Sygn. akt: KIO 3173/21

WYROK

z dnia 4 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 października 2021 r. przez wykonawcę PotronicsIT sp. z o.o. w Łodzi

w postępowaniu prowadzonym przez Narodowy Instytut Kardiologii Stefana Kardynała Wyszyńskiego - Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego,

2. kosztami postępowania obciąża Narodowy Instytut Kardiologii Stefana Kardynała Wyszyńskiego - Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr

(słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę PotronicsIT sp. z o.o. w Łodzi tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Narodowego Instytutu Kardiologii Stefana Kardynała Wyszyńskiego - Państwowego Instytutu Badawczego w Warszawie na rzecz wykonawcy PotronicsIT sp. z o.o. w Łodzi kwotę 11.402 zł 00 gr (słownie: jedenastu tysięcy czterystu dwóch złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na posiedzenie Izby oraz opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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: .....

Sygn. akt: KIO 3173/21

U z a s a d n i e n i e

Narodowy Instytut Kardiologii Stefana Kardynała Wyszyńskiego - Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa półek dyskowych wraz z dyskami do macierzy Fujitsu DX500 i DX200”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 4 sierpnia 2021 r., nr 2021/BZP 00137103/01.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 25 października 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca PotronicsIT sp. z o.o. w Łodzi, zwany dalej „odwołującym".

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp przez odrzucenie swej oferty,

podczas gdy złożył on w wyznaczonym terminie wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej ceny wraz z dowodami i wyjaśnienia te uzasadniają podaną w ofercie cenę, a w konsekwencji wykazał on, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia;

2) 255 pkt 2 ustawy Pzp przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, podczas gdy nie zaistniała sytuacja, w której wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności odrzucenia swej oferty;

2) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że złożył ofertę, w której za realizację zamówienia zaoferował cenę w wysokości 237.267,00 złotych brutto (to jest 192.900,00 złotych netto). Pismem z 23 sierpnia 2021 r. zamawiający wezwał go do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Zamawiający wskazał, że cena zaoferowana przez niego wydaje się być Zamawiającemu rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzi jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie w wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Zamawiający wskazał również, że wyjaśnienia powinny w szczególności potwierdzać, że zaoferowany sprzęt jest fabrycznie nowy i nieużywany (co było wymogiem określonym w § 1 ust. 1 wzoru umowy stanowiącego załącznik numer 4 do specyfikacji warunków zamówienia). Zamawiający poinformował, że biorąc pod uwagę wysokość zaoferowanej przez niego ceny podejrzewa, że zaoferowany sprzęt nie jest nowy, tylko odnowiony przez producenta (refubished).

Odwołujący podniósł, że udzielił odpowiedzi na wezwanie pismem z 25 sierpnia 2021 r. zatytułowanym „Wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny". Wskazał, że w złożonych wyjaśnieniach:

1) Wyraźnie oświadczył zaoferowany sprzęt jest fabrycznie nowy i nieużywany oraz zaprzeczył, że sprzęt mógłby być używany lub w wersji refurbished. Przedstawił również dowód na tę okoliczność w postaci ofert dystrybutorów, w których wyraźnie zostało zaznaczone, że dotyczącą one nowego sprzętu.

2) Przedstawił kalkulację zaoferowanej ceny z rozbiciem na poszczególne elementy cenotwórcze oraz podał założoną marżę (zysk).

3) Załączył dowody potwierdzające, że jest w stanie zakupić sprzęt w cenie niższej niż cena założona w kalkulacji.

4) Wskazał na dostępne dla niego wyjątkowo sprzyjające warunki do realizacji zamówienia.

Odwołujący wskazał także, że 20 października 2021 r. zamawiający dokonał unieważnienia postępowania. Zamawiający wskazał w nim, że „unieważnia przedmiotowe postępowanie, ponieważ wszystkie złożone w nim oferty podlegają odrzuceniu". Ponadto Zamawiający wskazał, że odrzucił jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp ponieważ zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podniósł, że złożył w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia zawierały kalkulację realizacji zamówienia. Do wyjaśnień zostały dołączone dowody w postaci ofert dystrybutorów sprzętu, z których wynikało, że jest w stanie zakupić nowy sprzęt w cenie niższej od tego, którą zaoferował zamawiającemu. Odwołujący argumentował, że ustosunkował się do wszystkich wątpliwości zamawiającego przedstawionych w wezwaniu do wyjaśnień. Odwołujący podniósł, że jego wyjaśnienia uzasadniały podaną w ofercie cenę, a w konsekwencji

wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zdaniem odwołującego, nie ma żadnych podstaw do przyjęcia - jak to wskazał Zamawiający - że wyjaśnienia zaoferowanej ceny przedstawione przez niego są ogólnikowe. Odwołujący uważał, że szczegółowo przedstawił wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia. Podkreślił, że załączył jako dowody oferty pochodzące aż od trzech niezależnych od siebie dostawców. Nastąpiło to w celu wyraźnego wykazania Zamawiającemu, że cena, którą zaoferował, jest możliwa do realizacji nie tylko przy współpracy z jednym dostawcą, ale również z innymi. Nie sposób w tych okolicznościach uznać, że jego wyjaśnienia są ogólnikowe, czy że nie cechują się szczegółowością. Zdaniem odwołującego, sama kalkulacja również stanowi dowód wykazujący, że wykonawca jest w stanie wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę.

Zdaniem odwołującego, bez znaczenia pozostaje również okoliczność, że przedstawiając kalkulację użył zwrotu „około". Według odwołującego logicznym jest przecież, że na etapie wyjaśnień zaoferowanej ceny nie zawsze da się ustalić poszczególne ceny z dokładnością co do jednego grosza. Składając wyjaśnienia zaoferowanej ceny każdy wykonawca musi przyjąć jakieś założenia, które następnie będą weryfikowane na etapie realizacji umowy. Nie jest możliwe na etapie składania wyjaśnień zaoferowanej ceny przyjęcie założeń z dokładnością co do jednego grosza. To jest przyczyna, dla której użył zwrotu „około". Nie oznacza to jednak, że cała kalkulacja ceny stała się przez to nierzetelna. Zdaniem odwołującego odrzucenie przez zamawiającego jego oferty z tego tylko powodu, że użył zwrotu „około" jest przejawem niczym nieuzasadnionego formalizmu.

W dalszej kolejności zamawiający podniósł, że nie dokonał on przeliczenia w kalkulacji cen przedstawionych w brytyjskich funtach szterlingach na złote polskie. Odwołujący wskazał, że w złożonych wyjaśnieniach zaoferowanej ceny wyraźnie dokonał stosownych obliczeń. Wskazał na odpowiednie fragmenty z wyjaśnień (dotyczące również przeliczenia z innych walut):

1) „Dyski twarde 8TB NLSAS 3,5" = 32 szt. x ok. 2380,zł (516,78 EUR)";

2) „Po zsumowaniu kosztów wszystkich składowych elementów koszt półki dyskowej Fujitsu wynosi 2 675, EUR czyli ok. 12 300,zł netto";

3) „Ad. 1.2. Koszt dysków twardych 8TB 3,5" NLSAS :

1/ wg. oferty Procurri jest to kwota 380,GBP = ok. 2 040,zł

2/ wg. oferty Infobarna jest to kwota 516,87 EUR -= ok. 2 377,zł".

Zdaniem odwołującego tym samym stanowisko zamawiającego o braku przeliczenia walut w kalkulacji jest całkowicie nieprawdziwe.

Odwołujący, odnosząc się do twierdzenia, że do wyjaśnień zaoferowanej ceny dołączył dowody w języku angielskim nie przetłumaczone na język polski, wskazał, że załączył w sumie trzy oferty od trzech niezależnych dostawców. Jedna z nich została sporządzona w języku polskim, wobec czego nie wymagała żadnego tłumaczenia. Zdaniem odwołującego już na podstawie tej jednej oferty zamawiający mógł zweryfikować poprawność jego założeń.

