

WYROK
z dnia 19 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 października 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 września 2020 r. przez Odwołującego – **ICTGROUP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Upalna 1a/50, 15-668 Białystok

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gminę Miasto Gdańsk, Gdańskie Centrum Informatyczne**, ul. Prof. Witolda Andruszkiewicza 5, 80-601 Gdańsk

przy udziale

Wykonawcy – **ITgrator Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** ul. Śnieżna 18, 30-822 Kraków zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – ICTGROUP Sp. z o.o. i:

- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – ICTGROUP Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2 zasądza od Odwołującego – ICTGROUP Sp. z o.o. na rzecz Zamawiającego – Gminy Miasto Gdańsk, Gdańskie Centrum Informatyczne kwotę 3884,00 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące osiemset osiemdziesiąt cztery złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika, kosztami dojazdu na posiedzenie oraz opłatą skarbową.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2481/20

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Gdańskie Centrum Informatyczne na zadanie: *zapewnienie asysty technicznej i wsparcia dla oprogramowania do przyjmowania zgłoszeń od użytkowników oraz kontroli ich realizacji* (nr postępowania ZP/11/U/2020/D), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 02.09.2020r., Nr 580650-N-2020, wobec zaniechania ujawnienia informacji zastrzeżonych w wyjaśnieniach Wykonawcy ITgrator Sp. z o.o. oraz czynności badania i wyboru tej oferty, Wykonawca ICTGROUP Sp. z o.o. wniósł w dniu 29 września 2020 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2481/20).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez wadliwą ocenę oferty Wykonawcy ITgrator i jej wybór;
2. art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia informacji zastrzeżonych przez Wykonawcę ITgrator jako tajemnica przedsiębiorstwa (odpowiedź z dnia 21.09.2020r. w zakresie rażąco niskiej ceny), pomimo iż zastrzeżenie takie nie było skuteczne, gdyż Wykonawca w terminie nie wykazał (udowodnił), że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ITgrator zawierającej rażąco niską cenę;
4. art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ze względu na zaniechanie odrzucenia oferty złożonej, jako oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji;
5. art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ITgrator, mimo że złożone przez tego wykonawcę w toku postępowania wyjaśnienia nie dają powodu do przyjęcia, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska;
6. art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione dokonanie zmiany treści oferty wykonawcy ITgrator poprzez poprawienie omyłki rachunkowej w sytuacji, w której nie zostały spełnione przesłanki pozwalające na zastosowanie tego przepisu i tym samym zaniechanie odrzucenia oferty niezgodnej z treścią siwz;
7. art. 91 ust. 1 z względu na wybór oferty, która podlega odrzuceniu;
8. w konsekwencji powyższego naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości oraz wybór oferty złożonej przez wykonawcę wybranego niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie dokonania ponownej oceny ofert i odrzucenie oferty ITgrator oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego.

Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 24.09.2020 r. drogą elektroniczną.

Uzasadnienie zarzutów.

Zarzut naruszenia art. 8 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 25.09.2020 r., dzień po wyborze oferty najkorzystniejszej odmówił udostępnienia odpowiedzi wykonawcy ITgrator z dnia 21.09.2020r. w pełnym zakresie (wyjaśnienia dotyczące ceny), z uwagi na zastrzeżenie informacji zawartych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołujący przywołał obszerne fragmenty z wyroków Izby, w których podkreśla się znaczenie obowiązku spoczywającego na wykonawcy wykazania, iż informacje objęte zastrzeżeniem stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co powinno nastąpić nie później, niż w momencie przekazywania tych informacji zamawiającemu. Nie można uznać za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa informacje, co do których wykonawca jedynie oświadczył, że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie podejmując działań mających na celu ich ochronę. Odwołujący wnosi do Izby o weryfikację skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wykazania takiego zastrzeżenia, w tym w szczególności w zakresie przedstawienia dowodów potwierdzających podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 oraz art. 3 ust. 1 art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Jako rażąco niską Odwołujący wskazał cenę z pozycji 5 tabeli nr 1 wskazując na marże wykonawcy przyjętą w tej pozycji na poziomie „-28,914%”, którą wyliczył na podstawie cenników dystrybutora MWT Solutions s.a. i programów partnerskich dystrybutora, powszechnie dostępnych. Zdaniem Odwołującego wykonawca zastosował niedozwolone praktyki manipulowania cenami składowymi (tu poz. nr 5). Nie ma możliwości, aby wykonać przedmiot zamówienia objęty poz. nr 5 bez poniesienia straty. Działanie wykonawcy wskazuje nie tylko na rażąco niską cenę oferty, ale również jest przejawem naruszenia dobrych obyczajów obowiązujących w praktyce gospodarczej.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

Wykonawca nie wypełnił tabeli w poz. nr 10 (formularz oferty), co wyraźnie oznacza jej skreślenie. Do pozycji tej referują zapisy wzoru umowy (par. 4 ust. 3 pkt 5) dotyczące maksymalnego wynagrodzenia wypłacanego po dostawach i wdrożeniu nowego oprogramowania/modułów dedykowanych do oprogramowania zamawiającego (lub oprogramowania równoważnego). Zamawiający pozostawił wykonawcom swobodę w określeniu wysokości deklarowanego wynagrodzenia, w ramach którego oferują dostawę licencji na oprogramowanie/moduły dedykowane do oprogramowania oferowanego w ramach zamówienia podstawowego wraz z usługą (zamówienie opcjonalne). Brak wypełnienia żądanej pozycji formularza ofertowego prowadzi do konieczności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający oczekiwał wypełnienia tej pozycji, a nie jej usunięcia. Wykonawca nie złożył kluczowego zobowiązania wymaganego w siwz, co do możliwych dostaw z pkt 10 tabeli, czego nie mogą zmienić żadne wyjaśnienia do treści oferty. Przekreślenie tej pozycji formularza ofertowego wskazuje na celowe działanie wykonawcy i niezaoferowanie możliwości świadczenia dostaw objętych pkt 10.

Art. 87 ust. 1 ustawy nie dawał podstaw do wyjaśnienia czegoś, co nie stanowi treści oferty, nie ma odzwierciedlenia w treści oferty. To samo dotyczy poprawienia ww. uchybienia w drodze „omyłki rachunkowej”, która nie wystąpiła. Zamawiający dokonał poprawienia „omyłki rachunkowej” poprzez wpisanie w pozycji 10 kwoty 36.900 zł. wskazując, iż „Do celów porównania ofert stanowi ona stałą wartość, którą należy doliczyć do ceny na realizację zamówienia opcjonalnego, co niniejszym pismem Zamawiający dokonuje”. Zamawiający nie był uprawniony do wykreowania za wykonawcę określonego oświadczenia/zobowiązania.

Złożenie oferty nieodpowiadającej wymaganiom Zamawiającego (tutaj zaoferowanie kwoty w pkt 10 do poziomu maksymalnego 36.900 zł) określonym w konkretnych postanowieniach siwz, powinno skutkować odrzuceniem oferty. W żadnym razie wyjaśnienia treści oferty, a tym bardziej samodzielna korekta oferty przez Zamawiającego, nie mogą prowadzić do jakiegokolwiek zmiany jej treści.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie.

Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania ujawnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Wykonawcę ITgrator Sp. z o.o. oraz o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

Zarzut nr 1.

Podniesienie zarzutu wobec czynności zaniechania odtajnienia informacji zastrzeżonych przez innego wykonawcę, jako tajemnica przedsiębiorstwa w postępowaniu o wartości mniejszej od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust 8 ustawy, stanowi rażące naruszenie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. za wyrokiem KIO z dnia 30.07.2019 r., sygn. akt KIO 1338/2019 Zamawiający cytując wskazał, iż *tylko takie czynności bądź zaniechania zamawiającego możliwe są do zakwestionowania, które mają wpływ na dalsze losy danej oferty. Zarzuty dotyczące niewłaściwej oceny uzasadnienia zastrzeżenia określonych dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa przez zamawiającego, nie wpisują się w zakres możliwych do zaskarżenia czynności lub zaniechań zamawiającego.*

Niezależnie od wniosku o odrzucenie w tym zakresie odwołania, Zamawiający odniósł się do złożonych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny złożonych w dniu 23 września 2020r. wraz z zastrzeżeniem ich poufności, jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa. Zawarte uzasadnienie zastrzeżenia poufności informacji potwierdziło spełnienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dane handlowe w postaci wyceny poszczególnych produktów przyznawanych dla konkretnego partnera handlowego dostawcy (produktów ManageEngine) stanowią niewątpliwie informacje posiadające znaczącą wartość gospodarczą, przejawiającą się chociażby w tym, że wykonawca może użyć tych informacji, np. przy konstruowaniu oferty. Wola zachowania informacji w tajemnicy została wyraźnie wyrażona, nie jest dorozumiała, ale jasna i stanowcza. Informacje zostały zastrzeżone w dokumencie zawierającym wyjaśnienia dotyczące wysokości ceny. Zamawiający został przekonany o zasadności takiego zastrzeżenia. Ustawa nie nakłada na Zamawiającego wymogu sporządzenia protokołu z oceny zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zarzut nr 2.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty ITgrator Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Zamawiający wskazał na zakres zamówienia podstawowego oraz objętego prawem opcji. Zamówienie podstawowe obejmuje zapewnienie asysty i wsparcia technicznego Oprogramowania Zamawiającego („Usługi”), a zamówienie opcjonalne to możliwość rozbudowy Oprogramowania Zamawiającego o dodatkowe licencje, o nowe oprogramowanie dedykowane do Oprogramowania Zamawiającego i rozwój Oprogramowania Zamawiającego oraz wydłużenie okresu realizacji umowy w zakresie świadczonej Usługi dla Oprogramowania Zamawiającego o kolejne 12 miesięcy. Zamawiający w siwz ukształtował zasady korzystania z zamówienia objętego prawem opcji, podał maksymalne ilości licencji, które może zakupić oraz w ramach jednej opcji (nr 10 Tabela 1 formularza oferty) jaką może przeznaczyć (według swego uznania) na realizację zamówienia opcjonalnego polegającego na zakupie licencji z indywidualnej oferty wybranego wykonawcy w kwocie do 36 900 zł brutto. W rozdziale XIV Opis obliczenia ceny, ust. 1 Zamawiający wskazał, że cena oferty obejmuje zamówienia podstawowe i opcjonalne.

Różnica cen w dwóch złożonych ofertach na poziomie 12% nie wzbudziła wątpliwości co do braku możliwości należytego wykonania umowy przez ITgrator Sp. z o.o. (cena 360.473,64 zł), wobec czego Zamawiający nie zastosował art. 90 ust. 1a ustawy Pzp.

Poz. 5 tabeli nr 1 dotyczy zamówienia opcjonalnego na 10 dodatkowych kont serwisantów dla DesktopCentral MSP wraz z Usługą w okresie 24 miesięcy, co nie stanowi dla Zamawiającego kluczowego elementu zamówienia i nie może stanowić zagrożenia realizacji zamówienia ze startą finansową po stronie Wykonawcy (Zamawiający jest aktualnie w posiadaniu 11 kont serwisantów dla DesktopCentral MSP).

Wykonawca ITgrator Sp. z o.o. został wezwany pismem z dnia 18.09.2020 r. do wyjaśnienia ceny pozycji nr 5 tabeli nr 1. W odpowiedzi przedłożył ofertę jaką otrzymał od swego dostawcy oraz wskazał wysokość marży jaką zastosował. Na podstawie wyjaśnień oraz załączonych do nich dokumentów Zamawiający nie powziął wątpliwości zarówno co do możliwości realizacji zamówienia opcjonalnego, jak również stwierdził brak przesłanek do uznania ceny elementu pozycji nr 5, jako przejawu nieuczciwej konkurencji, nieuwzględniającego realnych kosztów. Z odtajnionej części pisma ITgrator Sp. z o.o. z dnia 23 września 2020r. wynika, że wycena produktów przez dystrybutora MWT Solutions Sp. z o.o. nie jest publicznie ogłaszana przez producenta, ani przez samego dystrybutora. Wyceny są przyznawane wyłącznie partnerom handlowym w odniesieniu do konkretnych projektów swoich klientów, czy też postępowań o zamówienie publiczne. W związku z wyjaśnieniami zarzut rzekomej nierentowności analizowanego składnika cenowego (poz. nr 5) należy uznać za nietrafiony.

Zarzut nr 3 – naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Wykonawca ITgrator Sp. z o.o. w dniu 23.09.2020r. złożył wyjaśnienia dotyczące treści oferty – poz. 10 formularza, tabela nr 1, potwierdzając, iż *w ramach złożonej oferty oferujemy całościową i kompleksową realizację przedmiotu zamówienia opcjonalnego, opisanego w Załączniku nr 4 do SIWZ (Opis Przedmiotu Zamówienia) rozdz. 1 ust. 2 oraz w załączniku nr 5 do SIWZ (Istotne Postanowienia Umowy), § 2 ust. 3* Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp dokonał poprawy oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek oraz poprawy innej omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z siwz, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty. Pozycja 10 formularza to kwota wskazana przez Zamawiającego jako kwota możliwa do wykorzystania w ramach zamówienia opcjonalnego, określona w pozostałych częściach siwz. Jest wartością stałą, której Wykonawca nie mógł samodzielnie ukształtować i nie miał wpływu na jej wysokość. Dopiero w trakcie realizacji umowy realizujący zamówienie wykonawca będzie składał odrębną ofertę na dedykowane Oprogramowanie/moduł.

Zamawiający poprawił inną omyłkę polegającą na niezgodności z siwz w zakresie oświadczenia Wykonawcy dotyczącego powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego (część IV formularza oferty). Zamawiający dokonał poprawienia wysokości kwoty, mając na uwadze całą wartość zamówienia obejmującą zamówienie podstawowe i opcjonalne wskazane w siwz, na co wyraził zgodę ITgrator Sp. z o.o. Konsekwencją tej zmiany było poprawienie oczywistej omyłki rachunkowej poprzez doliczenie do ceny oferty dodatkowego składnika cenotwórczego wynikającego wprost z pozostałej dokumentacji. Zmiana formularza w poz. 10 ma w analizowanej sytuacji jedynie walor wizualny i informacyjny.

W poz. nr 10 Zamawiający wskazał pulę środków w wysokości 36 900,00 zł, jaką może przeznaczyć na realizację danego elementu zamówienia opcjonalnego, ściśle związanego z realizacją zamówienia podstawowego i indywidualną (bieżącą) ofertą handlową Wykonawcy. Wartość tę Zamawiający określił również w siwz i pozostałych jej załącznikach. Wykonawca nie miał żadnego wpływu na jej wysokość, a oświadczając możliwość kompleksowej i całościowej realizacji zamówienia opcjonalnego potwierdził, że brak ujęcia kwoty wskazanej w dokumentacji postępowania w edytowalnym formularzu, stanowi jedynie omyłkę rachunkową.

Pozycja ta nie miała wpływu na ranking ofert – pozycja danej oferty mogła wynikać wyłącznie z określenia pozostałych składników ceny oferty. Doliczenie stałej kwoty znanej wszystkim wykonawcom stanowi czynność poprawienia omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp oraz w żaden sposób nie powoduje niezgodności treści oferty z siwz w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący wprowadza w błąd twierdzeniem, iż Wykonawca mógł swobodnie kształtować ten element ceny oferty w ramach zamówienia opcjonalnego wskazując również na pojęcie maksymalnego wynagrodzenia za realizację Przedmiotu Umowy użytego w § 4 ust. 3 pkt 5 załącznika nr 5 do siwz – jako automatycznie skalkulowanego przez Wykonawcę. Zaprzeczeniem stanowisko Odwołującego jest treść jego oferty, w której uwzględnił kwotę 36 900 zł brutto.

Do postępowania odwoławczego przystąpił Wykonawca ITgrator Sp. z o.o. przedstawiając swoje stanowisko w sprawie w piśmie procesowym złożonym przed otwarciem posiedzenia wnosząc o odrzucenie w części zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 Ustawy oraz oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

Stanowisko Izby.

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz.

1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Izba uznała, iż Odwołujący jako wykonawca ubiegający się o zamówienie posiada interes w uzyskaniu zamówienia, a w następstwie czynności Zamawiającego może ponieść szkodę w postaci utraty korzyści, jakie wiązał z wyborem jego oferty i realizacją zamówienia. W tym stanie rzeczy spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania odwołania.

W oparciu o przedłożoną dokumentację postępowania, w tym treść siwz oraz ofertę ITgrator Sp. z o.o., Izba ustaliła stan faktyczny sprawy w zakresie objętym zarzutami.

Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiot opisany został w siwz w rozdziale IV, jako:

ROZDZIAŁ IV. PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA

1. Przedmiotem zamówienia jest Zapewnienie asysty technicznej i wsparcia dla oprogramowania do przyjmowania zgłoszeń od użytkowników oraz kontroli ich realizacji. Przedmiot zamówienia będzie realizowany w ramach zamówienia podstawowego oraz zamówienia opcjonalnego.

1) Zamówienie podstawowe obejmuje swoim zakresem zapewnienie asysty i wsparcia technicznego oprogramowania do przyjmowania zgłoszeń od użytkowników oraz kontroli ich realizacji, świadczona dla Oprogramowania:

a) aktualnie posiadanego przez Zamawiającego tj. ManageEngine ServiceDesk Plus MSP dla 75 kont „serwisanci” oraz 4250 kont „zasoby” lub dostarczonego w ramach niniejszej umowy Oprogramowania Równoważnego;

b) aktualnie posiadanego przez Zamawiającego tj. ManageEngine DesktopCentral MSP dla 11 kont „serwisanci” oraz 4000 kont „zasoby” lub dostarczonego w ramach niniejszej umowy Oprogramowania Równoważnego;

c) aktualnie posiadanego przez Zamawiającego tj. ManageEngine Analytics Plus dla 2 kont „użytkownicy” oraz 5 kont „jednoczesnych osób przeglądających” lub dostarczonego w ramach niniejszej umowy Oprogramowania Równoważnego;

2) Zamówienie opcjonalne obejmuje możliwość:

a) zakupu Nowego Oprogramowania serwera pośredniczącego typu Secure Gateway Server (moduł do ManageEngine DesktopCentral MSP) lub do Oprogramowania Równoważnego, wraz z asystą i wsparciem technicznym na okres do 24 miesięcy;

b) zakupu kont serwisantów i zasobów dla Oprogramowania z pkt. 1 ppkt. a, b o maksymalną liczbę:

a. po 10 dodatkowych kont serwisantów - odpowiednio dla pkt. 1 ppkt. a i pkt. 1 ppkt. b,

b. po 100 dodatkowych kont zasobów - odpowiednio dla pkt. 1 ppkt. a i pkt. 1 ppkt. b

- wraz z asystą i wsparciem technicznym na okres do 24 miesięcy;

c) zakupu kont dla Oprogramowania z pkt. 1 ppkt. c, o maksymalną liczbę 10 „użytkowników” wraz z asystą i wsparciem technicznym na okres do 24 miesięcy;

d) wydłużenie okresu realizacji Umowy w ramach zamówienia podstawowego o maksymalnie dodatkowe 12 miesięcy;

e) zakupu kont Nowego Oprogramowania/modułów dedykowanych do Oprogramowania Zamawiającego (lub Oprogramowania Równoważnego – odpowiednio), znajdującego się w indywidualnej ofercie Wykonawcy wraz z asystą i wsparciem technicznym na okres obowiązywania Umowy.

2. Założenia do realizacji zamówień opcjonalnych:

1) Zamawiający może udzielić zamówień opcjonalnych w przypadku pojawienia się zapotrzebowania.

2) Zamawiający ma prawo skorzystania z zamówień opcjonalnych w maksymalnej zakresie określonym w Opisie Przedmiotu Zamówienia. Jednocześnie zastrzegając sobie prawo do skorzystania z zamówień opcjonalnych w zakresie pełnym, częściowym lub nie skorzystać z tego prawa wcale. Wykonawca nie będzie wysuwał w stosunku do Zamawiającego żadnych roszczeń z tego tytułu.

3) Zamawiający może zamówić więcej lub mniej poszczególnych pozycji w zależności od bieżących potrzeb, pod warunkiem nieprzekroczenia ceny Oferty.

4) Zamawiający zastrzega sobie możliwość zakupu oprogramowania/modułów dedykowanych do Oprogramowania Zamawiającego znajdującego się w indywidualnej ofercie Wykonawcy, po cenach uzgodnionych między Stronami w ramach łącznej ceny oferty za zamówienie podstawowe i zamówienie opcjonalne. Wykonawca zapewni stały poziom cen dla oprogramowania/modułów zaoferowanego na podstawie indywidualnej oferty Wykonawcy, na cały okres obowiązywania Umowy.

3. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, warunki realizacji zamówienia i rozliczenia w zakresie zamówienia podstawowego i opcjonalnego określa Załącznik nr 4 do SIWZ tj. Opis przedmiotu zamówienia, Załącznik nr 5 do SIWZ do SIWZ tj. Istotne postanowienia umowy oraz Oferta Wykonawcy złożona do niniejszego postępowania.

ROZDZIAŁ XIV. OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY

1. Cenę należy wpisać w wyznaczonym miejscu w druku Formularza oferty stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ Cena obejmuje zamówienie podstawowe i opcjonalne.

2. Ilości podane w ramach zamówienia opcjonalnego stanowią wielkości szacunkowe, przyjęte dla celów kalkulacji ceny oferty. Zamawiający może zamówić więcej lub mniej poszczególnych pozycji w zależności od bieżących potrzeb, pod warunkiem nieprzekroczenia ceny Oferty.
(...)

W załączniku nr 5 do siwz – istotne postanowienie umowy, Zamawiający wskazał w odniesieniu do zamówień opcjonalnych założenia dotyczące skorzystania z prawa opcji (§ 2). W ustępie 4 Zamawiający zastrzegł możliwość zakupu oprogramowania/modułów dedykowanych do Oprogramowania Zamawiającego znajdującego się w indywidualnej ofercie Wykonawcy, po cenach uzgodnionych między Stronami w ramach łącznej ceny oferty za zamówienie podstawowe i zamówienie opcjonalne. Wykonawca zapewni stały poziom cen dla oprogramowania/modułów zaoferowanych na podstawie indywidualnej oferty Wykonawcy, na cały okres obowiązywania Umowy. Realizacja elementów Przedmiotu Umowy objętych zamówieniem opcjonalnym dokonywana będzie na podstawie składanego przez Zamawiającego Oświadczenia o uruchomieniu zamówienia opcjonalnego.

W § 4 ust. 3 pkt 5 IPU (Wynagrodzenie i warunki płatności) Zamawiający wskazał: *maksymalne wynagrodzenie za realizację Przedmiotu Umowy, o którym mowa w § 2 ust. 3 pkt 5 wynosi 30 000,00 zł netto + obowiązująca stawka podatku VAT, co łącznie stanowi 36 900,00 zł (słownie: trzydzieści sześć tysięcy dziewięćset zł) brutto, która to kwota wypłacana będzie Wykonawcy po dostawach i wdrożeniu Nowego Oprogramowania/modułów dedykowanych do Oprogramowania Zamawiającego (lub Oprogramowania Równoważnego).*

Wykonawca ITgrator Sp. z o.o. w formularzu oferty zadeklarował cenę (łącznie cena za zamówienie podstawowe i zamówienie opcjonalne) w wysokości 892 279,51 zł zgodnie z Tabelą nr 1. W treści formularza, pod tabelą zamieszczone zostało oświadczenie przygotowane przez Zamawiającego o treści:

Ceny zawierają podatek VAT oraz wszelkie koszty i dodatkowe opłaty niezbędne do realizacji zamówienia, w tym:

Cenę oferty stanowi łączne, całkowite i maksymalne wynagrodzenie Wykonawcy za realizację Przedmiotu zamówienia, skalkulowane w oparciu o ceny jednostkowe brutto (z podatkiem VAT), wskazane w Tabeli nr 1.

Zamawiający gwarantuje realizację zamówienia podstawowego oraz zastrzega sobie możliwość realizacji zamówienia na pozostałą kwotę

Ceny oferty (prawo opcji), zamówienia opcjonalnego oparciu o te same zasady, co zamówienie podstawowe.

W tabeli nr 1 Wykonawca określał w kolumnie nr 4** cenę brutto za 1 miesiąc świadczenia Usługi lub Dostawy i Usługi.

W kolumnie nr 6** podana była *Cena za świadczoną Usługę (wiersz od 1 do 9 kolumna 4** kolumna 5) wiersz 10 – stała wartość.*

We wzorze formularza pozycja nr 10 została przez Zamawiającego wypełniona w ten sposób, iż w kol. nr 4 wstawiono „-”, w kolumnie nr 5 wstawiono maksymalną ilość miesięcy świadczenia Usługi – 24 m-ce, a w kolumnie nr 6 podana została kwota PLN „36 900”. Pozostałe wiersze tabeli (od 1 do 9), w kolumnach nr 4 i 6 były pozostawione puste, do wypełnienia przez wykonawców.

Zgodnie z wyjaśnieniem zamieszczonym przy odesłaniu „**” – *Wykonawca obowiązkowo wypełnia wskazane kolumny.*

W poz. 5 ITgrator Sp. z o.o. zaoferował cenę brutto za 1 miesiąc – 987,30 zł, co dla okresu 24 miesięcy określiło cenę za świadczoną Usługę w wysokości 23.697,30 zł.

W poz. 10 ITgrator Sp. z o.o. nie wypełnił kolumn nr 4 i 6.

W podsumowaniu tabeli określone zostały: *cena na realizację zamówienia podstawowego (suma cen brutto z kolumny 6 wiersz 1 lub 3a, 3b, 3c) – 360 473,65 zł oraz cena na realizację zamówienia opcjonalnego (suma cen brutto z kolumny 6 wiersz 2 lub 3d + wiersz 4 + wiersz 5 + wiersz 6 + wiersz 7 + wiersz 8 + wiersz 9 + wiersz 10) – 531 805,86 zł.*

Wykonawca zaoferował oprogramowanie ManageEngine ServiceDesk Plus MSP, ManageEngine DesktopCentral MSP ManageEngine Analytics Plus – tj. rozwiązanie posiadane przez Zamawiającego.

W związku z zaoferowaniem Usługi dla oprogramowania ManageEngine Wykonawca zobowiązany był wypełnić wiersz: 1, 2, 4-10 kolumny 4 i 6.

W oświadczeniu z pkt IV formularza Wykonawca wskazał, iż wybór jego oferty będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2011r., Nr 177, poz. 1054 z późn. zm.) w niżej wymienionym zakresie:

całość dostawy obowiązuje podatek VAT 23%

(W przypadku wyboru wariantu 2. należy wskazać nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do powstania obowiązku podatkowego u Zamawiającego)

**Wartość towarów wskazanych powyżej, których dostawa prowadzi do powstania obowiązku podatkowego u Zamawiającego (wartość bez kwoty podatku):
725 430,49 zł netto**

W przypadku, gdy Wykonawca nie poinformuje Zamawiającego, że wybór oferty będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, Zamawiający uzna, iż wybór jego oferty nie będzie prowadził do takiego obowiązku.

Pismem z dnia 21.09.2020 r. Zamawiający wezwał ITgrator Sp. z o.o. na podstawie art. 90 ust. 1 i art. 87 ust. 1 Ustawy do wyjaśnienia treści oferty przez wskazanie, czy *Wykonawca w ramach złożonej oferty oferuje możliwość całościowej i kompleksowej realizacji zamówienia opcjonalnego polegającego na rozbudowie oprogramowania oferowanego w ramach zamówienia podstawowego wraz z zapewnieniem asysty i wsparcia technicznego do oferowanego w ramach zamówienia podstawowego oprogramowania do przyjmowania zgłoszeń od użytkowników oraz kontroli ich realizacji, o której mowa w Załączniku nr 4 do SIWZ tj. Opis Przedmiotu Zamówienia, Rozdział I ust. 2 oraz w Załączniku nr 5 do SIWZ tj. Istotne postanowienia umowy § 2 ust. 3.* Wątpliwość Zamawiającego dotyczyła poz. 5 z tabeli nr 1 formularza oferty, której cena jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wskazanych we wszystkich złożonych ofertach.

W piśmie z dnia 23.09.2020r. ITgrator Sp. z o.o. złożył wyjaśnienia dotyczące ceny, zastrzegając je jako tajemnica przedsiębiorstwa. Do wyjaśnień załączony został dowód – oferta dystrybutora MWT Solutions obejmująca cenę zakupu dla Wykonawcy produktów objętych zamówieniem, w tym pozycją nr 5. Zestawienie tej ceny z kwotą podaną w tabeli nr 1 prezentuje poziom marży uwzględnionej w wycenie tej pozycji. W wyjaśnieniach Wykonawca odniósł się szerzej do polityki handlowej w zakresie dystrybucji produktów ManageEngine w Polsce.

Odtajniona przez Zamawiającego treść wyjaśnień obejmuje uzasadnienie poufności oraz jeden akapit stanowiący podsumowanie: *Tym samym Wykonawca pozostaje na stanowisku, iż zaoferowana przez niego w pkt 5 kwota nie jest rażąco niską, co zostało wykazane w toku powyższych wyjaśnień, a zaoferowana kwota za wykonanie zarówno zamówienia podstawowego jak również opcjonalnego oparta jest na cenach rynkowych. W przypadku kwestii spornych, niniejsze uzasadnienie jesteśmy w stanie przedstawić w Krajowej Izbie Odwoławczej (KIO).*

Pismem z dnia 15.09.2020 r. Zamawiający poinformował o poprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej oraz innej omyłki polegającej na niezgodności treści oferty ITgrator Sp. z o.o. z siwz. W ramach oczywistej omyłki rachunkowej Zamawiający dokonał zmiany formularza oferty w pkt III ppkt 1 wprowadzając jako poprawną cenę oferty – łączna cena za zamówienie podstawowe i zamówienie opcjonalne – 929.179,44 zł. zgodnie z Tabelą nr 1. W Tabeli nr 1 Zamawiający dokonał przeliczenia kwot podanych w kolumnie nr 6 – pozycje: 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8 i 9 korygując wartości podane przez Wykonawcę do drugiego miejsca po przecinku (różnice na poziomie kilku groszy). W pozycji nr 5 po korekcie wartość wyniosła 23 697,36 zł, tj. o 6 groszy więcej, niż wskazał to Wykonawca. W pozycji nr 10 Zamawiający dopisał kwotę w kolumnie nr 6 - 36 900,00 zł.

Konsekwencją dokonanych korekt była zmiana ceny za realizację zamówienia podstawowego z 360 473,65 zł na 360 473,64 zł oraz zmiana ceny za realizację zamówienia opcjonalnego z 531 805,86 zł na 568 705,80 zł.

W uzasadnieniu dokonanej korekty formularza Zamawiający wskazał na niezgodne z regułami matematycznymi przeliczenie ceny za świadczoną Usługę (wiersze od 1 do 9) oraz pominięcie stałej wartości dla pozycji nr 10 (zamówienie opcjonalne). Zamawiający wskazał, iż kwota 36 900,00 zł podana we wzorze załącznika nr 1 (formularz ofertowy) oraz załączniku nr 5 (istotne postanowienia umowy par. 4 ust. 3 pkt 5) stanowiła dla celów porównania ofert stałą wartość, którą należało doliczyć do ceny, co Zamawiający dokonał w ramach korekty omyłki rachunkowej wykonawcy.

Zamawiający dokonał również poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z siwz niepowodującej istotnych zmian w treści formularza ofertowego, tj. oświadczenia z pkt IV ppkt 2 wskazując właściwą kwotę wartości towarów wskazanych powyżej, których dostawa prowadzi do powstania obowiązku podatkowego u Zamawiającego (wartość bez kwoty podatku VAT): 755 430,44 zł netto.

Wykonawca ITgrator Sp. z o.o. wyraził w piśmie z dnia 16.09.2020r. zgodę na dokonaną przez Zamawiającego poprawę omyłek rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności treści oferty z siwz niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

W dniu 24.09.2020r. Zamawiający dokonał wyboru oferty ITgrator Sp. z o.o.

Mając na uwadze powyższe ustalenia Izba oddaliła odwołanie.

Zarzut dotyczący zaniechania odtajnienia w całości wyjaśnień Wykonawcy ITgrator Sp. z o.o. dotyczących zaoferowanej ceny, tj. naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy nie podlegał rozpoznaniu w związku z art. 180 ust. 2 pkt 6 Ustawy. Izba podzieliła w całości argumentację Zamawiającego i Przystępującego prezentowaną w pismach

procesowych przyjmując ją jako własną. Odnosząc wywody prawne do stanu niniejszej sprawy Izba uznała, iż czynność zaniechania udostępnienia wyjaśnień wykonawcy dotyczących RNC wykracza poza katalog czynności, od których przysługuje wykonawcy odwołanie w postępowaniach o niższej wartości, w szczególności nie jest czynnością, która prowadzić może do wyboru oferty najkorzystniejszej. Należy zgodzić się z tezą, iż w ramach czynności wyboru oferty najkorzystniejszej kontrolą objęte mogą być czynności, lub zaniechania zamawiającego, które doprowadziły do wskazania danej oferty, jako najkorzystniejszej, w tym np. zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie RNC, czy też wadliwa ich ocena. Niniejszym odwołaniem czynności te zostały objęte w ramach kolejnych zarzutów podniesionych w odwołaniu. Samo zaniechanie udostępnienia przez zamawiającego wykonawcy informacji przekazanych w wyjaśnieniach należy odnosić do czynności opisanych w art. 96 Ustawy związanych z udostępnieniem załączników do protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jest to rodzajowo inna czynność, nie tylko przez samo ujęcie w odrębnej jednostce redakcyjnej, ale przede wszystkim z uwagi na jej rzeczowy zakres. Decyzja o odmowie udostępnienia informacji zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa podejmowana jest przez zamawiającego po analizie wystąpienia przesłanek, określonych w przepisach odrębnych (art. 11 ust. 2 UZNK), które są niezależne od oceny merytorycznej treści oferty. Nie ma zatem przełożenia na ocenę oferty i jej pozycję w przetargu, ustalenie czy informacje zawarte w wyjaśnieniach RNC zasługują na ochronę. Chociaż niewątpliwie ma znaczenie dla przejrzystości czynności badania wyjaśnień dla innych wykonawców w postępowaniu, to nie stanowi czynności prowadzącej do wyboru oferty najkorzystniejszej.

Tym samym Izba uznała, iż zarzut skierowany wobec zaniechania udostępnienia wyjaśnień objętych tajemnicą przedsiębiorstwa nie podlega kognicji Izby w związku z ograniczeniem ustawowym dotyczącym czynności podlegających zaskarżeniu odwołaniem w postępowaniu o wartości mniejszej od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, podstawa faktyczna wynikała z ceny wskazanej w pozycji nr 5 Tabeli nr 1 formularza oferty. Według Odwołującego przyjęta w tej pozycji marża Wykonawcy wniosła „-28,914%”, którą wyliczył na podstawie cenników dystrybutora MWT Solutions s.a. i programów partnerskich dystrybutora, powszechnie dostępnych. Zdaniem Odwołującego Wykonawca zastosował niedozwolone praktyki manipulowania cenami składowymi (tu poz. nr 5). Nie ma możliwości, aby wykonać przedmiot zamówienia objęty poz. nr 5 bez poniesienia straty. Działanie Wykonawcy wskazuje nie tylko na rażąco niską cenę oferty, ale również jest przejawem naruszenia dobrych obyczajów obowiązujących w praktyce gospodarczej.

Oddalając w tym zakresie odwołanie Izba uwzględniła dowody, tj. załączoną do wyjaśnień ITgrator Sp. z o.o. ofertę przygotowaną dla Partnera: ITgrator i klienta: Gdańskie Centrum Informatyczne (objęte tajemnicą przedsiębiorstwa) oraz dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego – ofertę przygotowaną dla tego Wykonawcy na przedmiotowe zamówienie.

Na podstawie analiz przygotowanych przez Odwołującego, dokumentów regulujących zasady współpracy z dystrybutorem zaoferowanych produktów i możliwych do uzyskania rabatów, Izba uznała za okoliczność niesporną, iż partnerzy korzystają z upustów, które mogą wynieść odpowiednio 5, 15 lub 35 % ceny wyjściowej (katalogowej). Przedstawione przez Odwołującego warianty, A, B i C prezentowały możliwą do zaoferowania cenę zakup, w zależności od wysokości rabatu, w tym mieszczącą się w wycenie prezentowanej w ofercie ITgrator Sp. z o.o. Odwołujący próbował wykazać, iż tylko jemu udzielone miały być upusty na poziomie 35%, jednak złożony na tą okoliczność dowód (mail z 12.10.2020r.) Izba uznała za niedostateczny. Lakoniczne zdanie *Tak, tylko jeden Partner otrzymał cenę projektową* nie pozwala w sposób jednoznaczny wykluczyć, iż nie chodziło jedynie o potwierdzenie, że Odwołujący otrzymał rabat na poziomie 35%. Korespondencja załączona do tego maila wskazuje jednoznacznie, iż *wszyscy partnerzy pod względem warunków handlowych oraz dostępności ofert i cen projektowych są traktowani bez ograniczeń oraz w sposób jednakowy* (mail z 7.10.2020r.). Zapisy wzoru umowy partnerskiej wskazują jednoznacznie na konieczność uzyskania każdorazowo ceny dedykowanej dla danego zamówienia (klienta), która jest indywidualnie przyznawana partnerom. Odwołujący nie wskazał żadnego postanowienia umowy, z którego wynikałoby, iż cena projektowa może być udzielona na wyłączność jednemu partnerowi dla konkretnego klienta. Z drugiej strony dowód załączony do wyjaśnień RNC potwierdza, iż ITgrator Sp. z o.o. uzyskał oficjalnym kanałem dystrybucyjnym ofertę na produkty ujęte w pozycji nr 5 w cenie, która pozwoliła osiągnąć dodatnią marżę na tym asortymencie.

Porównanie różnicy ceny pomiędzy obiema ofertami w niniejszej sprawie nie mogło rozstrzygać o tym, czy oferta ITgrator Sp. z o.o. zawiera zaniżoną wartość pozycji nr 5. Chociaż Odwołujący miał otrzymać cenę uwzględniającą 35% rabat, co powinno wyrażać się kwotą 16.993,58 zł netto, to w ofercie w pozycji nr zaoferował cenę 48 235,62 zł. brutto. Wskazuje to na bardzo wysoką marżę, jaką Wykonawca ten uwzględnił w swojej ofercie i nie może stanowić wymiernego porównania dla oceny oferty ITgrator Sp. z o.o. Izba uznała zarzut za nieudowodniony. Wykonawca ITgrator Sp. z o.o. zaoferował cenę rynkową pozwalającą na dostawę produktu z zyskiem, co zostało wykazane dowodem załączonym do wyjaśnień RNC. Nie było również podstaw do stwierdzenia, aby złożona oferta stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK. Odwołujący nie wykazał, aby kalkulacja w pozycji 5 tabeli nr 1 była sztucznie zaniżona, czy też stanowiła wynik inżynierii cenowej skierowanej na ograniczenie dostępu do zamówienia innym przedsiębiorcom, eliminując ich z postępowania.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący kwestionował dopuszczalność uznania za możliwą do poprawienia, jako omyłka rachunkowa treść oferty ITgrator Sp. z o.o. w pozycji nr 10 w Tabeli nr 1 formularza oferty. W jego ocenie brak wypełnienia kolumny nr 6 oznaczał, iż Wykonawca wykreślił tą pozycję z oferty. Tym samym Zamawiający nie miał podstaw do skorygowania deklaracji Wykonawcy, który miał swobodę w określeniu wysokości deklarowanego wynagrodzenia, w ramach którego oferują dostawę licencji na oprogramowanie/moduły dedykowane do oprogramowania oferowanego w ramach zamówienia podstawowego wraz z usługą (zamówienie opcjonalne). Przekreślenie tej pozycji formularza ofertowego ma wskazywać na celowe działanie Wykonawcy i niezaoferowanie możliwości świadczenia dostaw objętych pkt 10. Zamawiający dokonał poprawienia „omyłka rachunkowej” poprzez wpisanie w pozycji 10 kwoty 36.900 zł. wskazując, iż „Do celów porównania ofert stanowi ona stałą wartość, którą należy doliczyć do ceny na realizację zamówienia opcjonalnego, co niniejszym pismem Zamawiający dokonuje”.

Oddalając te zarzuty Izba miała na uwadze zapisy siwz, tj. przygotowany przez Zamawiającego formularz ofertowy oraz IPU, w części dotyczącej wytycznych dla realizacji zamówienia opcjonalnego. Jako okoliczność niesporą wskazała

należy, iż w cenie ofertowej uwzględnione miało być wynagrodzenie za zamówienie podstawowe i opcjonalne, którego wysokość została przez Zamawiającego określona, jako maksymalna kwota, w ramach której będzie mógł realizować zamówienia opcjonalne, po cenie ustalonej z wykonawcą realizującym zamówienie podstawowe. Zasady dotyczące zamówienia opcjonalnego miały przełożenie na wzór formularza oferty, w którym Zamawiający nie pozostawił wykonawcom swobody, gdyż zarówno w kolumnie 4, jak i 6 sam wprowadził stałe dane. W kolumnie 4 Zamawiający wpisał „-”, co było podyktowane tym, iż pozycji tej nie dotyczy wynagrodzenie miesięczne określone w pozycjach wcześniejszych. Natomiast w kol. Nr 6 Zamawiający wskazał stałą kwotę 36 900. Tym samym wypełniając poprawnie formularz ofertowy wykonawcy powinni uzupełnić informacje dla pozycji od 1 do 9 (kol. 4 i 6).

Spornym w sprawie stała się czynność poprawienia omyłki popełnionej przez ITgator Sp. z o.o., a polegającej na zmianie wzoru, w poz. 10 – gdyż Wykonawca nie podał wartości 36 900 zł.

Oddalając zarzuty wobec czynności poprawienia tej omyłki, jako omyłki rachunkowej Izba uznała, iż brak podania ceny w poz. 10 tej tabeli nr 1 nie miał wpływu na treść oferty, gdyż wykonawcy nie mieli swobody w określeniu ceny za ten element przedmiotu dostawy. Przeciwnie twierdzenie Odwołującego stało w sprzeczności z zapisami siwz, w szczególności treścią formularza oferty (opisem kolumny nr 6). Jako zbyt daleko idące Izba uznała twierdzenie, iż Wykonawca ITgator Sp. z o.o. wykreślił pozycję nr 10 z tabeli. Pozycja ta znajduje się w ofercie, jednak nie ma przy niej przeniesionej kwoty określonej przez Zamawiającego, jako wiążącej puli środków, w ramach których będzie możliwe realizacja zamówienia opcjonalnego. Ponownie należy podkreślić, iż kwota 36 900 zł. została wskazana „na sztywno” we wzorze formularza oferty, co miało na celu uwidocznienie udziału tej kwoty w cenie oferty. Ponieważ podana kwota była od początku znana wszystkim wykonawcom, nie można stawiać zarzutu prowadzenia przez Zamawiającego negocjacji z wykonawcą, czy też dokonania ingerencji w oświadczenie kształtujące zobowiązanie do wykonania przedmiotu zamówienia. Skorygowanie tabeli poprzez dopisanie kwoty, która pozostawała poza swobodą ofertowania, miało wyłącznie na celu doprowadzenie do spójności oferty i polegało na działaniu matematycznym, tj. dodaniu kwoty znanej i nie podlegającej jakimkolwiek modyfikacjom wykonawcy. Pominięcie przy sumowaniu ceny oferty jednej ze składowych ma charakter matematyczny. Mając przy tym na uwadze, iż cena pozycji nr 10 została określona przez Zamawiającego, oświadczenie Wykonawcy w ofercie zasadniczo sprawdzało się wyłącznie do potwierdzenia gotowości realizacji zamówienia opcjonalnego. Takie oświadczenie zostało złożone przez ITgator Sp. z o.o., nie tylko w formie oświadczenia ogólnego, ale również przez wskazanie pozycji 10 w formularzu ofertowym.

W świetle powyższego nie zachodziła niezgodność treści oferty z siwz, a poprawienie omyłki rachunkowej nie wpływało na zobowiązanie Wykonawcy do realizacji zamówienia opcjonalnego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 w. ze zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis oraz koszty Zamawiającego poniesione w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika, kosztami dojazdu oraz uiszczoną opłatą skarbową w wysokości ustalonej na podstawie rachunków złożonych przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi Odwołującego.

Przewodniczący: