

WYROK
z dnia 26 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lipca 2020 r. przez Odwołującego – wykonawcę Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół „CEZAS” sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Skarb Państwa – Wojskowy Zarząd Infrastruktury w Poznaniu,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
 - 1.1. unieważnienie wyboru oferty wykonawcy Z. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Mega System Z. D. w Siedlcach;
 - 1.2. ponowne badanie i ocenę ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Z. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Mega System Z. D. w Siedlcach na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego w części 1/3 i Odwołującego w części 2/3 i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w łącznej wysokości 22.557,00 zł (słownie: dwadzieścia dwa tysiące pięćset pięćdziesiąt siedem złotych 00/100) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, opłaty od pełnomocnictwa i dojazdu na rozprawę oraz koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę w łącznej wysokości 3.930,33 zł (słownie: trzy tysiące dziewięćset trzydzieści złotych 33/100) tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu na rozprawę i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Wojskowy Zarząd Infrastruktury w Poznaniu, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z podziałem na części, którego przedmiotem jest dostawa mebli, zwane dalej „Postępowaniem”.

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 15 kwietnia 2020 r., pod nr 2020/S 074-175905.

7 lipca 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia o wyborze jako najkorzystniejszej, w części drugiej zamówienia („Dostawa mebli na metalowych podstawach”) oferty wykonawcy Z. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Mega System Z. D. w Siedlcach („Wykonawca ZD”).

17 lipca br. wykonawca Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół „CEZAS” sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku („Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba” lub „KIO”) odwołanie od:

1. zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę ZD, do czego Zamawiający był zobowiązany z mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 w zw. z art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp i uznania tej oferty za zgodną z wymogami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”) w części II zamówienia w zakresie poz. Krzesło obrotowe na mp 450x400 mm o numerze katalogowym WP1-16 w liczbie 299 sztuk, pomimo że SIWZ wymagała złożenia oferty na 310 sztuk wskazanych krzesel;
2. zaniechania czynności do których Zamawiający był zobowiązany z mocy art. 7 ust. 1 oraz na podstawie oraz art. 91 Pzp, a mianowicie przeprowadzenia Postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wobec zaniechania zbadania ofert Wykonawcy ZD oraz wykonawcy J. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Prosper-Net J. Z. w Gnieźnie („Wykonawca JZ”) pod kątem sprawdzenia czy nie zawierają rażąco niskiej ceny stojaków na broń na metalowej podstawie wskazanych w SIWZ;

3. zaniechania dokonania przez Zamawiającego czynności do których był on zobowiązany z mocy art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp polegającej na odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców ZD i JZ, pomimo że oferty te zawierały rażąco niską cenę oferowanych stojaków na broń na metalowej podstawie, a przez to stanowiły czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dn. 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („Znk”);
4. naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy ZD jako najkorzystniejszej, pomimo że podlegała odrzuceniu z mocy art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 Pzp;
5. zaniechania czynności do których był zobowiązany z mocy art. 91 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 92 ust. 1 Pzp, a mianowicie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i nie podlegającej odrzuceniu oraz zawiadomienia o tym wyborze wykonawcy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 82 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp wobec bezpodstawnego uznania, że oferta Wykonawcy ZD odpowiada treści SIWZ, pomimo że wykonawca ten przedstawił ofertę dostawy 299 krzeseł o numerze katalogowym WP1-16 w cenie jednostkowej 374,55 zł, podczas gdy zamówienie dotyczyło 310 krzeseł, a zatem zwiększenie liczby oferowanych krzeseł przy zachowaniu wartości brutto skutkowało zmianą treści oferty, czym Zamawiający naruszył zasady przeprowadzenia Postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 15 Znk wobec zaniechania oceny treści oferty złożonej przez Wykonawcę ZD w zakresie rażąco niskiej ceny na oferowane stojaki na broń, pomimo wątpliwości jakie Zamawiający powinien powziąć na skutek różnicy w cenach między poszczególnymi ofertami, o czym Zamawiający został powiadomiony, co naruszyło zasadę przeprowadzenia Postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
3. art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp wobec zaniechania oceny treści oferty złożonej przez Wykonawcę JZ w zakresie rażąco niskiej ceny na oferowane stojaki na broń, pomimo wątpliwości jakie Zamawiający powinien powziąć na skutek różnicy w cenach między poszczególnymi ofertami, co powinno skutkować odrzuceniem oferty, a przez to naruszyło zasadę przeprowadzenia Postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

4. art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 Pzp wobec zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy ZD, pomimo że oferta nie spełniała warunków określonych przez Zamawiającego, a przez to stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 Znk;
5. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 92 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp wobec dokonania wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę ZD, pomimo że nie była to oferta najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny określonych w SIWZ, gdyż Odwołującego stanowiła najkorzystniejszą ofertę nie podlegającą odrzuceniu, co naruszyło zasadę przeprowadzenia Postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy ZD oraz czynności zawiadomienia o dokonanym wyborze;
2. odrzucenia oferty Wykonawcy ZD;
3. odrzucenia oferty Wykonawcy JZ z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;
4. powtórzenia przez Zamawiającego czynności związanych z badaniem i oceną ofert, w tym oferty Odwołującego z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w odwołaniu przy dostosowaniu czynności Zamawiającego do wymogów Pzp.

Odwołujący wniósł również o zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący przytoczył następujące okoliczności stanu faktycznego.

Część II zamówienia, której dotyczy odwołanie, obejmowała dostawę m.in. krzeseł obrotowych nr katalogowy WP1-16 w liczbie 310 sztuk. Zamawiający na jej realizację przewidział kwotę 562.725 zł (na pokrycie ceny brutto).

Odwołujący przystąpił do przetargu składając ofertę na wykonanie zamówienia, między innymi w Części II za cenę brutto 533.906,10 zł.

Pismem z dn. 28.05.2020 r. Zamawiający przesłał wykonawcom informację o otwarciu ofert z których wynikało, że oferty ma wykonanie zamówienia w Części II, złożyło czternastu wykonawców. W związku z powyższym Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie treści kilku wskazanych ofert, między innymi oferty Wykonawcy ZD (nr 14), a następnie po jej analizie skierował do Zamawiającego pismo z dn. 2.07.2020 r. z wnioskiem o zbadanie zgodności oferty z warunkami SIWZ z uwagi na zaoferowanie przez tego

wykonawcę krzeseł nr katalogowy WP1-16 w liczbie 299 sztuk, gdy zgodnie z formularzem zamówienie obejmowało 310 sztuk, a także rażąco niską cenę stojaków na broń.

Zamawiający pismem z dn. 2.07.2020 r. wezwał Wykonawcę ZD do wyjaśnienia rozbieżności treści oferty w formularzu cenowym, a oświadczeniem zawartym w formularzu ofertowym. Wykonawca udzielił odpowiedzi w której wskazał, że w pozycji nr 2 oferta powinna obejmować 310 sztuk i zadeklarował niezmiennosc dotychczasowej łącznej ceny 111.989,40 zł brutto. Zamawiający nie żądał dalszych wyjaśnień ani nie dokonał poprawek oferty w trybie art. 87 ust. 2 Pzp.

W dn. 7.07.2020 r. Zamawiający na stronie internetowej przedstawił informację o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, a mianowicie, że najkorzystniejszą ofertę realizacji zamówienia w części II złożył Wykonawca ZD.

W ocenie Odwołującego czynności Zamawiającego są niezgodne z przepisami Pzp zarówno w zakresie działań podjętych w związku z wyborem najkorzystniejszej oferty, jak i zaniechania czynności dotyczących prowadzenia Postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy ZD oraz oferty nr 12, tj. Wykonawcy JZ, a także niedokonania wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z zasadami Pzp oraz Znk.

Odwołujący uzasadnił powyższy wniosek w następujący sposób.

Obowiązkiem zamawiającego jest przygotowanie i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 Pzp). Służy temu art. 87 Pzp, w myśl którego w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Wykonawca ma wówczas obowiązek udowodnić, że jego oferta jest zgodna z warunkami SIWZ. Przedstawienie przez wykonawcę warunków wykonania umowy niezgodnych zamówieniem skutkować musi sankcją odrzuceniem oferty przez zamawiającego.

Zamawiający jest obowiązany do podjęcia czynności wyjaśniających ze szczególną starannością i ostrożnością, aby nie dopuścić do sytuacji ograniczenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania przedsiębiorców. Zamawiający powinien być także powziąć wątpliwości co do ceny zaoferowanej na stojaki na broń (poz. 8) w ofertach wykonawców nr 14 i 12, z uwagi na kryterium przewidziane w art. 90 ust. 1 Pzp, a zatem w trybie art. 90 ust. 1a Pzp zwrócić się z żądaniem złożenia wyjaśnień co do treści oferty w zakresie czy cena nie jest rażąco niska oraz złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny i kosztu.

W ocenie Odwołującego wybrana oferta nr 14 nie spełnia kryterium ilościowego przewidzianego w SIWZ, gdyż ten dostawca złożył ofertę na dostawę 299 sztuk krzeseł

obrotowych na metalowej podstawie o numerze katalogowym WP1-16, pomimo że zamówienie obejmowało 310 sztuk. Wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę nie są wystarczające do uznania oferty za zgodną z zamówieniem, ponieważ przyjęcie twierdzenia wykonawcy o podtrzymaniu oferty o wartości brutto 111.989,64 zł na wykonanie 310 sztuk krzeseł prowadzi do zmiany treści oferty. Należy zauważyć, że wykonawca podał cenę jednostkową krzesła wynoszącą 304,51 zł netto i 374,55 zł brutto, co po przeliczeniu na 299 sztuk daje kwotę 111.990,45 zł, a w przypadku 310 sztuk daje kwotę 116.110,50 zł. Nie ma mowy zatem o błędzie rachunkowym i możliwości dokonania autopoprawki przez samego wykonawcę lub poprawki w trybie art. 87 ust. 2 Pzp przez Zamawiającego. Wprowadzenie liczby 310 w miejsce liczby 299 zaoferowanych krzeseł prowadzi do zmiany treści oferty, a więc jest niedopuszczalne.

Kolejnym aspektem sprawy jest kwestia rażąco niskiej ceny stojaków na broń na metalowej podstawie oferowanych przez wykonawców ZD i JZ. Odwołujący zaoferował wykonanie stojaków na broń w cenie 1.892,97 zł brutto za sztukę, podczas gdy Wykonawca ZD wskazał cenę 613,77 zł brutto za sztukę, zaś Wykonawca JZ podał cenę 1.168,50 zł brutto za sztukę.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp zamawiający obowiązany jest podjąć czynności wyjaśniające poprzez zwrócenie się do wykonawców o udzielenie wyjaśnień dotyczących wliczenia ceny, w tym złożenia dowodów, jeżeli zaoferowana cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Porównanie ceny stojaków na broń w ofercie Odwołującego i innych wykonawców do ceny wskazanych wyżej ofert wskazuje, że w celu zapewnienia przewagi konkurencyjnej w zakresie ceny (gdyż w pozostałych kryteriach wszystkie oferty są porównywalne), wykonawcy przedstawili nierealnie niskie ceny za jakie nie ma możliwości wykonania stojaków na broń z zachowaniem reguł rynkowych, a więc poniżej kosztów. Średnia cena rynkowa stojaków na broń wynosi około 1.450 zł za sztukę. Według Odwołującego, nawet w przypadku wyboru oferty i zawarcia umowy, wykonawca mógłby przewidywać, że nie dostarczy tego asortymentu, co z uwagi na niewielką wartość w stosunku do całego zamówienia w części II nie stanowi szczególnej dolegliwości, w szczególności, że warunki SIWZ przewidują częściowe fakturowanie i rozliczanie częściowych dostaw oraz dyskontowanie zysku.

W takiej sytuacji Zamawiający naruszył przepisy Pzp, gdyż przyjmując do oceny ofertę Wykonawcy ZD dokonał jej oceny według kryteriów SIWZ, co nie zapewniało warunków uczciwej konkurencji między wykonawcami. W konsekwencji Zamawiający nie odrzucił ofert wskazanych wyżej wykonawców, a dokonał wyboru oferty Wykonawcy ZD.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie, przedstawiając następującą argumentację.

Zarzut nr 1

Zamawiający przyznał, że badając ofertę Wykonawcy ZD stwierdził istnienie w jej treści tzw. innej omyłki dotyczącej liczby zaoferowanych krzesel. Z jednej strony Wykonawca ZD oferował wykonanie zamówienia zgodnie z SIWZ a z drugiej zaoferował 299 sztuk a nie 310 sztuk (tak jak wymagał SIWZ w poz. nr 2 Formularza cenowego). Zamawiający omyłkę poprawił w trybie art. 87 ust.2 pkt.3 Pzp przyjmując że Wykonawca ZD zaoferował 310 krzesel za łączną cenę 11.989,64 zł brutto.

W wyniku poprawiania przez Zamawiającego powyżej opisanej omyłki nie doszło do istotnych zmian w treści oferty. Poprawiona omyłka ma charakter nieistotny i dotyczy zmiany na poziomie 0,73 % szacunkowej wartości zamówienia. Ponadto, w wyniku poprawienia omyłki nie uległa zwiększeniu łączna cena dostawy. Na marginesie sprawy należy zauważyć, że sposób poprawiania omyłki jest całkowicie obojętny dla ustalonego rankingu ofert. Gdyby Zamawiający poprawił omyłkę np. w ten sposób, że zwiększyłby ilość krzesel do wielkości wymaganej w SIWZ i przemnożył przez pierwotnie wskazaną cenę jednostkową za krzesło nadal oferta złożona przez Wykonawcę ZD byłaby najkorzystniejszą. Zamawiający dodał, że cenę dostawy przedmiotu zamówienia zaoferowaną przez Odwołującego należy uznać za zawyżoną gdyż jest o 44 % wyższa od ceny zaoferowanej przez Wykonawcę ZD i o 22 % wyższa od ceny zaoferowanej przez Wykonawcę JZ.

Prawidłowość rozumowania Zamawiającego potwierdził Wykonawca ZD pismem z dnia 03.07.2020 r. wskazując, że zaoferowanie 299 sztuk krzesel nie było działaniem celowym a faktyczną wolą było zaoferowanie 310 sztuk krzesel za łączną cenę 11.989,64 zł brutto.

Dokonując poprawiania innej omyłki, w ocenie Zamawiającego, działał on zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa. Przyjął bowiem, że inna omyłka to omyłka polegająca na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodująca istotnych zmian w treści tej oferty. Poprawiając inną omyłkę Zamawiający dokonał ingerencji w oświadczenie woli Wykonawcy ZD. Ingerencja Zamawiającego jest prawnie dozwoloną, gdyż mogła ona dotyczyć każdego merytorycznego elementu oferty, np. zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji itp. W doktrynie podkreśla się, że czynność poprawiania oferty ma charakter obligatoryjny i zamawiający nie może się uchylić od jej wykonania nawet w sytuacji, gdyby zmiana miała dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy (*essentialia negotii*) lub elementów uznanych za istotne przez zamawiającego, a także wtedy, gdy skutkiem dokonanej poprawki miałyby być zmiana ceny oferty.

Zamawiający w trybie zapytania z dnia 2 lipca 2020 r. skierowanego do Wykonawcy ZD ustalił, że nie doszło do celowego zaoferowania liczby krzesel innej niż ta, która była wymagana w treści SIWZ.

Zarzut nr 2

Zamawiający stwierdził, że zarzut jest bezpodstawny i niezasadny, ponieważ – po pierwsze – wskazany przez Odwołującego przepis art. 87 ust. 1 Pzp nie dotyczy dokonywania ocen w zakresie rażąco niskiej ceny, a jedynie wyjaśnienia złożonych ofert; doprecyzowania treści ofert; zasad poprawiania ofert przez zamawiającego, a po drugie – treść oferty złożonej przez Wykonawcę ZD w zakresie stojaków na broń nie budziła wątpliwości Zamawiającego, które mogłyby być oceniane (jak żąda Odwołujący) czy też wyjaśnione w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.

Zamawiający podniósł, że rażąco niska cena nie podlega wyjaśnieniu w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, lecz w trybie przepisów art. 90 ust. 1 Pzp. Podkreślił, że Odwołujący nie postawił zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Wykonawcy ZD do złożenia wyjaśnień, dlatego przedmiotem rozważań może być jedynie naruszenie przepisu art. 87 ust. 1 Pzp.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 15 Znk Zamawiający stwierdził, że postawienie zarzutu jedynie przez wskazanie treści wspomnianego przepisu nie pozwala Zamawiającemu na konkretne, merytoryczne ustosunkowanie się do zarzucanego mu naruszenia. Dodał, że Odwołujący nie podołał obowiązkowi w zakresie wykazania spełnienia w tej sprawie przesłanek wymaganych art. 15 Znk.

W ocenie Zamawiającego celem przyświecającym ustawodawcy przy formułowaniu norm w zakresie weryfikacji ceny oferty było doprowadzenie do takiego stanu, że oferowane ceny będą cenami rynkowymi, tj. takimi które będą pokrywać średnie jednostkowe koszty zamiennego wykonania. Zamawiający ustalił, że nie istnieje uzasadniona prawnie przyczyna aby wystąpił z żądaniem do wykonawców o wyjaśnienie ceny stojaków na broń (regału) w sytuacji gdy jeden z wykonawców zaoferował cenę 499 zł netto, a kolejny 950 zł netto. Cena stojaków na broń będących częścią składową zamówienia nie wydała się Zamawiającemu rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak też nie wzbudziła wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi w dokumentacji przetargowej wymaganiami. Zamawiający przyznał, że szacując wartość zamówienia istotnie zawyżył cenę stojaka na broń (regału) co było wynikiem oczywistej omyłki pisarskiej gdyż w miejsce kwoty szacunkowej 400 zł netto omyłkowo wpisana została cena 1.400 zł netto. Omyłka doprowadziła do istotnego przeszacowania wartości regału. Oczywistość omyłki nie powinna budzić wątpliwości. Regały na broń nie są powszechnie

oferowane na rynku, dlatego Zamawiający szacując ich cenę przyjął, że wykonawcy zaadoptują regały będące w ofercie powszechnej (w sprzedaży dla potrzeb cywilnych), przez dodatkowe zamontowanie przegródek (listw) z płyty OSB. Fotografia regału na broń znajduje się w dokumentacji przetargowej i w ocenie Zamawiającego nie są konieczne wiadomości specjalne aby ustalić istotne podobieństwo regału na broń z innymi powszechnie stosowanymi. Zamawiający ustalił, że cena regałów podobnych w ofercie detalicznej nie przekracza 200 zł brutto za regał. Była to cena za którą oferowano regały w momencie szacowania wartości zamówienia i na dzień oceny ofert nie uległa zmianie. Aby przystosować powszechnie używany w ofercie cywilnej regał na taki, który służy przechowywaniu broni wystarczy przytwierdzić dodatkowe listwy wykonane z OSB oraz haczyki. Cena płyt użytej do wykonania listw w detalicznej ofercie nie powinna przekroczyć 50 zł brutto. Dokładając akcesoria typu klej, wkręty, haczyki Zamawiający ustalił, że cena maksymalna cena zakupu regału wraz z materiałami koniecznymi do przystosowania regału dla celu przechowywania broni nie przekracza 300 zł brutto. Do ceny dodał koszt robocizny w wysokości 50 % ceny materiału i oszacował wartość regału na broń na cenę 400 zł netto (~490 zł brutto). Oczywistą omyłką pisarską, którą Zamawiający zauważył przy analizie ofert było przyjęcie wartości szacunkowej regału na kwotę 1.400 zł netto.

Twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający zaniechał oceny treści ofert w zakresie rażąco niskiej ceny na oferowane stojaki na broń, jak też, że sam fakt różnicy w cenach pomiędzy ofertami skutkuje koniecznością powstania po stronie Zamawiającego wątpliwości w zakresie rażąco niskiej ceny jest nieuprawnione. Zamawiający za dowolne uznał twierdzenie Odwołującego, że średnia cena regału wynosi 1.450 zł za sztukę, jak też hipotetyczne prognozy co do niewykonania przez innych wykonawców w pełnym zakresie umowy dostawy.

Zamawiający dodał, że korzystał z informacji dostępnych na powszechnie używanych platformach zakupowych.

Zarzut nr 3

Zamawiający podtrzymał argumentację, jak w odpowiedzi na zarzut nr 2, a dodatkowo podniósł, że także art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp nie dotyczy oceny ofert w zakresie rażąco niskiej ceny, skutkiem czego przez zaniechanie oceny w zakresie rażąco niskiej ceny nie mógł tego przepisu naruszyć. Zaprzeczył twierdzeniu Odwołującego „że zaniechał oceny treści oferty złożonej przez Wykonawcę JZ w zakresie rażąco niskiej ceny na oferowane stojaki na broń”.

Zamawiający zaznaczył, że postawiony przez Odwołującego zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny na oferowane stojaki na broń nie współgra z zawartym w treści odwołania wnioskiem o nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty Wykonawcy JZ z powodu rażąco

niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przedmiotem zamówienia była bowiem dostawa mebli, a nie tylko stojaków na broń.

