

Sygn. akt: KIO 2429/20

WYROK
z dnia 9 listopada 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 listopada 2020 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 września 2020 roku przez wykonawcę G. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą HOLSTER HPE Polska G. S. z siedzibą w Kielcach

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Skarb Państwa – Komendę Główną Policji w Warszawie

przy udziale wykonawcy WORSKS 11 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2429/20 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na *Zakup i dostawę 18 000 szt. ręcznych miotaczy pieprzu o pojemności 75 ml* na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę WORSKS 11 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę G. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą HOLSTER HPE Polska G. S. z siedzibą w Kielcach tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawcy WORSKS 11 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach na rzecz wykonawcy G. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą HOLSTER HPE Polska G. S. z siedzibą w Kielcach kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Skarb Państwa – Komenda Główna Policji w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *Zakup i dostawę 18.000 szt. ręcznych miotaczy pieprzu o pojemności 75 ml.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 sierpnia 2020 roku pod numerem 2020/S 157-381678.

25 września 2020 roku działając na podstawie art. 180 ust. 1 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegających na:

- dokonaniu wyboru oferty wykonawcy Works 11 sp. z o.o. (dalej jako: „Wykonawca” lub „Works”) mimo, że powinna podlegać ona odrzuceniu,
- zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy, jako oferty której treść nie odpowiadała treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako: „SIWZ”) określonej w rozdziale VII pkt 2.4. SIWZ oraz pkt 8.2) Specyfikacji Technicznej stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ, tj. w sytuacji nie przedstawienia przez Wykonawcę zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, potwierdzającego, że dostarczone produkty odpowiadają specyfikacji technicznej przedmiotu zamówienia, posiadającego siedzibę na terytorium RP,
- zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę,

ewentualnie:

- zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Works z udziału w Postępowaniu, pomimo, że Wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił w wyjaśnieniach z dnia 7 września 2020 r. informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia - m.in. w zakresie dotyczącym rzeczywistych kosztów poniesionych przez Wykonawcę na realizację całego zamówienia,
- nieprawidłowym skorygowaniu przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy w ofercie Wykonawcy innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze

Specyfikacją i umożliwienia tym samym temu Wykonawcy dokonania nieuprawnionej zmiany treści oferty w zakresie ceny oferowanego przedmiotu zamówienia,

- zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu,

oraz ewentualnie (z daleko posuniętej ostrożności)

- zaniechaniu (ponownego) wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentu wymaganego postanowieniami rozdziału VII pkt 2.4. SIWZ oraz pkt 8.2) Specyfikacji Technicznej stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ tj. zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, potwierdzającego, że dostarczone produkty odpowiadają specyfikacji technicznej przedmiotu zamówienia, posiadającego siedzibę na terytorium RP.

Odwołujący zarzucił Zmawiającemu:

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Works w sytuacji, w której treść oferty tegoż Wykonawcy nie odpowiadała treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, gdyż złożone przez Wykonawcę zaświadczenie niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, mające potwierdzać, że dostarczone produkty odpowiadają specyfikacji technicznej przedmiotu zamówienia nie spełniało wymogów zawartych w rozdziale VII pkt 2.4. SIWZ oraz pkt 8.2) Specyfikacji Technicznej stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ, gdyż podmiot, który je wydał nie posiada siedziby na terytorium RP, a tego wymagały postanowienia specyfikacji w brzmieniu nadanym im przez Zamawiającego w dniu 20 sierpnia 2020 r.,

ewentualnie

- 2) naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie wezwania (ponownie) wykonawcy Works do uzupełnienia dokumentu wymaganego postanowieniami SIWZ tj. zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, potwierdzającego, że dostarczone produkty odpowiadają specyfikacji technicznej przedmiotu zamówienia, posiadającego siedzibę na terytorium RP.
- 3) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Works w sytuacji, w której jego oferta zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Wykonawca pomimo wezwania nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,

ewentualnie:

- 4) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 ustawy w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Works, pomimo, że Wykonawca ten w wyniku

lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił w wyjaśnieniach z dnia 7 września 2020 r. informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia - m.in. w zakresie dotyczącym rzeczywistych kosztów poniesionych przez Wykonawcę na realizację całego zamówienia, a tym samym przez zaniechanie odrzucenia jego oferty,

- 5) naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP poprzez nieprawidłowe skorygowanie przez Zamawiającego w ofercie Wykonawcy omyłki polegającej na niezgodności oferty ze Specyfikacją i umożliwienie tym samym temu Wykonawcy dokonania nieuprawnionej zmiany treści oferty w zakresie ceny oferowanego przedmiotu zamówienia,
- 6) naruszenie art. 91 ust. 1 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez wybór oferty wykonawcy Works jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, podczas gdy to oferta Odwołującego była ofertą najkorzystniejszą w Postępowaniu i niepodlegającą odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności dokonanej przez Zamawiającego w dniu 15 września 2020 r. polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej w Postępowaniu - oferty wykonawcy Works,
- odrzucenia złożonej przez wykonawcę Works oferty jako oferty zawierającej rażąco niską oraz jako oferty, której treść nie odpowiadała treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (postanowieniom rozdziału VII pkt 2.4. SIWZ oraz pkt 8.2) załącznika nr 2 do SIWZ pt. „Specyfikacja techniczna”) w brzmieniu nadanym im przez Zamawiającego w dniu 20 sierpnia 2020 r. ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z Postępowania wykonawcy Works z uwagi na fakt, że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił on w wyjaśnieniach informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, a tym samym w związku z wykluczeniem Wykonawcy nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty tego Wykonawcy, lub ewentualnie: nakazanie ponownego wezwania Wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do przedłożenia dokumentu wymaganego postanowieniami SIWZ tj. zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, potwierdzającego, że dostarczone produkty odpowiadają specyfikacji technicznej przedmiotu zamówienia, posiadającego siedzibę na terytorium RP,

- dokonania powtórnego badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu, z uwzględnieniem wyłącznie oferty Odwołującego,
- uznania oferty Odwołującego - jako oferty najkorzystniejszej i złożonej - jako jedyna - w sposób prawidłowy i skuteczny oraz wybór tej oferty, jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania i zasądzenie na rzecz Odwołującego kwoty 18.600,00 zł, stanowiącej uzasadnione koszty Odwołującego poniesione z tytułu wpisu od odwołania: w wysokości 15.000,00 zł - tytułem wpisu od odwołania oraz w wysokości 3.600,00 zł z tytułu kosztów zastępstwa (wynagrodzenia pełnomocnika) oraz o zobowiązanie Zamawiającego do złożenia na rozprawie dokumentów otrzymanych od firmy Works przed ogłoszeniem Postępowania (w styczniu oraz w lipcu 2020 r.), na podstawie których Zamawiający dokonał szacowania wartości zamówienia.

Odwołujący podniósł, że posiada interes we wniesieniu odwołania ponieważ jako jedyny wykonawca - złożył w Postępowaniu przetargowym ofertę niepodlegającą odrzuceniu, to w sytuacji, w której Zamawiający nie dokonałby w dniu 15 września 2020 r. ww. niezgodnych z przepisami ustawy czynności, wówczas Odwołujący stałby się jedynym wykonawcą biorącym udział w Postępowaniu, z którym Zamawiający mógłby zawrzeć umowę. Ponieważ jednak Zamawiający podjął czynności, które pozostają w sprzeczności z przepisami ustawy i do których podjęcia nie był uprawniony na podstawie przepisów ustawy a w konsekwencji w sposób nieuprawniony dokonał wyboru oferty Works, w sytuacji, w której oferta złożona przez tego Wykonawcę winna zostać odrzucona w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 lub art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, ewentualnie Wykonawca ten podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 ustawy brak wykluczenia wykonawcy Works z udziału w Postępowaniu i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia złożonej przez tegoż Wykonawcę oferty grożą możliwością wyrządzenia szkody Odwołującemu, polegającej na utracie zamówienia w ramach Postępowania, co wyczerpuje przesłankę do wniesienia odwołania, wskazaną w art. 179 ust 1 ustawy. Odwołujący jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu, oferta Odwołującego na dzień wniesienia odwołania pozostaje sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu ofert, tuż za ofertą wykonawcy Works, niewątpliwie posiada więc interes i co najważniejsze realną możliwość uzyskania zamówienia. Na skutek niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego polegających na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Works i/lub wykluczenia go z udziału w Postępowaniu, Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego. Możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy wyraża się także koniecznością konkurowania z wykonawcą, który nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, a zatem pozbawieniem

Odwołującego statusu jedyne go wykonawcy. Konsekwencją powyższego jest pozbawienie Odwołującego potencjalnego zysku związanego z realizacją przedmiotowego zamówienia publicznego, co niewątpliwie stanowi szkodę.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Odwołujący wskazał następujący stan faktyczny – w dniu 14 sierpnia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 157-381678 zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu, którego przedmiotem jest „Zakup i dostawa 18.000 szt. ręcznych miotaczy pieprzu o pojemności 75 ml”, a Postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego pod nr postępowania 136/Cut/20/AK. W dniu 17 sierpnia 2020 r. Odwołujący na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy zwrócił się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ), zadając Zamawiającemu pytanie czy skoro SIWZ wymaga, aby atest PZH lub inny atest na mieszankę stosowaną w ręcznych miotaczach pieprzu został wydany tylko i wyłącznie przez akredytowane laboratoria na terenie Polski to czy w związku z powyższym wymaganiem zaświadczenie niezależnego podmiotu uprawniającego do kontroli jakości, potwierdzające, że miotacze pieprzu odpowiadają określonym normom lub specyfikacji technicznej także powinno być wydane przez ośrodek certyfikujący posiadający akredytowane laboratorium na terenie Polski?

W odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego w dniu 20 sierpnia 2020 r. znak pisma: FZF6439/20, Zamawiający wyjaśnił, wymaga aby zaświadczenie, o którym mowa w Rozdziale VII punkt 2.4 SIWZ oraz w punkcie 8.D Specyfikacji technicznej, stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ, było wydane przez ośrodek certyfikujący na terenie Polski, uprawniony do kontroli jakości. Wyjaśnił także, że wymaganie posiadania akredytowanego laboratorium dotyczy tylko instytucji wydających atest higieniczny na mieszankę pieprzową, o którym mowa w punkcie 8.1) Specyfikacji technicznej. Końcowo Zamawiający wskazał, że powyższe wyjaśnienia treści SIWZ są wiążące dla stron postępowania.

Odwołujący w dniu 27 sierpnia 2020 r. złożył ofertę, zgodnie z którą cena oferty brutto wyniosła: 418.500 zł (cena jednostkowa wyrobu: 23,25 zł brutto), a końcowy termin realizacji zamówienia wskazany w Rozdziale V SIWZ skrócony został przez Odwołującego o 30 dni. Dodatkowo do oferty przedłożył wszystkie wymagane postanowieniami SIWZ dokumenty, w tym zaświadczenie niezależnego podmiotu uprawniającego do kontroli jakości, potwierdzające, że miotacze pieprzu odpowiadają określonym normom lub specyfikacji technicznej wydane przez ośrodek certyfikujący na terenie Polski tj. Wojskowy Instytut Techniczny Uzbrojenia Ośrodek Certyfikacji z siedzibą w Zielonce w dniu 19 sierpnia 2020 r.

Wykonawca Works złożył swoją ofertę także w dniu 27 sierpnia 2020 r., nie wskazując jednak w formularzu ofertowym „ceny oferty brutto”, a jedynie podając, że cena jednostkowa brutto za jedną sztukę wyrobu wynosi 19,43 zł brutto, a zamówienie zostanie przez Wykonawcę zrealizowane do 31 października 2020 r. Dodatkowo do oferty Wykonawca przedłożył tłumaczenie przysięgłe zaświadczenia podmiotu uprawniającego do kontroli jakości, potwierdzające, że miotacze pieprzu odpowiadają określonym normom lub specyfikacji technicznej wydane jednak w dniu 2 maja 2019 r. przez ośrodek certyfikujący na terenie Niemiec.

W dniu 28 sierpnia 2020 r. Zamawiający przekazał informację z otwarcia ofert. Zgodnie z nią w postępowaniu zostały złożone dwie oferty:

- 1) Oferta nr 1 złożona przez Odwołującego z ceną oferty brutto: 418.500 zł (cena jednostkowa wyrobu: 23,25 zł brutto) i końcowym terminem realizacji zamówienia skróconym o 30 dni w stosunku do końcowego terminu realizacji zamówienia (30 listopada 2020 r.),
- 2) Oferta nr 2 złożona przez wykonawcę Works, która w formularzu ofertowym zawierała jedynie cenę jednostkową brutto za jedną sztukę wyrobu: 19,43 zł brutto (bez łącznej ceny oferowanego przedmiotu zamówienia) oraz końcowy termin realizacji zamówienia: do 31 października 2020 r.

Jednocześnie Zamawiający poinformował, że kwota, którą zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia wynosi 540.000,00 zł brutto.

Następnie, ponieważ oferta złożona przez Wykonawcę (część A formularza oferty) nie została wypełniona przez Wykonawcę w sposób prawidłowy, Zamawiający poinformował Wykonawcę, iż na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy poprawia w ofercie Works inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ polegającą na błędnym zapisie ujętym przez Wykonawcę w formularzu oferty część A w zakresie wartości dostawy i w tym też zakresie:

- w rubryce „Lista pozycji” podrubryce „Cena jednostkowa” zamiast wpisanej przez Works wartości Netto: 15,80 PLN oraz Brutto: 19,43 zł, Zamawiający wpisał Netto: 284.400,00 PLN oraz Brutto: 349.812,00 PLN,
- w rubryce „Kryteria” podrubryce „Wartość” zamiast wpisanej przez Works wartości Netto: 15,80 PLN oraz Brutto: 19,43 zł, Zamawiający wpisał Netto: 284.400,00 PLN oraz Brutto: 349.812,00 PLN.

Ponadto, z uwagi na fakt, że cena wskazana przez Wykonawcę była o ponad 30% niższa od wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania, Zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy, w dniu 4 września 2020 r. wezwał Wykonawcę do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w tym do złożenia

dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu wykonania przedmiotu zamówienia. W odpowiedzi złożonej przez Wykonawcę w dniu 7 września 2020 r. Works poinformował Zamawiającego, że zgadza się na poprawienie oczywistej omyłki polegającej na wpisaniu ceny jednostkowej ręcznego miotacza pieprzu zamiast ceny całej dostawy 18.0000 szt. w sposób wynikający z pisma Zamawiającego z dnia 4 września 2020 r., jak również wskazał, że producent ręcznych miotaczy pieprzu zaoferował cenę jednostkową w wysokości 3,29 EUR za sztukę, co przekłada się na 59.220,00 EUR za całą dostawę. Koszt transportu to kwota 700 EUR, a więc łączne koszty poniesione na realizację całego zamówienia kształtują się na poziomie 59.920,00 EUR. Works wyjaśnił także, że jego marża wynosi 10% i jest ona wynikiem dostarczenia Policji w 2019 r. 10.869 szt. ręcznych miotaczy pieprzu, dzięki czemu odpada koszt badań, a nakład pracy pracowników Works jest niższy, gdyż część zamówienia polegająca np. na opracowaniu etykiety została już wykonana przy okazji dostawy w 2019 r.

Z uwagi na brak przedłożenia przez Wykonawcę dokumentu, wymaganego postanowieniami specyfikacji (rozdziału VII pkt 2.4. SIWZ oraz pkt 8.2) załącznika nr 2 do SIWZ pt. „Specyfikacja techniczna”) Zamawiający pismem z dnia 9 września 2020 r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy wezwał Wykonawcę do złożenia zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawniającego do kontroli jakości, potwierdzającego, że miotacze pieprzu odpowiadają określonym normom lub specyfikacji technicznej wskazując, że zamiast przedmiotowego zaświadczenia zostało złożone jedynie tłumaczenie przysięgłe takiego zaświadczenia na język polski, a nie samo zaświadczenie. W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Wykonawca przedłożył takowe zaświadczenie, jednakże wydane przez ośrodek certyfikujący na terenie Niemiec, a nie Polski.

Pomimo jak podał Odwołujący przedmiotowego uchybienia ze strony Wykonawcy, Zamawiający poinformował wszystkich wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w postaci oferty złożonej przez wykonawcę Works pismem z dnia 15 września 2020 r. znak: FZF-7112/20.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Odwołujący podał, że treść oferty Wykonawcy nie odpowiadała treści SIWZ.

Zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Mimo, że oferta złożona przez Works spełniała przesłanki do odrzucenia oferty, o których mowa w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, to Zamawiający przedmiotowej oferty nie odrzucił, co więcej dokonał wyboru tej oferty - jako ofertę najkorzystniejszą. Z całą pewnością w realiach sprawy w ocenie Odwołującego doszło

do złożenia przez Wykonawcę oferty, która nie odpowiadała wymaganiom Zamawiającego zawartym w postanowieniach SIWZ, a dokładnie w: rozdziale VII pkt 2.4. SIWZ, który nakładał na Wykonawcę obowiązek przedłożenia wraz z ofertą zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, potwierdzającego, że dostarczone produkty odpowiadają specyfikacji technicznej przedmiotu zamówienia, oraz pkt 8.2) załącznika nr 2 do SIWZ pt. „Specyfikacja techniczna”, zgodnie z którym dodatkowym wymaganiem Zamawiającego było legitymowanie się przez Wykonawcę zaświadczeniem niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, potwierdzającym, że miotacze pieprzu odpowiadają określonym normom lub specyfikacji technicznej przy czym wymaganiem Zamawiającego wynikającym z postanowień SIWZ o treści ostatecznie ukształtowanej przez Zamawiającego w dniu 20 sierpnia 2020 r. było to. żeby ww. zaświadczenie zostało wydane przez ośrodek certyfikujący na terenie Polski. W udzielonych wykonawcom wyjaśnieniach Zamawiającego z dnia 20 sierpnia 2020 r. Zamawiający podkreślił, że powyższe wyjaśnienia treści SIWZ są wiążące dla Stron postępowania. Oczywistym jest przy tym fakt, że odpowiedzi na pytania udzielane przez Zamawiającego stanowią integralną część postanowień SIWZ. Pogląd ten jest ugruntowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych, a co za tym idzie, zarówno Zamawiający, jak i wykonawcy, są nimi związani (tak przykładowo wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 czerwca 2018 r. sygn.: KIO 929/18).

Odwołujący podał, że mimo udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień z dnia 20 sierpnia 2020 r., wykonawca Works wymaganego zaświadczenia nie przedłożył. Nie tylko początkowo wraz z ofertą załączył tłumaczenie przysięgłe zaświadczenia (a nie samo zaświadczenie), to później na wezwanie Zamawiającego skierowane do Wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy złożył co prawda zaświadczenie sensu stricte, jednakże w dalszym ciągu nie spełniające wymogów SIWZ, wydane przez ośrodek certyfikujący na terenie Niemiec (tj. MPA Hannover). Co istotne w ocenie Odwołującego w przedmiotowym Postępowaniu certyfikat ten był jednym dokumentem składanym w toku Postępowania, z którego wynikało i który potwierdzał, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone Specyfikacji Technicznej, stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ tj. że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wyszczególnione w nim parametry techniczne i wymagania Zamawiającego. Tym samym był dokumentem kluczowym z punktu widzenia przedmiotowego Postępowania, gdyż tylko na jego podstawie możliwa była ocena czy przedmiot oferty jest zgodny z postanowieniami specyfikacji czy też nie. Potwierdza to bezpośrednio sformułowanie, jakiego użył Zamawiający w rozdziale VII pkt 2.4. SIWZ oraz pkt 8.2) Specyfikacji technicznej, które wymagało, by ośrodek certyfikujący potwierdził, że dostarczone produkty odpowiadają specyfikacji technicznej przedmiotu zamówienia.

Brak przedłożenia tego dokumentu powodował że na etapie oceny ofert nie była możliwa weryfikacja spełnienia przez zaoferowane miotacze określonych norm oraz wymagań zawartych SIWZ. Z tego powodu oferta Wykonawcy, który takiego dokumentu nie złożył w ocenie Odwołującego powinna zostać bezwzględnie odrzucona.

Ponadto, w postanowieniach rozdziału VII pkt 2 SIWZ, Zamawiający m.in. wskazał że w celu wykazania, że oferowane dostawy spełniają wymagania, wykonawca składa wraz z ofertą zaświadczenie niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, potwierdzające, że dostarczone produkty odpowiadają specyfikacji technicznej przedmiotu zamówienia. Przy czym dokumenty wymienione w rozdziale VII pkt 2 SIWZ, jako dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, są w znaczeniu zarówno materialnym, jak i formalnym, treścią oferty. Oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy (potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego) odnoszą się bezpośrednio do właściwości przedmiotu przyszłego zobowiązania wykonawcy (przedmiotu zamówienia) i dlatego co do zasady są również w znaczeniu zarówno materialnym, jak i formalnym, częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wyrażające zobowiązanie do określonego wykonania zamówienia. W wyroku z dnia 28 października 2016 r., sygn. KIO 1946/16, Krajowa Izba Odwoławcza odnosząc się do oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy, stwierdziła, że w ramach wymaganego od wykonawcy sposobu potwierdzenia treści oferty mieści się również oparte na art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy żądanie przez Zamawiającego oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie jego wymagań (określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia) przez oferowane dostawy (zob. także wyrok z dnia 1 sierpnia 2016 r., sygn. KIO 1276/16). W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez Zamawiającego. Oznacza to, że zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty musi znaleźć potwierdzenie w dokumentach składanych przez wykonawcę w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego. W konsekwencji brak takiego potwierdzenia jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ. Co prawda jeżeli wykonawca nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, albo oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, wówczas na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Zamawiający wzywa

do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym. Za wątpliwości co do treści oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy nie można uznać sytuacji, gdy wykonawca na wezwanie składa dokument, którego treść przeczy wymaganiom określonym przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia. W takim przypadku niedopuszczalne jest również wezwanie wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do złożenia, innego dokumentu, który potwierdziłby, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia. Takie działanie zamawiającego byłoby niedopuszczalne również na gruncie art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy, ponieważ prowadziłoby do niedopuszczalnych negocjacji z wykonawcą dotyczących treści złożonej oferty, a w konsekwencji zmiany jej treści. Oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego odnoszące się bezpośrednio do właściwości przedmiotu przyszłego zobowiązania wykonawcy (przedmiotu zamówienia), co do zasady są bowiem w znaczeniu zarówno materialnym, jak i formalnym, częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wyrażające zobowiązanie do określonego wykonania zamówienia.

Przepis art. 26 ust. 3 czy 4 ustawy służy wyjaśnieniu niezrozumiałej dla Zamawiającego treści oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy, a nie zmianie treści dokumentu. Jak słusznie zauważono w uzasadnieniu wyroku z dnia 13 września 2010 r. sygn. akt KIO 1863/10, nie można wyjaśnieniami przywrócić sobie możliwości ponownego uzupełnienia wadliwie złożonego dokumentu.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący stanął na stanowisku, że przedłożone przez Wykonawcę dokumenty, nawet pomimo wezwania Zamawiającego do ich uzupełnienia, nie potwierdziły spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego w Specyfikacji Technicznej. W konsekwencji brak takiego potwierdzenia jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Co istotne, zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej w aktualnym stanie prawnym warunki udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia muszą być spełnione na dzień składania ofert (nawet jeśli wraz z ofertą nie są wymagane inne dokumenty oprócz oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu) i muszą trwać przez cały okres postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Podobnie wezwanie do uzupełnienia brakujących lub błędnych dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy nie stanowi podstawy do stwierdzenia możliwości zmiany daty spełniania wymogów - jest to tylko dodatkowy termin na przedstawienie prawidłowego dokumentu (por. wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2019 r. sygn. KIO 1551/19). Powyższe oznacza i potwierdza zarazem, że oferta Wykonawcy winna zostać bezwzględnie odrzucona, bowiem Wykonawca nie był i nie

jest w stanie spełnić omawianego wymogu i legitymować się omawianym zaświadczeniem wydanym przez ośrodek certyfikujący na terenie Polski na dzień składania ofert.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy oraz zarzutu ewentualnego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy. Odwołujący wskazał, że Zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, który obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Dodatkowo przepis art. 90 ust. 3 ustawy (stanowiący kolejną, samoistną przesłankę odrzucenia oferty) nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty 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. Obie ww. przesłanki mają w ocenie Odwołującego miejsce w realiach niniejszej sprawy, co jednak zostało pominięte przez Zamawiającego.

Udzielone przez Works wyjaśnienia z dnia 7 września 2020 r. są całkowicie nierzetelne, a nadto posiadają wiele rozbieżności. Odwołujący zwraca w tym miejscu uwagę, że ww. pismem, Wykonawca poinformował Zamawiającego, że producent ręcznych miotaczy pieprzu zaoferował cenę jednostkową w wysokości 3,29EUR za sztukę, co przekłada się na 59.220,00 EUR za całą dostawę, a koszt transportu to kwota 700 EUR. Wobec powyższego, w ocenie Wykonawcy łączne koszty poniesione na realizację całego zamówienia kształtują się na poziomie 59.920,00 EUR. Dodatkowo, Works w piśmie z dnia 7 września 2020 r. wyjaśnił także, że jego marża wynosi 10% i jest ona wynikiem dostarczenia Policji w 2019 r. 10.869 szt. ręcznych miotaczy pieprzu, dzięki czemu odpada koszt badań, a nakład pracy pracowników Works jest niższy, gdyż część zamówienia polegająca np. na opracowaniu etykiety została już wykonana przy okazji dostawy w 2019 r. Analiza ww. wyjaśnień nakazywała Zamawiającemu uznać je za niewiarygodne, a tym samym uznać, że Wykonawca nie sprostął spoczywającemu na nim ciężarowi dowodu w zakresie wykazania, że cena oferty została skonstruowana w sposób zapewniający należyłą realizację zamówienia, co prowadzić winno do ustalenia, że w mocy pozostaje domniemanie, że zaoferowana cena jego oferty jest ceną rażąco niską.

Świadczą to tym następujące okoliczności:

- załączona do pisma oferta producenta wyrobu dotyczy wyrobu o pojemności 60 ml (potencjalnie tańszych), a przedmiotem dostaw ręcznych miotaczy pieprzu do Policji są wyroby o pojemności 75 ml (potencjalnie droższych). Przedmiotowej wątpliwości Zamawiający jednak nie wyjaśnił,

- z wyjaśnień złożonych przez firmę Works wynikało, że jedynymi kosztami związanymi z realizacją przedmiotowego zamówienia są zakup wyrobu oraz koszt jego dostawy z Niemiec do siedziby Wykonawcy, a przecież oczywistym jest, że poza ww. kosztami dochodzą koszty tj. koszt zatrudnienia pracowników odpowiedzialnych za realizację tego zamówienia, obejmujące m.in. kontrolę jakości wyrobu na miejscu, po przyjęciu towaru, jego przepakowanie, przeliczenie ilości, koszt dostawy 18.000 szt. ręcznych miotaczy pieprzu do Zamawiającego, koszt dokonania czynności odbiorczych - te wszystkie koszty z całą pewnością będzie musiał ponieść Wykonawca, a nie zostały one ujęte w złożonych przez niego wyjaśnieniach,

- dokonując kalkulacji ceny Wykonawca winien uwzględnić w niej także tzw. współczynnik reklamacji, w ocenie Odwołującego na poziomie co najmniej 5%. Przedmiotowy wniosek wynika z doświadczenia Odwołującego, który współpracuje z Policją od 1994 r. i od przeszło 20 lat dostarcza do Zamawiającego ręczne miotacze pieprzu. Z jego wiedzy i doświadczenia wynika, że nie było w historii współpracy z Policją przypadku, żeby nie została zgłoszona ani jedna reklamacja tego typu wyrobu w ramach danej dostawy (niezależnie od tego, kto dostarczał Policji przedmiotowy wyrób), a to z uwagi chociażby na fakt, że jest to produkt, który działa w bardzo dużej amplitudzie temperatur, użytkowany jest przede wszystkim w trakcie interwencji, podczas których niejednokrotnie dochodzi do uszkodzeń produktu, rozszczelnień, zejścia z niego ciśnienia. Powyższe prowadzi do wniosku że każdy racjonalnie działający wykonawca musi uwzględnić w oferowanej cenie tzw. współczynnik reklamacji,

- dodatkowo Wykonawca sam przyznał, że poza kosztami związanymi z realizacją przedmiotowego zamówienia, jakimi są zakup wyrobu oraz koszt jego dostawy z Niemiec do siedziby Wykonawcy, kosztem tym jest także nakład pracy pracowników Works, który co prawda jest niższy (gdyż część zamówienia polegająca np. na opracowaniu etykiety została już wykonana przy okazji dostawy w 2019 r.), ale w dalszym ciągu on występuje, co jednak nie zostało uwzględnione w złożonych wyjaśnieniach; dlatego Odwołujący uważał, że brak podania tego kosztu - nakładu pracy pracowników Works (przy jednoczesnym potwierdzeniu, że taki koszt istnieje) powoduje, że należy uznać złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia za zbyt ogólnikowe i nieprzekonywujące,

- niezależnie od powyższego Odwołujący bazując na swoim ponad 20-letnim doświadczeniu we współpracy z Zamawiającym, w którym to okresie dostarczył Policji kilkaset tysięcy ręcznych miotaczy pieprzu wskazał, że dokonując kalkulacji cenowych przedmiotowego wyrobu należy uwzględnić następujące składniki niezbędne do rzetelnej kalkulacji ceny miotacza tzw. składniki cenotwórcze oferty: - Koszt produkcji, - Koszt etykiety, - Koszt opakowania zbiorczego, - Koszt pakowania na paletach, - Koszt kontroli jakości, - Koszt

dodatkowej etykiety na każde opakowanie zbiorcze, która musi zawierać zgodnie z wymogami SIWZ: Ilość sztuk w opakowaniu, Łączna waga brutto, Data pakowania, Data przydatności do użytku, Skład chemiczny, Instrukcja użytkowania, Informacje ostrzegawcze przy czym Odwołujący podał, że tej etykiety nie mógł na tym etapie posiadać Wykonawca, - Koszt opakowania zbiorczego (przy tym zamówieniu jest to około 360 kartonów po ok. 2 zł szt.), - Koszt dokumentów - Atest PZH (koszt ok. 4500 zł) i Certyfikat zgodności (odnowienie ok. 1500 zł), - Transport do Zamawiającego (ok. 4 palety, podstawowa cena w firmie kurierskiej, ok. 1000 zł lub transport na własną rękę z Katowic do siedziby Zamawiającego, - Wymiany reklamacyjne (obsługa reklamacji, wysyłka towaru do producenta, wymiana itp.) - Transport do Zamawiającego w przypadku realizacji reklamacji, - Koszt utylizacji miotaczy poreklamacyjnych. Odwołujący podał, że z całą pewnością więc znajdujące się na liście Wykonawcy zaledwie dwie pozycje wchodzące w skład kosztów realizacji przedmiotu zamówienia należy uznać za całkowicie i bezsprzecznie niewiarygodne, - ponadto, Wykonawca oświadczył, że część zamówienia polegająca np. na opracowaniu etykiety została już wykonana przy okazji dostawy w 2019 r., ale przedmiotowej okoliczności nie udowodnił - do czego obligował go przepis art. 90 ust. 1 ustawy (stanowiący, że obowiązkiem wykonawcy jest nie tylko udzielenie wyjaśnień, ale także złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu). Dodatkowo, Wykonawca założył, że opracowana etykieta zostanie użyta do realizacji przedmiotu zamówienia, a przecież zgodnie z postanowieniami SIWZ (por. pkt 6 ppkt 2) Specyfikacji Technicznej - Znakowanie) „Ostateczna treść i szata graficzna napisów zostaną (dopiero - przyp. autora) uzgodnione przed pierwszą dostawą miotaczy dla Policji”. Powyższe pokazuje, że nie ma i nie było na etapie składania ofert ustalonego wzoru takiej etykiety, a wszelkie kwestie z nią związane, w tym ustalenie szaty graficznej i końcowego wyglądu tej etykiety będą dopiero przedmiotem ustaleń z Zamawiającym, nie można więc przyjąć, że Wykonawca mógł całkowicie pominąć ten koszt w swojej kalkulacji. Wręcz przeciwnie, biorąc pod uwagę historyczne uwarunkowania i doświadczenia wykonawców (którzy od wielu lat dostarczają Policji miotacze pieprzu), etykiety te wielokrotnie się zmieniały. Miało to związek m.in. ze zmianą logo Zamawiającego, zmianą tzw. dyrektywy aerozolowej regulującej wymagania dotyczące wymaganego oznakowania produktów aerozolowych (co powoduje bezwzględny obowiązek zmiany etykiety, tak aby spełniała wszystkie wymagania, posiadała poprawne piktogramy lub ostrzeżenia). Co więcej, produkcja etykiet na postępowania w kolejnych latach (z wyprzedzeniem) może być ryzykowna z uwagi na brak pewności, czy dotychczasowe parametry techniczne nie zostaną zmienione przez Zamawiającego w kolejnym postępowaniu. Wystarczy bowiem, że zmianie uległaby wymagana pojemność lub rozmiar, skład chemiczny, wymogi dotyczące instrukcji użytkowania, miotaczy - wówczas należałoby

przygotować etykietę od podstaw. Mając powyższe na względzie Odwołujący podał, że rzetelne i należyte ustalenie kosztów realizacji zamówienia musiało uwzględnić koszt wykonania nowej etykiety, na wypadek gdyby Policja nie zaakceptowała etykiety z 2019 r.,

- z wyjaśnień Wykonawcy wynika jedynie, że taka etykieta została „opracowana”, a zatem, że odpada nakład pracy pracowników Wykonawcy na jej przygotowanie. Całkowicie zostało pominięte jednak to, że poza opracowaniem takiej etykiety dochodzą jeszcze dodatkowo koszty takie jak: wydrukowanie etykiet, koszt transportu, naklejenie etykiet na gotowy wyrób. Wykonawca nie uwzględnił jednak powyższych kosztów w swoich wyjaśnieniach, a tym samym czasu potrzebnego na przyklejenie (nasienie) takich etykiet na 18 000 szt. miotaczy pieprzu przez pracowników Wykonawcy (oraz kosztów pracowniczych - roboczogodziny na wykonanie omawianych czynności),
- historycznie oferowane przez wykonawców ceny za realizację tożsamego przedmiotu zamówienia kształtowały się następująco:

W tym miejscu w odwołaniu znajduje się tabela

Wykonawca nie wyjaśnił z czego wynika, tak znaczące obniżenie zaoferowanej ceny realizacji zamówienia. Zasadnym wydaje się zobowiązanie Zamawiającego do złożenia na rozprawie dokumentów otrzymanych od firmy Works przed ogłoszeniem Postępowania (w styczniu oraz w lipcu 2020 r.) na podstawie których Zamawiający dokonał szacowania wartości zamówienia. Odwołujący bowiem (oraz Wykonawca) zostali poproszeni w ww. terminach przez Zamawiającego o wskazanie szacunkowej wartości dostawy ręcznych miotaczy pieprzu w ilości ok. 30.000 szt. (w styczniu 2020 r.) oraz w ilości ok. 15.000-20.000 szt. (w lipcu 2020 r.). W oparciu o złożone przez wykonawców w odpowiedzi na powyższe zapytania oferty ilościowo-jakościowe, Zamawiający oszacował wartość przedmiotu zamówienia. Odwołujący jest przy tym przekonany, że firma Works wskazała dużo wyższą cenę, aniżeli ta zawarta w złożonej przez nich ofercie, co potwierdza, że w ramach Postępowania Wykonawca złożył ofertę z rażąco niską ceną (gdyż nie zaistniały żadne okoliczności, które w tak krótkim okresie czasu mogłyby doprowadzić do spadku ceny ręcznych miotaczy pieprzu).

Koszty realizacji zamówienia zostały wyliczone przez Wykonawcę w sposób nierzetelny, a nadto posiadają wiele rozbieżności, które zostały wskazane powyżej. Niezależnie od tego, złożone wyjaśnienia nie obaliły domniemania, że oferta złożona przez Wykonawcę zawiera rażąco niską cenę. W tym miejscu Odwołujący wskazuje, że wyjaśnienia, składane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy muszą być szczegółowe i wyczerpujące. Jeżeli są ogólnikowe i lakoniczne (tak jak w tym przypadku) - wówczas przyjmuje się, że w ogóle nie zostały złożone. Wyjaśnienia muszą pozwalać na rozwianie wątpliwości, że zaoferowana cena wynika z realnego oszacowania warunków w stosunku zakresu prac. Jeżeli wyjaśnienia są

na tyle ogólne, że nie można uznać, iż wykonawca przedłożył wyjaśnienia i dowody dające podstawę do dokonania oceny, czy cena jest rażąco niska, to na mocy art. 90 ust. 3 ustawy Zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty takiego wykonawcy. Wykonawca bowiem w wyjaśnieniach powinien w sposób przekonujący wskazać, jakie czynniki zadecydowały, że mógł zaoferować cenę ofertową w podanej wysokości, a temu wymogowi w realiach niniejszej sprawy Wykonawca z całą pewnością nie sprostał. Jak przy tym wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej - oferta podlega odrzuceniu, w sytuacji, gdy złożone wyjaśnienia są niepełne i nie pozwalają z całą pewnością uznać ceny oferty za realną, za którą dany wykonawca może w sposób prawidłowy zrealizować zamówienie (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 22 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 13/18). Z treści złożonych przez wykonawcę wyjaśnień powinno bezspornie wynikać, że cena zaoferowana przez wykonawcę jest ceną wiarygodną i porównywalną w stosunku do cen obowiązujących na rynku za realizację zamówień publicznych takich samych lub zbliżonych, a także że realizacja tego zamówienia nie będzie poniżej kosztów przedsiębiorcy. Wykonawca może w wyjaśnieniach podać inne niż żądał zamawiający obiektywne czynniki oraz złożyć inne niż żądał zamawiający dowody mające wpływ na cenę oferty. Podkreślić należy, że celem art. 90 ustawy jest wyeliminowanie z postępowania oferty wykonawcy, który proponuje realizację przedmiotu zamówienia na warunkach nierealnych, niemożliwych do spełnienia. Mając na względzie naczelną zasadę systemu zamówień publicznych, tj. zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, zamawiający nie może dopuścić do powierzenia realizacji zamówienia wykonawcy, którego oferta nie zapewnia jego właściwego wykonania (KIO 1844/14). Dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest zatem wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień wskazujących, że cena oferty nie jest nierealistyczna. Zaistnienie po stronie wykonawcy obiektywnych czynników wpływających na obniżenie ceny oferty powinno być udowodnione. Wykonawca, który składa wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinien wskazać, co spowodowało obniżenie ceny, jak również to, w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie (zob. wyrok KIO 2659/12). Ocena złożonych przez wykonawcę wyjaśnień oraz dowodów stanowi podstawę do uznania bądź nie, że oferta zwiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z chwilą otrzymania żądania wyjaśnień na wykonawcy ciąży obowiązek udowodnienia, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ciężar dowodu braku w ofercie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia spoczywa na wykonawcy, który jest obowiązany wskazać obiektywne czynniki mające istotny wpływ na wysokość ceny oferty. W przypadku kosztów pracy, ich wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być jednak niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5

ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (ale z całą pewnością taki koszt istnieje i musi zostać przez wykonawcę podany). Dlatego zamawiający odrzuca zarówno ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień, jak również ofertę, co do której dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ponieważ decyzja o odrzuceniu oferty musi być poprzedzona zwróceniem się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy może nastąpić tylko po uzyskaniu wyjaśnień od wykonawcy i dokonaniu oceny tych wyjaśnień (art. 90 ust. 3 Pzp). Wykonawca jest obowiązany złożyć wyjaśnienia, które w sposób nie budzący wątpliwości pozwolą na ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Takie stanowisko zostało wyrażone w wyroku IV Ca 1299/09 Sądu Okręgowego w Warszawie.

Dlatego mając na uwadze wskazany przez Odwołującego stan faktyczny niniejszej sprawy, a także konkretne i przejrzyste wnioski płynące z ww. orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych, nie sposób uznać, że w realiach niniejszej sprawy Wykonawca obalił domniemanie zastosowania przez niego rażąco niskiej ceny.

Powyższe uzasadnia więc alternatywnie zgłaszaną przez Odwołującego podstawę odrzucenia oferty wykonawcy Works, tj. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy lub art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy. Ewentualnie, mając na uwadze uwagi poczynione powyżej, Odwołujący wskazuje, że Zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 ustawy, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Nie powinno budzić przy tym wątpliwości, że w złożonych przez Wykonawcę wyjaśnieniach doszło do przedstawienia informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Do informacji tych należą bowiem m.in. dane dotyczące rzeczywistych kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - dokonanie zmiany treści oferty w zakresie ceny.

Bez wątplenia zasadą wynikającą z przepisów ustawy jest brak możliwości dokonywania zmian w treści złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty po upływie terminu wyznaczonego do składania ofert. Od tej zasady ustawa przewiduje dwa

wyjątki: pierwszy - dotyczy trybu dialogu konkurencyjnego, drugi - możliwości poprawiania przez zamawiającego omyłek określonych w art. 87 ust. 2 ustawy. Stosownie do treści przepisu art. 87 ust. 2 ustawy zamawiający poprawia w ofercie: 1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Brzmienie tej regulacji nie pozostawia wątpliwości co do braku swobody Zamawiającego w zakresie poprawienia omyłki, chyba że można ją zaliczyć do katalogu określonego w przywołanym wyżej przepisie. Poprawienie przez Zamawiającego oczywistych omyłek pisarskich oraz rachunkowych nie wymaga uzyskania zgody wykonawcy. Wykonawca może nie wyrazić zgody na poprawienie przez Zamawiającego innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

Ustawa nie zawiera definicji oczywistej omyłki pisarskiej. Pojęcie to było wielokrotnie definiowane w orzecznictwie sądów okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej. Oczywistą omyłką pisarską, jest niezamierzona niedokładność nasuwająca się każdemu, bez przeprowadzania dodatkowych ustaleń. Może to być błąd literowy, widoczne niezamierzone opuszczenie wyrazu, czy inny błąd, wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym. Oczywistą omyłką pisarską jest nie tylko taka omyłka, która wynika z treści formularza ofertowego, ale również taka, którą można zidentyfikować na podstawie porównania pozostałych dokumentów stanowiących treść oferty. Istotne jest przy tym żeby w wyniku poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej nie zmieniła się treść oferty rozumianej jako treść oświadczenia woli wykonawcy. W realiach sprawy jednak doszło do nieprawidłowego skorygowania przez Zamawiającego w ofercie Wykonawcy łącznej ceny jego oferty brutto, a tym samym poprawienie tej wartości w sposób, jaki nie wynikał z treści złożonej przez Wykonawcę oferty. Odwołujący podał, że Wykonawca wskazał w formularzu ofertowym cenę jednostkową brutto za jedną sztukę miotacza pieprzu w kwocie 19.43 zł brutto. Działanie matematyczne polegające na przemnożeniu tej ceny i ilości oferowanego przedmiotu zamówienia daje nam jednak inną cenę, aniżeli ta finalnie wskazana przez Zamawiającego. W ocenie Odwołującego całkowita cena oferty brutto Wykonawcy wynosiła bowiem 349.740,00 zł ($19,43 \times 18.000 = 349.740$) a nie 349.812.00 zł - jak poprawił Zamawiający. Poprawienie tej „innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją” spowodowało dokonanie nieuprawnionej i niedopuszczalnej zmiany treści oferty w zakresie ceny oferowanego przedmiotu zamówienia.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy - wybór oferty wykonawcy Works jako najkorzystniejszej.

Mając na uwadze, że doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych we wcześniejszych zarzutach należy jednocześnie uznać, że Zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 ustawy dokonując wyrobu oferty Works jako oferty najkorzystniejszej.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy - zaniechanie wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentu. Odwołujący podał, że zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty musi znaleźć potwierdzenie w dokumentach składanych przez wykonawcę w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. W konsekwencji brak takiego potwierdzenia jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dlatego brak przedłożenia przez Wykonawcę zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości mającego potwierdzać, że dostarczone produkty odpowiadają specyfikacji technicznej przedmiotu zamówienia, posiadającego siedzibę na terytorium RP o którym mowa w rozdziale VII pkt 2.4. SIWZ oraz pkt 8.2 Specyfikacji Technicznej stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ, spowodował że na etapie oceny ofert nie była możliwa weryfikacja spełnienia przez zaoferowane miotacze określonych normom lub wymagań zawartych SIWZ i z tego powodu oferta Wykonawcy, który takiego dokumentu nie złożył powinna zostać bezwzględnie odrzucona (tym, bardziej, że Wykonawca był już raz wzywany do przedłożenia ww. dokumentu). Z daleko posuniętej ostrożności, na wypadek gdyby Izba uznała, że Zamawiający winien ponownie wezwać Wykonawcę do przedłożenia tego certyfikatu wydanego przez podmiot mający siedzibę na terytorium Polski (choć bezspornie wezwania, o których Odwołujący wskazuje, że Zamawiający zaniechał wezwania Works do przedłożenia przedmiotowego dokumentu, a tym samym naruszył przepis art. 26 ust. 3 ustawy.

Mając na uwadze całokształt wskazanych powyżej okoliczności wniesienie odwołania jest uzasadnione i konieczne. W świetle przedstawionych wyżej argumentów Zamawiający powinien zostać zobowiązany do unieważnienia czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty, a następnie do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 ustawy, ewentualnie odrzucenia złożonej przez niego oferty, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę oraz oferty sprzecznej z postanowieniami SIWZ, jak również jako oferty, której treść po terminie składania ofert została w sposób nieuprawniony zmieniona.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 25 września 2020 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

III.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie oraz w pismach procesowych stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

IV.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.* Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada

na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Mając na uwadze, że stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny, powołując w tym miejscu na regulację art. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, zgodnie z którym kodeks reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym cięży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*.

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...)*

Ponadto, co dla rozpoznania tej sprawy jest niewątpliwie istotne, zgodnie z przepisem art. 190 ust 1a ustawy dotyczącym postępowania odwoławczego, wprowadzającym szczególną regulację dotyczącą spraw o cenę rażąco niską - ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo

uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.

V.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia z Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku *w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań* (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092 ze zm.) wchodzi odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub dokumentacja postępowania w postaci elektronicznej, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego zawarte w piśmie procesowym z dnia 5 października 2020 roku *Odpowiedź na odwołanie*. Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości.

W dniu 6 października 2020 roku Izba wydała postanowienie w przedmiocie wezwania WORKSKS 11 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach (dalej Works) do złożenia sprzeciwu co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

W dniu 8 października 2020 roku do Prezesa Izby wpłynął sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

VI.

Izba ustaliła:

Izba ustaliła, że w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) Zamawiający w Rozdziale VII – *Wykaz oświadczeń lub dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy, w punkcie 2 – W celu wykazania, że oferowane dostawy spełniają wymagania Wykonawca składa wraz z ofertą: (...) 2.4 Zaświadczenie niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzające, że dostarczone produkty odpowiadają specyfikacji technicznej przedmiotu zamówienia*.

W Specyfikacji Technicznej – stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ w punkcie 8 – *Wymagania dodatkowe w ppkt 2 Zamawiający podał: Zaświadczenie niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzające, że miotacze pieprzu odpowiadają normą lub specyfikacji technicznej.*

W wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 20 sierpnia 2020 roku Zamawiający podał, że *wymaga aby zaświadczenie, o którym mowa w Rozdziale VII punkt 2.4 SIWZ oraz w punkcie 8.2) Specyfikacji technicznej, stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ, było wydane przez ośrodek certyfikujący na terenie Polski, uprawniony do kontroli jakości. Natomiast wymaganie posiadania akredytowanego laboratorium dotyczy tylko instytucji wydających atest higieniczny na mieszankę pieprzową, o którym mowa w punkcie 8.1) Specyfikacji technicznej.*

Pismem z dnia 9 września 2020 roku skierowanym do Works Zamawiający *Działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp Zamawiający wzywa do złożenia dokumentu: zaświadczenie niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzające, że dostarczone produkty odpowiadają specyfikacji technicznej przedmiotu zamówienia.*

Zgodnie z zapisami Rozdziału VII ust 2, pkt 2.4 SIWZ, w celu wykazania, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego, Wykonawca składa wraz z ofertą zaświadczenie niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzające, że dostarczone produkty odpowiadają specyfikacji technicznej przedmiotu zamówienia.

Wykonawca nie złożył wraz z ofertą wymaganego zaświadczenia a jedynie jego tłumaczenie na język polski, wykonane przez Wykonawcę i opatrzone elektronicznym podpisem kwalifikowanym osoby upoważnionej do reprezentowania Wykonawcy. Zgodnie z § 16 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126, z późn. zm.) dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu, sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski. Tłumaczenie na język polski może dokonać sam wykonawca, ponieważ prawodawca nie nakłada obowiązku załączania do dokumentu sporządzonego w języku obcym tłumaczenia sporządzonego przez tłumacza przysięgłego.

Oznacza to, że podstawowe znaczenie dla Zamawiającego ma dokument sporządzony w języku obcym, a jego tłumaczenie stanowi niejako konsekwencję przedłożenia pierwszego dokumentu. Stanowi to jednocześnie realizację zasady prowadzenia postępowania w języku

polskim, bowiem w świetle art. 9 ustawy z dnia z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej i w języku polskim.

Biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający wzywa Państwa do złożenia dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego, tj. Certyfikatu wydanego przez MPA Hannover wraz z tłumaczeniem na język polski.

W dniu 10 września 2020 roku Works przesłał Zamawiającemu wnioskowany przez Zamawiającego Certyfikat.

Zamawiający pismem z dnia 4 września 2020 roku powiadomił Works o poprawie omyłki działając zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.) poprawia w Państwa ofercie inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty. Powyższe obejmuje zapis ujęty przez Wykonawcę w Formularzu ofertowym Część A w zakresie wartości dostawy: (...)

Jest (...)

<i>Cena jednostkowa</i>	<i>Wartość</i>
<i>Netto: 284.400,00 PLN</i>	<i>Stawka VAT 23,00 %</i>
<i>Brutto: 349.812,00 PLN</i>	<i>Brutto: 349.812,00 PLN</i>

Konstrukcja tabeli Lista pozycji w Formularzu ofertowym A przewidywała przyjęcia jako jednostkę miały cała odstawę 18.000 tysięcy sztuk ręcznych miotaczy pieprzu. W konsekwencji tego, pozycja tabeli Cena jednostkowa odnosi się do ceny całej dostawy. Wykonawca w tej pozycji podał wartości: netto: 15,80 PLN oraz brutto: 19,43 PLN. Jednocześnie w pkt 3 Formularza ofertowego B, Wykonawca wyszczególnił cenę jednostkową brutto I sztuki ręcznego miotacza pieprzu w wysokości 1 9,43 zł brutto.

Z tego wynika, że Wykonawca omyłkowo wpisał we wskazanej powyżej pozycji Formularza ofertowego A, a także w tabeli Kryteria ceny netto i brutto I sztuki ręcznego miotacza pieprzu. W związku z powyższym, Zamawiający dokonuje poprawki innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, w sposób przedstawiony na wstępie. Zmiany zostają dokonane w oparciu o następujące obliczania:

Cena jednostkowa netto (całej dostawy): 15,80 PLN (cena netto I sztuki miotacza pieprzu) x 18.000 sztuk 284.400 00 PLN (cena netto całej dostawy)

Cena jednostkowa brutto (całej dostawy): 284.400 00 PLN (cena netto całej dostawy) x 1,23 (stawka podatku VAT) 349.812 PLN (cena brutto całej dostawy).

(...)

Działając na podstawie art. 90 ust. 1 oraz 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą PZP Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy lub kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 847), bądź innych elementów kształtujących cenę Wykonawcy;*
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;*
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;*
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;*
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.*

Zamawiający wskazuje, że zgodnie z wyżej przywołanym przepisem, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego, w szczególności 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 ustawy Pzp, zamawiający zobowiązany jest zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu.

Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na Wykonawcy. Zamawiający odrzuci ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt stosunku do przedmiotu zamówienia.

Works pismem z dnia 7 września 2020 roku w odpowiedzi na pismo Zamawiającego oświadczył i wyjaśniał, że:

1. Zgadza się na poprawienie oczywistej omyłki polegającej na wpisaniu ceny jednostkowej ręcznego miotacza pieprzu zamiast ceny całej dostawy 18 000 szt. ręcznych miotaczy pieprzu.

2. Zaproponowana cena jednostkowa ręcznych miotaczy pieprzu w postępowaniu pn. Zakup i dostawa 18 000 szt. ręcznych miotaczy pieprzu o pojemności 75ml, jest wynikiem długoletniej współpracy pomiędzy WORKS 11 Sp. z o.o. i Carl Hoernecke Chemische Fabrik GmbH & Co.

Producent ręcznych miotaczy pieprzu TW 1000 RSG-5 OC zaoferował cenę jednostkową w wysokości 3,29 € za sztukę co przekłada się na 59 220,00 € za całą dostawę ręcznych miotaczy pieprzu w ilości 18 000 szt.

Koszty transportu do siedziby WORKS 11 Sp. z o.o. wyniosą około 700,00 €.

Całkowite koszty poniesione przez WORKS 11 Sp. z o.o. za realizację całego zamówienia przez Carl Hoernecke Chemische Fabrik GmbH & Co wyniosą więc około 59 920,00 €.

Marża WORKS 11 Sp. z o.o. wynosi około 10% wartości zamówienia. Tak niska marża jest wynikiem dostarczenia w 2019 r. do Policji 10 869 szt. ręcznych miotaczy pieprzu. Dzięki temu przy aktualnym zamówieniu firma nie musi ponosić dodatkowych kosztów związanych z badaniem miotaczy oraz mieszanki pieprzowej w nich użyte etc.

Nakład pracy pracowników WORKS 11 Sp. z o.o. również jest niższy ponieważ część zamówienia polegająca np. na opracowaniu etykiety ręcznego miotacza pieprzu również została wykonana przy okazji dostawy w 2019 r. i wg naszych założeń, w przypadku wygrania obecnego postępowania, nakład pracy będzie obejmował wyłącznie zatwierdzenie przez Zamawiającego już istniejącej etykiety.

Wszelkie informacje dotyczące cen, kosztów transportu oraz marży na produkt stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa WORKS 11 Sp. z o.o.

VII

W zakresie zarzutów odwołania Izba zważyła:

W zakresie zarzutu naruszenia naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Works w sytuacji, w której treść oferty tegoż Wykonawcy nie odpowiadała treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, gdyż złożone przez Wykonawcę zaświadczenie niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, mające potwierdzać, że dostarczone produkty odpowiadają specyfikacji technicznej przedmiotu zamówienia nie spełniało wymogów

zawartych w rozdziale VII pkt 2.4. SIWZ oraz pkt 8.2) Specyfikacji Technicznej stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ, gdyż podmiot, który je wydał nie posiada siedziby na terytorium RP, a tego wymagały postanowienia specyfikacji w brzmieniu nadanym im przez Zamawiającego w dniu 20 sierpnia 2020 roku, oraz podniesionego przez Odwołującego zarzutu ewentualnego naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie wezwania (ponownie) wykonawcy Works do uzupełnienia dokumentu wymaganego postanowieniami SIWZ tj. zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, potwierdzającego, że dostarczone produkty odpowiadają specyfikacji technicznej przedmiotu zamówienia, posiadającego siedzibę na terytorium RP.

W wyniku podniesienia tego zarzutu Izba poddała ocenie postanowienia SIWZ jakie nie zostały przez wykonawcę Wroks zrealizowane i jakich brak wypełnienia legł u podstawy faktycznej podniesionego naruszenia prawa przez Odwołującego. Zarzut odnosi się bowiem do przedstawienia przez Works Zaświadczenie niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzające, że dostarczone produkty odpowiadają specyfikacji technicznej przedmiotu zamówienia (dalej: zaświadczenia) wystawionego przez podmiot spoza granic Polski, gdy tymczasem Zamawiający okoliczności takiej nie dopuścił wyjaśnieniami SIWZ z dnia 20 sierpnia 2020 roku.

W ocenie Izby Zamawiający ograniczył w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego konkurencję przez ukształtowanie postanowień SIWZ w sposób niezgodny z obowiązującymi przepisami oraz ograniczającymi dostęp do zamówienia. W ramach zamówienia publicznego ofertę może złożyć każdy zainteresowany podmiot, ten z Polski jak również z Unii Europejskiej ale także z każdego innego państwa na świecie. Zamawiający natomiast ograniczył konkurencję przez dopuszczenie jedynie do udziału w postępowaniu podmiotów, które mogą wykazać się posiadaniem zaświadczenia wystawionego przez „ośrodek certyfikujący na terenie Polski, uprawniony do kontroli jakości”. Zgodnie z art. 25 ust. 1 w postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania potwierdzających między innymi spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego, przy czym informację na temat żądanych dokumentów i oświadczeń Zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Zgodnie z § 13 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Ministra rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku (tj. Dz.U. z 2020r. poz. 1282) w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający

od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (dalej: rozporządzenie) w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności (...) zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym. Jednoznacznie zatem wynika z rozporządzenia, że zamawiający może żądać od wykonawcy dokumentu wystawionego przez podmiot zewnętrzny w stosunku do wykonawcy, jak również niezależny i uprawniony do kontroli jakości – w taki sposób został określony podmiot uprawniony do wydania zaświadczenia przez prawodawcę. Ustawodawca tym samym nie ogranicza w żaden sposób podmiotu przez określenie zakresu terytorialnego na jakim podmiot uprawniony do wystawienia dokumentu zaświadczenia działa.

Zgodnie z ust. 3 i 4 ww. paragrafu ustawodawca dopuścił, że wykonawca może zamiast zaświadczenia złożyć równoważne dokumenty wystawione przez podmioty mające siedzibę w innym państwie członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego, a także wykonawca, który z przyczyn niezależnych od niego, nie ma możliwości uzyskania dokumentów zaświadczenia może złożyć inne dokumenty dotyczące odpowiednio zapewnienia jakości lub środków zarządzania środowiskowego, potwierdzające stosowanie przez wykonawcę środków zapewnienia jakości zgodnych z wymaganymi normami zapewniania jakości lub środków zarządzania środowiskowego równoważnych środkom wymaganym na mocy mającego zastosowanie systemu lub norm zarządzania środowiskowego. Te powyższe regulacje stanowią realizację zasady równego traktowania wykonawców. Jednakże i one w żaden sposób nie ograniczają możliwości przedstawienia dokumentów przedmiotowym z ograniczeniem do zakreślonego przez Zamawiającego terytorium Polski.

Zamawiający wprowadził natomiast do SIWZ ograniczenie terytorialne, na którym może znajdować się ośrodek certyfikujący wydający wymagane przez Zamawiającego zaświadczenie wskazując jedynie do terytorium Polski.

Izba nie może wydanym wyrokiem sanować błędnego postępowania Zamawiającego, a fakt jest taki, że Zamawiający w sposób nieuprawniony, nie wynikający z żadnych regulacji prawnych ograniczył krąg podmiotów uprawnionych do wydania zaświadczenia jedynie do ośrodków certyfikowanych na terenie Polski. Żaden przepis nie nakazuje i nie uprawnia do takiego ograniczenia w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, natomiast wprowadzenie tej regulacji do SIWZ w dniu 20 sierpnia 2020 roku narusza naczelną zasadę Prawa zamówień publicznych. Wykonawcy potwierdzając, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, mogą

przedstawić zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym zarówno z Polski jak i spoza granic Polski, ale także spoza granic Unii Europejskiej.

Działanie Zamawiającego w sposób zasadniczy naruszyło Prawo zamówień publiczny, w sposób nieuprawniony ograniczyło krąg podmiotów/wykonawców, którzy mogliby ubiegać się o przedmiotowe zamówienia jak również mogliby w okolicznościach, gdyby zostali skutecznie w postępowaniu wybrani realizować zamówienie. Postanowienia SIWZ kreują krąg podmiotów zainteresowanych danym postępowaniem o udzielnie zamówienia publicznego, udziałem w tym postępowaniu tym samym są elementem postępowania, który w pierwszej kolejności podlega ocenie potencjalnego wykonawcy. Działanie Zamawiającego ograniczyło konkurencję w przedmiotowym postępowaniu oraz stanowiło naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i nie mogło zostać przez Izbę niezauważone. Ugruntowanym w orzecznictwie Izby jest, że postanowienia SIWZ, których treść to wynik woli Zamawiającego (tj. te postanowienia, które Zamawiający wprowadza do treści SIWZ bo chce, ale nie jest do tego obowiązany a określenie wymagań stanowi przejaw jego woli) muszą być zawsze oceniane w pryzmacie zasad postępowania o udzielnie zamówienia publicznego, a ich niezgodne z tymi zasadami uregulowanie w SIWZ nie może zostać konwalidowane po terminie składania ofert. Przedmiotowe postępowanie odwoławcze oraz sytuacja jaka zaistniała w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego, gdzie Works złożył zaświadczenie wydane przez podmiot certyfikujący z terenu Niemiec oraz fakt, że Zamawiający na etapie badania ofert pominął ukształtowane przez siebie wymaganie z dnia 20 sierpnia 2020 roku potwierdzają nieprawidłowość działania Zamawiającego na etapie kształtowania postanowień SIWZ.

Izba rozpoznając odwołanie w zakresie zarzutu 1 i podmienionego do niego zarzutu ewentualnego (jak wskazano wyżej) stwierdziła, że:

- po pierwsze Zamawiający wyjaśniając treść SIWZ, które to wyjaśnienia są związane z treścią SIWZ i wiążą wykonawców i Zamawiającego naruszył zasady postępowania o udzielnie zamówienia publicznego oraz obowiązujące przepisy w zakresie dokumentów jakich może żądać z odniesieniem do nieuprawnionego zakresienia terytorium kraju,
- po drugie, mając na uwadze, że oferty w postępowaniu zostały złożone i otwarte w dniu 28 sierpnia 2020 roku, a 15 września br. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

Izba stwierdziła, że brak możliwości unieważnienia czynności złożenia i otwarcia ofert uniemożliwia powrót do etapu postępowania o udzielenie zamówienia obarczonego wadą tj. modyfikacji postanowień SIWZ. Brak możliwości nakazania przez Izbę unieważnienia wadliwych czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, powoduje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy). Wymaga odnotowania w tym miejscu, że taki stan rzeczy wielokrotnie podnoszony był w orzecznictwie Izby jak również wielokrotnie był przedmiotem wydawanych przez Izbę Uchwał w ramach rozpoznania zastrzeżeń do wyników kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Mając powyższe na uwadze Izba nakazała unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na Zakup i dostawę 18 000 szt. ręcznych miotaczy pieprzu o pojemności 75 ml.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Works w sytuacji, w której jego oferta zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Wykonawca pomimo wezwania nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny – Izba uznała zarzut za zasadny.

Izba wskazuje, że w ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności Zamawiającego, tj. dokonanej oceny złożonych w postępowaniu wyjaśnień elementów zaoferowanej ceny oferty. Zamawiający dokonuje czynności oceny zaoferowanej w postępowaniu przez wykonawcę ceny w oparciu o dostępne mu informacje, które uzyskuje w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień – temu służy procedura wyjaśnienia opisana w art. 90 ustawy.

Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty, uwarunkowania w jakich dokonywał tej kalkulacji, szczególne przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji i inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny taki jak korzystne upusty, sprzyjające w oparciu o konkretne informacje warunki finansowego, uzyskane specjalne oferty, a dowodzące możliwości zaoferowania cen obniżonej w stosunku do wartości zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy – informacje jakie przedstawił wykonawca - powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje

dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, już w ramach swoich wyjaśnień winien wskazać na te okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny, bowiem na wykonawcy ciąży obowiązek (art. 90 ust. 2 ustawy) wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wymaga także podkreślenia, że wykonawca składający wyjaśnienia w zakresie elementów zaoferowanej ceny oferty powinien, dla prawidłowości i skuteczności takich wyjaśnień odnieść się do wszystkich elementów składowych danego zamówienia oraz wyjaśnić sposób wyceny każdego z elementów jaki musi być uwzględniony w ramach danego przedmiotu zamówienia. Izba zaznacza, że sposób złożenia wyjaśnień zależy każdorazowo od wykonawcy, jednakże musi ujmować wszystkie wymagane elementy zamówienia.

Nadal aktualność swą zachowuje stanowisko wypracowane w dotychczasowym orzecznictwie Izby i sądów powszechnych wskazujące, że Izba może ocenić i stwierdzić jedynie czy wyjaśnienia w przedmiocie elementów zaoferowanej ceny były wystarczające, a ich ocena dokonana przez Zamawiającego prawidłowa. Konsekwencją utrzymywanej wykładni przepisów jest słuszne stanowisko w sprawie odnoszące się do konieczności odrzucenia oferty, w przypadku gdy złożone wyjaśnienia cenowe były zbyt niekonkretne, lakoniczne i generalnie nie wykazywały możliwości zaoferowania przez danego wykonawcę ceny tak niskiej. Mając na uwadze obecne brzmienie art. 90 ust. 2 ustawy zachowuje swoją aktualność wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt XXIII Ga 1293/14), w którym pokreślono znaczenie staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a także wskazano na konieczność uznania, że cena ofertowa jest ceną rażąco niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą, że oferowana przez niego cena rażąco niska nie jest. Podane tezy odnoszące się do wymaganej zawartości i "jakości" wyjaśnień składanych Zamawiającemu zostały sformułowane przez orzecznictwo jeszcze na gruncie uprzednio obowiązujących przepisów. Natomiast w obecnie obowiązującym stanie prawnym ustawodawca właściwie przesądził ich słuszność, wprost wskazując ww. przepisie ustawy, że to wykonawca powinien wykazać Zamawiającemu, że cena jego oferty lub cena istotnej części składowej oferty nie jest rażąco niska, i musi to wykazać to na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym jak najbardziej aktualna i wymagająca podkreślenia, jest wyrażana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych teza o wymaganej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90

ustawy, a tym samym ryzyku jakie ponosi wykonawca w przypadku uznania, że wyjaśnienia są niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny.

Izba wskazuje, że nie istnieje jeden optymalny i powinny kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. Sposób wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny zależy od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Niewątpliwie można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc konkretne, tak aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności.

Izba uznała, że Zamawiający nieprawidłowo ocenił wyjaśnienia z dnia 7 września 2020 roku, co potwierdziły w zasadzie odwołanie i argumentacja z rozprawy.

W ocenie Izby wyjaśnień do jakich Works został wezwany w zasadzie nie ma, bowiem te informacje jakie zostały przedstawione przez Works trudno uznać za jakiegokolwiek wyjaśnienia. Co więcej stanowisko zaprezentowane przez Works w trakcie rozprawy również potwierdza, że w ramach złożonej Zamawiającemu informacji nie zostały wykazane wszystkie elementy, składowe zaoferowanej ceny.

Wymaga odnotowania, że w złożonych wyjaśnieniach wskazano jedynie cenę sztuki ręcznego miotacza pieprzu, cenę globalną za zakup 18 000 sztuk i to podaną w euro, jak również koszt transportu do siedziby Works. Izba dostrzegła, że podane wartości w euro nie zostały w żaden sposób przeliczone na złotówki i w zasadzie nie jest wiadomym w jakiej kwocie w złotówkach te wskazane elementy się zamykają. Works w złożonych wyjaśnieniach podał jeszcze jedną informację, a mianowicie wysokość marży wynoszącą „ok. 10%”. Jednocześnie wskazuje w wyjaśnieniach „że nakład pracy pracowników jest niższy” jednakże nawet tego niższego nakładu pracy nie uwzględnia w złożonych wyjaśnieniach przez faktyczne podanie jego wartości (wyceny). Izba zgadza się z argumentacją Odwołującego co do brakującej wyceny wszystkich elementów mających wpływ na wysokość ceny takich jak np. cena druku etykiet, cena opracowania etykiet, cena oklejenia etykietami czy cena dostawy do siedziby Zamawiającego wraz z przepakowaniem.

Izba stwierdziła, że argumentacja w Works z rozprawy, że *koszt nabycia produktu oraz wszystkie inne koszty, w tym wykonania naklejki, ujęte są w zaoferowanej kwocie*

obejmującej dziesięcioprocentowy zysk nie znajduje odzwierciedlenia w złożonych wyjaśnieniach. Jeżeli bowiem wykonawca Works wycenił wykonanie etykiet dla 18 000 sztuk miotaczy pieprzu, powinien był ją podać. Skoro jej nie podał to nie ma żadnej podstawy i żądanej logicznej argumentacji, aby na tym etapie postępowania, po wezwaniu do złożenia wyjaśnień twierdzić, że cenę tą wykonawca Works przedstawił Zamawiającemu. Nie wynika ona w żaden sposób ze złożonych wyjaśnień, tak samo jak nie wynikają inne ceny elementów składowych tego zamówienia jak np. cena dostawy do Zamawiającego, cena projektu etykiety, koszt opakowania zbiorczego oraz koszt etykiety na opakowanie zbiorcze.

W ocenie Izby Zamawiający w nieprawidłowy sposób dokonał oceny złożonych przez Works wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, czym naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy, a w konsekwencji zasady Prawa zamówień publicznych.

W podniesionego zarzutu ewentualnego do powyższego tj. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 ustawy w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Works, pomimo, że Wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił w wyjaśnieniach z dnia 7 września 2020 r. informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia - m.in. w zakresie dotyczącym rzeczywistych kosztów poniesionych przez Wykonawcę na realizację całego zamówienia, a tym samym przez zaniechanie odrzucenia jego oferty.

Mając na uwadze, że Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Works w sytuacji, w której jego oferta zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Wykonawca pomimo wezwania nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny wskazany przez Odwołującego jako podstawowy rozstrzygnięcie o zarzucie ewentualnym stało się bezprzedmiotowe.

W zakresie zarzutu naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy przez nieprawidłowe skorygowanie przez Zamawiającego w ofercie Wykonawcy omyłki polegającej na niezgodności oferty ze Specyfikacją i umożliwienie tym samym temu Wykonawcy dokonania nieuprawnionej zmiany treści oferty w zakresie ceny oferowanego przedmiotu zamówienia – Izba uznała zarzut za niezasadny.

W odniesieniu do tego zarzutu Izba wskazuje, że w odwołaniu brak jest jakiegokolwiek argumentacji faktycznej uzasadniającej twierdzenie Odwołującego. Odwołujący w uzasadnieniu przedstawia w sposób bardzo chaotyczny informacje odnoszące się do błędów jakich skorygowanie jest możliwe na podstawie obowiązujących przepisów, jednakże w żaden sposób nie odnosi tego do dokonanej przez Zamawiającego za pismem z dnia 4 września 2020 roku poprawy omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Odwołujący poprzestaje na stwierdzeniu, że Zamawiający nieprawidłowo skorygował w ofercie wykonawcy Works łączną cenę jego oferty brutto i w konsekwencji dokonał poprawienia tej wartości w sposób, jaki nie wynikał z treści złożonej oferty.

Odwołujący w prezentowanym stanowisku nie odniósł się, chociaż w stanie faktycznym wskazuje na Formularz oferty A do faktycznie podanej tam wartości jednostkowej netto i w zasadzie bez żadnego uzasadnienia przyjął, że to cena jednostkowa brutto, która została podana i w Formularzu oferty A i w Formularzu oferty B przez wykonawcę Works stanowi podstawę przeliczenia ceny globalnej oferty. Pominięcie przez Odwołującego faktu, że wykonawca miał podać w Formularzu A wartość netto i brutto globalną oferty (tj. zgodnie z formularzem cena jednostkowa, gdzie jednostką była 1 dostawa w ramach której dostarczonych miało być 18 000 szt. ręcznych miotaczy pieprzu) powoduje, że w ogóle nie odnosi się on do podanej wartości netto za 1 szt. ręcznego miotacza pieprzu w prezentowanym stanowisku. W ocenie Izby Odwołujący przemilczał fakt podania wartości netto i w oparciu o niepełnie uwzględniony stan faktyczny przedstawił argumentację. Jednocześnie Odwołujący przywołuje w swojej argumentacji działanie matematyczne oparte na cenie jednostkowej brutto, która również została podana przez Works. W ocenie Izby brak odniesienia się Odwołującego do wszystkich zwartych w ofercie Works informacji, w tym również pominięcie stawki podatku VAT jaka została wskazana w Formularzu oferty A, a także brak uzasadnienia dla przedstawionego działania matematycznego powoduje, że Izba zarzutu odwołania nie uwzględniła.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez wybór oferty wykonawcy Works jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, podczas gdy to oferta Odwołującego była ofertą najkorzystniejszą w Postępowaniu i niepodlegającą odrzuceniu – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba nie stwierdzała dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SIWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności

faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert.

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

Przewodniczący: