

Sygn. akt KIO 1021/18

WYROK

z dnia 8 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Zuzanna Idźkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 czerwca 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 maja 2018 r. przez wykonawcę **eWINit Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **4 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą we Wrocławiu**

przy udziale wykonawcy **NEWIND S.A. z siedzibą we Wrocławiu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **eWINit Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** 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 **eWINit Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **eWINit Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** na rzecz zamawiającego: **4 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą we Wrocławiu** kwotę **3 598,98 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt osiem złotych, dziewięćdziesiąt osiem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

4 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą we Wrocławiu, dalej: „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa urządzeń infrastruktury sieciowej wraz z niezbędnym oprogramowaniem*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 24 kwietnia 2018 r. pod numerem 549714-N-2018.

W dniu 22 maja 2018 r. wykonawca eWINit Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, dalej: „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 87 ust. 1 w zw. z art. 87 ust 2 pkt 1 ustawy Pzp przez niedopuszczalne prowadzenie pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą NEWIND S.A. z siedzibą we Wrocławiu, dalej: „NEWIND”, negocjacji dotyczących złożonej przez tego wykonawcę oferty oraz w oparciu o przeprowadzone negocjacje poprawienie omyłki pisarskiej, gdy w ofercie wykonawcy nie zaistniała omyłka pisarka, co w konsekwencji skutkowało dokonaniem niedopuszczalnej istotnej zmiany treści jego oferty,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy NEWIND, w sytuacji gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej: „SIWZ”,
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy NEWIND, zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
4. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp polegające na nieujawnieniu treści wyjaśnień złożonych przez NEWIND w zakresie dotyczącym rażąco niskiej ceny, pomimo iż dotyczą one ceny, której to części oferty w świetle ustawy Pzp nie może zastrzec jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa;
5. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp polegające na uznaniu, iż NEWIND wykazał, że tajemnicą przedsiębiorstwa są złożone przez niego wyjaśnienia dotyczące treści oferty - Załącznika nr 2, a w konsekwencji, nie ujawnił treści złożonych wyjaśnień, gdy z samej istoty wyjaśnień wynika, iż mają one stanowić jedynie wytłumaczenie złożonej uprzednio treści oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy NEWIND, nakazanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oraz zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od Zamawiającego na rzecz Odwołującego.

Odwołujący wskazywał, że pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą doszło do prowadzenia negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz do dokonania zmiany jej treści, co zgodnie z art. 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp uznać należy za niedopuszczalne. W jego ocenie, Zamawiający, w oparciu o złożone przez wykonawcę wyjaśnienia, dokonał zmian w treści złożonej oferty, kwalifikując wyjaśnienia wykonawcy jako sprostowanie oczywistej omyłki pisarskiej, dokonywanej w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Skoro Zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnienia treści oferty, to *a limine* wyłączył przymiot oczywistości w kontekście omyłki pisarskiej. Ponadto, błędu (niezgodności treści oferty z treścią SIWZ), którego dopuścił się wykonawca nie sposób zaliczyć do kategorii omyłki pisarskiej. Omyłką pisarską jest bowiem błąd pisarki, np. ortograficzny, gramatyczny, interpunkcyjny, literowy. Tymczasem wykonawca w treści Załącznika nr 2 nie wskazał wymaganych przez Zamawiającego modeli komponentów cenotwórczych. Mając na uwadze treść wezwania Zamawiającego oraz złożone przez wykonawcę wyjaśnienia uznać należy, iż w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp została spełniona przesłanka do odrzucenia oferty, z uwagi na fakt, iż jej treść nie odpowiadała treści SIWZ. Treścią oferty jest oznaczenie i wskazanie przez wykonawcę oferowanych urządzeń, co wykonawca NEWIND uczynił dopiero po wezwaniu Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podnosił również, że wykonawca NEWIND zaoferował w Załączniku nr 2 do SIWZ w pozycji 5.2 wsparcie pięcioletnie dla Systemu kontroli dostępu do sieci serwis producenta Aruba o modelu Aruba 5Y FC 24x7 5K Vrtl App E-LTU SVC w cenie 16 563,18 zł brutto. Wskazana cena w rażąco sposób odbiega od ceny jaką zaoferował Odwołujący (47 260,29 zł brutto). Bazując na doświadczeniach Odwołującego, należy przypuszczać, że cena zaoferowana przez NEWIND S nie jest możliwa do uzyskania w kanale sprzedaży rozwiązań HPE/Aruba. Wzbudziło to wątpliwości Odwołującego, czy NEWIND będzie w stanie zrealizować przedmiot zamówienia w tym zakresie zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Odwołujący podkreślał także, że wykonawca, składając ofertę, nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 Pzp, a więc m.in. informacji dotyczącej ceny. Informacja ta, niezależnie od zastrzeżenia wykonawcy oraz ustalenia, iż stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, musi zostać ujawniona przez Zamawiającego. Nieujawianie informacji dotyczącej ceny, wyjaśnień jej dotyczących należy uznać za dokonane wbrew art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Wyjaśnienia bowiem dotyczące jawnej ceny, nie mogą stanowić tajemnicy

przedsiębiorstwa, podlegającej utajnieniu, w rozumieniu art. 11 pkt. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Również wyjaśnienia treści oferty w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia nie mogą podlegać utajnieniu. Odwołujący podnosił, że pierwotnie oferta w tym zakresie nie została zastrzeżona przez NEWIND. Tym samym wykonawca uznał, iż ta część nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa. Biorąc pod uwagę powyższe, za niedopuszczalną należy uznać sytuację, w której wyjaśnienia dotyczące ujawnionej części oferty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca NEWIND S.A. z siedzibą we Wrocławiu, dalej również: „Przystępujący”, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożonej przez Przystępującego, wyjaśnień Przystępującego udzielonych pismem z dnia 11 maja 2018 r., informacji Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 5 czerwca 2018 r.

Odnosnie wniosku Przystępującego o wyłączenie jawności rozprawy, Izba uznała, że brak jest podstaw formalno-prawnych do jego uwzględnienia. Zgodnie z art. 189 ust.6 ustawy Pzp Izba na wniosek strony lub z urzędu wyłącza jawność rozprawy w całości lub w części, jeżeli przy rozpoznawaniu odwołania może być ujawniona informacja stanowiąca tajemnicę chronioną na podstawie odrębnych przepisów inna niż informacja niejawną w rozumieniu przepisów o ochronie informacji niejawnych. Rozprawa odbywa się wówczas wyłącznie z udziałem stron lub ich pełnomocników. Uprawnionymi do wnioskowania o wyłączenie jawności rozprawy są więc strony postępowania lub ich pełnomocnicy. W związku z powyższym w przypadku uwzględnienia takiego wniosku uprawnionym do uczestniczenia w rozprawie byłby tylko Odwołujący i Zamawiający (strony postępowania odwoławczego), a nie Przystępujący, o co wnioskował sam wykonawca NEWIND. Ponadto, Izba wskazuje, że wszelkie informacje przedstawione przez wykonawcę muszą być znane

zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania, celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego odrzucenia oferty. Rozprawa przed Krajową Izbą Odwoławczą nie może stanowić kolejnego etapu procedury określonej w art. 87 ust. 1 czy też art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp. Zatem, Przystępujący nie może przedstawiać nowych dowodów czy podnosić nowych okoliczności, zwłaszcza jeżeli zawierałyby one nieznane zamawiającemu w dacie rozstrzygnięcia postępowania informacje.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Zamówienie obejmuje dostawę urządzeń infrastruktury sieciowej wraz z niezbędnym oprogramowaniem. Przedmiot zamówienia został opisany w rozdziale V specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej: „SIWZ” oraz załączniku nr 2 do SIWZ. Zgodnie z rozdziałem IV pkt 2.2. SIWZ wraz z ofertą należało złożyć wypełnione *Zestawienie asortymentowo – cenowe*, stanowiące Załącznik nr 2 do SIWZ. Wykonawca wypełniając ww. załącznik był zobowiązany wskazać w odniesieniu do wymienionych urządzeń: wartość jednostkową netto, cenę jednostkową brutto, wartość netto, cenę brutto oraz model.

Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na kwotę 251.909,50 zł. Według informacji zamieszczonej w protokole postępowania, podstawą ustalenia wartości zamówienia była analiza aktualnych cen rynkowych. Podana przez Zamawiającego przed otwarciem ofert kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to 309.848,69 zł.

W wyznaczonym terminie złożono 2 oferty: wykonawcy NEWIND S.A. z siedzibą we Wrocławiu na kwotę 153.678,66 zł oraz wykonawcy eWINit Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu na kwotę 254.901,51 zł.

Pismem z dnia 9 maja 2018 r. Zamawiający wezwał wykonawcę NEWIND do wyjaśnień treści oferty w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia, wskazując, że w Załączniku nr 2 w pozycji:

- pkt. 2.1. - wykonawca nie wskazał modelu;
- pkt 2.2. - wykonawca nie wskazał modelu;
- pkt. 3.1. - wykonawca nie wskazał modelu, wykonawca wskazał model podstawki zamiast punktu dostępowego;
- pkt. 3.2. - wykonawca nie wskazał modelu, wykonawca wpisał licencję zamiast podstawki;
- pkt. 4.1. - wykonawca nie wskazał modelu, wykonawca wpisał wsparcie zamiast licencji.

Wykonawca NEWIND został równocześnie wezwany do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w tym do złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu.

Przystępujący złożył stosowne wyjaśnienia w wyznaczonym terminie, zastrzegając je jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 17 maja 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy NEWIND S.A. z siedzibą we Wrocławiu.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba uznała wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania złożony na rozprawie za bezprzedmiotowy. Odwołanie co do zasady rozpoznawane jest na jawnej rozprawie, którą poprzedza posiedzenie niejawne, mające na celu ustalenie, czy nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania. Zatem, wniosek Zamawiającego winien być złożony na posiedzeniu. Ponadto, skoro Izba skierowała sprawę na rozprawę, to niewątpliwie ustaliła, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania określone w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Jednak, jak stanowi ust. 2 art. 180, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; 2) określenia warunków udziału w postępowaniu; 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; 4) odrzucenia oferty odwołującego; 5) opisu przedmiotu zamówienia; 6) wyboru najkorzystniejszej oferty. W postępowaniach, dla których wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, jak w niniejszym stanie faktycznym, odwołanie przysługuje m.in. w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty (art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp).

Izba stoi na stanowisku, że przy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp zasadne jest uwzględnienie także innych powinności ciążących na zamawiającym, a wynikających wprost z ustawy Pzp. Oznacza to, że w powyższym zakresie na zamawiającym ciąży również pewne obowiązki związane z badaniem oferty pod kątem jej odrzucenia. Dlatego też, przez wybór najkorzystniejszej oferty należy rozumieć wszelkie zachowania zamawiającego w ramach etapu badania i oceny ofert,

które doprowadziły zamawiającego do podjęcia takiej decyzji. W związku z powyższym, Izba doszła do przekonania, że o ile przesłanka z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, choć wprost nie obejmuje możliwości zaskarżania wezwania do złożenia wyjaśnień oferty czy poprawienia omyłki, to jednak w zakres badania i oceny oferty wchodzi możliwość kwestionowania wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, jak również poprawienia omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp nie potwierdził się. Oś sporu dotyczyła wezwania Zamawiającego do wyjaśnień w zakresie pozycji 2.1, 2.2, 3.1, 3.2, 4.1 Zestawienia asortymentowo-cenowego przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 2 do SIWZ), przedłożonego wraz z ofertą wykonawcy NEWIND, a w konsekwencji poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że wykonawca NEWIND w Załączniku nr 2 w kolumnie „model” wskazał:

- W pkt 2.1: Moduł optyczny SFP+ 10G LR 1310nm 10km DDM LC;
- W pkt 2.2: Kabel pasywny DAC/TWINAX SFP+/SFP+ 10Gb/s o długości 1 m;
- W pkt 3.1: AP-220-MNT-W1W Flat Surface Wall/Ceiling White AP Basic Flat;
- W pkt 3.2: Aruba LIC-AW Aruba Airwave with RAPIDS and VisualRF 1 Device License E-LTU;
- W pkt 4.1: Aruba 1Y FC 24x7 Airwave 1 Dev E-LTU SVC.

Następnie w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, wykonawca NEWIND potwierdził, że zaoferowane w punkcie 2.1 i 2.2 modele są prawidłową nazwą modelu, a model wskazany w pkt 3.1 jest nazwą wspólną dla modelu punktu dostępowego i modelu podstawki i został zaoferowany jako zestaw, co potwierdza załączone oświadczenie dostawcy. Wyjaśnił też, że w trakcie edycji dokumentu wiersze 3.1. i 3.2 nie zostały scalone i przez to w poz. 3.2 pojawił się model licencji, który dotyczy poz. 4.1. Potwierdził, że w ramach realizacji zamówienia dostarczy wskazaną licencję, która wraz ze wsparciem została prawidłowo skalkulowana w poz.4.1. Poprzez błąd w edycji dokumentu licencje znalazły się omyłkowo w poz. 3.2 a nie w poz. 4.1. Po uzyskaniu wyjaśnień, Zamawiający poprawił Załącznik nr 2 Przystępującego jako oczywistą omyłkę pisarską.

Przedstawiony pierwotnie Załącznik nr 2 wykonawcy NEWIND mógł rzeczywiście wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, co uprawniało go do skorzystania z trybu określonego w art. 87 ustawy Pzp. Przepis ten umożliwia ustalenie czy doszło po stronie sporządzającego ofertę do omyłki czy było to wynikiem jego celowego działania. W przypadku powstania u zamawiającego jakichkolwiek wątpliwości co do sformułowań zawartych w treści oferty, zamawiający ma możliwość żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści ofert, co wynika z art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp. Izba nie podzieliła stanowiska Odwoływającego, że poprawienie oferty Przystępującego było negocjowaniem jej treści. Zamawiający nie doprowadził do niedozwolonych negocjacji co do oferowanych urządzeń. Wykonawca NEWIND składając wyjaśnienia potwierdził, że nazwa modelu z pozycji 2.1. i 2.2 Załącznika nr 2 jest prawidłowa. Równocześnie wskazał, że nazwa modelu w pozycji 3.1 Załącznika nr 2 jest wspólną nazwą modelu dla punktu dostępowego oraz podstawki i stanowi zestaw. Ponadto, oświadczył, że model licencji podany w pozycji 3.2 Załącznika nr 2 dotyczy pozycji 4.1. Przystępujący nie wprowadził żadnych nowych danych do formularza będącego przedmiotem sporu. Uwzględnienie wyjaśnień, które mają oparcie w ofercie i nie wprowadzają do niej treści niedającej się wyprowadzić z informacji w ofercie podanych, nie może być uznane za negocjowanie treści oferty. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby zamawiający wziął pod uwagę wyjaśnienia wykonawcy, które nie zmieniają pierwotnego oświadczenia woli, a jedynie pozwalają upewnić się co do jego rzeczywistej treści. Wyjaśnienia z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp stanowią narzędzie pozwalające zamawiającemu uzyskać pewność co do tego, czy oferta podlega odrzuceniu. Czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp winna poprzedzić wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Nadto, wskazać należy, że obowiązek poprawy omyłek powstaje niezależnie od prawa do wyjaśnienia treści ofert, a poprawienie omyłek nie wyklucza poprzedzenia tej czynności wyjaśnieniami, o ile nie są uzupełnieniem treści oferty. Izba przyznaje, że oferta Przystępującego była sporządzona niedbale. Jednakże sam fakt niestarannego sporządzenia oferty nie może przesądzać o jej sprzeczności z postanowieniami SIWZ i niemożliwości poprawy stwierdzonych omyłek. Skoro ustawodawca dał możliwość poprawy omyłek złożonej oferty to nie sposób uznać, że formalizm oceny ofert winien być jedynym miernikiem wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odnosząc się do możliwości poprawy omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp Izba wskazuje, że Zamawiający nie był uprawniony do poprawienia omyłki pisarskiej. Niemniej po udzielonych wyjaśnieniach miał wszelkie niezbędne dane, aby dokonać poprawy oferty Przystępującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W przepisie tym nie ma mowy o oczywistości omyłki, może być to omyłka nieoczywista, ważne, żeby jej poprawa nie powodowała istotnych zmian w treści oferty, co w ocenie Izby miało miejsce w badanym stanie

faktycznym. Zamawiający bowiem ustalając, że oświadczenie o przedmiocie zamówienia wynikające z pkt 3-4 Załącznika nr 2 jest oświadczeniem zgodnym z rzeczywistą wolą Przystępującego, mógł już bez uciekania się do dalszych wyjaśnień wykonawcy samodzielnie poprawić ofertę w zakresie pkt 3-4 Załącznika nr 2. W ocenie Izby nie ma zakazu dokonywania poprawy omyłek innych niż oczywista omyłka pisarska i rachunkowa, także dotyczących przedmiotu oferowanego zamówienia, o ile nie dochodzi w ten sposób do wytworzenia nowego oświadczenia woli, które nie tkwiło pierwotnie w złożonej ofercie. Skoro Zamawiający wymagał podania jedynie modelu, a nie numeru katalogowego urządzenia, nie można uznać, że nazwy modelu punktu dostępowego oraz podstawki muszą się różnić. W ocenie Izby, nazwy te mogą być tym bardziej tożsame, jeśli są oferowane w zestawach, a Zamawiający nie oczekiwał podania numeru identyfikującego produkt. Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że Zamawiający winien zastosować art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Niemniej inna podstawa prawna poprawienia omyłki nie ma i nie może mieć wpływu na wynik postępowania w niniejszym stanie faktycznym, zważywszy na fakt, że Zamawiający prawidłowo zaniechał zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba uznała ponadto, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp związany z poprawieniem Załącznika nr 2 w poz. 4.1 (wskazanie dwóch modeli: licencji i wsparcia) nie był formalnie podniesiony przez Odwołującego w odwołaniu, zaś niedopuszczalne byłoby rozszerzenie zarzutów w toku rozprawy. Nie mogła zatem być brana pod uwagę argumentacja podniesiona dopiero na rozprawie w odniesieniu do ww. kwestii – w istocie stanowiła ona niedopuszczalne, w myśl art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, rozszerzenie zarzutów odwołania.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia wskazać należy, co następuje. W niniejszym stanie faktycznym niewątpliwie cena zaoferowana przez wykonawcę NEWIND jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług. Zatem, należało wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Przystępujący w wyznaczonym terminie złożył stosowne wyjaśnienia, które zawierają m.in. koszty bezpośrednie, pośrednie, zakładają ryzyko oraz planowany zysk. W treści złożonych wyjaśnień wykonawca NEWIND nie tylko przedstawił kalkulacje kosztowe w postaci tabeli, ale omówił także koszty poszczególnych pozycji (koszty dostawy urządzeń infrastruktury sieciowej wraz z niezbędnym oprogramowaniem, koszty świadczenia usług serwisu w ramach gwarancji, szkoleń, wsparcia technicznego) oraz załączył stosowne oświadczenie od dostawcy rozwiązań sieciowych. Reasumując, przedstawił sposób kalkulacji ceny, który potwierdził jej realność.

Izba doszła więc do przekonania, że Zamawiający uprawniony był do uznania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a zaoferowana cena jest ceną realną, gwarantującą

prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia, przy jednocześnie zakładanym zysku. Ustawa Pzp nie definiuje rażąco niskiej ceny, niemniej punktem odniesienia winien być przedmiot zamówienia. Zatem, należy przyjąć, że rażąco niska cena to taka, która jest niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej. Nie wystarczy więc, aby cena zasadniczo odbiegała od wartości zamówienia. Istotne, aby była to cena taka, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby nieopłacalne. Musi to być cena rażąco niska w stosunku do konkretnego przedmiotu zamówienia, uwzględniającego specyfikę rynku.

Ponadto, zgodnie z art. 90 ust.1 ustawy Pzp przesłanką wszczęcia procedury wyjaśniającej w tym trybie jest konieczność powzięcia wątpliwości co do całości ceny bądź co najmniej co do jej istotnych części składowych. Muszą to być pozycje znaczące w odniesieniu do całości przedmiotu zamówienia. Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał, aby kwestionowana przez niego pozycja w pkt 5.2 Załącznika nr 2 i wynosząca 16.563,18 zł miała stanowić istotną część składową ceny globalnej. Zestawiając tę wartość z ceną całej oferty Przystępującego, to jest kwotą 153.678,66 zł, należało dojść do wniosku, że nie jest to wartość, której można przypisać cechę istotności.

W związku z powyższym, należało uznać zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp za bezzasadny.

Izba podzieliła natomiast co do zasady stanowisko Odwołującego odnośnie odmowy ujawnienia złożonych przez Przystępującego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz wyjaśnień dotyczących Załącznika nr 2. W ocenie Izby brak było podstaw do zastrzeżenia tych wyjaśnień w całości jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Za niedopuszczalną praktykę należy uznać zastrzeganie całego pliku dokumentów, jeżeli znajdują się w nim informacje różnej wagi, także nieposiadające cech tajemnicy przedsiębiorstwa. Przystępujący objął tajemnicą przedsiębiorstwa również uzasadnienie jej zastrzeżenia, które Izba uznaje za niezasługujące na ochronę, ale ze względu na zakres zarzutu odwołania nie rozstrzyga o zasadności jego zastrzeżenia (zarzut został podniesiony dopiero na rozprawie).

W zakresie wyjaśnień dotyczących Załącznika nr 2 Przystępującego Izba uznaje, iż prócz oświadczenia dostawcy sprzętu, nie pojawiły się jakiegokolwiek nowe informacje, które były zastrzeżone w pierwotnym załączniku. Zatem, nie została spełniona jedna z przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. nieujawnienie informacji do wiadomości publicznej. Odnośnie zaś wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie sposób przyznać racji Odwołującemu, że wszelkie wyjaśnienia dotyczące ceny, z uwagi na art. 86 ust. 4 ustawy Pzp, nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny, choć stanowią informacje

dotyczące ceny, nie mogą być kwalifikowane jako elementy określone w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp. Zarówno sposób kalkulacji ceny, jak i poszczególne czynniki cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego dla sprawdzenia, czy cena oferty nie jest ceną rażąco niska, mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby w niniejszym stanie faktycznym jedynie wyliczenia, konkretne stawki oraz nazwy dostawców mogły być przedmiotem ochrony.

Niemniej, odtajnienie i udostępnienie informacji, które nie mają charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa, nie ma i nie może mieć wpływu na wynik postępowania, zważywszy na fakt, że Odwołujący podniósł zarzut rażąco niskiej ceny oraz niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. W związku z powyższym nakazanie odtajnienia zastrzeżonych elementów wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz Załącznika nr 2 nie doprowadzi do zmiany wyniku postępowania, a ewentualne odwołanie oparte na tych samych okolicznościach faktycznych podlegałoby odrzuceniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 7 500,00 zł oraz kwotę 3 598,98 zł, stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: