

Sygn. akt: KIO 948/17

WYROK

z dnia 29 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 25 maja 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 maja 2017 r. przez wykonawcę **P. Sp. z o. o. z siedzibą w W.** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Kancelarię Sejmu z siedzibą w W.**

przy udziale wykonawcy **T-M. P. Sp. z o. o. z siedzibą w W.**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę P. Sp. z o. o. z siedzibą w W. i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **P. Sp. z o. o. z siedzibą w W.**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) 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

Kancelaria Sejmu z siedzibą w W. (dalej: „Zamawiający” lub „Kancelaria Sejmu”), na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pt. „Świadczenie usług telefonii komórkowej wraz z transmisją danych”.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu o numerze 2017/S 045-082919 zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 marca 2017 r.

W dniu 26 kwietnia 2017 r. wykonawca P. Sp. z o. o. z siedzibą w W. (dalej: „P.” lub „Odwołujący”), w formie elektronicznej i faksowej, został powiadomiony przez Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej za którą została uznana oferta wykonawcy T-M. P. Sp. z o. o. z siedzibą w W. (dalej: „T-M.” lub „Przystępujący”).

W dniu 8 maja 2017 r. wykonawca P. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 90 ust. 3 Pzp, przez bezzasadne odrzucenie oferty wykonawcy P. ze względu na przyjęcie, iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2. art. 70¹ § 4 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ust. 1 Pzp, przez odstąpienie przez Zamawiającego od postępowania zgodnego z przyjętymi warunkami przetargu w zakresie odnoszącym się do sposobu prezentacji upustu cenowego, stosowanego przez wykonawców;

3. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców O. P. S.A. (dalej: „O.”) oraz T-M. pomimo tego, że ich treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” lub „specyfikacja”) i tym samym w ocenie Odwołującego Zamawiający doprowadził do naruszenia wyrażonej w art. 7 Pzp zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności obejmującej wybór oferty najkorzystniejszej;
- przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert;
- odrzucenia ofert wykonawców O. oraz T-M.;
- dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania wykonawca P. wyjaśniał, że Zamawiający w ramach prowadzonego postępowania obok kryterium ceny ustanowił także kryteria pozacenowe, w tym między innymi kryterium upust cenowy na ceny katalogowe telefonów i akcesoriów.

Zarazem w treści punktu 6.4.1 siwz Zamawiający określił, iż liczba punktów w kryterium upustu zostanie ustalona jako suma punktów za poszczególne zaoferowane upusty poprzez dodanie do siebie procentu ceny detalicznej wyrażonego ułamkiem dziesiętnym dla poszczególnych grup asortymentowych (telefony, modemy, akcesoria). Należy przy tym dodać, iż pomimo powyższej wytycznej w formularzu ofertowym Zamawiający w pozycjach dotyczących upustów Zamawiający posłużył się następującym brzmieniem: „procent ceny detalicznej (..) ...%”.

Zarzut wadliwego odrzucenia oferty P..

P. podnosił, że kierując się wskazaniem siwz zamieścił w formularzu ofertowym informację na temat oferowanego upustu wyrażonego ułamkiem dziesiętnym, to jest:

- telefony z grupy I - upust 0,30
- telefony z grupy II - upust 0,30
- modemy - upust 0,01
- akcesoria - upust 0,70

Zamawiający uznał, iż tak wyrażony upust oznacza zaoferowanie upustu odpowiednio na poziomie 0,30%, 0,01% oraz 0,70% to jest stukrotnie niższego niż rzeczywiście oferowany przez P..

P. został dwukrotnie wezwany przez Zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu w związku z domniemaniem wystąpienia ceny rażąco niskiej. P. podnosił, że obszernie uzasadnił przyczynę wystąpienia rozbieżności w ustaleniu ceny.

Zamawiający podtrzymał jednak swoją ocenę zaistniałych okoliczności i pismem z dnia 26 kwietnia br. poinformował P. o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 90 ust. 3 Pzp ze względu na przyjęcie, iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W ocenie P. niezasadnie. Mieliśmy bowiem do czynienia z zaprezentowaniem przez P. ceny zgodnie z oczekiwaniami wyrażonymi przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej. Należy podkreślić, iż gwarancją zachowania zasady uczciwej konkurencji jest postępowanie przez Zamawiającego w toku procedury przetargowej zgodnie z przyjętymi warunkami przetargu.

Odwołujący wskazywał, że jego zdaniem Zamawiający oczekiwał określenia upustu procentu ceny detalicznej dla poszczególnych grup asortymentowych wyrażonego ułamkiem dziesiętnym. Wykonawca P. zastosował się do tego zalecenia. W ocenie P. przyjęcie odmiennego sposobu oceny oferty, poprzez faktyczne stukrotne umniejszenie upustu przeczy zasadzie uczciwej konkurencji. Mamy do czynienia z odejściem od wytycznych zawartych w dokumentacji przetargowej, co stanowi naruszenie art. 701 § 4 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ust. 1 Pzp. Tym samym bezzasadnym było także uznanie przez Zamawiającego, iż zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty P. ze względu na wystąpienie rażąco niskiej ceny.

Zarzut zaniechania dorzucenia ofert wykonawców O. i T-M.

Konsekwencją powyższego jest także w ocenie Odwołującego zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców O. oraz T-M., pomimo, iż zaoferowane upusty nie zostały wyrażone za pomocą ułamka dziesiętnego.

Zdaniem Odwołującego ww. wykonawcy nie zastosowali się do wytycznych Zamawiającego, dotyczących sposobu prezentacji upustu. Mamy zatem do czynienia z zaniechaniem odrzucenia ofert wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp ze względu

na to, że ich treść nie odpowiada specyfikacji. Przy czym stwierdzona niezgodność nie ma charakteru jedynie formalnego. Jeśli bowiem upust nie został wyrażony za pomocą ułamka dziesiętnego, nie jest możliwym ustalenie w sposób niebudzący wątpliwości jaki upust wykonawca zaoferował Zamawiającemu. Jakie były intencje wykonawcy w tym zakresie. Zamawiający nie może na tym etapie postępowania odstąpić od wymagań opisanych w siwz, wyrażając zgodę na dokonanie oceny ofert w których przyjęty niezgodny z oczekiwaniami Zamawiającego sposób prezentacji cen. W ocenie Odwołującego odrzucenie jego oferty oraz zaniechanie odrzucenia ofert T-M. i O. narusza zasadę uczciwej konkurencji.

W dniu 11 maja 2017 r. do Izby wpłynęło pismo ze strony wykonawcy T-M., zawierające oświadczenie o przystąpieniu wykonawcy do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 23 maja 2017 r. ze strony Zamawiającego - w formie pisemnej - do Izby wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego.

W dniu 24 maja 2017 r. - w formie elektronicznej i faksowej - wpłynęło do Izby pismo procesowe ze strony Przystępującego. W toku posiedzenia Izby pełnomocnik Przystępującego w formie pisemnej złożył do Izby ww. pismo.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, dowody oraz stanowiska i oświadczenia Stron oraz Przystępującego złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie 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.

Dokonując oceny zarzutów podniesionych w odwołaniu w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, Izba stwierdziła, że zarzut w zakresie bezzasadnego odrzucenia oferty wykonawcy P. nie potwierdził się. Tym samym nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp.

Z ustaleń Izby wynika, że w złożonej ofercie w Formularzu cenowym, w części IV Urządzenia, Odwołujący zaoferował:

15) Procent ceny detalicznej telefonów z grupy I. (UT1)	0,30%
16) Procent ceny detalicznej telefonów z grupy II. (UT2)	0,30%
17) Procent ceny detalicznej modemów do bezprzewodowego dostępu do Internetu (UM)	0,01%
18) Procent ceny detalicznej akcesoriów (UA)	0,70%

Pismem z dnia 24 marca 2017 r. Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp wszczął procedurę wyjaśniającą w celu ustalenia, czy istotne elementy składowe ceny oferty nie są rażąco niskie i budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego w zakresie zaoferowanych cen i stawek. W treści wezwania Zamawiający wskazał na upusty cenowe zaoferowane przez P. w części IV Formularza ofertowego. W treści pisma Zamawiający przytoczył również istotne postanowienia siwz. Zamawiający w piśmie zwrócił się o wyjaśnienia o przedstawienie niezbędnych dowodów w zakresie skalkulowania stawek cenowych na poziomie 0,30 %, 0,01 % oraz 0,70 %.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykonawca P. w piśmie z dnia 30 marca 2017 r. zawarł wyjaśnienia w których stwierdził m. in., że wartości przedstawione w części IV Formularza ofertowego zostały wpisane poprawnie, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Ponadto Odwołujący twierdził, że opisana sytuacja nie należy do kategorii oczywistych omyłek pisarskich lub rachunkowych i nie może być poprawiona na wezwanie Zamawiającego.

Następnie Zamawiający pismem z dnia 11 kwietnia 2017 r. ponownie, na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanych upustów cenowych na ceny katalogowe telefonów i akcesoriów. W treści pisma Zamawiający wskazał, że wyjaśnieniach z dnia 30 marca 2017 r. P. nie wyjaśnił opisanej powyżej kwestii, dotyczącej upustów cenowych. W treści wezwania Zamawiający szczegółowo opisał okoliczności faktyczne towarzyszące ww. wezwaniu.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie P. złożył pismo z dnia 14 kwietnia 2017 r. „Wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny”. W treści pisma P. podał, że „potwierdza, iż zaoferował następujące ceny za wymagane przez Zamawiającego urządzenia:

- Procent ceny detalicznej telefonów z grupy I. (UT1) 30 %
- Procent ceny detalicznej telefonów z grupy II. (UT2) 30 %
- Procent ceny detalicznej modemów do bezprzewodowego dostępu do Internetu (UM) 1%
- Procent ceny detalicznej akcesoriów (UA) 70 %

W dalszej części wyjaśnień Odwołujący przedstawił własne stanowisko w zakresie rozumienia i stosowania określonych postanowień specyfikacji.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać należy, iż z dniem 28 lipca 2016 r. brzmienie art. 90 ustawy uległo zmianie w wyniku wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020).

W świetle znowelizowanej treści przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, 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 lub wynikającymi z odrębnych przepisów, 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, oryginalności projektu wykonawcy, 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 (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);
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.

Natomiast według art. 90 ust. 1a Pzp, w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1. wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
2. wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

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

Na wstępie rozważań Izba wyjaśnia, że przepis art. 90 ust. 1 Pzp stanowi generalną zasadę, wskazującą na podstawę wystąpienia przez Zamawiającego do konkretnego wykonawcy z żądaniem udzielenia wyjaśnień, odnoszących się do podejrzenia wystąpienia w jego ofercie rażąco niskiej ceny lub kosztu. Jego treść wręcz zobowiązuje Zamawiającego do zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień oraz złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, jeżeli cena lub koszt oferty, lub ich istotne części składowe w opinii Zamawiającego, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wobec tego wskazać należy, że obowiązek żądania wyjaśnień jest w pełni zależny od Zamawiającego i występuje w przypadku, gdy Zamawiający oceniając oferty wykonawców powźmie wątpliwości co całej cenie lub koszt oferty, lub ich istotnych części składowych.

Izba zwraca uwagę, że Odwołujący zdaje się nie zauważać zmiany przepisów Pzp w zakresie materii, dotyczącej rażąco niskiej ceny, które zostały przytoczone powyżej. W toku rozprawy Odwołujący konsekwentnie twierdził, że jeżeli mówimy o cenie, w kontekście tego, czy jest ona rażąco niska, to należy brać pod uwagę całą cenę, a nie określone jej elementy. Izba wyjaśnia, że w świetle znowelizowanego brzmienia przepisu art. 90 ust. 1 Pzp Zamawiający jest uprawniony wystąpić do konkretnego wykonawcy z żądaniem udzielenia wyjaśnień, odnoszących się do podejrzenia wystąpienia w jego ofercie rażąco niskiej ceny nie tylko w stosunku do ceny jako całości ale również w stosunku do określonego rodzaju kosztu, wchodzącego w skład tej ceny, jeżeli koszt ten budzi jego wątpliwości. Powyższe stanowisko nie budzi żadnych wątpliwości w orzecznictwie Izby i zostało również potwierdzone w opinii opublikowanej przez Urząd Zamówień Publicznych na stronie internetowej Urzędu <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-2/badanie-razaco-niskiej-ceny-oferty-po-nowelizacji>.

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający aż dwukrotnie, na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, wzywał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie upustów cenowych, zaoferowanych przez P. w części IV Formularza ofertowego. Treść obu wezwań była konkretna i szczegółowo opisywała wątpliwości Zamawiającego. Jednak w żadnym z wezwań Odwołujący nie przedstawił żadnych wyjaśnień i dowodów, odnoszących się do opisanych powyżej wątpliwości Zamawiającego podczas, gdy zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp 2 Pzp obowiązek

wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa właśnie na wezwanym wykonawcy. Odwołujący w składnych wyjaśnieniach, zarówno w tych z dnia 30 marca 2017 r. jak również w tych z 14 kwietnia 2017 r. koncentrował się przede wszystkim na prowadzeniu polemiki z Zamawiającym w zakresie interpretacji postanowień specyfikacji.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że Zamawiający prawidłowo uznał, że o wykonaniu obowiązku wynikającego z art. 90 ust. 1 Pzp nie przesądza sam fakt złożenia jakichkolwiek wyjaśnień, lecz fakt wyjaśnień adekwatnych do wezwania, przekonywujących Zamawiającego, że za cenę oferty będzie możliwe należyte wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba stanęła na stanowisku, że pomimo dwukrotnego wezwania Zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp P. nie złożył wyjaśnień w zakresie zaoferowanych cen urządzeń, co w konsekwencji doprowadziło do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że wyjaśnienia złożone przez P. odnosiły się do innych cen, niż te, które zostały wskazane w złożonej ofercie, co uprawdopodobnia to, że wykonawca być może w tym zakresie popełnił błąd na etapie przygotowania oferty.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba potwierdziła prawidłowość czynności Zamawiającego, który odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp z uwagi na niezłożenie przez wykonawcę stosownych wyjaśnień w zakresie elementu ceny oferty, opisanego w pkt IV formularza ofertowego – Urządzenia.

Następnie Izba rozpoznała pozostałe zarzuty odnoszące się do treści ofert wykonawców T-M. oraz O. w kontekście zgodności ich treści z treścią siwz. W zakresie rozpoznawanego zarzutu Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W związku z powyższym Izba uznała zgłoszony zarzut za niezasadny.

Z ustaleń Izby wynika, że Zamawiający w siwz zawarł następujące postanowienia:

Zgodnie z pkt 7 ppkt 7.2 siwz - Opis sposobu obliczenia ceny i wypełnienia Formularza oferty – wykonawca w Formularzu oferty powinien podać w pkt I-IV dane zawierające wymagane ceny oraz wartości procentowe.

W pkt 1.5 lit h) rozdziału II siwz - Opis przedmiotu zamówienia – Zamawiający sprecyzował, że w Formularzu oferty Zamawiający wymaga podania dla poszczególnych grup, za jaki procent ceny detalicznej, opublikowanej w cenniku na dzień złożenia zamówienia, Wykonawca będzie sprzedawał sprzęt z danej grupy. Natomiast w pkt. 1.6 ppkt 4 OPZ Zamawiający podał, że w „Formularzu oferty” Zamawiający wymaga podania za jaki procent ceny detalicznej Wykonawca będzie sprzedawał akcesoria.

W wzorze Formularza oferty Zamawiający w części IV – Urządzenia – sprecyzował:

- 15) Procent ceny detalicznej telefonów z grupy I. (UT1) %
- 16) Procent ceny detalicznej telefonów z grupy II. (UT2) %
- 17) Procent ceny detalicznej modemów do bezprzewodowego dostępu do Internetu (UM) %
- 18) Procent ceny detalicznej akcesoriów (UA) %

W pkt 6.1.4 siwz – Sposób obliczenia wartości punktowej za upust cenowy na ceny katalogowe telefonów i akcesoriów (U) Zamawiający podał:

Liczba punktów przyznana za cenę oferty zostanie wyliczona wg wzoru:

$$U_{px} = 10 * (U_{min} : U_x)$$

gdzie:

U_{min} najniższy upust wśród ważnych ofert

U_x upust badanej oferty

Obliczenia będą wykonywane z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku

Upust zostanie wyliczony wg wzoru:

$$U = [iT1 \times UT1 \times 200 + iT2 \times UT2 \times 500 + iM \times UM \times 20 + iA \times UA \times 1000]$$

gdzie:

U – upust oferty

UT1 – procent ceny detalicznej, wyrażony ułamkiem dziesiętnym, telefonów z grupy I,

UT1 – procent ceny detalicznej, wyrażony ułamkiem dziesiętnym, telefonów z grupy II,

UM – procent ceny detalicznej, wyrażony ułamkiem dziesiętnym, modemów do bezprzewodowego dostępu do Internetu,

UA - procent ceny detalicznej, wyrażony ułamkiem dziesiętnym, akcesoriów iT1 = 3000, iT1 =1500, iM = 300, iA = 100 – średnia cena zakupionych w poszczególnych grupach cenowych aparatów telefonicznych, modemów i akcesoriów.

W odpowiedzi na pytanie nr 6 zestaw II z dnia 23 lutego 2017 r. Zamawiający wyjaśnił, że UA i UM są to wartości określające procent ceny detalicznej wyjściowej za poszczególne grupy urządzeń (określone według współczynników iT1 = 3000 iT2 = 1500 iM = 300 iA = 100) Zamawiający będzie płacić za urządzenia z danej grupy.

Z ustaleń Izby wynika, że w złożonej ofercie w Formularzu cenowym, w części IV Urządzenia, wykonawcy zaoferowali:

T-M.:

15) Procent ceny detalicznej telefonów z grupy I. (UT1)	100%
16) Procent ceny detalicznej telefonów z grupy II. (UT2)	100%
17) Procent ceny detalicznej modemów do bezprzewodowego dostępu do Internetu (UM)	100%
18) Procent ceny detalicznej akcesoriów (UA)	100%

O.:

15) Procent ceny detalicznej telefonów z grupy I. (UT1)	70%
16) Procent ceny detalicznej telefonów z grupy II. (UT2)	50%
17) Procent ceny detalicznej modemów do bezprzewodowego dostępu do Internetu (UM)	60%
18) Procent ceny detalicznej akcesoriów (UA)	90%

W toku rozprawy do Izby złożono następujące dowody:

1. Specyfikację istotnych warunków zamówienia prowadzonego uprzednio przez Zamawiającego w ramach postępowania pt. „Świadczenie usługi telefonii komórkowej wraz z transmisją danych”.
2. Wyciąg z oferty P. z dnia 11 lutego 2013 r., złożonej w ramach postępowania uprzednio prowadzonego przez Zamawiającego, gdzie w Formularzu ofertowym w części IV Urządzenia podano:

„ 13. Procent ceny detalicznej telefonów z grupy I. (UT1)	22 %
14. Procent ceny detalicznej telefonów z grupy II. (UT2)	22 %
15. Procent ceny detalicznej modemów do bezprzewodowego dostępu do Internetu (UM)	1 %
16. Procent ceny detalicznej akcesoriów (UA)	1 %”

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i siwz wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Izba wskazuje, że zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. W tym zakresie Izba w pełni podziela stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 2 lutego 2015 r. Sygn. akt. KIO 103/15, w który stwierdzono: „ (...) *Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu bądź jakości zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym*

konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ”.

Izba wskazuje, że zarówno w treści odwołania, jak również w toku rozprawy Odwołujący stwierdził, że zgodnie z postanowieniami specyfikacji, opisanymi w pkt. 6.1.4 zamieścił w formularzu ofertowym informacje na temat oferowanego upustu, wyrażonego ułamkiem dziesiętnym. Odwołujący konsekwentnie twierdził, że w tym przypadku nie mamy do czynienia z żadną zmianą ani modyfikacją jego oferty, a jedynie z błędną jej wykładnią.

W związku z tym w omawianym przypadku nie może być w ogóle mowy o poprawieniu niezgodności oferty Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Ponadto w złożonym odwołaniu brak jest tego rodzaju zarzutów ze strony Odwołującego.

Izba dokonała analizy przytoczonych powyżej postanowień specyfikacji i stwierdziła, że rację ma Zamawiający i Przystępujący, którzy zgodnie twierdzili, że z treści siwz wprost wynika obowiązek podania przez wykonawców oferowanego upustu cenowego przez wskazanie wartości procentowej ceny detalicznej urządzeń i akcesoriów, za którą wykonawca będzie sprzedawał sprzęt lub akcesoria.

Izba stwierdziła, że w pkt. 7.2. specyfikacji w rozdziale Sposób obliczenia ceny i wypełnienia Formularza oferty Zamawiający jasno sprecyzował, że wykonawcy w Formularzu oferty powinni podać w pkt I-IV dane zawierające wymagane ceny oraz wartości procentowe. Również opisany powyżej wzór Formularza ofertowego w części IV Urządzenia zawierał następujący opis dla każdego urządzenia - „Procent ceny detalicznej” a także zamieszczony na końcu wyliczenia znak „%”.

Powyższy sposób prezentacji został przez Zamawiającego potwierdzony także w odpowiedzi na pytanie nr 6 zestaw II z dnia 23 lutego 2017 r., gdzie Zamawiający stwierdził wprost, że UA i UM są to wartości określające procent ceny detalicznej wyjściowej za poszczególne grupy urządzeń (określone według współczynników iT1 = 3000 iT2 = 1500 iM = 300 iA = 100).

Z opisaną powyżej treścią siwz jest również spójny pkt 1.5 lit h) rozdziału II siwz - Opis przedmiotu zamówienia – w którym Zamawiający również podał, że w Formularzu oferty Zamawiający wymaga podania dla poszczególnych grup, za jaki procent ceny detalicznej,

opublikowanej w cenniku na dzień złożenia zamówienia, Wykonawca będzie sprzedawał sprzęt z danej grupy. Podobnie w przypadku pkt. 1.6 ppkt 4 OPZ, w którym Zamawiający stwierdził, że w „Formularzu oferty” wymaga podania za jaki procent ceny detalicznej Wykonawca będzie sprzedawał akcesoria.

Natomiast powoływany przez Odwołującego pkt. 6.1.4 siwz odnosi się do sposobu działań Zamawiającego, polegających na obliczeniu przez Zamawiającego wartości punktowej za upust cenowy na ceny katalogowe telefonów i akcesoriów. W tym miejscu należy przywołać wyjaśnienia Zamawiającego, który w toku rozprawy twierdził, że „w pkt 6.1.4 zawarł opis sposobu obliczenia wartości punktowej. W związku z tym, że zastosowanie miał tutaj wzór matematyczny, Zamawiający w opisie odwołał się do wartości dziesiętnych, które mają przedstawiać określone procenty. Wobec tego koniecznym było przedstawienie w pkt 6.1.4 treści odnoszących się do ułamków dziesiętnych”. Izba uznała powyższe wyjaśnienia za wiarygodne i spójne treścią pkt 6.1.4 siwz.

W świetle przytoczonych postanowień siwz Izba nie miała żadnych wątpliwości co do tego, że wykonawcy zobowiązani byli w pkt IV Formularza ofertowego podać oferowany upust cenowy przez wskazanie wartości procentowej ceny detalicznej urządzeń i akcesoriów, za którą wykonawca będzie sprzedawał sprzęt lub akcesoria. Zatem Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z zaniechaniem odrzucenia ofert wykonawców T-M. i O., którzy zaoferowali upustu cenowy przez wskazanie wartości procentowej ceny detalicznej urządzeń i akcesoriów, która to wartość nie była wyrażona ułamkiem dziesiętnym.

Izba podniosła się również do argumentacji Odwołującego, zasadzającej się na tym, że P. - w jego ocenie - w złożonej ofercie zaoferował następujące ceny za wymagane przez Zamawiającego urządzenia:

- Procent ceny detalicznej telefonów z grupy I. (UT1) 30 %
- Procent ceny detalicznej telefonów z grupy II. (UT2) 30 %
- Procent ceny detalicznej modemów do bezprzewodowego dostępu do Internetu (UM) 1%
- Procent ceny detalicznej akcesoriów (UA) 70 %

Rozstrzygając powyższą kwestię Izba stanęła na stanowisku, że prezentowana argumentacja jest chybiona, gdyż w treści oferty, złożonej przez Odwołującego (w Formularzu cenowym, w części IV Urządzenia), szczegółowo i precyzyjnie określono, że Odwołujący zaoferował:

15) Procent ceny detalicznej telefonów z grupy I. (UT1)	0,30%
16) Procent ceny detalicznej telefonów z grupy II. (UT2)	0,30%
17) Procent ceny detalicznej modemów do bezprzewodowego dostępu do Internetu (UM)	0,01%
18) Procent ceny detalicznej akcesoriów (UA)	0,70%

Z powyższego płynie jednoznaczny wniosek, że Odwołujący dla opisywanych urządzeń zaoferował inne upusty cenowe, niż te na które powoływał się w wyjaśnieniach, zawartych w piśmie z dnia 14 kwietnia 2017 r. oraz w toku rozprawy. W ocenie Izby brak jest jakichkolwiek racjonalnych dowodów, a także nie wystąpiły okoliczności, które przemawiałyby za przyjęciem za słuszną argumentacji prezentowanej przez Odwołującego. Wręcz przeciwnie. Na podstawie dowodów złożonych przez Zamawiającego, w postaci treści siwz oraz oferty P., złożonej w ramach poprzednio prowadzonego postępowania, z dużym prawdopodobieństwem można stwierdzić, że Odwołujący zwyczajnie popełnił błąd przedstawiając wartości, dotyczące upustów dla urządzeń opisanych w pkt IV Formularza ofertowego, bądź też nie zapoznał się wnikliwie ze wszystkimi postanowieniami siwz.

Podsumowując, Izba stanęła na stanowisku, że nie potwierdził się żaden z zarzutów podniesionych w odwołaniu, złożonym przez P. i w konsekwencji powyższego odwołanie zostało przez Izbę oddalone.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1, § 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: