

WYROK
z dnia 16 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: S&T Services Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Zalaris Polska sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni w postępowaniu prowadzonym przez Sąd Apelacyjny w Krakowie reprezentowany przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej z siedzibą w Krakowie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: KBJ S.A. z siedzibą w Warszawie, T. Systems sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3455/22 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: Sądowi Apelacyjnemu w Krakowie reprezentowanemu przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej z siedzibą w Krakowie unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: KBJ S.A. z siedzibą w Warszawie, T. Systems sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i nakazuje temu Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: S&T Services Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Zalaris Polska sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni oraz nakazuje temu Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert,

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Sąd Apelacyjny w Krakowie reprezentowanemu przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej z siedzibą w Krakowie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie

ubiegających się o udzielenie zamówienia: S&T Services Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Zalaris Polska sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Sądu Apelacyjnego w Krakowie reprezentowanego przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej z siedzibą w Krakowie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: S&T Services Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Zalaris Polska sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Sąd Apelacyjny w Krakowie reprezentowany przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej z siedzibą w Krakowie wszczął postępowanie w celu zawarcia umowy ramowej z odpowiednim zastosowaniem przepisów dotyczących trybu przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa oprogramowania SAP lub równoważnego na rzecz sądów powszechnych oraz Ministerstwa Sprawiedliwości wraz z usługami towarzyszącymi” - umowa ramowa, nr referencyjny: WZP-421-3/2022.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 4 października 2022 r., pod numerem 2022/S 191-540218.

W dniu 13 grudnia 2022 r. Odwołujący: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: S&T Services Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Zalaris Polska sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni otrzymał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu jego oferty.

Nie zgadzając się z powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący w dniu 23 grudnia 2022 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1.1. odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia oraz błędy w obliczeniu cen, podczas, gdy oferta Odwołującego była zgodna z warunkami zamówienia oraz nie zawierała błędów w obliczeniu cen;

ewentualnie wobec 1.1. :

1.2. zaniechaniu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, gdy postępowanie obarczone było niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

2.1. art. 226 ust. 1 pkt 5) i 10) ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia oraz błędy w obliczeniu

cen, podczas, gdy oferta Odwołującego była zgodna z warunkami zamówienia oraz nie zawierała błędów w obliczeniu cen;

ewentualnie wobec 2.1.,

2.2. art. 255 pkt 6 Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, gdy postępowanie obarczone było niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Z uwagi na powyższe zarzuty wnosił o:

3.1. uwzględnienie odwołania;

3.2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny i wyboru ofert, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i dokonania ponownej oceny i wyboru ofert;

3.3. ewentualnie - na wypadek nieuwzględnienia wniosku określonego w ust. 3.2. - nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania ze względu na niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;

3.4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

Odwołujący nie podzielił stanowiska Zamawiającego o odrzuceniu oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) i 10) ustawy Pzp, z powodu jej niezgodności z warunkami zamówienia oraz zawierania błędów w obliczeniu ceny.

Podkreślił, że zarówno Zamawiający, jak i Odwołujący są związani tymi podstawami i tylko w takim zakresie mogą poruszać się w postępowaniu odwoławczym. Badaniu może więc podlegać jedynie, to czy oferta Odwołującego była niezgodna z warunkami zamówienia i czy zawiera błędy w obliczeniu ceny. Taka podstawa prawna została wskazana w uzasadnieniu odrzucenia oferty.

Zwrócił również uwagę, że podstawą faktyczną do tej czynności był sposób wypełnienia przez Odwołującego formularza cenowego, a ściślej - zawartej tam kolumny D w tabeli C.

Zauważył również, że wykonawcy mieli wskazać stałą wartość procentową liczoną z łącznej wartości transakcyjnej licencji dla usług wsparcia technicznego - osobno do nowych licencji oraz osobno dla licencji posiadanych (odnowienie).

Przyznał, że w swojej ofercie Odwołujący wskazał stałą wartość procentową 0% w zakresie wsparcia technicznego dla nowych licencji oraz 28% w zakresie wsparcia technicznego w przypadku odnowienia licencji.

Zaznaczył, że określenie stałej wartości dla nowych licencji na poziomie 0% spowodowało odrzucenie tej oferty, którą to czynnością Odwołujący się nie zgodził.

Zadeklarował, że wycena dokonana przez Odwołującego została dokonana po szczegółowej analizie postanowień wzoru umowy wykonawczej, treści odpowiedzi na pytania wykonawców i treści oferty cenowej.

Według Odwołującego - złożone w tym zakresie wyjaśnienia jednoznacznie potwierdzają, że kalkulacja Odwołującego była prawidłowa.

Podniósł przy tym, że w żadnym miejscu dokumentacji postępowania Zamawiający nie wskazał minimalnej stałej wartości procentowej liczonej z łącznej wartości transakcyjnej licencji dla usług wsparcia technicznego. Dokumentacja dopuszczała więc określenie tej wartości na poziomie 0%, a nawet było to konieczne.

Co istotne, Odwołujący wskazał, że nie dokonał pominięcia żadnych kosztów - wszystkie koszty zostały przez niego ujęte w cenie ofertowej.

Powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej potwierdzające możliwość wycenienia danej pozycji w formularzu ofertowym na 0,00 zł (czy też 0%) - nie jest to pominięcie wyceny, tylko wycenienie jej na daną wartość, w tym przypadku 0,00 zł. Warunkiem jest brak takiego zakazu określonego przez zamawiającego w dokumentacji postępowania.

Wskazał, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie zakazał wyceny pozycji na 0 zł / 0%, nie zastrzegł, że wycena danej pozycji na taką kwotę / wartość procentową będzie skutkowałą odrzuceniem oferty czy w jakikolwiek inny sposób zabronił takiego wypełnienia formularza ofertowego.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że zgodnie z postanowieniem § 3 ust. 2 wzoru umowy wykonawczej stanowiącej Załącznik nr 5A do SWZ, poszczególne umowy wykonawcze dotyczące wsparcia technicznego (do nowych oraz do posiadanych licencji) zawierane będą każdorazowo na okres nie dłuższy niż 12 miesięcy.

Podniósł, że takie stanowisko Zamawiającego zostało również potwierdzone, między innymi w treści udzielonych wyjaśnień na pytanie nr 2 opublikowanych przez Zamawiającego w dniu 7.11.2022 r.

W swoim odwołaniu wskazał, że w dalszej części uzasadnienia informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego, które zostały utajnione pismem z dnia 18.11.2022 r. - odpowiedź wykonawcy na wezwanie do wyjaśnień.

Zdaniem Odwołującego - nie sposób uznać, że Odwołujący nie skalkulował kosztów wsparcia technicznego dla nowych licencji, jeżeli koszty te zostały skalkulowane, co wskazał w części niejawniej uzasadnienia odwołania, i uwzględnione przez Odwołującego w cenie, to czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego była niezasadna.

Podniósł, że całość uzasadnienia odrzucenia oferty ze względu na błąd w obliczeniach ceny i jej niezgodności z warunkami zamówienia opierał się na braku wkalkulowania w cenie kosztów wsparcia technicznego dla nowych licencji.

Podkreślił, że cała kalkulacja została dokonana w oparciu o kompletną dokumentację postępowania i w żaden sposób nie jest z nią sprzeczna. Tym samym czynność odrzucenia oferty Odwołującego jest niezasadna.

Argumentował, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom. Istotnym jest, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi po pierwsze być oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, przy czym postanowienia SWZ powinny być jasne i klarowne.

Przekonywał, że do zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp konieczne jest wystąpienie niezgodności między treścią oferty a konkretnymi postanowieniami SWZ.

Tymczasem, zarzucił, że w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający w żaden sposób nie wskazał z jakim postanowieniem SWZ sprzeczna jest treść oferty Odwołującego. Całość uzasadnienia faktycznego skupia się na tym, że Odwołujący określając stałą wartość procentową liczoną z łącznej wartości transakcyjnej licencji dla usług wsparcia technicznego wskazał 0%.

Podkreślił, że Zamawiający nie zakazał określenia stałej wartości procentowej na takim poziomie, nie nakazał wykonawcom posługiwania się dodatkimi wartościami, nie zastrzegł, że wskazanie wartości „0” będzie skutkowało odrzuceniem oferty.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z rozdziałem XIV SWZ ust. 2 cena ofertowa ustalona przez wykonawcę musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, podczas gdy oferta Odwołującego uwzględnia wszystkie koszty.

Zamawiający wymagał też wskazania stałej wartości procentowej liczonej z łącznej wartości transakcyjnej licencji, dla których mają być świadczone usługi wsparcia technicznego i Odwołujący wskazał taką stałą wartość procentową w wysokości 0%. Zero jest również wyceną. Nie sposób więc zgodzić się z Zamawiającym, który w uzasadnieniu odrzucenia oferty wskazał na „brak skonkretyzowania przez Wykonawcę wymaganego składnika cenotwórczego w postaci stałej wartości procentowej z łącznej wartości transakcyjnej licencji dla usług wsparcia technicznego dla nowych licencji”. Odwołujący skonkretyzował ten składnik cenotwórczy na poziomie 0%. Skoro taka wycena nie była zakazana przez Zamawiającego to takie zachowanie Odwołującego nie było niezgodne z treścią SWZ.

Odwołujący wywodził, że skoro zastosował się przy sporządzaniu swojej oferty do wszystkich postanowień SWZ, uwzględnił wszystkie koszty i, co najistotniejsze, dokonał wyceny tej pozycji (na 0%) to jego oferta nie jest sprzeczna z treścią SWZ, ani dokumentacją postępowania, a odrzucenie jej było bezzasadne.

Odnośnie zarzutu brak błędu w obliczeniu ceny Odwołujący stwierdził, że nie można również uznać, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Odwołujący nie zgodził się z uzasadnieniem Zamawiającego podstawy odrzucenia oferty opierającej się na wskazaniu przez Odwołującego wartości 0% w formularzu cenowym, w miejscu wyceny wsparcia technicznego dla nowych licencji.

Zwrócił uwagę, że Zamawiający, mimo złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, w uzasadnieniu wskazał, że taka wycena powoduje „brak ujęcia w ocenie ofertowej znaczącej grupy kosztów dot. wsparcia technicznego do nowych licencji”.

Odwołujący nie zgodził się z takim twierdzeniem, podtrzymując stanowisko, że ujął wszystkie koszty, w tym koszty dotyczące wsparcia technicznego w swojej ofercie.

Potwierdził również, że aktualność zachowuje cała argumentacja przywołana powyżej, która dopuszcza wycenę danego składnika cenotwórczego na poziomie 0 zł (czy też 0%). Taka czynność, skoro nie była zakazana przez Zamawiającego, nie tylko nie jest sprzeczna z SWZ, ale patrząc całościowo nie zawiera błędu w obliczeniu ceny.

Zdaniem Odwołującego - wyjaśnił on szczegółowo z jakich powodów wycenił tę usługę na 0%, wskazując jednocześnie na skalkulowanie wszystkich kosztów w oferowanej cenie. W ocenie Odwołującego - wskazana wartość była więc wynikiem prawidłowych obliczeń Odwołującego, a nie błędem w obliczeniu ceny.

Z tego powodu również ta podstawa odrzucenia nie może być uznana za zasadną.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy Pzp podniósł, że z powyższej części uzasadnienia w sposób jednoznaczny wynika, że oferta Odwołującego nie była niezgodna z treścią warunków zamówienia oraz nie zawiera błędów w obliczeniu ceny, a jego kalkulacja odpowiada wszystkim wytycznym zawartym w dokumentacji postępowania. W tym zakresie przytoczył argumentację z zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa.

Według Odwołującego - nawet jeżeli Odwołujący inaczej zrozumiał treść dokumentacji postępowania i sposób wypełnienia formularza cenowego, to jego oferta nie powinna zostać odrzucona. Odwołujący skalkulował wszystkie koszty i w żaden sposób nie postąpił wbrew dokumentacji postępowania.

Zwrócił uwagę, że z utrwalonego orzecznictwa wynika natomiast, że wszelkie wątpliwości co do jednoznaczności dokumentacji muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawców.

W ostateczności Odwołujący uznał, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a więc znajduje zastosowanie przesłanka określona w art. 255 pkt 6 Pzp i wymuszająca unieważnienie postępowania.

Zauważył przy tym, że sam Zamawiający napisał, że oferta złożona przez Odwołującego nie może zostać porównana z drugą ofertą.

Zdaniem Odwołującego - oferty te można porównać, ponieważ Odwołujący wycenił wszystkie wymagane pozycje i skalkulował wszystkie koszty. Natomiast przyjmując

stanowisko Zamawiającego o braku porównywalności ofert powinien on nie dokonywać odrzucenia oferty Odwołującego, ale unieważnić postępowanie na podstawie ww. przesłanki.

Zaznaczył, że orzecznictwo w sposób jednoznaczny wskazuje, że niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, który nie pozwala na złożenie porównywalnych ofert, stanowi wystarczającą podstawę do unieważnienia postępowania.

Pismem z dnia 9 stycznia 2023 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: KBJ S.A. z siedzibą w Warszawie, T. Systems sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwani dalej Przystępującym, zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, oferty Odwołującego (formularz nr 1 i nr 1a), odwołania, wezwania Zamawiającego z dnia 15 listopada 2022 r. do złożenia wyjaśnień wskazania przyczyn podania w formularzu cenowym – załącznik nr 1a stałej wartości procentowej „0”, odpowiedzi Odwołującego z dnia 18 listopada 2022 r. wraz z wyjaśnieniami, zawiadomienia Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej oferty i o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 13 grudnia 2022 r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 9 stycznia 2022 r., stanowiska Przystępującego z dnia 9 stycznia 2022 r., jak również na podstawie złożonych przez strony i uczestnika wyjaśnień oraz dowodów Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.226 ust.1 pkt 5 i 10 ustawy Pzp.

Rozpoznając meritum sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Odwołującego, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia i zawiera błąd w obliczeniu ceny.

W zakresie niezbędnym do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy Izba ustaliła, że Zamawiający w rozdziale XIII. Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ dokonał Opisu kryteriów oceny ofert i sposobu oceny w następujący sposób:

1. Zamawiający dokona oceny ofert, które nie zostały odrzucone, na podstawie następujących kryteriów oceny ofert:

KRYTERIUM WYBORU	WAGA
Kryterium cenowe (C)	100 %

Ocena ofert dokonywana będzie według następujących reguł: a) Sposób wyliczenia punktów w kryterium cenowym (C):

$$C = (C \text{ min} / C \text{ ob}) \times 100 \% \text{ gdzie:}$$

C- liczba punktów w kryterium cenowym, zaokrąglonych do dwóch miejsc po przecinku C min - cena brutto oferty o najniższej cenie

C ob - cena brutto oferty badanej

Maksymalna możliwa do uzyskania ilość punktów w kryterium cenowym wynosi 100.

1.1. Wykonawca dla produktów w kategoriach wskazanych w Tabeli A Załącznika 1A do SWZ – w Formularzu cenowym, wskazuje minimalny poziom procentowy upustu w stosunku do cen aktualnego Cennika Producenta, dla danej kategorii produktów.

1.2. Wykonawca dla produktów w kategoriach wskazanych w Tabeli B Załącznika 1A do SWZ – w Formularzu cenowym, wskazuje stałą wartość procentową liczoną z łącznej wartości transakcyjnej licencji, dla danej kategorii produktów.

1.3. Wykonawca dla usług wsparcia technicznego wskazuje stałą wartość procentową liczoną z łącznej wartości transakcyjnej licencji, dla których mają być świadczone usługi wsparcia technicznego, zgodnie z Formularzem cenowym – Załącznik nr 1A do SWZ.

1.4. Wykonawca dla usług towarzyszących wskazuje stałą cenę jednostkową za paczkę 8 i 40 godzin usług wsparcia konsultacyjnego Wykonawcy, zgodnie z Formularzem cenowym – Załącznik nr 1A do SWZ.

2. Zamawiający dokona oceny ofert przyznając punkty w ramach kryterium, przyjmując zasadę, że 1% wagi kryterium = 1 pkt.

3. Za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która uzyska najwyższą liczbę punktów, w ramach wskazanego kryterium oceny ofert.

4. Umowa ramowa zostanie zawarta z jednym Wykonawcą, którego oferta uzyska największą liczbę punktów w ramach wskazanego kryterium oceny ofert, spośród ofert podlegających ocenie.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że w rozdziale XIV. SWZ Zamawiający dokonał Opisu sposobu obliczania ceny w następujący sposób:

1. Cena ofertowa zostanie obliczona przez Wykonawcę na podstawie Opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 2 do SWZ), zgodnie z zasadami i wzorem oraz na podstawie poglądowych ilości produktów i usług wskazanych w Formularzu cenowym (Załącznik nr 1A do SWZ), łącznie z podatkiem VAT naliczonym zgodnie z obowiązującymi przepisami w tym zakresie oraz przeniesiona do Formularza ofertowego (Załącznik nr 1 do SWZ).

2. Cena ofertowa ustalona przez Wykonawcę musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia oraz warunkami wynikającymi z niniejszej SWZ, z uwzględnieniem postanowień Wzoru Umowy ramowej (Załącznik nr 5 do SWZ) oraz umowy wykonawczej (Załącznik nr 5A do SWZ), w tym w szczególności koszty związane z dostawą produktów, wynagrodzenie za prawo do korzystania z oprogramowania na polach eksploatacji określonych w Umowie ramowej, koszty wynagrodzenia za przeniesienie autorskich praw majątkowych i praw zależnych do wytworzonej dokumentacji, koszty świadczenia usług wsparcia technicznego oraz usług towarzyszących, a także koszty dojazdu, opłaty, podatki w tym podatek od towarów i usług (VAT) itp.

3. Cena ofertowa może być tylko jedna.

4. Nie dopuszcza się wariantowości cen.

5. Wskazane przez Wykonawcę w Formularzu cenowym (Załącznik nr 1A do SWZ) oraz w Formularzu ofertowym (Załącznik nr 1 do SWZ):

- minimalne poziomy procentowe upustów dla produktów wskazanych w Tabeli A Załącznika 1A do SWZ,

- stałe wartości procentowe dla produktów wskazanych w Tabeli B Załącznika 1A do SWZ,

- stałe wartości procentowe dla usług wsparcia technicznego,

- stałe ceny jednostkowe za paczkę 8 i 40 godzin usług towarzyszących, muszą być zaokrąglone do dwóch miejsc po przecinku.

6. W przypadku rozbieżności pomiędzy składnikami cenotwórczymi, o których mowa w pkt 5. powyżej, wskazanymi przez Wykonawcę w Formularzu cenowym (Załącznik nr 1A do SWZ) oraz w Formularzu ofertowym (Załącznik nr 1 do SWZ), Zamawiający jako wiążące przyjmie składniki cenotwórcze wskazane w Formularzu cenowym (Załącznik nr 1A do SWZ) i dokona stosownej poprawy.

7. Dla celów porównania ofert Wykonawców zagranicznych z Wykonawcami krajowymi, Zamawiający doliczy do ceny netto Wykonawców zagranicznych kwotę należnego obciążającego Zamawiającego z tytułu realizacji umowy podatku VAT.

8. W związku z art. 225 ustawy Pzp na potrzeby porównania ofert oraz wyliczenia kwoty maksymalnego zobowiązania w ramach umów wykonawczych zawieranych na podstawie umowy ramowej, Zamawiający zobowiązuje Wykonawcę do podania ceny ofertowej brutto, pomimo, iż na etapie realizacji zamówienia może dojść do powstania po stronie Jednostki obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług.

9. W przypadku, gdy udzielenie zamówienia Wykonawcy, będzie prowadziło do powstania po stronie Jednostki obowiązku podatkowego, Wykonawca najpóźniej w dniu zawarcia umowy wykonawczej zobowiązany jest wskazać nazwę (rodzaj) towaru, wartość tego towaru bez kwoty podatku VAT oraz stawkę podatku od towarów i usług, która zgodnie z wiedzą Wykonawcy, będzie miała zastosowanie.

10. Rozliczenia między Zamawiającym a Wykonawcą odbywać się będą w złotych polskich. Zamawiający nie dopuszcza możliwości rozliczeń w walutach obcych.

W dalszej kolejności ustalono, że Zamawiający przewidział załącznik nr 1a do SWZ stanowiący formularz cenowy, gdzie wykonawcy mieli w tabeli C w pkt 1 kolumny d wpisać wartość procentową wsparcia technicznego do nowych licencji, a w pkt 2 kolumny d tejże tabeli mieli wpisać wartość procentową wsparcia technicznego do posiadanych licencji (odnowienie).

Przy czym Zamawiający w omawianym formularzu umieścił uwagę zawierającą instrukcję między innymi dla tabeli C na podstawie, której wykonawcy mieli wypełnić tylko kolumnę d wskazując stałą wartość procentową liczoną z łącznej wartości transakcyjnej licencji dla usług wsparcia technicznego – pozostałe wartości obliczają się automatycznie.

W zakresie będącym przedmiotem sporu Izba również stwierdziła, że w wykonaniu powyższych postanowień SWZ Odwołujący złożył przedmiotowy formularz cenowy, gdzie w tabeli C w pkt 1 kolumny d wpisał wartość procentową wsparcia technicznego do nowych licencji 0,00%, a w konsekwencji również dalsze wartości w tym punkcie tej tabeli i kolumny zostały wpisane z taką samą wartością 0.00%.

Jednocześnie w tabeli C w pkt 2 kolumny d Odwołujący wpisał wartość procentową wsparcia technicznego do posiadanych licencji (odnowienie) ze stałą wartością procentową 28,00%.

Powyższy stan rzeczy wynikający z treści oferty Odwołującego spowodował, że Zamawiający pismem z dnia 15 listopada 2022 r., działając na podstawie art. 223 ust. 1 oraz art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w poniższym zakresie, wskazując, że

1. Zgodnie z Rozdz. II pkt 2.8. SWZ, na przedmiot zamówienia realizowany w ramach umów wykonawczych, zawartych na podstawie Umowy ramowej, składają się między innymi usługi wsparcia technicznego (Tabela C w Załączniku nr 1A do SWZ) – określone w pkt I.7 Opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego Załącznik nr 2 do SWZ

- wsparcie techniczne do nowych licencji;
- wsparcie techniczne do posiadanych licencji (odnowienie).

Zgodnie z Rozdz. XIV SWZ, zawierającym opis sposobu obliczenia ceny:

„2. Cena ofertowa ustalona przez Wykonawcę musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia oraz warunkami wynikającymi z niniejszej SWZ, z uwzględnieniem postanowień Wzoru Umowy ramowej (Załącznik nr 5 do SWZ) oraz umowy wykonawczej (Załącznik nr 5A do SWZ), w tym w szczególności koszty związane z dostawą produktów, wynagrodzenie za prawo do korzystania z oprogramowania na polach eksploatacji określonych w Umowie ramowej, koszty wynagrodzenia za przeniesienie autorskich praw majątkowych i praw zależnych do wytworzonej dokumentacji, koszty świadczenia usług wsparcia technicznego oraz usług towarzyszących, a także koszty dojazdu, opłaty, podatki w tym podatek od towarów i usług (VAT) itp.”

(...)

„5. Wskazane przez Wykonawcę w Formularzu cenowym (Załącznik nr 1A do SWZ) oraz w Formularzu ofertowym (Załącznik nr 1 do SWZ):

- minimalne poziomy procentowe upustów dla produktów wskazanych w Tabeli A Załącznika 1A do SWZ,
- stałe wartości procentowe dla produktów wskazanych w Tabeli B Załącznika 1A do SWZ,
- stałe wartości procentowe dla usług wsparcia technicznego, - stałe ceny jednostkowe za paczkę 8 i 40 godzin usług towarzyszących, muszą być zaokrąglone do dwóch miejsc po przecinku”.

W powyższym piśmie Zamawiający zwrócił uwagę, że konstruując Formularz cenowy, Zamawiający wziął pod uwagę informacje pozyskane bezpośrednio od Przedstawiciela Producenta SAP Polska Sp. z o.o. w toku wstępnych konsultacji rynkowych, przeprowadzonych przed wszczęciem niniejszego postępowania.

Zamawiający zauważył również, że przyjmując standardowy sposób wyceny usług wsparcia technicznego SAP Enterprise Support, Zamawiający wymagał wskazania w Tabeli C Formularza cenowego, w poz. nr 1. stałej wartości procentowej, z łącznej wartości transakcyjnej licencji, których dotyczy wsparcie, która to wartość stanowić będzie podstawę obliczenia wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu świadczenia usług wsparcia technicznego. Na etapie wniosków o wyjaśnienie treści SWZ, żaden z Wykonawców nie kwestionował przyjętej w postępowaniu konstrukcji wyceny usług wsparcia technicznego, jak również nie wnioskował o jej wyjaśnienie.

W świetle powyższego, Zamawiający wezwał do wyjaśnienia przyczyn wskazania przez Wykonawcę w Załączniku nr 1A do SWZ - Formularzu cenowym, w Tabeli C, w pozycji 1. „Wsparcie techniczne do nowych licencji”, stałej wartości procentowej „0%”, powodującej niemożność obliczenia wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu świadczenia przez niego usług wsparcia technicznego w standardzie SAP Enterprise Support do nowych licencji, które zostaną zakupione w wyniku zawartych umów wykonawczych.

Pismem z dnia 18 listopada 2022 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia, których treść zastrzegł tajemnicą przedsiębiorstwa, będące przedmiotem dociekań Zamawiającego, potwierdzając spełnianie warunków zamówienia w zakresie cytowanej wyżej stałej wartości procentowej zadeklarowanej w formularzu cenowym.

W zawiadomieniu z dnia 13 grudnia 2022 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej oferty i o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiając podał uzasadnienie prawne odrzucenia tej oferty powołując się na przepis art. 226 ust. 1 pkt 5) i 10) ustawy Pzp – z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia oraz błędy w obliczeniu ceny.

Jako uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający podał, co następuje:

Zgodnie z Rozdz. XIV SWZ, zawierającym opis sposobu obliczenia ceny:

„2. Cena ofertowa ustalona przez Wykonawcę musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia oraz warunkami wynikającymi z niniejszej SWZ, z uwzględnieniem postanowień Wzoru Umowy ramowej (Załącznik nr 5 do SWZ) oraz umowy wykonawczej (Załącznik nr 5A do SWZ), w tym w szczególności koszty związane z dostawą produktów, wynagrodzenie za prawo do korzystania z oprogramowania na polach eksploatacji określonych w Umowie ramowej, koszty wynagrodzenia za przeniesienie autorskich praw majątkowych i praw zależnych do wytworzonej dokumentacji, koszty świadczenia usług wsparcia technicznego oraz usług

towarzyszących, a także koszty dojazdu, opłaty, podatki w tym podatek od towarów i usług (VAT) itp.”

(...)

„5. Wskazane przez Wykonawcę w Formularzu cenowym (Załącznik nr 1A do SWZ) oraz w Formularzu ofertowym (Załącznik nr 1 do SWZ):

- minimalne poziomy procentowe upustów dla produktów wskazanych w Tabeli A Załącznika 1A do SWZ,
- stałe wartości procentowe dla produktów wskazanych w Tabeli B Załącznika 1A do SWZ,
- stałe wartości procentowe dla usług wsparcia technicznego, - stałe ceny jednostkowe za paczkę 8 i 40 godzin usług towarzyszących, muszą być zaokrąglone do dwóch miejsc po przecinku”.

Zgodnie z postanowieniem § 5 ust. 3 Wzoru Umowy ramowej (Załącznik nr 5 do SWZ):

„Wynagrodzenie określone w ust. 1 oraz składniki cenotwórcze określone w ust. 4 poniżej stanowią podstawę wynagrodzenia Wykonawcy, z zastrzeżeniem postanowień § 3 ust. 2 pkt 7) i 8) Umowy, w tym pokrywają wszelkie koszty Wykonawcy związane z wykonywaniem umów wykonawczych, co oznacza, iż Wykonawcy nie przysługują w stosunku do Zamawiającego ani Jednostek żadne dodatkowe roszczenia związane z wykonaniem umów wykonawczych oraz Umowy ramowej”.

Zgodnie z postanowieniem § 5 ust. 4 pkt 3) tiret pierwsze Wzoru Umowy ramowej (Załącznik nr 5 do SWZ): „W ramach Umowy, Wykonawca zobowiązuje się do zastosowania:

3) dla usług wsparcia technicznego - stałej wartości procentowej, liczonej z łącznej wartości transakcyjnej licencji, dla których mają być świadczone usługi wsparcia technicznego, to jest:

-% dla wsparcia technicznego do nowych licencji;
-% dla wsparcia technicznego do posiadanych licencji (odnowienie);”

Opisując konstrukcję Umowy ramowej, sposób obliczenia ceny ofertowej, warunki płatności, składniki cenotwórcze niezbędne do określenia maksymalnego wynagrodzenia Wykonawcy oraz maksymalnej wartości Umowy ramowej, a także konstruując Formularz cenowy (Załącznik nr 1A do SWZ), Zamawiający dążył do zapewnienia transparentności zasad i warunków wykonywania przyszłych zamówień wykonawczych udzielanych na podstawie Umowy ramowej oraz do zapewnienia porównywalności ofert złożonych w postępowaniu. Określając ww. elementy, Zamawiający wziął pod uwagę informacje pozyskane bezpośrednio od Przedstawiciela Producenta SAP Polska Sp. z o.o. w toku

wstępnych konsultacji rynkowych, przeprowadzonych przed wszczęciem niniejszego postępowania. Przyjmując standardowy sposób wyceny usług wsparcia technicznego SAP Enterprise Support, Zamawiający wymagał wskazania w Tabeli C Formularza cenowego, w poz. nr 1. stałej wartości procentowej, z łącznej wartości transakcyjnej licencji, których dotyczy wsparcie do nowych licencji. Wartość ta stanowić będzie podstawę obliczenia wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu świadczenia usług wsparcia technicznego do nowych licencji dla skonkretyzowanych zamówień wykonawczych. Na etapie wniosków o wyjaśnienie treści SWZ, żaden z Wykonawców nie kwestionował przyjętej w postępowaniu konstrukcji wyceny, w tym wyceny usług wsparcia technicznego do nowych licencji, które zakupione mają zostać w ramach planowanej Umowy ramowej oraz do posiadanych licencji, których wykaz stanowił Załącznik nr 2 do OPZ „Wykaz posiadanych oprogramowań objętych wsparciem technicznym”; jak również nie wnioskował o jej wyjaśnienie.

Wykonawca w złożonym Formularzu cenowym (Załącznik nr 1A do SWZ) w Tabeli C w poz. 1. oraz w Formularzu ofertowym (Załącznik nr 1 do SWZ) w pkt III. 1) wskazał stałą wartość procentową „0%” w zakresie usług wsparcia technicznego do nowych licencji.

Pismem z dnia 15.11.2022r. znak: WZP-421-3-1/2022 Zamawiający wezwał Wykonawcę: „do wyjaśnienia przyczyn wskazania przez Wykonawcę w Załączniku nr 1A do SWZ - Formularzu cenowym, w Tabeli C, w pozycji 1. „Wsparcie techniczne do nowych licencji”, stałej wartości procentowej „0%”, powodującej niemożność obliczenia wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu świadczenia przez niego usług wsparcia technicznego w standardzie SAP Enterprise Support do nowych licencji, które zostaną zakupione w wyniku zawartych umów wykonawczych”.

W odpowiedzi Wykonawca w dniu 18.11.2022r. złożył wyjaśnienia w ww. zakresie, zastrzegając je w całości jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 30.11.2022r. znak: WZP-421-3-2/2022 Zamawiający wezwał Wykonawcę: „do wyjaśnienia, które konkretnie fragmenty odpowiedzi Wykonawcy na wezwanie do wyjaśnień, stanowią realną tajemnicę przedsiębiorstwa, pod rygorem odtajnienia wyjaśnień w całości”.

W odpowiedzi Wykonawca w dniu 06.12.2022r. częściowo odtajnił wyjaśnienia z dnia 18.11.2022r., jednak kluczowa ich część, w tym przejęty sposób wyceny, poczynione założenia oraz szczegółowy sposób kalkulacji, nadal pozostają zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Tym samym w niniejszym uzasadnieniu, Zamawiający nie powołuje

szczegółowo argumentacji odnoszącej się do konkretnych utajnionych fragmentów wyjaśnień Wykonawcy.

Pomimo zapewnienia Wykonawcy, że jego oferta zawiera wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, w tym w szczególności koszty świadczenia usług wsparcia technicznego w pełnym zakresie opisanym w dokumentach zamówienia, Zamawiający po dokonaniu szczegółowej analizy oferty, w kontekście późniejszych złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień ustalił, że:

a) dokonując wyceny, Wykonawca przyjął błędne założenia, niewynikające z treści SWZ, w tym z konstrukcji Formularza cenowego, w wyniku czego błędnie skalkulował swoją ofertę;

b) wskazanie przez Wykonawcę w Załączniku nr 1A do SWZ - Formularzu cenowym, w Tabeli C, w pozycji 1. „Wsparcie techniczne do nowych licencji” stałej wartości procentowej „0%”, spowodowało brak wyliczenia wartości tej pozycji w kol. „e” i „f” Formularza cenowego, w wyniku czego oferta Wykonawcy nie obejmuje znacznej części wymaganych przez Zamawiającego kosztów świadczenia wsparcia technicznego do nowych licencji, wymienionych w Tabeli A Formularza cenowego w Kategorii „LICENCJE” (co najmniej w odniesieniu do drugiego, trzeciego i czwartego roku obowiązywania Umowy ramowej) oraz w Tabeli A w Kategorii „INNE PRODUKTY CENNIKOWE” (w odniesieniu do trzeciego i czwartego roku obowiązywania Umowy ramowej);

c) zgodnie z wyjaśnieniami Wykonawcy z dnia 18.11.2022r, będzie on ponosił realne koszty świadczenia usług wsparcia technicznego do nowych licencji, a tym samym będzie oczekiwał wynagrodzenia z tego tytułu, co wprost wynika z odtajnionego samodzielnie przez Wykonawcę w dniu 6.12.2022r. fragmentu wyjaśnień: „Zatem nawet jeżeli Zamawiający dokonałby zakupu [nowych licencji-przyp. Zamawiającego], bez zakupu wsparcia dla nowych licencji, to w praktyce Wykonawca musiałby ponieść taki koszt względem SAP (maintenance dla nowych licencji) (...).Wykonawca zobowiązany jest bowiem przestrzegać polityk licencyjnych i polityk zakupowych SAP”. Powyższe prowadzi do wniosku, że Wykonawca faktycznie będzie stosował inną niż 0%, niesprecyzowaną w Formularzu wyceny wartość procentową w przypadku świadczenia usług wsparcia technicznego do nowych licencji dostarczanych Zamawiającemu, podczas gdy zgodnie z postanowieniami SWZ, Zamawiający wymagał sprecyzowania w ofercie składnika cenotwórczego w postaci stałej wartości procentowej z łącznej wartości transakcyjnej licencji, których dotyczy wsparcie do nowych licencji, mającej służyć do obliczenia wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu świadczenia usług wsparcia technicznego do nowych licencji, dla późniejszych skonkretyzowanych zamówień wykonawczych;

d) przyjęcie błędnych założeń w zakresie wyceny, a w konsekwencji błędne wypełnienie Formularza cenowego, spowodowało brak ujęcia w cenie ofertowej znaczącej grupy kosztów dot. wsparcia technicznego do nowych licencji, a w konsekwencji spowodowało zaniżenie ceny ofertowej i brak porównywalności dwóch złożonych w postępowaniu ofert;

e) Zamawiający nie ma możliwości konwalidacji błędów Wykonawcy i dokonania poprawy omyłek w jego ofercie, w szczególności z uwagi na brak danych niezbędnych do dokonania ewentualnej poprawy, to jest brak skonkretyzowania przez Wykonawcę wymaganego składnika cenotwórczego w postaci stałej wartości procentowej z łącznej wartości transakcyjnej licencji dla usług wsparcia technicznego do nowych licencji.

Zgodnie ze stanowiskiem wyrażanym w orzecznictwie:

„(...) błąd w obliczeniu ceny oferty (...) ma miejsce wówczas, gdy Wykonawca oblicza cenę oferty inaczej, niż zostało to ustalone przez zamawiającego.”- wyrok KIO z dnia 16.05.2013r. KIO 990/13.

„O błędzie w obliczeniu ceny będziemy mogli mówić w sytuacji, gdy cena została skalkulowana w sposób, który nie uwzględnia cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu i warunków realizacji.” - uchwała KIO z dnia 6 marca 2012 r., KIO/KD 25/12.

Błąd w obliczeniu ceny „to inny niż omyłka rachunkowa błąd w obliczeniu, polegający na przyjęciu niewłaściwych danych, wynikający np. z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego (tak też KIO w wyroku z dnia 9 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 257/08, KIO/UZP 258/08)” – wyrok KIO z dnia 1 października 2012 r., KIO 1516/12, 1994/12.

„Z błędem w obliczeniu ceny będziemy mieli do czynienia w sytuacji, w której kalkulacja ceny oferty nie obejmuje całego przedmiotu zamówienia” – wyrok KIO z dnia 11 maja 2011 r., KIO/UZP 910/11.

„Błędem w obliczeniu ceny będzie obarczona taka oferta, z której w sposób jednoznaczny będzie wynikał zamiar wykonania świadczenia za odmienną cenę aniżeli wskazano w ofercie; będzie to oferta z której treści (przykładowo w części opisującej kalkulację) będzie wynikała sprzeczność tego rodzaju, że niewątpliwie będzie, że zaoferowana za wykonanie zamówienia cena nie jest tą, której wykonawca oczekuje” – wyrok KIO z dnia 30 lipca 2010 r., KIO/UZP 1528/10.

W świetle powyższego, Zamawiający dokonuje odrzucenia oferty Wykonawcy Konsorcjum firm: Lider konsorcjum - S&T Services Polska Sp. z o.o. oraz Partner konsorcjum- Zalaris Polska Sp. z o.o. , z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia oraz błędy w obliczeniu ceny.

Po przeanalizowaniu powyższego materiału dokumentacyjnego Izba doszła do przekonania, że słuszne są argumenty Odwołującego skierowane wobec czynności Zamawiającego.

Stosownie do art.226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Natomiast w myśl przepisu art.226 ust.1 pkt 10 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Według zapatrywania Izby – wszelkie wywody Zamawiającego dotyczące zarówno niezgodności oferty Odwołującego z warunkami zamówienia, jak i co do błędów w obliczeniu ceny lub kosztu mają charakter mało przejrzysty i są karkołomne.

Wymaga wskazania, że zgodnie z art.99 ust.1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Wobec powyższego, to na Zamawiającym ciążył obowiązek przygotowania takiego opisu przedmiotu zamówienia, który pozwoli wykonawcom złożyć prawidłowe oferty.

Zdaniem Izby – obecna treść SWZ w żaden sposób nie przesądza o tym, że Odwołujący w spornym punkcie tabeli i kolumny nie miał prawa wpisać wartości 0,00%. Wymaga podkreślenia, że w cyt. wyżej instrukcjach i opisach sposobu obliczenia ceny nie ma żadnej informacji zakazującej podania przez wykonawców stałej wartości procentowej na poziomie 0,00%.

W opisie przedmiotu zamówienia nie ma również wskazania w sposób przejrzysty jakichkolwiek granic procentowych odnoszących do polityki cenowej SAP czy konkretnych standardowych wartości kontraktowych łączących producenta oprogramowania i świadczącego usługi wsparcia technicznego z innymi wykonawcami.

W ocenie Izby – jeżeli Zamawiający oczekiwał w stosunku do wykonawców zadeklarowania określonego przedziału stałej wartości procentowej, to powinien go wskazać na gruncie SWZ.

Nie ulega wątpliwości, że liczba zero stanowi stałą wartość procentową w rozumieniu matematycznym, co zresztą przyznał sam Zamawiający, a zatem oczekiwanie od

wykonawcy podania innej wartości niż liczby zero czy inne liczby dodatnie byłoby bezzasadne.

Niezależnie od powyższego, podciąganie pod pojęcie ceny lub kosztu terminu stałej wartości procentowej, o której nie ma mowy w ustawie, a następnie korzystanie z przepisu, który dotyczy jedynie błędu w obliczeniu ceny lub kosztu i ma zastosowanie jedynie w przypadku wystąpienia wad obliczeniowych ceny oferty lub jej kosztów, stanowi niedopuszczalne skorzystanie z wykładni rozszerzającej przepisu art.226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp, co oznacza całkowitą arbitralność decyzji Zamawiającego stanowiącą nadużycie prawa.

Nadto, w SWZ trudno doszukać się definicji nowej licencji i posiadanej licencji (odnowienia), co powoduje, że wyjaśnienia tego zagadnienia przedstawione przez Odwołującego w wyjaśnieniach z dnia 18 listopada 2022 r. należało uznać za racjonalne i wiarygodne.

Należy zauważyć, że Zamawiający pismem z dnia 7 listopada 2022 r. na pytanie nr 2 wykonawcy:

„Prosimy o potwierdzenie, iż zgodnie z udzieloną odpowiedzią na pytanie nr 94, zarówno „wsparcie techniczne do nowych licencji” oraz „wsparcie techniczne do posiadanych licencji (odnowienie)” w okresie obowiązywania umowy ramowej, będzie mogło być zamówione przez Zamawiającego każdorazowo na okres nie dłuższy niż 12 miesięcy?”

udzielił następującej odpowiedzi:

„Zamawiający potwierdza, że zgodnie z przyjętą konstrukcją zamówienia, w tym w szczególności postanowieniem § 3 ust. 2 wzoru umowy wykonawczej, poszczególne umowy wykonawcze dotyczące zarówno wsparcia technicznego (do nowych oraz do posiadanych licencji), jak i usług towarzyszących (usług wsparcia konsultacyjnego Wykonawcy), zawierane będą każdorazowo na okres nie dłuższy niż 12 miesięcy. Równocześnie Zamawiający podkreśla, że w okresie obowiązywania Umowy ramowej, Jednostki mogą składać wnioski o zamówienie, a w następnie udzielić kilku zamówień wykonawczych, na podstawie odrębnych umów, na maksymalnie 12-miesięczne okresy czasu.”.

Powyższe wskazuje jednoznacznie, że wykonawcy mogli zrozumieć, że licencja po okresie tych 12 miesięcy jest już w posiadaniu Zamawiającego i nie stanowi nowej licencji, co pozostaje w sprzeczności z rozumieniem tego stanu rzeczy przez Zamawiającego.

Na uwagę zasługuje również okoliczność, że Zamawiający pismem z dnia 3 listopada 2022 r. na pytanie wykonawcy nr 88 „Prosimy o potwierdzenie, że ceny zapisane w załączniku nr 1 a służą jedynie do wyliczenia wartości oferty i nie będą obowiązywały przy

wycenie dostaw. Na dzień dzisiejszy ceny w cenniku Producenta są wyższe niż ceny w formularzu cenowym. Ponadto ceny te obowiązują wyłącznie w przypadku zakupu ilości maksymalnych opisanych w cenniku. W przypadku zakupu mniejszej liczby licencji, ceny jednostkowe są odpowiednio wyższe.”

udzielił następującej odpowiedzi:

„Zgodnie z Rozdz. II pkt 2.11. SWZ:

„Wykaz produktów oraz przewidywane ilości produktów i usług wyszczególnione w Załączniku nr 1A do SWZ – Formularzu cenowym zostały wskazane poglądowo, na podstawie planowanych zakupów Jednostek, w celu sporządzenia oferty. Zamawiający wskazuje, iż Jednostki są uprawnione do występowania z Wnioskiem o zamówienie dotyczącym każdego produktu występującego w aktualnym Cenniku Producenta lub każdego rodzaju usług wskazanych w Formularzu cenowym. Wykonawcom nie przysługują roszczenia o zrealizowanie dostaw i usług we wskazanych ilościach. Ilości te mogą ulec zmianie na etapie realizacji zamówień przez poszczególne Jednostki, pod warunkiem nieprzekroczenia maksymalnej wartości Umowy ramowej”.

Produkty określone w Formularzu cenowym, stanowiącym Załącznik nr 1A do SWZ służą zapewnieniu porównywalności ofert oraz określeniu maksymalnej wartości Umowy ramowej. Zamawiający potwierdza, że zakup produktów będzie odbywał się na podstawie poszczególnych procedur wykonawczych, w oparciu o sporządzane przez Jednostki wnioski o zamówienie, na podstawie aktualnego na dany miesiąc Cennika, uwzględniającego aktualne ceny jednostkowe produktów w nim ujętych.”.

Powyższa informacja Zamawiającego - zdaniem Izby – nie dekretuje w sposób sztywny ilości i cen zamawianych licencji, co podważa stanowisko Zamawiającego, że w formularzu nr 1a zawarł wyczerpująco informację o posiadanych licencjach.

Obecnie Zamawiający twierdzi, że Odwołujący w swojej ofercie nie przewidział kosztów dla wsparcia technicznego w kolejnych latach obowiązywania umowy w sytuacji, gdy Zamawiający nie zbadał szczegółowej struktury kosztów świadczonej spornej usługi.

Należy podkreślić, że Odwołujący w ostatnim zdaniu na stronie 3 wyjaśnień z dnia 18 listopada 2022 r. oświadczył, że „w razie wątpliwości Zamawiającego możemy przedstawić szczegółową kalkulację całej treści formularza”. Pomimo takiej deklaracji Odwołującego Zamawiający nie zażądał podania takiej dodatkowej kalkulacji cenowej, a w związku z tym nie zapoznał się ze szczegółowymi danymi kalkulacyjnymi, co – w ocenie Izby – nie powinno go doprowadzić do wniosku, że wykonawca nie przewidział usług wsparcia technicznego na kolejne okresy obowiązywania licencji.

Wobec tego należało uznać przekonanie Zamawiającego, że oferta Odwołującego nie odpowiada warunkowi zamówienia, o którym mowa w pkt 2 rozdziału XIV SWZ z tego powodu, że nie zawiera on kosztu świadczenia usługi wsparcia technicznego, za nieznajdujące potwierdzenia w zebranych materiałach dowodowych.

To samo dotyczy oceny Zamawiającego zadeklarowanej przez Odwołującego stałej wartości procentowej dla usług wsparcia technicznego opisanej w załączniku nr 1a, w pkt 5 rozdziału XIV SWZ, § 5 ust.3 i ust.4 pkt 3 Wzoru Umowy ramowej, która to ocena – według Izby – nie była właściwa, bowiem w złożonym formularzu taka stała wartość procentowa została przez wykonawcę wskazana.

Wymaga podkreślenia, że w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 13 grudnia 2022 r. Zamawiający powołał się jedynie na niezgodność oferty z powołanymi w zdaniu poprzedzającym warunkami zamówienia i wystąpieniem błędu w obliczeniu ceny wynikającym z tych postanowień.

Zdaniem Izby - treść oferty Odwołującego wskazująca w formularzu wymaganą stałą wartość procentową nie potwierdziła jednak zaistnienia okoliczności pozostających w kolizji z tymi postanowieniami SWZ.

Izba nie podzieliła również stanowiska Zamawiającego, że złożona oferta ze wskazaniem wartości procentowej 0,00% uniemożliwia wyliczenie ceny i ocenę konkurujących ze sobą dwóch ofert.

Odnosząc się do dowodów złożonych przez Zamawiającego Izba nie dopuściła dowodu nr 1 i nr 2 z cenników SAP z uwagi na treść art.506 ust.2 zd.1 ustawy Pzp, który stanowi, że wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski.

Izba również uznała za nieprzydatny do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy dowód nr 3 (zamówienie wykonawcze nr 03/2019, oferta cenowa nr 03/2019, dwie faktury Przystępującego: z dnia 28.06.2019 r. i 31.07.2019 r.) jako odnoszący się do innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w relacji z Przystępującym, a nie Odwołującym, którego oferta została zakwestionowana przez Zamawiającego.

W dalszej kolejności Izba oceniła dowody nr 1 i nr 2 Przystępującego, uznając, że symulacja obliczeniowa wskazana w formularzu nie przesądza o możliwości zadeklarowania

stałej wartości procentowej na poziomie 0,00 %, a także to, że okoliczności wynikające z korespondencji mailowej z SAP miały charakter jedynie standardowego opisu współpracy z partnerami i nie były informacją odnoszącą się do całokształtu relacji handlowych SAP w stosunku do partnera jakim jest Odwołujący.

Reasumując, powyższe dowody nie mogły zostać uwzględnione przez Izbę z przyczyn szerzej omówionych na wstępie.

Podobnie, Izba podeszła do symulacji cenowej przedstawionej przez Zamawiającego odnośnie sposobu wyliczenia ceny ofertowej, przyjmując, że jest ona spóźniona z tego powodu, że nie była częścią SWZ.

Mając na uwadze, że zarzut zgłoszony przez Odwołującego miał charakter alternatywny, Izba orzekła, zgodnie z aktem dyspozycji procesowej Odwołującego, co do głównego zarzutu skonstruowanego na podstawie art.226 ust.1 pkt 5 i 10 ustawy Pzp i nie orzekła co do zarzutu opartego o art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, wobec ewentualnego jego charakteru, który to przepis stanowi, że Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Przedmiotowe rozstrzygnięcie Izby wszakże z uwagi na wystąpienie wskazywanych uchybień w opisie przedmiotu zamówienia mających wpływ na treść oferty Odwołującego, nie stoi w żaden sposób na przeszkodzie dokonania przez Zamawiającego oceny możliwości wystąpienia przesłanek określonych w przepisie art.255 pkt 6 ustawy Pzp, a także możliwości ponownego zbadania oferty Odwołującego w zakresie innych przesłanek prawnych.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 589 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie

szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, na zasadzie art.553 w związku z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....