Zarzut nr 4

Zamawiający podtrzymał stanowisko w zakresie naruszenia art. 15 Znk, przedstawione w odpowiedzi na zarzut nr 2 dodatkowo podnosząc że ewentualne niespełnianie przez ofertę warunków określonych przez zamawiającego nie może być utożsamiane z czynem nieuczciwej konkurencji. Dodał, że nie był uprawniony do odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę ZD, gdyż dokonał czynności wskazanych w treści art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp, co wyłącza możliwość zgodnego z prawem odrzucenia oferty.

Zarzut nr 5

Twierdzenie Odwołującego, że w oparciu o kryteria oceny określone w SIWZ ofertę Odwołującego należy uznać za korzystniejszą od oferty złożonej przez Wykonawcę ZD jest sprzeczne z treścią SIWZ jak i złożonymi przez ww. wykonawców ofertami.

Na poparcie zaprezentowanego stanowiska Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z:

1. notatki służbowej komisji przetargowej z 27 lipca 2020 r. – dowód 1;
2. wydruku zdjęcia przedstawiającego stojak na broń będący przedmiotem zamówienia – dowód 2;
3. wydruków ofert sprzedaży regałów metalowych oferowanych na platformie allegro.pl – dowody 3.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie zgłosił wykonawca Tronus Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, jednak zważywszy na fakt, że nie w zgłoszonym przystąpieniu nie określił strony do której zamierzał przystąpić, co jest jednym z wymogów wynikających z art. 185 ust. 2 Pzp, Izba odmówiła dopuszczenia tego wykonawcy do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, oferty Wykonawcy ZD, wezwania Wykonawcy ZD do wyjaśnienia treści oferty z 2 lipca 2020 r. wraz z odpowiedzią wykonawcy z 2 lipca 2020 r. i zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z 7 lipca

2020 r. Na ich podstawie skład orzekający doszedł do przekonania, że przedstawione przez strony okoliczności stanu faktycznego wymagają uzupełnienia jedynie o stwierdzenie, że z dokumentacji Postępowania nie wynika, aby Zamawiający zastosował względem oferty Wykonawcy ZD procedurę poprawienia tzw. innej omyłki, co powinno znaleźć potwierdzenie przynajmniej w zawiadomieniu o dokonaniu poprawienia takiej omyłki, wymaganym na mocy przepisu art. 87 ust. 2 *in fine* Pzp.

W ocenie Izby potwierdził się zarzut zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy ZD z uwagi na zaferowanie liczby krzeseł niezgodnej z wymaganiami SIWZ. Podkreślenia przy tym wymaga, że niezgodność treści oferty z SIWZ przejawia się przede wszystkim w odmienności w zakresie zaferowanego przez wykonawcę świadczenia lub sposobu jego realizacji od postawionych przez zamawiającego wymagań. *Ad casum* owa odmienność polegała na zaferowaniu zbyt małej liczby krzeseł. Zamawiający podjął wprawdzie próbę wyjaśnienia tej okoliczności, tym niemniej naruszył przy tym wynikający z przepisu art. 87 ust. 1 zdanie drugie Pzp zakaz negocjowania treści i oferty, bowiem przeprowadzona procedura doprowadziła *de facto* do wytworzenia oświadczenia woli Wykonawcy ZD o nowej treści, nie zaś do usunięcia wątpliwości co do sposobu poprawienia tzw. innej omyłki, który w tej sprawie – jak zauważył sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie – był alternatywny. Do tego dodać należy, że Zamawiający – zgodnie z ustaleniami składu orzekającego – nie wykonał żadnych czynności właściwych poprawieniu omyłki, o której mowa w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ponieważ nie poinformował Wykonawcy ZD o tym fakcie, do czego był zobligowany (argument z art. 87 ust. 2 *in fine* Pzp). *Ergo* zawarte w odpowiedzi na odwołanie rozważania Zamawiającego w kwestii dopuszczalności zastosowania w tej sprawie wspomnianej procedury Izba uznała za bezpodstawne i będące wyrazem przyjętej przez Zamawiającego strategii w postępowaniu odwoławczym.

W konsekwencji Izba uznała, że działanie Zamawiającego stanowiło naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 i art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp i w pkt 1 sentencji wyroku nakazała unieważnienie wyboru oferty Wykonawcy ZD, a także ponowne badanie i ocenę ofert, w tym odrzucenie oferty ww. wykonawcy jako niezgodnej z SIWZ w omówionym powyżej zakresie, o czym orzeczono w pkt 1 sentencji wyroku.

Zarzuty odwołania dotyczące rażąco niskich cen w ofertach wykonawców ZD i JZ nie potwierdziły się.

Jakkolwiek z przepisu art. 190 ust. 1a pkt 2 Pzp wynika spoczywający na Zamawiającym obowiązek udowodnienia, że oferty wykonawców ZD i JZ nie zawierają rażąco niskiej ceny (wykonawcy ci nie zgłosili przystąpienia do postępowania odwoławczego), to jednak Odwołujący nie był zwolniony z przytoczenia okoliczności faktycznych

uzasadniających postawiony zarzut i wskazania dowodów na jego poparcie. Wynika to z przepisu § 4 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2020 r. poz. 1296), który wśród elementów konstrukcyjnych odwołania wymienia m.in. wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Oznacza to, że omawiany zarzut odwołania nie mógł zostać oparty wyłącznie na oświadczeniach Odwołującego co do rynkowej ceny wspomnianego asortymentu. Należy przy tym zauważyć, że szacunek Odwołującego nie tylko nie został poparty jakimkolwiek dowodem, ale został również przez niego zmieniony, ponieważ w odwołaniu wskazano cenę około 1.450 zł za sztukę, podczas gdy już na rozprawie podano kwotę około 1.225 zł za sztukę. *Nota bene* wskazana w odwołaniu cena stojaka oferowanego przez Wykonawcę JZ (1.168,50 zł) nie odbiega w istotny sposób od żadnej ze wspomnianych wcześniej cen.

Odwołujący błędnie wywodził również obowiązek wezwania Wykonawcy ZD do udzielenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny na podstawie przepisu art. 90 ust. 1a Pzp z okoliczności, że zaproponowana przez niego cena stojaka była o ponad 30% niższa od cen stojaków wynikających z ofert innych wykonawców. Wspomniany przepis wskazuje *explicite*, że różnica procentowa dotyczyć ma ceny za całość zamówienia. Niezależnie od tego skład orzekający, dzieląc stanowisko Zamawiającego zawarte na str. 7 odpowiedzi na odwołanie oraz uwzględniając załączone do niej zdjęcie tego rodzaju asortymentu (dowód 2) i oferty sprzedaży regałów (dowód 3), doszedł do przekonania, że postawione im wymagania są na tyle typowe, że nie wykluczają możliwości zaadaptowania w procesie ich wykonania powszechnie dostępnych regałów metalowych. Odwołujący tego twierdzenia i wspierających je dowodów nie obalił, nie przedstawiając – jak wspomniano – przykładowej oferty na ten typ mebla.

Reasumując, Zamawiający nie naruszył swoim postępowaniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, mający polegać na zaniechaniu odrzucenia ofert wykonawców ZD i JZ z uwagi na fakt, że ich złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. W zakresie tego zarzutu Odwołujący nie tylko nie podołał spoczywającemu na nim, na mocy przepisu art. 190 ust. 1 Pzp, ciężarowi dowodu, ale nie sprecyzował w ogóle który z czynów nieuczciwej konkurencji stypizowanych w art. 15 ust. 1 Znk zarzuca wykonawcom ZD i JZ. Nawet gdyby przyjąć za Zamawiającym, że czynem tym jest sprzedaż towarów poniżej kosztów ich wytworzenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców (art. 15 ust. 1

pkt 1 Znk), to konieczne byłoby wykazanie, że wykonawcy ci działali z określonym zamiarem (w celu eliminacji konkurentów), do czego nie doszło.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w pkt 2 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 3 sentencji wyroku) Izba orzekła stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

Spośród 3 rozpoznanych zarzutów odwołania (niezgodność oferty Wykonawcy ZD z SIWZ, rażąco niska cena ofert Wykonawców ZD i JZ oraz złożenie przez tych wykonawców ofert stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji) uwzględnieniu podlegał wyłącznie jeden z nich. Oznacza to, że na rzecz Odwołującego zasądzić należało trzecią część wpisu (5.000 zł), trzecią część wynagrodzenia pełnomocnika (1.200 zł), trzecią część kosztów dojazdu (113,33 zł) i koszt opłaty skarbowej od pełnomocnictwa (17 zł), co daje sumę 6.330,33 zł. Od tego odliczyć należało 2/3 wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego (2.400 zł) za wygranie sporu w tej części. W konsekwencji Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 3.930,33 zł.

Przewodniczący: