzić wątpliwości, co do tego, czy cena oferty jest wiarygodna i jest możliwe prawidłowe wykonanie za nią przedmiotu zamówienia, w ocenie Izby, nie powinno negatywnie skutkować dla wykonawcy. Zamawiający powinien poprawnie sformułować ponowne wezwanie i zażądać doprecyzowania wyjaśnień lub szerszych informacji w zakresie już złożonym w sposób ogólny, z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia i obowiązków wykonawcy związanych ze świadczeniem usług nim objętych. Podkreślenia przy tym wymaga, iż ponowne żądanie wyjaśnień nie może prowadzić do złożenia zupełnie nowych wyjaśnień.

Taka możliwość ponownego zwrócenia się do wykonawcy, który złożył wyjaśnienia, budzące wątpliwości wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (por. np. wyrok KIO z dnia 27 lipca 2017 r. sygn. akt 1336/17, wyrok z dnia 18 lutego 2016 r. sygn. akt KIO 150/16, wyrok z dnia 23 marca 2017 r. sygn.. akt KIO 416/17) i sądów okręgowych (por. np. wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 9 grudnia 2010 r. sygn. akt V Ga 122/10). Zwrócenia uwagi wymaga także to, iż leży to w interesie Zamawiającego, który w sytuacji rzetelnej odpowiedzi wykonawcy na jego wystąpienie, uzyskuje lepszą możliwość weryfikacji założonych przez wykonawcę kosztów i zapewnia sobie możliwość oceny realności wykonania przedmiotu zamówienia, jak również zapobiega odrzuceniu korzystniejszej pod względem ekonomicznym oferty. *W sytuacji, gdy Zamawiający nie poinformował wykonawcy, jakie elementy oferty budzą jego wątpliwości, co do ewentualnego rażącego zaniżenia ceny oferty, a wykonawca złożył wyjaśnienia, ale nie wynika z nich jednoznacznie, że wykonawca zaoferował rażąco niską cenę, a niektóre elementy wyjaśnień, co do kosztów czy założeń kalkulacyjnych nie zostały w dostateczny sposób wyjaśnione przez wykonawcę i budzą wątpliwości, jest możliwe wezwanie wykonawcy do dodatkowych wyjaśnień* (por. m.in. wyrok KIO z dnia 7 marca 2017 r. sygn. akt KIO 321/170).

Powyższe wskazuje, iż potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, jednakże nie z tego powodu, jak podaje Odwołujący, iż oferta wybrana podlega odrzuceniu, lecz z tego powodu, iż wybór oferty Przystępującego, nie został poprzedzony należycie przeprowadzonymi wyjaśnieniami w zakresie rażąco niskiej ceny. Z tego też powodu potwierdził się również zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, dopiero właściwie przeprowadzona procedura wyjaśnień, umożliwi dokonanie właściwej oceny i stwierdzenia czy istnieją bądź nie istnieją podstawy odrzucenia oferty Przystępującego.

Z tych względów, stosownie do przepisów art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, iż Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi

naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba orzekła jak w pkt 1 sentencji wyroku.

W ocenie Izby, nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W obecnym stanie sprawy, wobec istnienia obiektywnych okoliczności uzasadniających uszczegółowienie wyjaśnień złożonych przez Przystępującego nie można bowiem w sposób niebudzący wątpliwości, stwierdzić, iż oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę.

Nie znalazł również potwierdzenia zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Na rozprawie Odwołujący wyjaśnił, iż sprzeczność oferty Przystępującego z SIWZ polega na tym, iż z uwagi na to, że Przystępujący nie posiada certyfikatów producenta lub ośrodków szkoleniowych, nie może wykonać umowy zgodnie z wymogiem określonym w części I pkt 2 opz, z którego wynika, iż wykonawca zobowiązuje się do wykonania prac będących przedmiotem umowy zgodnie z aktualnym poziomem wiedzy technicznej i należytą starannością oraz do powierzenia wykonania prac osobom o kwalifikacjach zawodowych w zakresie teletechnicznym. Zdaniem Odwołującego skoro Zamawiający wymagał świadczenia wsparcia serwisowego dla Systemu w pełnym wymiarze kompetencyjnym, a wykonawca DIR Wiesława Rozynek nie wykazał posiadania wskazanych przez Odwołującego certyfikatów, to jego oferta jest sprzeczna z SIWZ, ponieważ to oznacza, że wykonawca ten nie posiada wymaganych kompetencji. Jednocześnie Odwołujący przyznał, iż SIWZ nie zawiera wymogu w zakresie posiadania wskazanych przez niego certyfikatów. Okoliczność ta nie jest sporna pomiędzy stronami. W związku z tym, w ocenie Izby, Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego, z uwagi na brak wskazanej przez Odwołującego niezgodności oferty Przystępującego z SIWZ. Sprzeczność oferty z SIWZ, co do zasady, występuje, bowiem wtedy, gdy zaoferowane przez wykonawcę świadczenie pozostaje w sprzeczności z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego wykonania, wymaganymi przez Zamawiającego w SIWZ.

Ubocznie należy zauważyć, iż nie jest również sporne pomiędzy stronami, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przewidział obowiązek legitymowania się certyfikatami dla pracownika i dla podmiotu, potwierdzającymi doświadczenie w wykonaniu analogicznych usług, z tym, że posiadanie tych certyfikatów służyło wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jak wynika z oświadczenia Zamawiającego złożonego na rozprawie, któremu Odwołujący nie zaprzeczył, Przystępujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

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

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania i z uwzględnieniem uzasadnionych kosztów zastępstwa prawnego Odwołującego, na podstawie rachunku, złożonego przed zamknięciem rozprawy, w wysokości określonej w § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

Przewodniczący: