

WYROK
z dnia 7 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 stycznia 2023 r. przez wykonawcę IT Solution Factor sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Narodowy Fundusz Zdrowia z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy Perceptron sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 184/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzgl
ędnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: Narodowemu Funduszowi Zdrowia z siedzibą w Warszawie unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Perceptron sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i nakazuje temu Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert,
2. koszt
ami postępowania obciąża Zamawiającego Narodowy Fundusz Zdrowia z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę IT Solution Factor sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Narodowego Funduszu Zdrowia z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy IT Solution Factor sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 11 097,75 gr (słownie: jedenaście tysięcy dziewięćdziesiąt siedem złotych siedemdziesiąt pięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 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: Narodowy Fundusz Zdrowia z siedzibą w Warszawie wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Zakup Przełączników FC, znak sprawy: BAG-SZP.261.1.38.2022.

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w dniu 29 listopada 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2022/BZP 00464919/01.

W dniu 18 stycznia 2023 r. Odwołujący: IT Solution Factor sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie powziął wiadomość o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy konkurencyjnego Perceptron sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, zwany dalej Przystępującym.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 23 stycznia 2023 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań w stosunku do Przystępującego, to jest na:

1. Zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, chociaż jest niezgodna z warunkami zamówienia, zawiera błędy w obliczeniu ceny oraz bezpodstawne poprawienie rzekomo oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie Wykonawcy pismem Zamawiającego z 20 grudnia 2022 r.,

2. Zaniechanie uznania, że Przystępujący złożył ofertę z rażąco niską ceną i kosztem, zaniechanie stosowania się do postanowień własnego wezwania Zamawiającego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny Wykonawcy z 22 grudnia 2022 r. i zaniechanie stosowania się do własnej dokumentacji przetargowej,

3. Bezpodstawny wybór oferty Przystępującego i zaniechanie odrzucenia jego oferty z powodu jej niezgodności z warunkami zamówienia.

4. Zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych określonych w SWZ, zaniechanie dokonania nowej oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym czynności oceny punktacji i zaniechanie przyznania najwyższej liczby punktów ofercie odwołującego, Zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej Odwołującego

Odwołujący wskazał, że Zamawiający zaniechał odrzucenia odwołania wskutek naruszenia postanowień dokumentacji postępowania i przepisów prawa:

Zarzut I. Zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, chociaż jest niezgodna z warunkami, zamówienia, zawiera błędy w obliczeniu ceny oraz bezpodstawne

poprawienie rzekomo oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie Wykonawcy pismem Zamawiającego z 20 grudnia 2022 r.

Zarzucał naruszenie art. 266 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 związku:

1) Art. XIII pkt 3 pkt 1) Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”) w związku z pkt 1 1) formularza oferty (załącznik 3 do SWZ) w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5) i pkt 10) ustawy Pzp i zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, chociaż Wykonawca zaoferował cenę za dostawę urządzenia wraz z instalacją, konfiguracją i uruchomieniem wyższą niż maksymalna dopuszczona przez Zamawiającego, a więc treść oferty jest niezgodna z warunkami, zamówienia i zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu

2) art. 223 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp w związku z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp przez bezpodstawne uznanie Wykonawca popełnił oczywistą omyłkę rachunkową, prowadzenie niedopuszczalnych negocjacji z Wykonawcą, bezpodstawną zmianę treści oferty, przez co Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Wykonawcy

Zarzut II. Zaniechanie uznania, że Wykonawca złożył ofertę z rażąco niską ceną, zaniechanie uznania, że Wykonawca nie udzielił wyjaśnień ani nie złożył dowodów w wyznaczonym terminie odnośnie części pytań zawartych w wezwaniu Zamawiającego z 22 grudnia 2022 r., zaniechanie uznania, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Zarzucał naruszenie art. 266 ustawy Pzp w związku z:

1) art. 224 ust. 6 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy chociaż:

A) oferta Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę,

B) Wykonawca nie udzielił wyjaśnień ani nie złożył dowodów w wyznaczonym terminie odnośnie części pytań zawartych w wezwaniu Zamawiającego z 22 grudnia 2022 r.,

C) złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

2) art. 224 ust. 5 ustawy Pzp przez bezpodstawne przyjęcie, że Wykonawca udowodnił, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, chociaż Wykonawca nie przedstawił odpowiednich wymaganych przez Zamawiającego w wezwaniu z 22 grudnia 2022 r. i dokumentacji postępowania twierdzeń ani dowodów,

3) art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zarzut III. Zarzuty będące konsekwencją powyższych zarzutów.

W konsekwencji powyższych zarzutów, zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 266 ustawy Pzp w związku z:

1. art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ oferta Wykonawcy powinna być odrzucona i Wykonawca nie powinien być wzywany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, a to Odwołujący powinien być wezwany do złożenia podmiotowych środków dowodowych,

2. art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez nieprawidłowe zastosowanie i wybór oferty Wykonawcy, zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej choć podlegała ona wyborowi, jako zgodna z warunkami zamówienia, i Zamawiający powinien wezwać odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych i zawrzeć z odwołującym umowę,

3. w związku z powyższymi wszystkimi zarzutami powyżej (I-IV), zarzucam naruszenie art. 16 pkt 1) i 3) ustawy Pzp przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz nieproporcjonalny.

Odwołujący wnosil o nakazanie:

1. Uwzględnienia odwołania,
2. Unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej z 18 stycznia 2023 r.,
3. Unieważnienia czynności przyznania punktacji Wykonawcy w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji,
4. Unieważnienia czynności poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie Perceptron Sp. z o.o. pismem z 20 grudnia 2022 r.,
5. Odrzucenia oferty Wykonawcy,
6. Wezwania Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych
7. Ponownej oceny ofert i przyznania punktacji bez uwzględnienia oferty Wykonawcy,
8. Wyboru oferty Odwołującego,
9. Obciążenia Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Wnosił o przeprowadzenie dowodu z:

1. dokumentacji postępowania – na fakt ich treści i czynności i zaniechań zamawiającego i Wykonawcy– w dokumentacji postępowania, w tym:

1) SWZ, wyjaśnień do SWZ, załączników do SWZ, OPZ, wzór umowy, a w szczególności:

- 2) Oferty Wykonawcy
- 3) Pisma Zamawiającego z 20.12.2022 r.
- 4) wezwania Zamawiającego z 22.12.2022 r.
- 5) odpowiedzi Wykonawcy z 23.12.2022 r. z załącznikami
- 6) pisma Zamawiającego z 18.01.2023 r.

2. SWZ postępowania na Zakup Serwerów dla środowiska Exchange, znak sprawy: BAGSZP.261.1.41.2022, <https://nfz.ezamawiajacy.pl/pn/nfz/demand/notice/public/82026/details>, i z wzoru formularza oferty z tego postępowania Zakup Serwerów dla środowiska Exchange,

3. dokumentów dowodzących zarzutów i twierdzeń podniesionych w odwołaniu, a które zostaną złożone przed posiedzeniem lub na rozprawie.

Zarzut I. Zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, chociaż jest niezgodna z warunkami, zamówienia, zawiera błędy w obliczeniu ceny oraz bezpodstawne poprawienie rzekomo oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie Wykonawcy pismem Zamawiającego z 20 grudnia 2022 r.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w pkt XIII pkt 3 SWZ, załącznik 3 do SWZ wymagał zgodności oferty Wykonawcy z formularzem oferty przygotowanym przez Zamawiającego w postanowieniu SWZ i wzorze formularza oferty:

„3. Do elektronicznej oferty należy załączyć następujące dokumenty i oświadczenia, każde odpowiednio podpisane zgodnie z ust. 2 powyżej:

1) wypełniony formularz ofertowy (sporządzony zgodnie z załącznikiem Nr 3 do SWZ). Wykonawca może złożyć ofertę na własnych formularzach, których treść musi być zgodna z formularzami załączonymi do SWZ;”.

Ponadto, Odwołujący zauważył, że Wykonawca w pkt 1 1) formularza oferty przygotowanego przez Zamawiającego miał wpisać cenę za dostawę urządzenia wraz z instalacją, konfiguracją i uruchomienie nie wyższą niż 88 % oferowanej łącznej ceny brutto za wykonanie zamówienia.

Powyższe wynika z postanowienia pkt 1) wzoru formularza oferty (załącznik nr 3 do SWZ), „1. Oświadczam, że oferuję wynagrodzenie brutto za realizację przedmiotu zamówienia w wysokości: zł, w tym:

2) za dostawę Przełączników FC wraz z instalacją, konfiguracją i uruchomieniem w kwocie zł brutto * (* Zamawiający zastrzega, że wskazana przez Wykonawcę w formularzu oferty cena za dostawę urządzenia wraz z instalacją, konfiguracją i uruchomieniem nie może stanowić więcej niż 88 % oferowanej łącznej ceny brutto za wykonanie zamówienia);”

W związku z tym wskazał, że Wykonawca wpisał w ofercie za dostawę urządzenia wraz z instalacją, konfiguracją i uruchomienie odpowiadającą 98,42% (zaokrąglono do części setnych) łącznej ceny brutto za wykonanie zamówienia, chociaż ta cena nie powinna być wyższa niż 88% łącznej ceny brutto za wykonanie zamówienia.

Powyższe wynika z treści oferty, gdzie wpisano 307 500 zł (czyli 98,42%) ceny brutto za wykonanie zamówienia, a za oferowany okres gwarancji wraz ze wsparciem technicznym w kwocie 4 920,00 zł brutto, co potwierdza – według Odwołującego - przeliczenie kwoty na procenty: $307\ 500\ \text{zł} / 312\ 420,00\ \text{zł} * 100\% = 98,42\ \%$ Dowód: oferta Wykonawcy – w pkt 1 1) i 2).

Zdaniem Odwołującego - Zamawiający widząc błąd Wykonawcy, zamiast odrzucić jego ofertę z powodu niezastosowania się do postanowień SWZ, zastosował niedozwolone negocjacje i zmienił treść oferty Wykonawcy za wykonanie zamówienia.

Zamawiający dokonał niedozwolonych zmian w ofercie pismem z 20 grudnia 2022 r. i ustalił nowe ceny, wymyślane bez podstawy prawnej, które Zamawiający narzucił w drodze niedozwolonych negocjacji, a których to cen Wykonawca nigdy nie oferował w ofercie.

Powołał się w powyższym zakresie na treść tego pisma:

„W formularzu ofertowym (załącznik nr 3 do SWZ) powinno być: 1. Oświadczam, że oferuję wynagrodzenie brutto za realizację przedmiotu zamówienia w wysokości: 312 420,00 zł, w tym:

3) za dostawę Przełączników FC wraz z instalacją, konfiguracją i uruchomieniem w kwocie 274 929,60 zł brutto * (* Zamawiający zastrzega, że wskazana przez Wykonawcę w formularzu oferty cena za dostawę urządzenia wraz z instalacją, konfiguracją i uruchomieniem nie może stanowić więcej niż

88 % oferowanej łącznej ceny brutto za wykonanie zamówienia);

4) za oferowany okres gwarancji wraz ze wsparciem technicznym w kwocie 37 490,40 zł brutto.

W ocenie Odwołującego - Zamawiający zamiast potraktować istotny błąd jako istotny błąd, to naciągając własną interpretacją (nie popartą ustawą), bezpodstawnie zastosował przepis dotyczący oczywistej omyłki rachunkowej i zmienił ceny w ofercie Wykonawcy.

Odwołujący przekonywał, że uzasadnienie podane przez Zamawiającego w piśmie z 20 grudnia 2022 r. jest bezpodstawne, ponieważ:

1) Wykonawca był pouczone co ma wpisać w ofercie (nie więcej niż 88% wartości zamówienia przy spornym punkcie oferty) w formularzu oferty przygotowanym przez Zamawiającego,

2) Wykonawca zamieścił pouczenie Zamawiającego w treści własnej oferty (dotyczące obowiązku wpisania kwoty nie większej niż 88% wartości zamówienia przy spornym punkcie oferty) i użył formularza oferty przygotowanego przez Zamawiającego,

3) Wykonawca wpisał w ofercie za dostawę urządzenia wraz z instalacją, konfiguracją i uruchomienie kwotę odpowiadającą 98,42% łącznej ceny brutto za wykonanie zamówienia, zamiast maksymalnie 88%,

4) Zamawiający podał maksymalny dozwolony limit (88%), a Wykonawca nie zastosował się do polecenia (wpisał kwotę odpowiadającą 98,42%),

5) Nie zaszła oczywista omyłka rachunkowa, ponieważ nie istnieje możliwość jednoznacznego stwierdzenia, ile w alternatywnej rzeczywistości, gdyby Wykonawca miał drugą szansę, Wykonawca chciałby zaoferować w spornym punkcie:

A) może Wykonawca chciałby zaoferować 75% w spornym punkcie?

B) A może chciałby zaoferować 87% w spornym punkcie?

C) A może chciałby zaoferować 86,95% w spornym punkcie?

D) 88%, które podał w swoim piśmie Zamawiający nie jest oczywiste, ponieważ ignoruje zupełnie autonomię woli Wykonawcy składającego ofertę i zachowania innych wykonawców w przetargu,

E) Wykonawca zaoferował 98,42% w spornym punkcie i taka była jego wola i należy ją rozliczyć, czyli odrzucić ofertę,

6) Inni wykonawcy zaoferowali w spornym punkcie ceny mieszczące się w narzuconych przez SWZ warunkach (tzn. poniżej 88%), ale każdy zaoferował inny procent w spornym punkcie,

- A) Comtegra 87,99%
- B) Goldenore 87%
- C) Odwołujący (IT Solution Factor): 87,50%
(wartości procentowe zaokrąglono do części setnych)

Powyższe – zdaniem Odwołującego - wynika z przeliczenia cen na procenty - kalkulacja procentowa uniemożliwia przyjęcie wniosku o oczywistej omyłce, ponieważ każdy wykonawca liczył inaczej. Dowody wynikają z ofert wykonawców:

A) IT Solution Factor (odwołujący): 87,50%
za oferowany okres gwarancji wraz ze wsparciem technicznym w kwocie 47 497,68 zł brutto
 $332487,45 \text{ zł} / 379985,13 \text{ zł} * 100\% = 87,50\%$

B) Comtegra: 87,99%
za oferowany okres gwarancji wraz ze wsparciem technicznym w kwocie 56 011,20 zł brutto
 $410700 \text{ zł} / 466 711,20 \text{ zł} * 100\% = 87,99\%$

C) Goldenore: 87,00%
za oferowany okres gwarancji wraz ze wsparciem technicznym w kwocie 55 805,10 zł brutto
 $373464,90 \text{ zł} / 429 270,00 \text{ zł} * 100\% = 87,00\%$

7) Widać, że było wiele sposobów przyjęcia ceny w spornym punkcie, nikt nie przyjął maksymalnej ceny w tym punkcie na 88%, więc brak jest oczywistości i jednoznaczności w błędach Wykonawcy i Zamawiający nie miał podstaw do przyjęcia akurat 88%,

8) Tym samym nie można stwierdzić omyłki rachunkowej w sposób, który przyjął Zamawiający, ponieważ przebieg działania matematycznego jakie w alternatywnej rzeczywistości chciałby przyjąć Wykonawca w swojej ofercie jest nie poparty obserwacją zachowań wykonawców uczestniczących w przetargu,

9) W związku z powyższym Zamawiający bezpodstawnie uznał omyłkę rachunkową w ofercie Wykonawcy za oczywistą i bezpodstawnie skorzystał z dyspozycji wynikającej z art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy,

10) Zamawiający dostrzegł skutki prawne wynikające z postanowień własnej dokumentacji przetargowej w formularzu ofertowym i w celu innego określenia skutków prawnych niż w ustawie, Zamawiający w innym postępowaniu, wprowadził mechanizm naprawienia tego typu błędów postanowieniem, które ma istotną różnicę: „(*Zamawiający zastrzega, że wskazana przez Wykonawcę w formularzu oferty cena za dostawę Serwerów nie może stanowić więcej niż 85 % oferowanej łącznej ceny brutto za wykonanie zamówienia, jeżeli Wykonawca przekroczy wskazany podział procentowy Zamawiający poprawi wpisaną kwotę przeliczając ją zgodnie z maksymalnym wskazanym procentem);”.

Wskazał, że powyższe okoliczności wynikają z dokumentacji postępowanie na Zakup Serwerów dla środowiska Exchange, znak sprawy: BAG-SZP.261.1.41.2022, <https://nfz.ezamawiajacy.pl/pn/nfz/demand/notice/public/82026/details>, data wszczęcia postępowania 2022-12-30, wzór formularza oferty – punkt 1.1).

Zwrócił uwagę na mechanizm: „jeżeli Wykonawca przekroczy wskazany podział procentowy Zamawiający poprawi wpisaną kwotę przeliczając ją zgodnie z maksymalnym wskazanym procentem);”.

Podkreślił przy tym, że takiego mechanizmu naprawczego nie ma w postępowaniu, którego dotyczy odwołanie, a ten mechanizm nie opiera się o instytucję oczywistej omyłki rachunkowej, ani nic podobnego.

W związku z tym Odwołujący stwierdził, że Zamawiający więc faktycznie zastosował wobec Wykonawcy pismem z 20 grudnia 2022 r. narzędzie naprawiające ofertę, nieprzewidziane w tym postępowaniu (objętym odwołaniem) i nie przewidziane w ustawie.

Zarzut II. Zaniechanie uznania, że Wykonawca złożył ofertę z rażąco niską ceną, zaniechanie uznania, że Wykonawca nie udzielił wyjaśnień ani nie złożył dowodów w wyznaczonym terminie odnośnie części pytań zawartych w wezwaniu Zamawiającego z 22 grudnia 2022 r., zaniechanie uznania, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Odwołujący wskazał, że punkt wyjścia do stwierdzenia, że oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu, stanowi zakres przedmiotu zamówienia, co potwierdza załącznik nr 3 wzór

formularza oferty, załącznik nr 1 Opis Przedmiotu Zamówienia, par. 1 ust. 1-6 wzoru umowy, par. 4 ust. 2 pkt 1) i 2) wzoru umowy, gdzie opisano, że przedmiotem zamówienia jest:

- 1) dostawa 4 Przełączników FC wraz z instalacją, konfiguracją i uruchomieniem tych przełączników,
- 2) gwarancja ze wsparciem technicznym,
- 3) dodatkowo, Wykonawca ma przeprowadzić instruktaż powdrożeniowy: („Wykonawca wraz z dostawą, w ramach wynagrodzenia określonego w § 4 ust. 1 Umowy i bez ponoszenia dodatkowych opłat na rzecz osób trzecich przeprowadzi instruktaż przedwdrożeniowy dla 6 pracowników Zamawiającego.”) - § 1 Przedmiot Umowy ust. 5, wyjaśnienia Zamawiającego z 6 grudnia 2022 r.

W ocenie Odwołującego - gwarancja ze wsparciem technicznym to są świadczenia, które ma zapewnić Wykonawca od producenta oprogramowania, a pozostałe: instalacja, konfiguracja, uruchomienie przełączników, instruktaż – ma wykonać Wykonawca, co wynika z § 1 ust. 1-6 wzoru umowy, załącznik nr 1 Opis Przedmiotu Zamówienia i z wyjaśnień Zamawiającego z 6 grudnia 2022 r.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający pismem z 22 grudnia 2022 r. wezwał Wykonawcę na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (wyliczenia ceny, kosztu).

Wykonawca miał udzielić wyjaśnień i złożyć dowody na temat zadany przez Zamawiającego elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny.

Elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny, to są te elementy (świadczenia), które są wpisywane w formularzu ofertowym, to jest odpowiadające przedmiotowi zamówienia, a także instruktaż powdrożeniowy (ponieważ również tworzy koszt dla Wykonawcy).

Odwołujący podniósł, że ponieważ Wykonawca napisał w ofercie:

Oświadczam, że oferuję wynagrodzenie brutto za realizację przedmiotu zamówienia w wysokości: 312 420,00 zł, w tym:

- 1) za dostawę Przełączników FC wraz z instalacją, konfiguracją i uruchomieniem w kwocie 307 500,00 zł brutto (...)
- 2) za oferowany okres gwarancji wraz ze wsparciem technicznym w kwocie 4 920,00 zł brutto, to należało się spodziewać przynajmniej odpowiedzi tłumaczącej koszt

pogrubionych powyżej pozycji (plus koszt przeprowadzenia instruktażu, ponieważ był taki obowiązek i nastanie na pewno w projekcie taki koszt).

Zaznaczył, że Wykonawca zgodnie z wezwaniem miał złożyć dokumenty do 28 grudnia 2022 r.

Zdaniem Odwołującego - wyjaśnienia Wykonawcy jak się je porówna z wezwaniem Zamawiającego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, dokumentacją postępowania, dowodzą, że Wykonawca nie złożył wyjaśnień ani odpowiednich dowodów, co wynika z analizy wyjaśnień i dokumentów postępowania, bowiem Wykonawca stwierdził, że:

„posiada status partnerski firmy DELL w zakresie dostaw sprzętu, oprogramowania i świadczenia usług serwisowych uprawniający do procedowania cen specjalnych zarówno na sprzęt i rozszerzony serwis, co skutkuje złożeniem najlepszej cenowo oferty.

„W celu potwierdzenia uzyskania cen specjalnych (numer specjalnej oferty: 54500390) na oferowane przełączniki światłowodowe DELL wraz z 60 miesięcznym serwisem i gwarantowanym czasem naprawy przedkładamy w załączeniu pismo od producenta oferowanego sprzętu, firmy DELL Polska Sp. z o.o., jako dowód na potwierdzenie otrzymanej przez nas ceny specjalnej.”

Na podstawie powyższych wyjaśnień Odwołujący sformułował następujące wnioski:

- A) Wykonawca odpowiada wyłącznie na część zakresu dotyczącą: sprzętu i usług producenta,
- B) Oprogramowanie i serwis nie są istotne – nie wchodzi w zakres przedmiotu zamówienia opisany przez Zamawiającego, ponieważ istotna od producenta jest: sprzęt, wsparcie, gwarancja,
- C) Usługi serwisowe, rozszerzony serwis producenta: nie obejmują usługi: instalacja, konfiguracja, uruchomienie przełączników, gwarancja ze wsparciem technicznym, instruktaż powdrożeniowy, a powyżej nie ma nic na ten temat.

Według Odwołującego powyższe wynika np. z oferty Dell: „Install Declined- switch deployment performed by Customer-3rd party”, tłumaczenie: „instalacja odrzucona — wdrożenie przełącznika wykonane przez firmę zewnętrzną klienta”

Dalej, Odwołujący zauważył, że Wykonawca stwierdził, że (...) Jest to również dowód na to, że to Perceptron Sp. z o.o. jako jedyny partner DELL uzyskał ceny specjalne na

realizację powyższego referencyjnego zadania wraz z rozszerzonym na pięć lat serwisem producenta, które stanowią jedyny składnik kosztowy złożonej oferty.

(...) Poniżej dołączamy jako kolejny dowód otrzymaną na etapie ofertowania „Informację cenową DELL” wraz z tabelą (przełączniki światłowodowe DELL umieszczone są w tabeli na pozycji 1) z wyliczeniem ceny specjalnej zakupu dla Perceptron Sp. z o.o. na wszystkie elementy oferty DELL wraz z datą ważności oferty.

Z powyższego oświadczenia wykonawcy konkurencyjnego Odwołujący wnioskował, że:

A) Wykonawca błędnie utożsamia cały przedmiot zamówienia wyłącznie z jego częścią, która dotyczy świadczeń producenta Dell (wyrazy: „które stanowią jedyny składnik kosztowy złożonej oferty”, „na wszystkie elementy oferty DELL wraz z datą ważności oferty”) związaną z producentem

B) Wykonawca pomija konieczność wyjaśnienia i udowodnienia ceny lub kosztów usług, które nie są związane z producentem oprogramowania, a które ma wykonać Wykonawca takich jak: instalacja, konfiguracja, uruchomienie przełączników, instruktaż powdrożeniowy.

Ponadto, Odwołujący podniósł, że Wykonawca stwierdził: „Dodatkowo również informujemy, że zastosowano w kalkulacji preferencyjne warunki usługi instalacji sprzętu, korzystając z minimalnej stawki godzinowej obowiązującej w roku 2022.”

D) Wykonawca odnosi się wyłącznie do instalacji, a więc pomija konfigurację, uruchomienie przełączników, instruktaż powdrożeniowy, ale podaje same ogólniki i nie wyjaśniono co to jest „preferencyjna usługa instalacji sprzętu”,

E) Wykonawca nie wyjaśnił ceny ani kosztu, nie przedstawił żadnych dowodów ani wyjaśnień na temat liczby planowanych godzin wykonania instalacji, stawek, ani umowy o pracę lub współpracy mającej udowodnić koszt,

F) Wykonawca nie wyjaśnił ani nie udowodnił kosztu przygotowania oraz przeprowadzenia konfiguracji, uruchomienia przełączników, instruktarzy.

Powyższe potwierdza – w przekonaniu Odwołującego, że nie doszacowano kosztów realizacji umowy co oznacza, iż zaoferowana cena jest ceną rażąco niską i oferta podlega odrzuceniu.

Odwołujący wyjaśnił również, że był pytany również o rażąco niską cenę i w przeciwieństwie do Wykonawcy i odpowiedział pismem z 28 grudnia 2022 r. na wszystkie pytania Zamawiającego dotyczące:

- 1) sprzętu z gwarancją, wsparciem (tabela wiersz 1, strona 10, strona 13),
- 2) Pracochłonności usług własnych związanych z wykonaniem wszelkich prac tj. instalacją, konfiguracją i uruchomieniem, przeprowadzeniem instruktażu przedwdrożeniowego, świadczeniu usług gwarancyjnych i wszystkich wskazanych w OPZ usług,
- 3) założenia potrzeby pracy kierownika projektu - związanej m.in. z prowadzeniem projektu, przygotowywania cyklicznych raportów, prowadzenia dokumentacji projektowej itp. – tabela wiersz 2 i3, strona 10, w tym załączył umowy z pracownikami i złożył wyjaśnienia co do stawek wynagrodzenia i pozostałych kosztów (strona 14-18).

Tym samym, Odwołujący zarzucił, że:

- 1) Wykonawca złożył ogólne wyjaśnienia, fragmentaryczne, niewystarczające, nie poparte dowodami, inne zaś elementy złożonych wyjaśnień nie uwzględniały tematów, o które pytał Zamawiający wezwaniem z dnia 20 grudnia 2022 r., a które to również wynikały z SWZ,
- 2) Wyjaśnienia i braki dowodowe należało uznać za niewystarczające, niespójne i w części nieodnoszące się do zamówienia oraz wymagań Zamawiającego postawionych w tym zakresie,
- 3) Jeśli Odwołujący nie zgadzał się z treścią wezwania, to mógł na czynność Zamawiającego wnieść odwołanie – czego nie zrobił,
- 4) Zamawiający wzywał do wyjaśnienia i złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny – a nie uzyskał odpowiedzi.

Odwołujący w swoim odwołaniu powołał się również na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Zarzut III. Zarzuty będące konsekwencją powyższych zarzutów.

W konsekwencji powyższych zarzutów, Odwołujący przyjął, że Zamawiający nie powinien poprawiać oferty Wykonawcy, uznawać niewystarczających wyjaśnień i dowodów za wystarczające, nie powinien ocenić oferty Wykonawcy za zgodną z SWZ i nie powinien

wzywać Wykonawcy do złożenia podmiotowych środków dowodowych, przyznawać punktów ofercie Wykonawcy i ją wybierać.

Zamawiający stosując przepisy powinien wezwać Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, przyznać najwyższą liczbę punktów ofercie Odwołującemu i wybrać ofertę Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego - Zamawiający nie stosuje uczciwe przepisów (w myśl równego traktowania, zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności), ponieważ mimo wyraźnych postanowień dokumentacji postępowania, swojego wezwania, i przepisów prawa, zaniechuje ich stosowania lub stosuje je niewłaściwie wobec Wykonawcy w postępowaniu i daje mu nieuczciwą (nie wynikającą z przepisów dokumentacji i ustawy) przewagę przy dokonywaniu czynności i zaniechując odpowiednich czynności, opisanych wyżej w odwołaniu.

W dniu 25 stycznia 2023 r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Perceptron sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Pismem z dnia 1 lutego 2023 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, oferty Przystępującego, odwołania, zawiadomienia Zamawiającego skierowanego do Przystępującego z dnia 20 grudnia 2022 r. o poprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej, wezwania Zamawiającego z dnia 22 grudnia 2022 r. do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, odpowiedzi Przystępującego na to wezwanie z dnia 23 grudnia 2022 r. wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny, w tym z ofertą DELL, informacji Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 18 stycznia 2023 r., stanowiska Przystępującego z dnia 30 stycznia 2023 r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 1 lutego 2023 r., jak również na podstawie złożonych przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

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

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, art. 266 ustawy Pzp w związku z art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 5, pkt 8 i pkt 10 ustawy Pzp, art. 239 ustawy Pzp.

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

W zakresie niezbędnym do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy Izba ustaliła, że Zamawiający w rozdziale XV. pkt 1 SWZ dokonał opis sposobu obliczenia ceny i postanowił, że Wykonawca podaje cenę ofertową brutto na Formularzu Ofertowym, stanowiącym załącznik nr 3 do Specyfikacji.

Jednocześnie, Izba stwierdziła, że w powyższym Formularzu Ofertowym w pkt 1 wykonawcy byli zobowiązani złożyć oświadczenie, że oferują wynagrodzenie brutto za realizację przedmiotu zamówienia w wysokości:..... zł, w tym:

1) za dostawę Przełączników FC wraz z instalacją, konfiguracją i uruchomieniem w kwocie..... zł brutto * (* Zamawiający zastrzega, że wskazana przez Wykonawcę w formularzu oferty cena za dostawę urządzenia wraz z instalacją, konfiguracją i uruchomieniem nie może stanowić więcej niż 88 % oferowanej łącznej ceny brutto za wykonanie zamówienia);

2) za oferowany okres gwarancji wraz ze wsparciem technicznym w kwocie zł brutto.

Ustalono również, że Przystępujący w złożonym formularzu ofertowym w pkt 1 zaoferował kwotę 312 420, 00 zł, zaś w ppkt 1 tego formularza zadeklarował kwotę 307 500, 00 zł i w ppkt 2 kwotę 4 920, 00 zł.

Z powyższego zestawienia zaoferowanych cen wynika w sposób jednoznaczny, że Przystępujący wskazał w formularzu oferty cenę za dostawę urządzenia wraz z instalacją, konfiguracją i uruchomieniem na poziomie przekraczającym 88 % oferowanej łącznej ceny brutto za wykonanie zamówienia.

Wymaga zwrócenia uwagi, że powyższy stan rzeczy został przez Zamawiającego dostrzeżony, co potwierdziła jego interwencja w postaci podjęcia czynności zmierzających do poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w trybie przepisu art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, co znalazło odzwierciedlenie w piśmie z dnia 20 grudnia 2022 r.

Zamawiający w tym piśmie poinformował, że w toku badania oferty Przystępującego, sprawdzając prawidłowość wyliczeń stwierdził oczywistą omyłkę rachunkową.

Stwierdził przy tym, że dla uznania, że omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty, wystarczający jest fakt jej ustalenia podczas sprawdzania obliczeń zgodnie z podanym przez Zamawiającego sposobem obliczenia ceny oferty oraz możliwość jej jednoznacznego stwierdzenia. Zamawiający zauważył, że stwierdzenie omyłki rachunkowej następuje wtedy, kiedy przebieg działania matematycznego może być prześledzony i na podstawie reguł rządzących działaniem możliwe jest stwierdzenie błędu w jego wykonaniu.

Zamawiający uznał, że w formularzu ofertowym (załącznik nr 3 do SWZ) powinno być:

1. Oświadczam, że oferuję wynagrodzenie brutto za realizację przedmiotu zamówienia w wysokości: 312 420,00 zł, w tym:

1) za dostawę Przełączników FC wraz z instalacją, konfiguracją i uruchomieniem w kwocie 274 929,60 zł brutto * (* Zamawiający zastrzega, że wskazana przez Wykonawcę w formularzu oferty cena za dostawę urządzenia wraz z instalacją, konfiguracją i uruchomieniem nie może stanowić więcej niż 88 % oferowanej łącznej ceny brutto za wykonanie zamówienia);

2) za oferowany okres gwarancji wraz ze wsparciem technicznym w kwocie 37 490,40 zł brutto.

Przystępujący powyższą poprawkę Zamawiającego zaakceptował.

Przechodząc do omówienia zarzutu odwołania dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 266 ustawy Pzp w związku z art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 5 i pkt 10 ustawy Pzp należało odnieść się do wątku związanego z oceną możliwości wystąpienia oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie Przystępującego.

Stosownie do art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek.

Według zapatrywania Izby – Zamawiający dokonał bezzasadnego skorzystania z cyt. wyżej przepisu art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Powyższą ocenę Izby – potwierdza jednoznacznie stanowisko Przystępującego z dnia 30 stycznia 2023 r., który oświadczył, że „(...) W treści formularza ofertowego Przystępujący w punkcie 1. wskazał cenę 312.412,00 złotych brutto. Przedmiotowa cena obejmowała cały przedmiot zamówienia. W podpunkcie 1) i 2) punktu 1 formularza ofertowego należało przedmiotową cenę „podzielić” pomiędzy:

1) koszt dostawy Przełączników FC wraz z instalacją, konfiguracją i uruchomieniem oraz 2) koszt gwarancji wraz ze wsparciem technicznym.

Dla Przystępującego podział ten wydawał się sztuczny i nie mający żadnego znaczenia, zwłaszcza, że sam Przystępujący otrzymał od producenta sprzętu (firmę Dell) ofertę cenową obejmującą łącznie zarówno dostawę sprzętu wraz z gwarancją (w tym wsparciem technicznym), bez „rozbicia” tej ceny na koszt dostawy i koszt gwarancji. W związku z tym Przystępujący dokonał „podziału” zaoferowanej przez siebie w punkcie 1 ceny ofertowej na kwoty 307.500,00 złotych brutto za dostawę Przełączników FC wraz z instalacją, konfiguracją i uruchomieniem oraz kwotę 4.920,00 złotych brutto jako koszt gwarancji wraz ze wsparciem technicznym. Wolą Przystępującego było przy tym wskazanie maksymalnej kwoty za dostawą Przełączników FC wraz z instalacją, konfiguracją i uruchomieniem. Wypełniając formularz oferty Przystępujący przez nieuwagę nie dostrzegł, iż zgodnie z sugestią Zamawiającego powinien był wskazać cenę za dostawę Przełączników FC wraz z instalacją, konfiguracją i uruchomieniem na poziomie do 88 % oferowanej łącznej ceny brutto za wykonanie zamówienia. Gdyby tylko Przystępujący dostrzegł przedmiotową sugestię przy składaniu oferty wskazałby w ofercie w podpunkcie 1) punktu 1 oferty cenę za dostawę Przełączników FC wraz z instalacją, konfiguracją i uruchomieniem właśnie na takim poziomie – 88% ceny z punktu 1 (to jest kwotę 274.929,60 złotych brutto) w oraz w podpunkcie 2) punktu 1 oferty cenę za koszt gwarancji oferowany wraz ze wsparciem technicznym na poziomie 12% ceny z punktu 1 (to jest kwotę 37.490,40 złotych brutto).(…).

Zdaniem Izby – Przystępujący w tym oświadczeniu przyznał, że nie zapoznał się dokładnie z warunkami zamówienia i ze sposobem obliczenia ceny wymaganym treścią SWZ podnosząc, że jego wolą było wskazanie maksymalnej kwoty za dostawę Przełączników FC wraz z instalacją, konfiguracją i uruchomieniem, co uczynił deklarując na ten cel kwotę 307.500,00 złotych brutto, która to wartość nie spełniała cyt. wyżej warunku stanowiąc wartość większą niż 88 % oferowanej łącznej ceny brutto za wykonanie zamówienia.

Jednocześnie należy zaznaczyć, że Przystępujący potwierdził swój zamiar zadeklarowania kwoty w wysokości 4 920,00 zł przeznaczonej na poczet kosztów gwarancji

wraz ze wsparciem technicznym na minimalnym poziomie, abstrahując w ten sposób od spornego zastrzeżenia Zamawiającego.

Z powyższych przyczyn Zamawiający nie opierając się jedynie na wyartykułowanej woli Przystępującego na gruncie złożonej oferty, a jednocześnie nie znając prawdziwej jego woli zastosował sanacyjny przepis art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, który ma wyjątkowe zastosowanie i można z niego skorzystać jedynie w okolicznościach wystąpienia oczywistej omyłki rachunkowej.

W przekonaniu Izby – w przedmiotowej sprawie nie zachodziła taka sytuacja, jak opisana w powyższym przepisie, bowiem wolą Przystępującego było złożenie oferty z cenami jak zadeklarował w formularzu. Jednocześnie istotne jest, że suma cen jednostkowych z ppkt 1 i 2 tego formularza dawały cenę odpowiadającą wartości z pkt 1 formularza ofertowego, nie było zatem konsekwencji rachunkowych.

Nie jest również prawdziwe twierdzenie Zamawiającego, że jedynie suma dwóch podanych i poprawionych przez niego cen, dawała poprawny wynik. Prawdą jest natomiast, że tych wskazań wartościowych mogło być w zasadzie nieskończenie wiele, na co zwrócił uwagę Odwołujący w swoim odwołaniu (vide: pkt 6 ppkt 5, strona 5 odwołania).

Na szczególną uwagę zasługuje również fakt, że Zamawiający nie prowadził żadnego postępowania wyjaśniającego treść oferty, co ewentualnie pozwoliłoby mu na poznanie rzeczywistej woli Przystępującego.

Wobec powyższego – zdaniem Izby - Zamawiający nie mógł wiedzieć jakie byłyby prawidłowe wartości spornych cen z oferty Przystępującego.

Według Izby - Zamawiający w istocie przeprowadził z Przystępującym negocjacje zmierzające do zmiany cen ofertowych, w warunkach gdy do poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej brak było zarówno podstaw prawnych, jak i podstaw faktycznych.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Jeżeli zatem, poprawienie przez Zamawiającego wartości cen ofertowych było bezzasadne, a doszło do złamania przez Przystępującego warunku zamówienia będącego powołanym na wstępie zastrzeżeniem, że wskazana przez Wykonawcę w formularzu oferty

cena za dostawę urządzenia wraz z instalacją, konfiguracją i uruchomieniem nie może stanowić więcej niż 88 % oferowanej łącznej ceny brutto za wykonanie zamówienia i doszło również do błędnego obliczenia cen jednostkowych w sposób sprzeczny z tym zastrzeżeniem, to zaistniały przesłanki do zastosowania przepisów art. 226 ust. 1 pkt 5 i pkt 10 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,
- 10) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

W dalszej kolejności rozpoznaniu przez Izbę podlegał zarzut istnienia rażąco niskiej ceny w stosunku do oferty Przystępującego.

Izba ustaliła, że Przystępujący zaoferował cenę brutto za realizację przedmiotu zamówienia w wysokości 312 420, 00 zł. Bezsporne w sprawie jest, że zaistniały przesłanki do zbadania przez Zamawiającego możliwości wystąpienia w ofercie Przystępującego rażąco niskiej ceny.

Stosownie do art. 224 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 w ust. 2 tego przepisu ustawodawca przewidział, że w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) 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;

- 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.

W omawianym przypadku całkowita cena ofertowa Przystępującego była poniżej 30% wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania.

Izba ustaliła, że Zamawiający w nawiązaniu do treści złożonej przez Przystępującego oferty, zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, wezwał go pismem z dnia 22 grudnia 2022r. do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (wyliczenia ceny, kosztu).

Zamawiający w piśmie tym wskazał, że zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub inne 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.

Cena całkowita złożonej przez Państwa oferty (312 420 zł brutto) jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania (691 860,40 zł brutto).

Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na Wykonawcy.

Stosownie do zapisów art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają rażąco niskiej ceny lub kosztu tej oferty.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący pismem z dnia 23 grudnia 2023 r. udzielił wyjaśnień do zapytania odnoszącego się do rażąco niskiej ceny, załączając ofertę DELL sp. z o.o. z dnia 5 grudnia 2022 r. podnosząc, co następuje:

„W odpowiedzi na pismo z dnia 2022.12.22 dotyczące wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w tym dowodów w procedurze zakupowej prowadzonej w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania „Dostawa przełączników FC” dla NFZ nr postępowania: BAG-SZP.261.1.38.2022 informujemy, że Perceptron Sp. z o.o. posiada status partnerski firmy DELL w zakresie dostaw sprzętu, oprogramowania i świadczenia usług serwisowych uprawniający do procedowania cen specjalnych zarówno na sprzęt i rozszerzony serwis, co skutkuje złożeniem najlepszej cenowo oferty.

W celu potwierdzenia uzyskania cen specjalnych (numer specjalnej oferty: 54500390) na oferowane przełączniki światłowodowe DELL wraz z 60 miesięcznym serwisem i gwarantowanym czasem naprawy przedkładamy w załączeniu pismo od producenta oferowanego sprzętu, firmy DELL Polska Sp. z o.o., jako dowód na potwierdzenie

otrzymanej przez nas ceny specjalnej. Jest to również dowód na to, że to Perceptron Sp. z o.o. jako jedyny partner DELL uzyskał ceny specjalne na realizację powyższego referencyjnego zadania wraz z rozszerzonym na pięć lat serwisem producenta, które stanowią jedyny składnik kosztowy złożonej oferty. Dodatkowo również informujemy, że zastosowano w kalkulacji preferencyjne warunki usługi instalacji sprzętu, korzystając z minimalnej stawki godzinowej obowiązującej w roku 2022.

Poniżej dołączamy jako kolejny dowód otrzymaną na etapie ofertowania „Informację cenową DELL” wraz z tabelą (przełączniki światłowodowe DELL umieszczone są w tabeli na pozycji 1) z wyliczeniem ceny specjalnej zakupu dla Perceptron Sp. z o.o. na wszystkie elementy oferty DELL wraz z datą ważności oferty.”.

Mając na uwadze powyższą treść wezwania Zamawiającego oraz wyjaśnienia Przystępującego wraz z powyższą ofertą należało dojść do wniosku, że nie zostało obalone domniemanie możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny, bowiem przedmiotowe wyjaśnienia nie odnoszą się do wszystkich elementów cenowych, a w szczególności kosztów osobowych związanych z czynnościami koniecznymi przy realizacji zamówienia takimi jak: instalacja, konfiguracja, uruchomienie, a także instruktaż powdrożeniowy, a także brak jest określenia przez wykonawcę poziomu oczekiwanego zysku na kontrakcie.

Wymaga podkreślenia, że Przystępujący nie wykazał powyższych kosztów za którymi kryje się kwota 17 220, 00 zł, a na uwagę zasługuje również, że pozostali wykonawcy, którzy udowadniali brak istnienia w ich ofertach rażąco niskich cen takie koszty osobowe szczegółowo specyfikowali.

Biorąc jednak pod uwagę, że Zamawiający skierował do Przystępującego bardzo ogólne wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, a Przystępujący uznał, że koszty osobowe w porównaniu do wartości oferty Dell nie mają większego znaczenia i je pominął w wyjaśnieniach, Izba uznała, że okoliczność ta nie może obciążać wykonawcy i Zamawiający będzie zobowiązany do ponownego wezwania wykonawcy do wyjaśnienia powołanych wyżej kosztów osobowych.

Rozważając znaczenie przepisu art. 224 ust .1 ustawy Pzp istotne jest, że odnosi się o on zarówno do zaoferowanej ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, a zatem już sam koszt jednostkowy, który może determinować powstanie rażąco niskiej ceny i z tego powodu powinien być w tej sprawie przedmiotem badania i dociekań Zamawiającego.

Nie do zaakceptowania jest sytuacja, w której Zamawiający nie ma pełnej wiedzy co do wszystkich skalkulowanych przez wykonawcę kosztów. Powyższa wiedza powinna mieć

oparcie w konkretnych obiektywnych danych, które mogą następnie podlegać dalszej weryfikacji przez Zamawiającego, gdyby okazały się nierealne.

Wobec powyższego należało przyjąć, że Zamawiający naruszył przepis art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, który stanowi, że 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, bowiem nie stworzył on warunków umożliwiających ocenę przesłanek prawnych z tego przepisu.

W konsekwencji ten stan rzeczy również wpłynął na przedwczesność decyzji Zamawiającego w postaci zaniechania rozważenia przez niego możliwości wystąpienia okoliczności wynikających z przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zgodnie z którym to przepisem Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Rezultatem powyższych stwierdzonych przez Izbę naruszeń przepisów ustawy Pzp było naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 126 ust. 1 i art. 239 ustawy Pzp, które to przepisy mogłyby zostać zastosowane w przedmiotowym przetargu, a także naruszenie art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, gdzie wszyscy wykonawcy konkurencyjni złożyli oferty nie dotknięte wskazywanymi przez Izbę wadami, a także udowodnili swoje koszty osobowe, a jednak żadna z tych ofert nie została uznana za najkorzystniejszą.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 589 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

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

Przewodniczący:.....