

**WYROK**  
**z dnia 20 lutego 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 stycznia 2023 r. przez wykonawcę Tensoft sp. z o.o. z siedzibą w Opolu w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Wadowice

przy udziale wykonawcy Rekord SI sp. z o.o. z siedzibą w Bielsko Biała zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 265/23 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie wykonawcy Tensoft sp. z o.o. z siedzibą w Opolu w części, uznając za uzasadnione:

zarzut nr 1) - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp,

zarzut nr 2) - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 223 ust. 1 ustawy Pzp i art. 107 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp,

zarzut nr 3) - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 2 i 6 ustawy Pzp, oraz

uznając za nieuzasadnione:

zarzut nr 4) - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 i 107 ust. 4 ustawy Pzp,

zarzut nr 5) - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp,

zarzut nr 6) - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp,

zarzut nr 7) - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 107 ust. 2 ustawy Pzp,

zarzut nr 8) - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp,

zarzut nr 9) - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 255 pkt 2 ustawy Pzp,

zarzut nr 10) - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 255 pkt 6 ustawy Pzp,

2. Nakazuje Zamawiającemu Gminie Wadowice unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Tensoft sp. z o.o. z siedzibą w Opolu i unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Rekord SI sp. z o.o. z siedzibą w Bielsko Biała oraz nakazuje temu Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert,

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę: Tensoft sp. z o.o. z siedzibą w Opolu oraz zamawiającego Gminę Wadowice i:

4. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Tensoft sp. z o.o. z siedzibą w Opolu tytułem wpisu od odwołania,

5. Zasądza od Gminy Wadowice na rzecz wykonawcy Tensoft sp. z o.o. z siedzibą w Opolu kwotę zł 4 500 gr (słownie: cztery tysiące pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania,

6. Znosi wzajemnie pomiędzy stronami koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów dojazdu na rozprawę i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący.....**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający: Gmina Wadowice wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Dostawa oprogramowania dziedzicznego, systemu Elektronicznego Zarządzania Dokumentacją oraz sprzętu komputerowego dla Urzędu Miejskiego w Wadowicach”, nr sprawy: OR.271.15.2022.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2022/S 204-578381 z dnia 21 października 2022 r.

W postępowaniu zostały złożone dwie oferty.

W dniu 19 stycznia 2023 r. Odwołujący: Tensoft sp. z o.o. z siedzibą w Opolu powziął wiadomość o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Rekord SI sp. z o.o. z siedzibą w Bielsko Biala, zwanego dalej Przystępującym lub Rekord SI, i informację o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Podstawę odrzucenia oferty Odwołującego stanowi, zdaniem Zamawiającego, art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp (niezgodność oferty w warunkami zamówienia) oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp (rażąco niska cena).

Nie zgadzając się z powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący w dniu 30 stycznia 2023 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego oraz zaniechaniu wezwania Odwołującego do wyjaśnień, ewentualnie – zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Rekord SI i unieważnieniu postępowania.

Zamawiającemu zarzucił naruszenie następujących przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego z powodu braku loginu i hasła w instrukcji dołączonej do próbki oprogramowania;

2) art. 223 ust. 1 ustawy Pzp i art. 107 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień treści instrukcji do próbki poprzez wskazanie loginu i hasła w celu przeprowadzenia badania próbki;

3) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 2 i 6 ustawy Pzp, poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę oraz zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w sprawie kalkulacji ceny ofertowej;

4) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp w zw. z 223 ust. 1 i 107 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Rekord SI z powodu złożenia próbki niezawierającej wszystkich wymaganych elementów, oraz poprzez nieuprawnione wezwanie wykonawcy Rekord SI do wyjaśnień w zakresie lokalizacji plików;

5) z ostrożności – art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez przyznanie wykonawcy Rekord SI punktów w ramach kryterium oceny ofert nr 4 pomimo wadliwej i niekompletnej próbki;

Zarzuty ewentualne:

6) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy REKORD SI z powodu niezłożenia wymaganego przedmiotowego środka dowodowego w postaci oświadczenia producenta oferowanych urządzeń oraz niezgodności oferty ww. wykonawcy z warunkami zamówienia w zakresie sposobu świadczenia usług serwisowych;

7) z ostrożności – art. 107 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy REKORD SI do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego w postaci oświadczenia producenta oferowanych urządzeń;

8) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy REKORD SI z powodu niezgodności oferty z warunkami zamówienia w zakresie okresu gwarancji na zaoferowany sprzęt;

9) art. 255 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania w związku z brakiem złożenia ofert niepodlegających odrzuceniu;

10) art. 255 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania jako obciążonego niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

W związku z powyższym wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. wezwania Odwołującego do wyjaśnień poprzez wskazanie loginu i hasła w celu uruchomienia próbki,
3. powtórzenia badania i oceny ofert przy udziale oferty Odwołującego, w tym zbadanie próbki oprogramowania złożonej wraz z ofertą,
4. odrzucenia oferty wykonawcy Rekord SI, ewentualnie:
5. unieważnienia postępowania.

W ocenie Odwołującego, czynności Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu w sposób rażąco naruszają przepisy ustawy Pzp.

#### **I. Zarzuty podstawowe (zarzuty nr 1-5).**

**I.1. Za pozbawioną podstaw prawnych Odwołujący uznał czynność Zamawiającego odrzucenia jego oferty z powodu braku loginu i hasła oraz zaniechanie wezwania do wyjaśnień poprzez wskazanie loginu i hasła (zarzuty nr 1-2).**

Według Odwołującego - w lakonicznym uzasadnieniu Zamawiający wskazał jedynie, że „w przekazanej wraz z próbką prezentacji instruktażowej brak jest wskazanego loginu i hasła do uruchomienia przesłanej próbki, w związku z tym Zamawiający nie miał możliwości uruchomienia przesłanej próbki na maszynach wirtualnych”. Powołał się przy tym na rozdz. 17 pkt 6 ppkt 8) SWZ, zgodnie z którym brak próbki działania Systemu dla danego scenariusza lub niepełna próbka działania Systemu z punktu widzenia celu i zakresu przedmiotowego obejmującego dany scenariusz oznacza niezgodność oferty z SWZ, co stanowić będzie podstawę do odrzucenia oferty Wykonawcy.

Odwołujący wyjaśnił, że odrzucenie oferty zostało poprzedzone wezwaniem Odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp: „czy jest możliwość prawidłowego uruchomienia przesłanej próbki bez posiadania loginu i hasła do utworzonych kont na maszynach wirtualnych?, na które Odwołujący odpowiedział przecząco. Zamawiający ograniczył się przy tym do pytania o możliwość uruchomienia próbki bez loginu i hasła, nie wskazując, o które konkretnie login i hasło chodzi, ani nie wzywając do podania prawidłowego loginu i hasła.

Zdaniem Odwołującego - stanowisko Zamawiającego, jakoby brak wskazania loginu i hasła niezbędnego do uruchomienia próbki w prezentacji instruktażowej miało skutkować odrzuceniem oferty, jest wadliwe z kilku powodów.

Po pierwsze, Odwołujący zwrócił uwagę, że brakujący login i hasło mają wyłącznie charakter informacyjno-techniczny i nie stanowią one treści próbki ani treści oferty.

Zaznaczył przy tym, że loginy i hasła podawane na potrzeby badania oprogramowania, stanowiły treść instrukcji postępowania, która ze swej natury stanowi jedynie zbiór wskazówek dla zamawiającego co do sposobu weryfikacji próbki.

W ocenie Odwołującego - sama instrukcja nie stanowi zatem próbki sensu stricto, lecz element dodatkowy, uzupełniający, mający na celu wyjaśnienie sposobu uruchomienia oprogramowania i weryfikacji określonych funkcjonalności. Powyższe znajduje potwierdzenie w treści SWZ, zgodnie z którym instrukcja stanowiła dodatkowy dokument składany wraz z próbką, a nie treść próbki: „Wykonawca powinien złożyć wraz z próbką szczegółowa instrukcję postępowania opisującą sposób weryfikacji poszczególnych scenariuszy dla złożonej próbki” - Rozdz. 17 pkt 6, tytuł „wymagania ogólne” lit. c. SWZ. Z kolei wymogi co do zawartości próbki określone zostały w Rozdz. 17 pkt 6 lit. f. SWZ: Wykonawca przekaże na dyskach przenośnych wirtualną maszynę z zainstalowanym systemem operacyjnym oraz oprogramowaniem, stanowiącym próbkę dostaw i usług wraz z przykładowymi danymi dostarczonymi przez Wykonawcę.

Nie ulega wątpliwości dla Odwołującego, że instrukcja dołączona do próbki ma jedynie charakter pomocniczy i sama w sobie nie stanowi przedmiotu badania i oceny ofert, tym bardziej, że Zamawiający nie stawiał szczegółowych wymagań co do treści instrukcji.

Wskazał co istotne, że Zamawiający zastrzegł w SWZ możliwość żądania wszelkich wyjaśnień umożliwiających zbadanie, czy oferowane oprogramowanie spełnia wymagania: Zamawiający zastrzega możliwość wezwania Wykonawcy do wyjaśnienia Zamawiającemu, że badana próbka oprogramowania posiada cechy i funkcjonalności określone w scenariuszach (opisanych w załączniku nr 11 do SWZ). Wykonawca zobowiązany jest do udzielenia Zamawiającemu wszelkich wyjaśnień umożliwiających zbadanie, czy oferowane oprogramowanie posiada wymagane cechy i funkcjonalności - Rozdz. 17 pkt 6, tytuł „Opis procedury badania” lit. d. SWZ).

W przekonaniu Odwołującego - oznacza to, że w sytuacji, gdy informacje zawarte w instrukcji nie są wystarczające do weryfikacji wszystkich cech i funkcjonalności oprogramowania, Zamawiający może (i powinien) pozyskać te informacje od wykonawcy w drodze wezwania do wyjaśnień. Brak jest jakichkolwiek racjonalnych i legalnych przesłanek przemawiających za uznaniem, że loginy i hasła stanowiące treść instrukcji dołączonej do próbki, nie podlegają procedurze wyjaśnienia, o której mowa powyżej.

Odwołujący stwierdził, że złożył w przewidzianym terminie próbkę w postaci dwóch dysków, których zawartość odpowiada wymaganiom SWZ. Wskazanie brakującego loginu i hasła nie prowadziłyby zatem w żaden sposób do zmiany lub uzupełnienia próbki, która fizycznie znajduje się w posiadaniu Zamawiającego.

Podkreślił, że w świetle ugruntowanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, wezwanie wykonawcy do wyjaśnień – w sytuacji, gdy może mieć wpływ na czynność odrzucenia oferty – stanowi nie tylko prawo, ale obowiązek zamawiającego. Brak jest również jakichkolwiek ograniczeń co do możliwości powtarzania procedury wezwania do wyjaśnień.

Tymczasem pytanie, które Zamawiający skierował do Odwołującego, ograniczało się *expressis verbis* do żądania od Odwołującego wskazania, czy jest możliwość uruchomienia próbki bez podania loginu i hasła. Na tak sformułowane pytanie należało odpowiedzieć przecząco.

Podniósł, że Zamawiający nie sprecyzował przy tym, o który konkretnie login i hasło chodzi (w instrukcji podano 8 różnych loginów i haseł, używanych na różnych etapach badania próbki), jak również nie wezwał do wskazania loginu i hasła. Co istotne, to Zamawiający prowadzi postępowanie i odpowiada za zgodność podejmowanych czynności z przepisami ustawy Pzp, przy czym ciąży na nim obowiązek precyzyjnego formułowania pytań i wezwań kierowanych do wykonawców. Wykonawcy nie mają natomiast obowiązku (ani możliwości) samodzielnego uzupełniania dokumentów lub składania wyjaśnień w zakresie nieobjętym wezwaniem. Dlatego też pytanie sformułowane przez Zamawiającego było wadliwe i podyktowane było z góry przyjętą tezą, jakoby oferta podlegała odrzuceniu. Tymczasem Zamawiający zobowiązany był do wezwania Odwołującego do wyjaśnień poprzez wskazanie loginu i hasła niezbędnego do zbadania próbki.

W ocenie Odwołującego - zaniechanie wezwania do wskazania loginu i hasła oraz odrzucenie oferty Odwołującego stanowi działanie sprzeczne z *ratio legis* przepisu art. 107 ust. 3 i 4, gdyż w żadnej mierze wskazanie loginu i hasła nie prowadziłyby do zmiany lub uzupełnienia próbki. Przeciwnie - odrzucenie oferty Odwołującego z tego powodu, z pominięciem procedury wyjaśnienia, stanowi przejaw nadmiernego formalizmu oraz godzi w zasadę proporcjonalności, o której mowa w art. 16 pkt 3 ustawy Pzp.

Nie ulega wątpliwości dla Odwołującego, że formalizm postępowania nie jest celem samym w sobie, zaś procedura udzielania zamówień publicznych nakierowana jest na zwiększenie konkurencyjności i efektywności wydatkowania środków publicznych.

Tymczasem w analizowanym stanie faktycznym odrzucenie oferty Odwołującego stanowi przejaw skrajnie formalistycznego podejścia Zamawiającego oraz pogwałcenia zasad proporcjonalności i równego traktowania wykonawców (o czym szerzej poniżej), czego konsekwencją jest nieuprawniony wybór oferty droższej o niemal 30% (blisko 0,5 mln zł), ze szkodą dla finansów publicznych.

Po drugie, zarzucił, że odrzucając ofertę Odwołującego bez wyczerpania procedury wezwania do wyjaśnień w zakresie brakującego loginu i hasła, Zamawiający rażąco naruszył zasadę równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Gdyby bowiem uznać, że wskazanie w ramach wyjaśnień loginu i hasła stanowi nieuprawnione uzupełnienie próbki, to samo należy powiedzieć o treści wyjaśnień złożonych przez Rekord SI, które wprowadziły do instrukcji nowe elementy.

Wyjaśnił, że pismem z dnia 28.12.2022 r. wykonawca Rekord SI złożył, bowiem wyjaśnienia, z których wynika, że część plików zawartych na dysku stanowiącym próbkę złożoną wraz z ofertą nie była dostępna (została ewidentnie skasowana przed złożeniem próbki), na co wskazuje lokalizacja tych plików wynikająca z treści wyjaśnień (C:\\$Recycle.Bin\kosz\scenariusz1.mkv).

Według Odwołującego - sama próbka (podobnie zresztą jak instrukcja dołączona do próbki) była zatem niekompletna i dopiero wskazanie w ramach wyjaśnień dodatkowej ścieżki postępowania umożliwiło Zamawiającemu przywrócenie tych plików:

„punkt 4

Komunikacja pomiędzy jednostką a organem w zakresie rozliczenia podatku VAT:

C:\\$Recycle.Bin\kosz\scenariusz1.mkv; czas (minuty): 20:00 do końca filmu

Przejęcie do filmu prezentującego punkty 1-4 z wykorzystaniem podanej powyżej ścieżki wymaga odznaczenia opcji Ukryj chronione pliki systemu operacyjnego (zalecane) znajdującej się w: Eksplorator plików/ zakładka Widok/ Opcje/ Zmień opcje folderów i wyszukiwania/ zakładka Widok”.

Zdaniem Odwołującego - pozyskanie od wykonawcy Rekord SI tego rodzaju informacji, niezbędnych do zbadania próbki przez Zamawiającego, ma w praktyce takie samo znaczenie, jak pozyskanie informacji na temat loginu i hasła koniecznego do weryfikacji oprogramowania, stanowiąc dodatkową informację niezbędną do zbadania próbki. Również brak przypisania plików do poszczególnych scenariuszy wymagał uzupełnienia instrukcji o dodatkowe informacje.



Zauważył, że już samo wezwanie do wyjaśnień skierowane do wykonawcy Rekord SI wskazuje na brak możliwości samodzielnej weryfikacji próbki przez Zamawiającego, wyłącznie w oparciu o informacje zawarte pierwotnie w instrukcji.

Skoro zatem Zamawiający dopuścił rozszerzenie przez Rekord SI treści instrukcji o dodatkowe informacje, powinien był taką samą praktykę zastosować względem Odwołującego, wzywając do wskazania loginu i hasła. Z zastrzeżeniem skutków wadliwości próbki wykonawcy Rekord SI, o których mowa w pkt I.3. odwołania.

Jedynie z ostrożności wskazał, że nawet w przypadku uznania, że próbka złożona przez Odwołującego nie mogła podlegać badaniu - nie zachodziły podstawy do odrzucenia oferty, lecz co najwyżej do nieprzyznania punktów w ramach kryterium oceny ofert nr 4. Treść SWZ oraz umiejscowienie postanowień dotyczących próbki w rozdziale 17 (kryteria oceny ofert) wskazuje bowiem, że celem złożenia próbki było wyłącznie badanie ofert pod kątem parametrów ocenianych w ramach kryterium oceny ofert (kryterium nr 4 - jakość użytkowa oprogramowania).

Wobec powyższego odrzucenie oferty Odwołującego z powodu braku danych do logowania należało uznać za bezpodstawne.

## **I.2. Zdaniem Odwołującego - nie znajduje podstaw faktycznych lub prawnych odrzucenie jego oferty z powodu rażąco niskiej ceny (zarzut nr 3).**

Stanowisko Zamawiającego jest zupełnie niezrozumiałe dla Odwołującego z punktu widzenia celu i istoty badania oferty pod kątem rażąco niskiej ceny.

Podniósł, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych, cena rażąco niska to cena nierealistyczna, niepozwalająca na pokrycie kosztów realizacji zamówienia.

Zamawiający zdaje się nie zauważać, że przedmiotem badania w ramach procedury wyjaśnień składanych na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp jest cena wskazana w ofercie, a nie wyjaśnienia same w sobie.

W przekonaniu Odwołującego - ewentualne błędy w wyjaśnieniach nie stanowią wystarczającej przesłanki odrzucenia oferty, gdyż próżno szukać w ustawie Pzp podstawy prawnej takiego działania. Dopiero brak złożenia wyjaśnień lub wyjaśnienia potwierdzające, że cena jest rażąco niska, uzasadniają odrzucenie oferty.

Wyjaśnił, że w analizowanym stanie faktycznym Zamawiający uznał, że uwzględnienie w złożonych wyjaśnieniach zbyt krótkiego okresu gwarancji (12 miesięcy zamiast 24 miesięcy) świadczy samo w sobie o rażąco niskiej cenie oferty.

Zarzucił, że Zamawiający nie wyjaśnił jednak, co legło u podstaw takiej konstatacji, skoro w ujęciu globalnym cena zaoferowana przez Odwołującego pozwala na pokrycie kosztów realizacji zamówienia z dużym zapasem i przewiduje osiągnięcie zysku.

Zauważył przy tym, że Zamawiający odnosi się do oferty podwykonawcy na dostawę licencji wraz z wdrożeniem i szkoleniem systemu do obsługi budżetu obywatelskiego i konsultacji społecznych, która stanowi jedynie niewielką część przedmiotu zamówienia. Biorąc dodatkowo pod uwagę zakres i wartość ww. oferty (50 000 zł), koszt dodatkowej 12-miesięcznej gwarancji stanowi jedynie ułamek tej kwoty, która może znaleźć pokrycie w nadwyżce stanowiącej zysk Odwołującego. Nie ulega zatem wątpliwości, że zaoferowana cena pozwala na pokrycie kosztu zarówno 12-miesięcznej, jak i 24-miesięcznej gwarancji. W żadnym wypadku Zamawiający nie miał więc podstaw do uznania, że cena jest rażąco niska tylko z tego powodu, że przedstawiona kalkulacja obejmuje koszt 12-miesięcznej, zamiast 24-miesięcznej gwarancji.

Wskazał również na rozbieżność między treścią OPZ oraz treścią formularza ofertowego. W OPZ, stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ, Zamawiający wymagał bowiem zaoferowania 12-miesięcznej gwarancji na dostarczone moduły (str. 67 OPZ) oraz 3-letniej gwarancji na sprzęt (str. 72 OPZ), podczas gdy w formularzu ofertowym widnieje ogólne oświadczenie o 2-letniej gwarancji na przedmiot umowy. Skoro zatem oferta podwykonawcy, do której odnosi się Zamawiający, dotyczy strictly dostawy modułów, zastosowanie znajdzie w tym przypadku wymóg 12-miesięcznej gwarancji.

Zdaniem Odwołującego zważywszy, że opis przedmiotu zamówienia stanowi obligatoryjny element SWZ, zaś podpisany formularz ofertowy jest dokumentem pochodzącym od wykonawcy, ocena oferty pod kątem rażąco niskiej ceny winna odwoływać się do wymagań określonych w OPZ. Ewentualne zaoferowanie świadczenia ponad wymagane w OPZ (np. dłuższej gwarancji), pozostaje irrelevantne z punktu widzenia kosztów prawidłowej realizacji zamówienia.

Zwrócił również uwagę, że zgodnie z jednolitym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych, jeżeli złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w sprawie kalkulacji zaoferowanej ceny nie rozwiewają wszystkich wątpliwości zamawiającego, powinien on wezwać wykonawcę do złożenia dodatkowych wyjaśnień, wskazując precyzyjnie

przedmiot wyjaśnień. Tymczasem Zamawiający nie skorzystał z ww. możliwości, co skutkowało błędną oceną oferty Odwołującego w zakresie kalkulacji cenowej.

Jedynie na marginesie wspomniał, że takie same wątpliwości co do kalkulacji ceny ofertowej dotyczą wykonawcy Rekord SI, który nie był wzywany do wyjaśnień.

Wobec powyższego, czynność odrzucenia oferty Odwołującego z powodu rzekomo rażąco niskiej ceny została dokonana z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 2 i 6 ustawy Pzp.

### **I.3. Zaniechanie odrzucenia oferty Rekord SI (zarzuty nr 4-5).**

W zakresie zaniechania odrzucenia oferty Rekord SI wskazał, o czym była już mowa powyżej, że pismem z dnia 22.12.2022 r. Zamawiający wezwał ww. wykonawcę do złożenia wyjaśnień poprzez wskazanie dokładnej lokalizacji plików na dyskach stanowiących próbkę oraz przypisania ich do poszczególnych scenariuszy.

Pismem z dnia 28.12.2022 r. wykonawca Rekord SI złożył wyjaśnienia, z których wynika, że pliki dotyczące scenariusza nr 6 nie były dostępne ani widoczne dla Zamawiającego, na co wskazuje lokalizacja tych plików podana w wyjaśnieniach (C:\\$Recycle.Bin\kosz\scenariusz1.mkv).

Odwołujący wyjaśnił, że dopiero wykonanie przez Zamawiającego dodatkowych czynności zgodnie z wytycznymi zawartymi w wyjaśnieniach złożonych przez Rekord SI, umożliwiło Zamawiającemu przywrócenie tych plików.

Argumentował, że w przeciwieństwie do braku loginu i hasła, mających charakter stricte techniczno-informacyjny i nie wpływających na treść próbki, w przypadku wykonawcy Rekord SI sama próbka była niekompletna, bowiem część plików stanowiących przedmiot badania w ramach oceny ofert była niedostępna dla Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego - przygotowanie próbki w taki sposób, że część plików zapisanych na dyskach, a więc stanowiących treść próbki, była ukryta i wymagała podjęcia dodatkowych działań w celu ich odzyskania i otwarcia, jest równoznaczne ze złożeniem próbki niekompletnej (nawet jeśli pliki te były fizycznie obecne w przestrzeni dyskowej). Odzyskanie usuniętych lub niewidocznych plików stanowiło bowiem zmianę pierwotnej treści próbki na etapie jej badania i potencjalnie umożliwiało manipulację zawartością próbki. Sytuacja, w której poszczególne pliki pozostają ukryte i są „udostępniane” Zamawiającemu

dopiero na etapie badania próbki poprzez wskazanie ich lokalizacji i sposobu ich przywrócenia, jest nieakceptowalna z punktu widzenia fundamentalnych zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Praktyka taka umożliwiałaby bowiem manipulację zawartością próbki poprzez ukrywanie i przywracanie poszczególnych plików w zależności od potrzeb wykonawcy.

Zwrócił uwagę, że zgodnie z rozdz. 17 pkt 6 ppkt 8) SWZ, brak próbki działania Systemu dla danego scenariusza lub niepełna próbka działania Systemu z punktu widzenia celu i zakresu przedmiotowego obejmującego dany scenariusz oznacza niezgodność oferty z SWZ, co stanowić będzie podstawę do odrzucenia oferty Wykonawcy. Przez wzgląd na powyższe, oferta wykonawcy Rekord SI powinna zostać odrzucona z powodu złożenia niekompletnej próbki, zaś samo wezwanie do wskazania lokalizacji plików było niedopuszczalne.

Jedynie z ostrożności podniósł, że w przypadku, gdyby oferta wykonawcy Rekord SI nie podlegała odrzuceniu z powyższych powodów, próbka złożona przez tego wykonawcę nie powinna podlegać ocenie jako wadliwa i niekompletna, w związku z czym wykonawca ten nie powinien otrzymać punktów w ramach kryterium oceny ofert nr 4.

## **II. Zarzuty ewentualne (zarzuty nr 6-10).**

### **II.1. Zaniechanie odrzucenia oferty Rekord SI w związku z wadliwym oświadczeniem producenta (zarzuty nr 6).**

Podniósł, że w rozdz. 18. Pkt 1 ppkt 3 SWZ oraz w tabeli na stronie 72 OPZ (pozycja „Wsparcie techniczne”) Zamawiający zawarł wymóg: Wymagane dołączenie do oferty oświadczenia Producenta potwierdzające, że Serwis urządzeń będzie realizowany bezpośrednio przez Producenta i/lub we współpracy z Autoryzowanym Partnerem Serwisowym Producenta.

Wykonawca Rekord SI złożył oświadczenie producenta oferowanych urządzeń (Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o.) podpisane przez osobę nieuprawnioną do reprezentacji ww. podmiotu, przy czym nie dołączył pełnomocnictwa dla tej osoby. W tej mierze załączył jako dowód: odpis z KRS Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o.

Nie ulega wątpliwości dla Odwołującego, że ww. oświadczenie stanowi zobowiązanie przedstawiciela producenta do zrealizowania części zamówienia w zakresie usług serwisowych. Oświadczenie to nie ma więc charakteru informacyjnego, lecz powinno być

oceniane jako oświadczenie woli. Przedstawienie dokumentu podpisanego przez osobę nieposiadającą umocowania do reprezentowania producenta jest więc działaniem wadliwym, w związku z czym oświadczenie nie może być uznane za skuteczne.

Ponadto, Odwołujący zauważył, że z treści oświadczenia wynika, że zobowiązanie do świadczenia usług serwisowych przez producenta ma charakter warunkowy i znajdzie zastosowanie jedynie w przypadku niewywiązania się z zobowiązań dotyczących serwisu gwarancyjnego przez wykonawcę. Tymczasem Zamawiający wymagał, aby serwis gwarancyjny świadczony był w każdym przypadku przez producenta lub autoryzowany serwis producenta.

Zdaniem Odwołującego ww. oświadczenie składane było wraz z ofertą oraz wskazuje na sposób realizacji zamówienia.

Według Odwołującego - błędy merytoryczne w przedmiotowych środkach dowodowych, wskazujące na niezgodność oferty z warunkami zamówienia, nie pozwalają na ich uzupełnienie w trybie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp. Powyższe implikuje obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy Rekord SI w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp.

## **II.2. Zaniechanie wezwania do uzupełnienia oświadczenia producenta (zarzut nr 7).**

Z ostrożności procesowej podniósł, że Zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy Rekord SI do uzupełnienia ww. przedmiotowego środka dowodowego, czym naruszył art. 107 ust. 2 ustawy Pzp.

## **II.3. Zaniechanie odrzucenia oferty Rekord SI z powodu niezgodności z warunkami zamówienia w zakresie gwarancji na sprzęt (zarzut nr 8).**

Niezależnie od powyższego, Odwołujący stwierdził, że wykonawca Rekord SI zaoferował 2-letni okres gwarancji na przedmiot zamówienia (pkt 9 formularza ofertowego), w związku z czym jego oferta pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie, w jakim Zamawiający wymagał 3-letniej gwarancji na zaoferowany sprzęt (str. 72 OPZ).

Nie ulega wątpliwości dla Odwołującego, że użyte w pkt 9 oferty sformułowanie („na przedmiot zamówienia”) wskazuje, że 2-letnią gwarancją objęte są wszystkie elementy zamówienia, w tym zaoferowany sprzęt.

Według Odwołującego - fakt, że formularz ofertowy został opracowany przez Zamawiającego pozostaje bez znaczenia, bowiem wykonawca Rekord SI, jako podmiot profesjonalny, powinien był podjąć działania w celu usunięcia ww. rozbieżności. W konsekwencji oferta wykonawcy Rekord SI powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

#### **II.4. Zaniechanie unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp (zarzut nr 9).**

Wskazał, że konsekwencją ww. zarzutów jest zarzut zaniechania unieważnienia postępowania, w związku z brakiem złożenia ofert niepodlegających odrzuceniu (art. 255 pkt 2 ustawy Pzp).

#### **II.5. Zarzut naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania z powodu nieusuwalnej wady postępowania (zarzut nr 10).**

Z ostrożności procesowej – w ramach zarzutów ewentualnych – Odwołujący podniósł zarzut zaniechania unieważnienia postępowania w oparciu o art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę treść uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego wskazał na rozbieżność między treścią OPZ a treścią formularza ofertowego w zakresie wymaganego okresu gwarancji. Rozbieżność ta nie została usunięta przed upływem terminu składania ofert. W związku z zawartym na stronie 72 OPZ wymogiem 3-letniej gwarancji na dostarczony sprzęt, oferty obu wykonawców pozostają bowiem niezgodne z warunkami zamówienia w zakresie, w jakim wykonawcy oferują 2-letni okres gwarancji na przedmiot umowy (a więc również na dostarczony sprzęt). Powyższe implikuje nieusuwalną wadę postępowania uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Ponadto, zaznaczył, że rozbieżność między treścią formularza ofertowego a OPZ w zakresie wymaganego okresu gwarancji na dostarczone moduły systemu (w OPZ wymagany jest krótszy, 12-miesięczny okres gwarancji), skutkuje brakiem porównywalności ofert. Nie jest bowiem jasne, w jaki sposób wykonawcy powinni skalkulować (i faktycznie kalkulowali) cenę ofertową, tj. uwzględniając 12-miesięczny, czy też 24-miesięczny okres gwarancji na moduły, co niewątpliwie mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Pismem z dnia 2 lutego 2023 r. Wykonawca Rekord SI sp. z o.o. z siedzibą w Bielsko Biała, zwany dalej Przystępującym zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 13 lutego 2023 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołania wnosząc o jego oddalenie.

## **KIO 265/23**

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, wniesionego odwołania, ofert wykonawców, wezwania Odwołującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 7 grudnia 2022 r., wyjaśnień Odwołującego rażąco niskiej ceny wraz z dowodami, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 19 stycznia 2023 r., pisemnego stanowiska Przystępującego z dnia 13 stycznia 2023 r., odpowiedzi Zamawiającego na powyższe odwołania z dnia 13 lutego 2023 r., pisma procesowego Odwołującego wraz ofertą, jak również na podstawie złożonych na posiedzeniu/rozprawie wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić w części, uznając za uzasadnione:

zarzut nr 1) - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp,

zarzut nr 2) - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 223 ust. 1 ustawy Pzp i art. 107 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp,

zarzut nr 3) - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 2 i 6 ustawy Pzp, oraz

uznając za nieuzasadnione:

zarzut nr 4) - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp w zw. z 223 ust. 1 i 107 ust. 4 ustawy Pzp,

zarzut nr 5) - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp,

zarzut nr 6) - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp,

zarzut nr 7) - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 107 ust. 2 ustawy Pzp,

zarzut nr 8) - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp,

zarzut nr 9) - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 255 pkt 2 ustawy Pzp,

zarzut nr 10) - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczone, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Odwołującego z powodu niezgodności treści oferty Odwołującego z warunkami zamówienia, a także z powodu rażąco niskiej ceny, a także czy Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego z powodu nie spełniania wymagań przez załączoną próbkę, wadliwego oświadczenia producenta dotyczącego realizacji uprawnień gwarancyjnych oraz niewłaściwie zaoferowanego okresu gwarancyjnego.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że zgodnie z opisanym w rozdziale XVII SWZ pod lit. c postanowieniem Zamawiający ustanowił jedno z wymagań ogólnych, gdzie przyjął, że Wykonawca powinien złożyć wraz z próbką szczegółową instrukcję postępowania opisującą sposób weryfikacji poszczególnych scenariuszy dla złożonej próbki.

W ocenie Izby - z powyższego postanowienia SWZ wynika w sposób jednoznaczny, że Zamawiający nadał dodatkowe znaczenie szczegółowej instrukcji wyodrębniając ją poza zakres pojęcia próbki, oczekując od wykonawców złożenia przedmiotowej instrukcji i próbki.

Dalej, Izba stwierdziła również, że Zamawiający postanowił w ppkt 8 pkt 6 rozdziału 17 SWZ( strona 22), że brak próbki działania Systemu dla danego scenariusza lub niepełna próbka działania Systemu z punktu widzenia celu i zakresu przedmiotowego obejmującego dany scenariusz oznacza niezgodność oferty z SWZ, co stanowić będzie podstawę do odrzucenia oferty Wykonawcy.

Ustalono również, że Odwołujący złożył zarówno próbkę, jak i instrukcję, jednak ta druga nie posiadała hasła i loginu umożliwiającego dostęp do próbki.

Dodatkowo, Izba ustaliła, że w ust. 2 rozdziału XVIII SWZ (Przedmiotowe środki dowodowe) Zamawiający postanowił, że w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane



dostawy wymagań określonych w SWZ, Zamawiający dodatkowo żąda złożenia wraz z ofertą próbki oferowanego przez Wykonawcę Systemu celem umożliwienia przeprowadzenia oceny złożonej przez Wykonawcę oferty zgodnie z przyjętym systemem kryteriów oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty. Szczegóły dotyczące przygotowania próbki oraz sposób jej dostarczenia opisano w Rozdziale 17.

Jednocześnie Zamawiający w ust.4 powyższego postanowienia SWZ zastrzegł, że może żądać od Wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych (art. 107 ust. 4 ustawy Pzp).

Biorąc pod uwagę cytowane wyżej wymagania SWZ, Izba uznała hasło i login za część instrukcji do otwarcia próbki, która nie stanowiła części samej próbki będącej merytoryczną treścią oferty i wobec tego niepodanie przez Odwołującego tego elementu instrukcyjnego nie mogło skutkować uznaniem sprzeczności treści oferty z warunkiem zamówienia.

Przy czym w omawianej sytuacji Zamawiający nie miał do czynienia z brakiem złożenia próbki czy jej niekompletnością (niepełna próbka działania systemu), bowiem brak czy niekompletność dotyczył jedynie pomocniczego elementu w postaci loginu i hasła do instrukcji obsługi próbki, a nie samej próbki pokazującej funkcjonowanie systemu.

W związku z powyższym Zamawiający nie mógł skorzystać z dyspozycji przepisu art. 226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym to przepisem odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Jednocześnie, według zapatrywania Izby – Zamawiający w takiej sytuacji powinien skorzystać z dyspozycji przepisu art. 223 ust.1 zd.1 ustawy Pzp, który przewiduje, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń.

Wymaga również wskazania, że w myśl przepisu art.107 ust.4 ustawy Pzp Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.

Przechodząc do oceny kolejnego zarzutu odwołania, Izba uznała go również za nieuzasadniony z racji niepotwierdzenia istnienia w ofercie Odwołującego rażąco niskiej ceny.

Izba ustaliła, że Odwołujący złożył ofertę z ceną 950 915, 00 zł brutto, podczas gdy cena ofertowa Przystępującego wyniosła 1 414 500, 00 zł brutto.

Stosownie do art.226 ust.1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Jednocześnie, punkt 1) ust. 2 powołanego wyżej przepisu prawa stanowi, że w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

W sprawie tej bezsporne jest, że Zamawiający miał podstawę prawną do skorzystania z powyższego przepisu. Zamawiający pismem z dnia 7 grudnia 2022 r. wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, przy czym treść tego wezwania była w zasadzie powieleniem przepisu art.226 ust.3 ustawy Pzp, który stanowi, że wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
- 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
- 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

- 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
- 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Ponadto, Izba stwierdziła, że w wezwaniu Zamawiający nie wyartykułował, jakie szczególne koszty mogą budzić jego wątpliwości.

W następstwie powyższego wezwania Odwołujący pismem z dnia 9 grudnia 2022 r. udzielił wyjaśnień i załączył stosowne dowody dla wykazania braku istnienia rażąco niskiej ceny.

Dalej, Izba ustaliła, że Zamawiający w zaskarżonej czynności odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 19 stycznia 2023 r. dokonanej na podstawie art.226 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp motywował, co następuje: *„W dniu 07.12.2022 r. na podstawie art. 224 ust.1 w związku z art. 224 ust.2 pkt 1 Wykonawca został wezwany do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, ponieważ cena złożonej przez Niego oferty była niższa o 37 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek o towarów i usług.*

*W dniu 12.12.2022 r. Wykonawca złożył wyjaśnienia wraz z „kalkulacją kosztów”, w której ujął m.in. koszt „Licencja na portal Budżet Obywatelski/ Konsultacje Społeczne” na kwotę 50 000,00 zł. Na potwierdzenie kosztów „Licencji na portal Budżet Obywatelski/ Konsultacje Społeczne” Wykonawca przedłożył kopię Oferty firmy Igen sp. z o.o. sp.k. z siedzibą przy ul. Grzybowskiej 87 w Warszawie, która obejmuje dostawę licencji wraz z wdrożeniem i szkoleniem systemu do obsługi, a „całkowita cena obejmująca zakres wyspecyfikowany w OPZ wynosi 50 000,00 zł netto z okresem gwarancji 12 miesięcy.”*

*Wynika z tego, że koszt, ujęty w ofercie, obejmuje wyłącznie koszt 12 miesięcznej gwarancji, zamiast gwarancji 2 letniej. Tymczasem Wykonawca zadeklarował w ofercie „Oświadczamy, że na dostarczony i odebrany przedmiot umowy udzielimy 2 lata gwarancji jakości. Bieg gwarancji rozpocznie się od dnia podpisania przez Strony Protokołu Odbioru Końcowego bez usterek i/lub wad.” Oznacza to, że koszt dodatkowego roku gwarancji nie został ujęty w kalkulacji ceny, a całkowite pominięcie kosztu dodatkowych 12 miesięcy gwarancji potwierdza, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską.”*

W myśl przepisu art.226 ust.6 ustawy Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

W przedmiotowej sprawie takie wyjaśnienia wraz z dowodami zostały obszernie przedstawione przez Odwołującego, a Zamawiający uznał istnienie rażąco niskiej ceny jedynie poprzez wnioskowanie, że wykonawca nie oszacował kosztów dodatkowej 12 miesięcznej gwarancji.

Taki punkt widzenia Zamawiającego jest dotknięty błędem z następujących powodów:

1) Zadeklarowane przez Odwołującego w kalkulacji koszty serwisu/gwarancji zostały na 25 modułów i na okres 12 miesięcy( kwota stanowiąca wartość brutto tych kosztów jest określona w załączniku nr 2 – Kalkulacja kosztów objętego zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa),

2) Na stronie 67 załącznika nr 1 Opis przedmiotu zamówienia Zamawiający przewidział, że Gwarancja:

Dostarczone moduły powinny zostać objęte 12 miesięczną gwarancją obejmującą:

- Usuwanie błędów i awarii systemów wynikających z winy producenta systemu.
- Udzielanie konsultacji telefonicznych oraz odpowiedzi na zapytania przesłane za pomocą portalu zgłoszeniowego udostępnionego przez producenta.

- Dostarczanie aktualnych wersji programów zwiększających ich funkcjonalność oraz dostosowanych do aktualnie obowiązującego stanu prawnego regulacji ustawowych obowiązujących w Rzeczypospolitej Polskiej, wykorzystywanych lub mających zastosowanie w oprogramowaniu.

Wobec tego Odwołujący podając Zamawiającemu kalkulację kosztów mógł ją sformułować w sposób obejmujący koszty 12 miesięcznej gwarancji i serwisu.

3) Zdaniem Izby - wątpliwy koszt dodatkowej 12 miesięcznej gwarancji z powodu bardzo ogólnego charakteru wezwania Zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, podczas gdy wyjaśnienia Odwołującego wraz z dowodami były dostatecznie szczegółowe i rzetelne powinien być dodatkowo wyjaśniany przez Zamawiającego w odrębnym wezwaniu do wyjaśnienia tylko tego kosztu, jeżeli budził on wątpliwości Zamawiającego (vide: poniższe pkt 4 i 5) w chwili obecnej z uwagi na moc dowodów przedłożonych przez Odwołującego takie wezwanie jest bezprzedmiotowe),

4) W toku postępowania odwoławczego, Odwołujący udowodnił na rozprawie, że oferta producenta oprogramowania umożliwia wykonanie zamówienia z dodatkowym 12 miesięcznym okresem gwarancyjnym z kosztem tam wskazanym (vide: zastrzeżenie oferty tajemnicą przedsiębiorstwa) na nieznacznym poziomie w stosunku do wartości całego przedmiotu zamówienia,

5) Odwołujący również wyjaśnił na rozprawie i wykazał, że „z powodzeniem biorąc pod uwagę 6 cyfrową kwotę zysku może pokryć koszty w tym zakresie i nie ma żadnego ryzyka rażąco niskiej ceny”.

Zestawiając wartość z powyższego pkt 4 (wartość z oferty dotyczącą kosztów dodatkowej 12 miesięcznej gwarancji) z wartością kwoty zysku wskazywanej przez Odwołującego w załączniku nr 2 Kalkulacji kosztów załączonej do przedmiotowych wyjaśnień rażąco niskiej ceny, Izba doszła do jednoznacznego wniosku, że zaoferowana cena nie stanowi rażąco niskiej ceny i nie zawiera rażąco zaniżonego kosztu.

Zdaniem Izby - cena oferty Odwołującego nie stanowi rażąco niskiej ceny, która jest ceną nierealistyczną, nieodpowiadającą zakresowi opisu przedmiotu zamówienia i wymogom rynku, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej faktycznych kosztów dostawy czy świadczenia usługi, a tylko w takim wypadku Zamawiający mógłby zastosować przepis art. 226 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do zarzutów skierowanych przeciwko Przystępującemu i jego ofercie, Izba uznała je za bezzasadne.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 22 grudnia 2022 r. na podstawie art. 223 ust. 1 oraz art. 107 ust. 4 ustawy Pzp wezwał Przystępującego do wyjaśnień treści złożonej oferty w zakresie złożonej próbki, wskazując, że *„W przekazanej próbce znajduje się większa ilość folderów zawierających różnego rodzaju pliki, Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień poprzez wskazanie dokładnej lokalizacji plików (przedstawiających wszystkie funkcjonalności, które zostały opisane w Załączniku nr 11 do SWZ — Scenariusze oceny ofert) oraz przypisania ich do poszczególnych scenariuszy.”*

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Zamawiającego Przystępujący pismem z dnia 28.12.2022 r. złożył wyjaśnienia dotyczące treści złożonej oferty w zakresie próbki, wskazując w treści tego pisma dokładne lokalizacje plików, które znalazły się na przekazanej próbce, z precyzyjnym przypisaniem ich do poszczególnych scenariuszy, o których mowa w Załączniku nr 11 do SWZ – Scenariusze oceny ofert.

Wyjaśnił przy tym, że pliki te zawierają filmy, które przedstawiają wszystkie funkcjonalności opisane w poszczególnych scenariuszach, zgodnie z wymogami SWZ i jej załączników.

W tym przypadku Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że sama próbka była niekompletna, a tylko między innymi w takiej sytuacji Zamawiający mógłby odrzucić ofertę Przystępującego jako niezgodną z warunkami zamówienia.

Zdaniem Izby - powyższe pozyskane przez Zamawiającego informacje pozwoliły mu na wyodrębnienie w ramach złożonej już próbki materiału merytorycznego stanowiącego treść oferty.

Odwołujący nie wykazał możliwości zmiany zawartości tej próbki, a także próby jej zmanipulowania przez Przystępującego, a wobec tego Zamawiający nie miał podstawy prawnej do odrzucenia oferty Przystępującego na zasadzie art.226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art.226 ust.1 pkt 2 lit.c w związku z art.223 ust.1 i art.107 ust.4 z powodu niespełniania warunku ppkt 8 pkt 6 rozdziału 17 SWZ (strona 22) w okolicznościach braku próbki działania Systemu dla danego scenariusza lub niepełnej próbki działania Systemu z punktu widzenia celu i zakresu przedmiotowego obejmującego dany scenariusz.

W takiej sytuacji Zamawiający prawidłowo zastosował instytucję wyjaśnienia treści oferty i przedmiotowego środka dowodowego.

Nie potwierdził się również zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z powodu niezłożenia wymaganego środka dowodowego w postaci oświadczenia producenta oferowanych urządzeń mającego wykazać, że serwis urządzeń będzie realizowany bezpośrednio przez Producenta i/lub we współpracy z Autoryzowanym Partnerem Serwisowym Producenta czy też zaniechania wezwania Przystępującego do uzupełnienia tego środka.

Wymaga wskazania, że określony przez Zamawiającego wymóg z pkt 1 ppkt 3 rozdziału 3 SWZ oraz tabeli ze strony 72 Opisu przedmiotu zamówienia nie precyzował czy Zamawiający oczekiwał oświadczenia woli składanego przez osoby umocowane do reprezentacji Hewlett Packard Enterprise Polska sp. z o.o. czy też oświadczenia wiedzy, które mogło być złożone przez pracownika tej spółki lub inną osobę zajmującą się interesami majątkowymi tej spółki.

Nadto, co istotne Zamawiający nie wymagał od wykonawców załączenia pełnomocnictwa do złożenia podobnego oświadczenia, a osoba je składająca oświadczyła, że działała w imieniu producenta. Osoba ta złożyła również oświadczenie odpowiadające brzmieniu powyższego warunku (vide: przedostatnie zdanie oświadczenia producenta z dnia 29 listopada 2022 r. zaczynające się od słów: „(...) Serwis zaoferowanych urządzeń...(...)).

Jednocześnie – w ocenie Izby – powyższe postanowienie SWZ nie przesądza o tym czy serwis ma być realizowany w każdym przypadku według uznania Zamawiającego przez producenta lub/i przez autoryzowany serwis producenta.

Stąd, zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp oraz przepisu art. 107 ust. 2 ustawy Pzp wobec Przystępującego nie potwierdziły się.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z powodu niezgodności oferty z warunkami zamówienia w zakresie gwarancji na sprzęt, Izba uznała go za nieuzasadniony.

Izba ustaliła, że w pkt 9 załącznika nr 2 SWZ Zamawiający przewidział złożenie przez wykonawców oświadczenia, „(...)że na dostarczony i odebrany przedmiot umowy udzielimy 2 lata gwarancji jakości. Bieg gwarancji rozpocznie się od dnia podpisania przez Strony Protokołu Odbioru Końcowego bez usterek i/lub wad.(...).

Jednocześnie w na stronie 72 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia(załącznik nr 1) dla wsparcia technicznego przewidziano minimum trzy lata gwarancji realizowanej w miejscu instalacji sprzętu, z czasem reakcji do następnego dnia roboczego od przyjęcia zgłoszenia.

Według zapatrywania Izby – z powyższych postanowień SWZ wynika, że trzyletni okres dotyczy wsparcia technicznego, podczas gdy na pozostałe elementy przewidziano okres 2 letniej gwarancji.

Odwołujący nie wykazał zatem na czym miałyby polegać kolizja złożonych przez Przystępującego oświadczeń z powyższymi warunkami zamówienia, a wobec tego Zamawiający nie miał dostatecznej podstawy prawnej do odrzucenia oferty Przystępującego stosownie do art.226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp.

Wymaga podkreślenia, że wykonawcy nie zgłaszali Zamawiającemu na etapie przygotowania SWZ jakichkolwiek wątpliwości dotyczących powyższych postanowień SWZ związanych z okresem udzielanej gwarancji.

Jeżeli więc wyżej wskazana ocena postępowania Zamawiającego bądź zaniechania Zamawiającego nie doprowadziła Izby do wniosku o braku złożenia ofert niepodlegających odrzuceniu, to również nie było podstaw do uruchomienia przepisu art. 255 pkt 2 ustawy Pzp, który przewiduje, że Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu.

Ostatecznie Odwołujący nie wykazał również przesłanek z art.255 pkt 6 ustawy Pzp uzasadniających unieważnienie tego przetargu z powodu nieusuwalnej wady postępowania.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art.553 w związku z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić w części, zaś w pozostałym zakresie zarzuty odwołania uznała za nieuzasadnione.

W odniesieniu do kosztów postępowania odwoławczego należy wskazać, że zgodnie z § 7 ust. 2 pkt 1) cyt. wyżej rozporządzenia w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą: odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części.

Jednocześnie w ust. 3 powołanego wyżej przewidziano, że w przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, Izba rozdziela:

1) wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła;

2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:.....**