Odwołujący argumentował, że pozostałe dwie oferty faktycznie zostały sporządzone w języku angielskim. Podkreślił jednak, że oferty zostały dołączone w celu potwierdzenia, że kalkulacja przedstawiona przez niego w wyjaśnieniach zaoferowanej ceny jest realna. Do potwierdzenia tego z ofert załączonych jako załączniki potrzebne są tylko następujące elementy:

1) nazwa produktu;

2) nazwa producenta;

3) nazwa dystrybutora;

4) opis produktu;

5) cena.

Zdaniem odwołującego wszystkie te elementy są możliwe do odczytania niezależnie od tego, czy dokument został przetłumaczony na język polski, czy też nie. Wynika to z tego, że:

1) Nazwa produktu - jest to nazwa własna, która nie podlega tłumaczeniu na język polski;

2) Nazwa producenta - jest to nazwa własna, która nie podlega tłumaczeniu na język polski;

3) Nazwa dystrybutora - jest to nazwa własna, która nie podlega tłumaczeniu na język

polski;

4) Opis produktu - częściowo zawiera nazwy własne, które nie podlegają tłumaczeniu na język polski, a częściowo określenia techniczne (na przykład określenie „TB" - terabajt), które również nie podlegają tłumaczeniu ze względu na to, że jako specjalistyczny język techniczny stały się częścią języka polskiego (w tym sam Zamawiający posługiwał się tego typu zwrotami w opisie przedmiotu zamówienia).

5) Cena - została wyrażona za pomocą liczby, a nie za pomocą słów, więc nie podlega tłumaczeniu na język polski.

Zdaniem odwołującego nawet gdyby załączył tłumaczenie na język polski dwóch spośród trzech ofert, to i tak w tłumaczeniu tym żadna z istotnych dla zamawiającego informacji nie zostałaby zmieniona względem oryginalnej oferty - ponieważ tego typu informacje nie podlegają tłumaczeniu.

Z ostrożności procesowej odwołujący wskazał, że nawet gdyby przyjąć, że jego wyjaśnienia rodziły jakieś dalsze wątpliwości zamawiającego, to w takiej sytuacji zamawiający miał obowiązek ponownie wezwać go do złożenia wyjaśnień. Zdaniem odwołującego istnieje możliwość ponownego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Dotyczy to przede wszystkim sytuacji, w których pierwsze wezwanie zamawiającego miało ogólny charakter. W takiej sytuacji bowiem wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji takiego wezwania. Zamawiający powinien wezwać ponownie wykonawcę do złożenia wyjaśnień, tym razem bardziej szczegółowo wskazując kwestie, które wzbudziły wątpliwości zamawiającego.

Zdaniem odwołującego, jeżeli zamawiający miał dalsze wątpliwości dotyczące wyjaśnień zaoferowanej ceny przedstawionych przez niego, to w takiej sytuacji Zamawiający miał obowiązek ponownie wezwać go do wyjaśnienia poszczególnych kwestii. Ponowne wezwanie jest możliwe, ponieważ pierwotne jego wyjaśnienia są rzetelne, kompletne, zawierają odpowiedzi na wszystkie zadane przez zamawiającego pytania oraz są poparte odpowiednimi dowodami.

Odwołujący podniósł, że zarzut naruszenia art. 255 pkt 2 Pzp ma charakter wynikowy w stosunku do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie jego oferty. W przypadku bowiem, jeżeli Krajowa Izba Odwoławcza nakaże zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty, to w konsekwencji nie zaistnieje sytuacja, w której wszystkie złożone oferty podlegałyby odrzuceniu. To z kolei powoduje brak podstawy do unieważnienia postępowania.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), informację z otwarcia ofert, ofertę odwołującego, wezwanie zamawiającego z 23 sierpnia 2021 r. skierowane do odwołującego do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wyjaśnienia odwołującego z 25 sierpnia 2021 r. co do ceny ofertowej odwołującego wraz z dowodami, zawiadomienie o unieważnieniu postępowania i odrzuceniu oferty odwołującego z 20 października 2021 r., załączniki do odwołania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Stosownie do art. 224 ustawy Pzp:

1. 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.

2. 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.

3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;

4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

4. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

6. 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.

Art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Art. 255 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest dostawa półek dyskowych wraz z dyskami do macierzy Fujitsu DX500 i DX200.

Ustalono także, że zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia na kwotę 270.000 zł netto (wniosek z szacowania wartości zamówienia, w aktach sprawy).

Ustalono także, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły następujące oferty:

1) odwołującego z ceną brutto 237.267 zł,

2) wykonawcy TEWA IT s.c., Lublin z ceną brutto 330.225 zł.

Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 332.100 zł brutto.

(por. informacja z otwarcia ofert i o kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Ustalono ponadto, że zamawiający pismem z 23 sierpnia 2021 r. działając, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny. Zamawiający wskazał, że cena zaoferowana przez odwołującego wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzi jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie w wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Zamawiający wskazał również, że wyjaśnienia winny w szczególności potwierdzać, że zaoferowany sprzęt jest fabrycznie nowy i nieużywany, a zatem winny potwierdzać spełnienie wymagań, określonych w § 1 ust. 1 wzoru umowy stanowiącego załącznik numer 4 do specyfikacji warunków zamówienia. Zamawiający poinformował, że biorąc pod uwagę wysokość zaoferowanej przez odwołującego ceny podejrzewa, że zaoferowany sprzęt nie jest nowy, tylko odnowiony przez producenta (refurbished).

Zamawiający wskazał, że składane przez odwołującego wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i powinny uwzględniać aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego i rzetelnego jej wyliczenia. Zasadne jest, aby złożone wyjaśnienia były odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wykonawca winien wyjaśnić, czy zaproponowana cena została określona z należytą starannością i czy gwarantuje ona wykonanie zamówienia w sposób rzetelny. Wykonawca winien przedstawić odpowiednie wyliczenia lub inne dowody, które potwierdzają realność i rzetelność zaproponowanej ceny.

W dalszej kolejności ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył wyjaśnienia z 25 sierpnia 2021 r. wraz z załącznikami. Treść wyjaśnień wraz z załącznikami zastrzegł jako zawierającą tajemnicę swego przedsiębiorstwa.

Następnie ustalono, że pismem z 20 października 2021 r., zamawiający zawiadomił odwołującego o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp oraz o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym czynności zamawiający wskazał, że unieważnia przedmiotowe postępowanie ponieważ wszystkie złożone w nim oferty podlegają odrzuceniu.

Zamawiający wskazał również, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp ponieważ zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał, że działając zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp zażądał od Wykonawcy udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny. Zamawiający wymagał aby złożone wyjaśnienia były jak najbardziej szczegółowe, miały także uwzględniać aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego i rzetelnego wyliczenia zaoferowanej ceny. Na wykonawcy spoczywał zatem obowiązek przedstawienia nie tylko szczegółowych, wyczerpujących wyjaśnień, lecz także, w miarę możliwości, odpowiednich dowodów na ich poparcie, co w oczywisty sposób wiąże się z faktem, że to właśnie także na ich podstawie zamawiający dokonać miał weryfikacji złożonych wyjaśnień.

Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywał na Wykonawcy. Złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia wraz z załączonymi dowodami nie podołały ustawowemu obowiązkowi Wykonawcy wykazania realności ceny. Złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia są bowiem ogólnikowe, nie zaś szczegółowe i wyczerpujące. Wykonawca wyjaśnia bowiem wyłącznie w sposób ogólnikowy i

nieszczegółowy wysokość zaoferowanej ceny, wskazuje bowiem wyłącznie, że „cena obejmuje całość przedmiotu zamówienia”, „oferta uwzględnia wszystkie koszty związane z przedmiotem zamówienia, w tym koszt zakupu i dostawy urządzeń Fujitsu, koszt ryzyka oraz pozostałe koszty związane z należytym wykonaniem zamówienia”. Wykonawca opisuje także, że cyt. "wartość naszej oferty jest realną kwotą pozwalającą na realizację zamówienia”.

Ponadto zaoferowanie niskiej ceny Wykonawca uzasadnia kolejnymi ogólnikowymi stwierdzeniami np. „oszczędnością metody wykonywania zamówienia poprzez wiedzę i doświadczenie firmy i jej inżynierów”, „wyjątkowo sprzyjającymi warunkami wykonywania zamówienia dostępnego dla naszej firmy, ponieważ posiadamy bardzo dobre rozeznanie na rynku urządzeń i części serwisowych Fujitsu oraz bardzo dobre relacje biznesowe z dystrybutorami producenta Fujitsu” czy „oryginalnemu podejściu do organizacji i logistyki tego rodzaju kontraktu”.

Na potwierdzenie ww. lakonicznych stwierdzeń Wykonawca przedstawia także kalkulację cen, która zawiera przybliżone ceny („około") a także mailowe oferty cenowe przedstawione w walucie GBP, które nie zostały w wyjaśnieniach, w tym kalkulacji przeliczone na walutę PLN. Na tę okoliczność przypomnieć należy, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w języku polskim a dokumenty złożone w innym języku winny zostać złożone wraz z tłumaczeniem na język polski.

W związku z powyższym należy stwierdzać, że lakoniczne wyjaśnienia wraz z kalkulacją cenową opisaną w przybliżeniu („około"), która nie odnajduje odzwierciedlania w ofertach mailowych po części sporządzonych w języku angielskim jest niewystarczająca do uznania, że cena oferty PotronicsIT Sp. z o.o. została ustalona w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu objętego zamówieniem.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie podkreślenia wymagało, że powody odrzucenia oferty odwołującego, jakie zamawiający podał w uzasadnieniu czynności odrzucenia jego oferty, zostały opisane następująco:

Złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia są ogólnikowe. Wykonawca wyjaśnia bowiem wyłącznie w sposób ogólnikowy i nieszczegółowy wysokość zaoferowanej ceny, wskazuje bowiem wyłącznie, że „cena obejmuje całość przedmiotu zamówienia”, „oferta uwzględnia wszystkie koszty związane z przedmiotem zamówienia, w tym koszt zakupu i dostawy urządzeń Fujitsu, koszt ryzyka oraz pozostałe koszty związane z należytym wykonaniem zamówienia”. Wykonawca opisuje także, że cyt. "wartość naszej oferty jest realną kwotą pozwalającą na realizację zamówienia”.

Ponadto zaoferowanie niskiej ceny Wykonawca uzasadnia kolejnymi ogólnikowymi stwierdzeniami np. „oszczędnością metody wykonywania zamówienia poprzez wiedzę i doświadczenie firmy i jej inżynierów”, „wyjątkowo sprzyjającymi warunkami wykonywania zamówienia dostępnego dla naszej firmy, ponieważ posiadamy bardzo dobre rozeznanie na rynku urządzeń i części serwisowych Fujitsu oraz bardzo dobre relacje biznesowe z dystrybutorami producenta Fujitsu” czy „oryginalnemu podejściu do organizacji i logistyki tego rodzaju kontraktu”.

Na potwierdzenie ww. lakonicznych stwierdzeń Wykonawca przedstawia także kalkulację cen, która zawiera przybliżone ceny („około") a także mailowe oferty cenowe przedstawione w walucie GBP, które nie zostały w wyjaśnieniach, w tym kalkulacji przeliczone na walutę PLN. Na tę okoliczność przypomnieć należy, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w języku polskim a dokumenty złożone w innym języku winny zostać złożone wraz z tłumaczeniem na język polski.

Jak wynikało z przytoczonego uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający de facto podał jedynie cztery powody takiej czynności:

1) ogólnikowość wyjaśnień wywodzona ze sformułowań wyjaśnień przytoczonych w uzasadnieniu,

2) użycie w kalkulacji cen słów „około”,

3) nieprzeliczenie w ofertach cenowych kwot wyrażonych w GBP na PLN,

4) złożenie dowodów w języku obcym bez tłumaczenia na język polski.

Odwołujący wniósł odwołanie od tych czterech powodów odrzucenia swej oferty zakomunikowanych mu w piśmie z 20 października 2021 r.

Zdaniem Izby żaden z powodów czynności odrzucenia oferty odwołującego podanych przez zamawiającego w uzasadnieniu nie stanowił dostatecznej przyczyny uzasadniającej odrzucenie tej oferty.

Po pierwsze stwierdzono, że nie jest prawdą, jakoby całe wyjaśnienia odwołującego były ogólnikowe. Owszem w wyjaśnieniach pojawiały się ogólne sformułowania, które zamawiający wskazał w uzasadnieniu. Jednakże w wyjaśnieniach pojawiło się także wiele konkretów, w tym kalkulacja odnosząca się do poszczególnych elementów przedmiotu oferty, która została poparta dowodami w postaci ofert trzech niezależnych dystrybutorów. Z kolei dowody te zawierały ceny jednostkowe i nazwy oferowanego asortymentu. Wobec powyższego użycie w wyjaśnieniach sformułowań ogólnych nie przesądzało o tym, iż całe wyjaśnienia miały taki właśnie charakter.

Zdaniem Izby również użycie w kalkulacji cen słowa „około" nie oznaczało, że wyjaśnienia są ogólne. Dostrzeżenia wymagało bowiem, że do kalkulacji załączono oferty dystrybutorów z konkretnymi kwotami. Ponadto przypomnienia wymaga, że rolą wyjaśnień, o których mowa w art. 224 ustawy Pzp, jest wykazanie realności ceny, a nie przedstawienie kosztów z dokładnością co do groszy.

W dalszej kolejności należało odnieść się do podstawy odrzucenia oferty odwołującego, zgodnie z którą wykonawca miał w wyjaśnieniach nie przeliczyć kwot wyrażonych w GBP na PLN. Izba stwierdziła, że odwołujący w wyjaśnieniach przeliczał kwoty z EURO na PLN. Z kolei w pkt 1.2 na str. 3 wyjaśnień odwołujący wskazał, że wg oferty brytyjskiego dystrybutora cena za zaoferowany element jest to kwota 380 GBP, która równa się kwocie ok. 2 040 zł. Powyższe prowadziło do wniosku, że w wyjaśnieniach odwołującego znalazły się przeliczenia walut obcych na PLN, w tym również z GBP na PLN. Podkreślenia wymagało także, że nawet gdyby jakieś inne, bliżej niesprecyzowane kwoty

wyrażone w GBP pozostały nieprzeliczone na PLN, to i tak - w okolicznościach danej sprawy - nie dyskwalifikowałoby to dowodów odwołującego. W takiej sytuacji, przy ocenie realności ceny ofertowej wyraźnej w PLN, należało wziąć pod uwagę średni kurs GBP do PLN.

Ostatnim powodem odrzucenia oferty odwołującego, jaki zamawiający wskazał w uzasadnieniu czynności z 20 października 2021 r., było złożenie dowodów w języku obcym bez tłumaczenia na język polski. Izba stwierdziła, że tak opisana podstawa odrzucenia oferty odwołującego jest nieprawidłowa. Owszem dwie oferty dystrybutorów złożono w języku obcym bez tłumaczenia. Dostrzeżenia wymagało jednak, że trzecia z ofert, pochodząca od spółki polskiej, została przedstawiona w całości w języku polskim. Zatem pominięcie oceny tej oferty z powodu złożenia jej w języku obcym bez tłumaczenia było nieprawidłowe. Jednocześnie na uwagę zasługiwał fakt, że zamawiający w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego w żaden sposób nie wskazał, aby ta oferta polskiego dystrybutora była w jakiejkolwiek części niekompletna. Takich wywodów próżno było szukać w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego. Wobec powyższego już na podstawie tej jednej oferty zamawiający mógł zweryfikować poprawność założeń kalkulacji odwołującego, czego nie uczynił.

Odnośnie zaś pozostałych dwóch ofert potwierdziło się ustalenie, iż zostały złożone w języku obcym bez tłumaczenia na język polski. Jednakże powyższe nie oznaczało konieczności automatycznego pominięcia tych dowodów przy analizie wyjaśnień odwołującego. Należało przyznać rację odwołującemu, że nie podlegały tłumaczeniu na język polski takie informacje jak:

1) nazwa produktu;

2) nazwa producenta;

3) nazwa dystrybutora;

4) opis produktu;

5) cena.

Zdaniem Izby powyższe elementy były możliwe do odczytania przez zamawiającego niezależnie od tego, czy dokument został przetłumaczony na język polski, czy też nie. Wynikało to z faktu, że nazwa produktu, nazwa producenta czy nazwa dystrybutora były nazwami własnymi, które nie podlegały w ogóle tłumaczeniu na język polski. Również opis produktu częściowo nie podlegał tłumaczeniu. Jak bowiem słusznie wskazał odwołujący, nie podlegają tłumaczeniu określenia techniczne czy jednostki miary, na przykład określenie „TB" oznaczające „terabajt", którymi zamawiający również posługiwał się w treści SWZ. Wreszcie nawet bez tłumaczenia na język polski można było odczytać ceny, które w ofertach zostały przedstawione za pomocą liczb (a nie za pomocą słów) oraz międzynarodowych symboli walut takich jak EUR czy GBP, wskazujących na walutę Euro czy funta brytyjskiego.

Wobec powyższego, w omówionym wyżej zakresie, przedstawione oferty mogły i powinny zostać ocenione przez zamawiającego. Automatyczna odmowa oceny tych ofert z powołaniem się na brak przedstawienia tłumaczenia na język polski nie była zatem uzasadniona.

Zdaniem Izby, w razie wątpliwości po stronie zamawiającego istniała możliwość skierowania wezwania do odwołującego celem złożenia dalszych wyjaśnień. Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby, takie kolejne wezwanie może być skierowane do wykonawcy, jeśli powstaną wątpliwości powzięte przez zamawiającego podczas analizy pierwszych wyjaśnień. Dodatkowe wezwanie nie byłoby możliwe gdyby wykonawca nie zareagował na pierwsze wezwanie, a dodatkowe wezwanie sprowadzałoby się de facto do powtórzenia treści pierwszego wezwania. W analizowanej sprawie, na gruncie wątpliwości, jakie zamawiający przedstawił w uzasadnieniu czynności odrzucenia, z taką sytuacją nie mielibyśmy do czynienia.

Kierując się powyższymi rozważaniami, Izba stwierdziła, że czynność odrzucenia oferty odwołującego została podjęta z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp. W konsekwencji brak było także podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 Pzp, gdyż nie zaistniała sytuacja, w której wszystkie oferty podlegały odrzuceniu.

Przy wyrokowaniu pominięto dodatkowe podstawy faktyczne czynności odrzucenia oferty odwołującego, przedstawione przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie z 3 listopada 2021 r.. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający podniósł, że:

1) wydruk cennika dystrybutora hiszpańskiego jest pozbawiony wartości dowodowej, gdyż nie posiada żadnej daty oraz adresu strony internetowej, a ponadto nie zawiera ceny z uwzględnieniem obciążeń podatkowych,

2) w ofercie dystrybutora brytyjskiego nie wskazano wszystkich elementów ceny, to jest:

a) ET DXx S4 3,5' Spare De
- Zasilaczy PSU do półki dyskowej,

- Modułu kontrolera dyskowego IOM,

- Wyświetlacza numerycznego do półki,

- Przewodów łączących półki macierzy,

- Osłonki / kieszeni do dysków twardych

b) Et Dx1/200 S3, 3.5; Spare Ce
- Moduł kontrolera dyskowego IOM,

- Wyświetlacza numerycznego do półki,

- Przewodów łączących półki macierzy,

- Osłonki/ kieszeni do dysków twardych.

3) w ofercie polskiego dystrybutora nie ma półek do macierzy DX500 - brak dysków 8 TB 3,5'',

4) w wyjaśnieniach odwołujący nie wykazał, jakie przyjął przeliczniki w celu obliczenia cen elementów oferty.

Izba stwierdziła, że tak sformułowane kolejne podstawy odrzucenia oferty odwołującego nie zostały zakomunikowane wykonawcy w uzasadnieniu czynności odrzucenia jego oferty z 20 października 2021 r. W związku z powyższym nie zostało wniesione odwołanie i postawione zarzuty wobec takiej podstawy faktycznej czynności.

Zgodnie z art. 555 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Ponieważ żaden z zarzutów odwołania nie dotyczył ww. braków wyjaśnień, Izba pominęła przy wyrokowaniu argumentację zamawiającego, jako nieodnoszącą się do przedmiotu sporu.

Izba podzieliła w tym zakresie w całej rozciągłości stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r., XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy, sygn. akt sygn. akt XXIII Ga 416/11, iż „(...) Z punktu widzenia

Zamawiającego, oznacza to że nie może on zmienić ani rozszerzać podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania po wniesieniu przez tego drugiego odwołania. W świetle związania KIO, Sądu Okręgowego i Odwołującego zarzutami podniesionymi w odwołaniu, sprzeczne z naczelną zasadą postępowania cywilnego, jaką jest zasada równouprawnienia stron, byłoby dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu Odwołującego. Wobec związania swoimi zarzutami, Odwołujący nie mógłby bowiem odnieść się do nowych okoliczności przedstawionych przez Zamawiającego, po wniesieniu odwołania. Z tych względów postępowanie Zamawiającego, polegającego na przedstawieniu nowych dowodów w odpowiedzi na odwołanie i skardze, nie można traktować jedynie jako rozszerzenia argumentacji zawartej w decyzji o wykluczeniu. Powyższej wykładni nie podważa zasada ekonomiki procesowej ani zasada dyspozycyjności formalnej czyli rozporządzania przez stronę czynnościami procesowymi. Zasady te aczkolwiek ważne, nie mogą mieć charakteru dominującego. Z punktu widzenia naczelnych zasad postępowania cywilnego z pewnością ważniejszą rolę odgrywa zasada równouprawnienia stron a dokładniej zasada równości środków procesowych. Podsumowując, skoro Odwołujący - wykonawca był związany swoimi zarzutami zawartymi w odwołaniu to również Zamawiający był związany podstawą faktyczną decyzji od której to odwołanie wniesiono. Dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji przez Zamawiającego uniemożliwiłoby jednocześnie Odwołującemu - wykonawcy przedstawienie zarzutów, co do tych nowych okoliczności. Wobec tego dowody zgłoszone przez Zamawiającego jako dotyczące okoliczności związanych z rozszerzoną podstawą faktyczną

decyzji o wykluczeniu, nie mogły zostać uwzględnione (...)".

Zasadnym wydaje się w tym miejscu przywołanie również wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskie z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex, który wskazuje, iż: „W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia, iż sprzeczne z prawem decyzje instytucji zamawiających mogą skutecznie i możliwie szybko podlegać odwołaniu. Tymczasem fakt, że kandydat lub oferent dowiaduje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatom lub oferentom wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po

poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z

postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do występowania ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania. Wynika z tego, że cel założony w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, jakim jest zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, może zostać osiągnięty, wyłącznie jeśli bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu rzeczonych przepisów".

Izba, działając na podstawie art. 541 ustawy Pzp, postanowiła oddalić wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z oględzin strony internetowej hiszpańskiego dystrybutora na okoliczność, że oferta załączona do wyjaśnień znajduje się na tej stronie. Stosownie do ww. przepisu, Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki. Izba stwierdziła, że wiarygodność wydruku cennika dystrybutora hiszpańskiego załączonego do wyjaśnień odwołującego nie była powodem odrzucenia oferty odwołującego. W konsekwencji kwestia ta nie była objęta zarzutami podniesionymi w odwołaniu. Wobec powyższego czynienie ustaleń w tym zakresie okazało się zbędne.

Stosownie do art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje

postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza

uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8, art. 224 ust. 6, art. 255 pkt 2 ustawy Pzp mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zamawiający odrzucił niezasadnie ofertę odwołującego, która może być wybrana jako najkorzystniejsza i unieważnił postępowanie. Wynik postępowania może zatem ulec zmianie.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:

a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo

b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo

c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu dokonanie unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W analizowanej sprawie Izba uwzględniła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem zamawiający. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 7.500 zł, wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, koszty dojazdu na posiedzenie Izby w kwocie 285 zł, koszty uiszczenia opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa w kwocie 17 zł, ustalone na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 pkt a, b, d rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....