

**WYROK**

Warszawa, dnia 25 października 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 października 2024 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 października 2024 r. przez wykonawcę INDATA.SYSTEMS SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Najwyższą Izbę Kontroli w Warszawie

przy udziale uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego ADT GROUP SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę INDATA.SYSTEMS SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: .....

**Sygn. akt KIO 3683/24**

**UZASADNIENIE:**

Zamawiający Najwyższą Izbę Kontroli w Warszawie trybie przetargu nieograniczonego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Modernizacja Systemu kopii zapasowych”, nr referencyjny: BGO-BGZ.25.41.2024.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 lipca 2024 r. pod numerem: 396593-2024.

W postępowaniu tym wykonawca INDATA.SYSTEMS SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 7 października 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, tj.:

1. czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP w związku z art. 224 ust. 6 PZP;
2. zaniechania poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego, w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3) PZP;
3. zaniechania czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu

**Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:**

1. art. 223 ust. 2 pkt 3) PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP oraz w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP i art. 224 ust. 6 PZP poprzez zaniechanie jego zastosowania i niepoprawienie w ofercie Odwołującego omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty, tj. nieskorygowanie ceny ofertowej o 9 225 zł brutto poprzez usunięcie wliczonego omyłkowo elementu polegającego na przeprowadzeniu okresowych przeglądów technicznych dostarczonych urządzeń, w sytuacji gdy prace te nie były wymagane w OPZ dla rozwiązania podstawowego, zaferowanego przez Odwołującego, a w konsekwencji bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego [ZARZUT#1];

ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia powyższego ZARZUTU#1:

2. art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP poprzez bezzasadne przyjęcie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu ze względu na treść niezgodną z warunkami zamówienia, z uwagi na wskazanie w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, iż w kalkulowano w cenę koszt okresowych przeglądów technicznych dostarczonych urządzeń, które nie były wymagane w SWZ, podczas gdy prawidłowa ocena złożonych przez Odwołującego dokumentów powinna doprowadzić Zamawiającego do wniosku, że treść oferty Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia i nie podlega odrzuceniu [ZARZUT#2];

3.art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP w związku z art. 224 ust. 6 PZP poprzez bezzasadne przyjęcie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, jako zawierająca rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, bowiem złożone przez Odwołującego wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu, podczas gdy prawidłowa ocena dokumentów złożonych przez Odwołującego, w szczególności oferty i wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, powinna doprowadzić Zamawiającego do wniosku, że oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny, a złożone wyjaśnienia uzasadniają podaną w ofercie cenę i wszystkie koszty [ZARZUT#3];

ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia wszystkich powyższych zarzutów, tj. ZARZUT#1, ZARZUT#2, ZARZUT#3:

4.art. 223 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień w zakresie treści oferty, tj. w zakresie faktu zaferowania przeglądów technicznych dostarczonych urządzeń, podczas gdy w przypadku powzięcia wątpliwości co do sposobu poprawienia omyłki lub zgodności oferty z warunkami zamówienia, Zamawiający powinien był wezwać Odwołującego do wyjaśnień przed odrzuceniem jego oferty [ZARZUT#4]

#### **Odwołujący wniosk o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:**

1.unieważnienia czynności wyboru oferty ADT Group sp. z o.o., ul. Poleczki 44, 02- 822 Warszawa jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;

2.unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

3.poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3) PZP;

4.dokonania ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego; ewentualnie:

5.wezwania Odwołującego do wyjaśnień w zakresie treści oferty

#### **W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:**

##### **Zarzut nr 1**

Odwołujący wskazał, że omyłkowo wliczył do ceny oferty nadmiarowe, niewymagane przez Zamawiającego świadczenie, jakim były okresowe przeglądy gwarancyjne.

Odwołujący powołując się na orzecznictwo oraz poglądy doktryny wskazał, że wliczenie przez Odwołującego okresowych przeglądów technicznych dostarczonych urządzeń w cenę ofertową, stanowi omyłkę podlegającą poprawie w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że okolicznością bezsporną, niebudzącą wątpliwości jest fakt, że zaoferował on realizację wariantu podstawowego, tj. rozbudowę urządzeń posiadanych przez Zamawiającego.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w pkt 2 kalkulacji wskazał na przeprowadzenie okresowych przeglądów technicznych dostarczonych urządzeń, zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt 12 OPZ o wartości 9 225 zł brutto, podczas gdy w OPZ zasygnalizowano wprost, że pkt 12 to „Punkt obowiązujący w przypadku wyboru oferty wariantowej”. Zdaniem Odwołującego jest to potwierdzenie faktu, że wkalkulowanie w cenę elementu niewymaganego przez Zamawiającego w SWZ stanowi oczywistą, nieumyślną omyłkę.

Zwrócił również uwagę, że wartość korekty, czyli ceny za okresowe przeglądy techniczne to jedynie 9 225 zł brutto, tj. zaledwie 1,65% wartości całej oferty, która wynosi 559 650,00 zł brutto, co oznacza, że zmiana byłaby nieistotna, wręcz pomijalna z punktu widzenia całej oferty. Ponadto, poprawienie powyższej omyłki nie wpłynęłoby w żaden sposób na ranking ofert, bowiem już przed korektą oferta Odwołującego była znacznie tańsza od pozostałych ofert.

Zdaniem Odwołującego dysponując załączoną do wyjaśnień RNC Kalkulacją, Zamawiający nie powinien mieć żadnych wątpliwości co do tego, w jaki sposób skorygować zaistniałą omyłkę. Tym samym, Zamawiający powinien był poprawić ofertę Odwołującego w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. obniżyć cenę ofertową Odwołującego o 9 225 zł brutto, do 550 425 zł brutto.

##### **Zarzut nr 2**

Odwołujący wskazał, że powyższa korekta oferty w oparciu o art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, powinna mieć miejsce jedynie w wypadku, gdyby należało uznać, że omyłkowe zaoferowanie nadmiarowego (niewymaganego) świadczenia, stanowi niezgodność z warunkami zamówienia. Odwołujący twierdzi natomiast, że w przedmiotowym przypadku niezgodność taka nie zachodzi. Gdyby więc Izba uznała, że wliczenie w cenę ofertową niewymaganego, dodatkowego elementu, jakim są przeglądy techniczne, nie podlega poprawieniu w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP, to takie zachowanie Odwołującego nie może stanowić podstawy do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 (co w konsekwencji oznacza też niezastosowanie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp).

Odwołujący zwrócił uwagę, że przedmiotowe świadczenie (okresowe przeglądy techniczne), jest niewątpliwie elementem świadczeń gwarancyjnych, który jest wymagany w wypadku zaoferowania rozwiązania wariantowego, ale nie jest wymagany w wypadku zaoferowania rozwiązania podstawowego. Zamawiający określił w OPZ jedynie minimalne, obligatoryjne wymogi gwarancyjne dla rozwiązania podstawowego i wariantowego. W szczególności, w żadnym miejscu OPZ, Zamawiający nie wskazał, że zaoferowanie przeglądów technicznych dla rozwiązania podstawowego jest niedopuszczalne. Skoro bowiem Zamawiający wymagał w ramach świadczeń gwarancyjnych zakresu minimalnego, to

nie ma żadnej podstawy by twierdzić, że zaoferowanie szerszego, niż minimalny zakres świadczeń, jest niedopuszczalne. Na potwierdzenie powyższego, Odwołujący wskazał w dalszej części uzasadnienia odpowiednie postanowienia dokumentów zamówienia.

Reasumując, zdaniem Odwołującego, Zamawiający wymagał zapewnienia przeglądów technicznych w przypadku rozwiązania wariantowego, natomiast w żaden sposób nie oznacza, że Zamawiający nie dopuszczał zaoferowania przeglądów technicznych w przypadku rozwiązania podstawowego.

### **Zarzut nr 3**

Odwołujący zwrócił uwagę, że stanowisko Zamawiającego w tym zakresie sprowadza się w zasadzie do stwierdzenia, że „skoro w wariantcie podstawowym nie występuje usługa polegająca na wykonywaniu przeglądów okresowych, kwestia kwoty 9.225,00 zł brutto pozostaje niewyjaśniona”. Przyjmując założenie, że cena ofertowa nie podlega korekcie w trybie poprawienia „innej omyłki”, to wszystkie składniki kosztowe ujęte w ofercie Odwołującego, w tym w pkt 2 Kalkulacji, zostały należycie wyjaśnione. W szczególności, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, brak obligatoryjnego wymogu zaoferowania okresowych przeglądów technicznych dla rozwiązania podstawowego, nie oznacza, że wyjaśnienia Odwołującego zawarte w pkt 2 Kalkulacji należy uznać za niebyłe.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie kwestionował prawidłowości lub kompletności Wyjaśnień w zakresie pozostałych pozycji Kalkulacji, ani nie stwierdził wystąpienia rażąco niskiej ceny w ofercie Odwołującego.

### **Zarzut nr 4**

Odwołujący wskazał, że w przypadku ewentualnych wątpliwości co do tego w jaki sposób poprawić omyłkę w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3) PZP lub co do zgodności oferty Odwołującego z warunkami zamówienia, Zamawiający miał obowiązek wezwać Odwołującego do wyjaśnień w tym zakresie, zanim odrzucił jego ofertę.

Pismem z dnia 21 października 2024 r., stanowiącym odpowiedź na odwołanie, Zamawiający ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o ich oddalenie.

### **W uzasadnieniu Zamawiający wskazał min.:**

Zdaniem Zamawiającego w niniejszej sprawie nie mamy do czynienia z omyłką, a więc z niezamierzoną czy niecelową niezgodnością. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach odnośnie rażącej niskiej ceny, do których to wyjaśnień wykonawca jako podmiot profesjonalny powinien podejść w sposób należyty, wskazał ewidentnie i jednoznacznie pozycję: wykonywanie okresowych przeglądów zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt 12 OPZ, który to punkt jednoznacznie stwierdzał, iż dotyczy zamówienia wariantowego i wycenę tej pozycji na 9 225zł brutto. Trudno tu mówić o omyłce, gdy wykonawca wskazuje raptem tylko 4 pozycje w swojej Kalkulacji cenowej dołączonej do wyjaśnień.

Zamawiający zwrócił uwagę, że nawet jeśli przyjąć, iż mamy do czynienia z omyłką, to w niniejszej sprawie jej poprawienie spowoduje istotną zmianę treści oferty. Zamawiający musiałyby od zaoferowanej ceny odjąć kwotę za przeglądy techniczne. Przy czym należy ponownie podnieść, iż Odwołujący uwzględnił koszty przeglądów technicznych, które w wariantcie podstawowym nie są przewidziane, pojawiła się na skutek złożenia przez Odwołującego wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny. W samym formularzu ofertowym w Tabeli nr 1 w przypadku zamówienia podstawowego każdy z wykonawców miał podać jednostkowe kwoty brutto i netto za rozbudowę każdego z dwóch urządzeń deduplikujących DD6900 do poziomu min. 155 TiB (170TB) przestrzeni dyskowej netto każde, wraz z licencjami i pozostałymi komponentami niezbędnymi do realizacji przedmiotu zamówienia wraz z wdrożeniem rozbudowy i aktualizacją dokumentacji powykonawczej oraz łączną cenę za wykonanie przedmiotu umowy. Nie było osobnej pozycji, tak jak w przypadku zamówienia wariantowego, odnośnie przeprowadzenia trzech przeglądów technicznych. Biorąc powyższe pod uwagę, to powstaje pytanie w jaki sposób Zamawiający miał poprawić ofertę. Od której kwoty jednostkowej miał odjąć wcześniej kwotę 9 225 zł brutto, aby łączna kwota brutto była niższa o 9 225 zł.

Zadaniem Zamawiającego zapisy odnośnie zamówienia podstawowego, jak i wariantowego miały swoje odzwierciedlenie we wzorach umowy. Przy czym tylko w zamówieniu wariantowym było przewidziane we wzorze umowy terminy przeglądów technicznych i wynagrodzenie za dokonanie przeglądów technicznych. Tym samym jasno z tych zapisów wynika, iż czymś innym jest świadczenie usług gwarancyjnych, dla których zostały określone minimalne wymagania w pkt 10 i 11 OPZ, a czymś innym są przeglądy techniczne, dla których również określono wymagania w pkt 12 OPZ. Zamawiający gdyby chciał, aby przeglądy techniczne były w zamówieniu podstawowym i ponosić za nie dodatkowe koszty, to by wyraźnie je przewidział, tak jak w przypadku zamówienia wariantowego. Zamawiający podkreślił, iż podstawowym rodzajem wykładni postanowień SWZ jest wykładnia literalna, która nakazuje interpretację wymagań zamawiającego, w taki sposób, jak zostały one zapisane w SWZ, bez uzupełniania, rozszerzania lub ograniczenia ich treści.

Dalej Zamawiający podniósł, chybiony jest również zarzut, iż bezzasadnie przyjęto, iż oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. W ocenie Zamawiającego, złożone przez Odwołującego wyjaśnienia z uwagi na wskazanie w kalkulacji przeglądów technicznych, które nie powinny zostać ujęte przez Odwołującego, nie potwierdziły realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami zamówienia.

Co do kwestii zarzutu zaniechania wezwania do wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości, a więc nie miał obowiązku wzywania do wyjaśnień. W rzeczywistości kwestia wyjaśnień sprowadzałaby się do dodatkowych wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Podczas gdy dokonanie dodatkowego wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest szczególnym uprawnieniem Zamawiającego (nie zasadą) i możliwe jedynie w okolicznościach, gdy dane

Wykonawca ADT GROUP SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Pismem z dnia 22 października 2024 r. ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o ich oddalenie w całości.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym ww. wykonawcę. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione. Co za tym idzie ww. wykonawca skutecznie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, stając się Uczestnikiem postępowania odwoławczego.

**Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

**Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest modernizacja systemu kopii zapasowych. Zamawiający, zgodnie z treścią w rozdziale IV Opis przedmiotu zamówienia ust. 1 specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”), dopuścił składanie ofert wariantowych z zastrzeżeniem możliwości złożenia oferty na rozwiązanie podstawowe lub na rozwiązanie wariantowe (Zamawiający nie dopuszcza możliwości złożenia oferty na rozwiązanie podstawowe i wariantowe przez jednego wykonawcę).

Zamawiający w ust. 2 wskazał, że: *Przedmiotem zamówienia dla rozwiązania podstawowego jest:*

2.1 *Wdrożenie rozbudowy dwóch urządzeń deduplikujących do poziomu min. 155 TiB (170 TB) przestrzeni dyskowej netto, przeprowadzone w sposób opisany w pkt. 7.1 – 7.2 OPZ (załącznik nr 1 do SWZ), wraz z niezbędnymi licencjami i pozostałymi komponentami niezbędnymi do realizacji przedmiotu zamówienia.*

*Numery seryjne urządzeń podlegających rozbudowie: CKM01214905685; CKM01214905686.*

*Urządzenie o numerze seryjnym CKM01214905685 znajduje się w siedzibie Zamawiającego (Warszawa, ul. Filtrów 57), a urządzenie o numerze seryjnym CKM01214905686 znajduje się w Ośrodku Szkoleniowym NIK w Goławicach (adres: Goławice Drugie, 05-180 Pomiechówek).*

2.2 *Aktualizacja dokumentacji powykonawczej, zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt. 8 OPZ.*

2.3 *Zapewnienie gwarancji:*

a) *producenta na prawidłowe, w pełni zgodne z ich przeznaczeniem funkcjonowanie wszystkich komponentów, które posłużą do rozbudowy urządzeń wymienionych powyżej w pkt 2.1,*

b) *Wykonawcy na wykonane prace rozbudowy urządzeń i prawidłowe, w pełni zgodne z ich przeznaczeniem funkcjonowanie wszystkich komponentów, które posłużą do rozbudowy urządzeń wymienionych w pkt 2.1,*

c) *Wykonawcy na zaktualizowaną dokumentację powykonawczą.*

*Gwarancje oraz sposób świadczenia usług gwarancyjnych będą zgodne z wymaganiami określonymi w pkt. 10 i 11 OPZ i będą obowiązywać do 07.02.2027 r.*

Zamawiający w ust. 3 wskazał, że: *Przedmiotem zamówienia dla rozwiązania wariantowego jest:*

3.1 *Dostawa dwóch urządzeń deduplikujących wraz z niezbędnymi licencjami i pozostałymi komponentami niezbędnymi do realizacji przedmiotu Umowy oraz z gwarancją producenta, zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt. 5 i 6 OPZ.*

3.2 *Przeprowadzenie Wdrożenia dostarczonych urządzeń zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt. 7.3 – 7.4 OPZ.*

3.3 *Przeprowadzenie przez Wykonawcę jednodniowego technicznego warsztatu powdrożeniowego zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt. 9 OPZ.*

3.4 *Przeprowadzenie trzech okresowych przeglądów technicznych Systemu zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt. 12 OPZ.*

3.5 *Opracowanie dokumentacji powykonawczej zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt. 8 OPZ.*

3.6 *Zapewnienie gwarancji:*

a) *producenta na prawidłowe, w pełni zgodne z ich przeznaczeniem funkcjonowanie dostarczonych urządzeń,*

b) Wykonawcy na wykonane prace wdrożeniowe i prawidłowe, w pełni zgodne z ich przeznaczeniem funkcjonowanie wdrożonych urządzeń,

c) Wykonawcy na opracowaną dokumentację powykonawczą.

Gwarancje oraz sposób świadczenia usług gwarancyjnych będą zgodne z wymaganiami określonymi w pkt. 10 i 11 OPZ i będą obowiązywać przez okres minimum 60 miesięcy od dnia podpisania Protokołu Odbioru Wdrożenia.

Zgodnie z treścią formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 10 do SWZ, wykonawca jest zobowiązany do jednoznacznego określenia, którego sposobu (podstawowy czy wariantowy) dotyczy jego oferta. W części II KRYTERIUM 1: CENA OFERTOWA Zamawiający wskazał, że wykonawca oferujący realizację przedmiotu zamówienia w sposób podstawowy, zobowiązany jest wypełnienia tylko Tabeli nr 1. Z kolei wykonawca oferujący realizację przedmiotu zamówienia w sposób wariantowy, zobowiązany jest do wypełnienia Tabel nr 2 i Tabeli nr 3.

Odwołujący w formularzu cenowym oświadczył, że oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób podstawowy, opisany w punkcie 1.2. Odwołujący, w części II formularza, wypełnił tylko Tabelę nr 1.

Pismem z dnia 5 sierpnia 2024 r. Zamawiający, na podstawie art. 224 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień oraz dowodów dot. wyliczenia ceny.

Odwołujący pismem z dnia 6 sierpnia 2024 r. ustosunkował się do wezwania Zamawiającego składając wyjaśnienia. Do wyjaśnień Odwołujący załączył ofertę dystrybutora oraz kalkulację ceny. Odwołujący w swojej kalkulacji wskazał cztery elementy ceny. W punkcie 2 kalkulacji Odwołujący wskazał cenę za przeprowadzenie okresowych przeglądów technicznych dostarczonych urządzeń, zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt 12 OPZ.

Zamawiający w punkcie 12 opisu przedmiotu zamówienia („OPZ”) wskazał:

12. Okresowe przeglądy techniczne

12.1. Wykonawca w okresie obowiązywania umowy zobowiązany jest do wykonania 3 przeglądów technicznych Systemu przy udziale pracowników Zamawiającego pod kątem poprawności jego działania i ewentualnych aktualizacji oprogramowania. Po stwierdzeniu, iż wymagane jest zainstalowanie aktualizacji i uzyskaniu zgody Zamawiającego, Wykonawca dokona aktualizacji w terminie uzgodnionym z Zamawiającym, nie dłuższym niż 30 dni od momentu wykonania przeglądu technicznego.

12.2. Przeglądy zostaną przeprowadzone w uzgodnionych wcześniej z Zamawiającym terminach odpowiednio po upływie 12, 24, 36 miesięcy od dnia podpisania protokołu zakończenia Wdrożenia, o którym mowa w pkt. 7.4.

12.3. Potwierdzeniem realizacji każdego przeglądu technicznego będzie protokół odbioru bez uwag, podpisany przez przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy.

Pismem z dnia 26 września 2024 r. Zamawiający poinformował uczestników postępowania przetargowego o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty Uczestnika postępowania oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Osią sporu pozostawała kwestia czy oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, a także czy wyjaśnienia rażąco niskiej ceny uzasadniają podaną w ofercie cenę.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

pkt 5 jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

pkt 8 zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

Z kolei zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp 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.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Izba analizując zasadność odwołania musiała wziąć pod uwagę sposób sformułowania zarzutów oraz uzasadnienie zarzutów. Przypomnieć bowiem należy, że zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Odwołujący formułując zarzuty ewentualne musi wziąć pod uwagę, że zarzut ewentualny podlega rozpoznaniu w sytuacji, gdy zarzut główny nie został przez Izbę uwzględniony. Inaczej mówiąc, w pierwszej kolejności Izba rozpoznaje zarzut główny, w niniejszej sprawie jest to niewątpliwie zarzut nr 1, w przypadku jego uwzględnienia zarzut ewentualny

pozostawia bez rozpoznania. Co istotne, przy precyzyjnym określeniu zarzutu głównego i zarzutów ewentualnych nie ma podstawy prawnej do ich „połączenia”.

Skład orzekający zauważył pewne niedoskonałości w czynnościach Zamawiającego podczas badania i oceny oferty, biorąc jednak pod uwagę konstrukcję odwołania, liczba zarzutów uwzględnić nie mogła.

**Zarzut nr 1 – naruszenie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp i art. 224 ust. 6 ustawy Pzp**

Odwołujący podniósł zaniechanie przez Zamawiającego zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez niepoprawienie w ofercie Odwołującego innej omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia. Cała argumentacja Odwołującego sprowadzała się do próby wykazania, że faktycznie doszło do omyłki.

Poza sporem było to, że w formularzu ofertowym Odwołujący w sposób wyraźny wskazał, że wykona przedmiot zamówienia w sposób podstawowy, opisany w punkcie I.2. wypełniając przy tym dedykowaną do tego sposobu tabelę nr 1. Z kolei w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wskazał usługę, tj. przeglądy okresowe, które były wymagane dla wykonania zamówienia w sposób wariantowy.

W ocenie liczby powyższe okoliczności powinny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego i tym samym Zamawiający obowiązany był wezwać Odwołującego, w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, do wyjaśnienia treści złożonej oferty.

W ocenie liczby Zamawiający przedwcześnie dokonał odrzucenia oferty Odwołującego. Bez wyjaśnienia treści oferty nie sposób było jednoznacznie uznać, że oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia. Być może wyjaśnienia Odwołującego potwierdziłyby niezgodność z warunkami zamówienia, albo Zamawiający dostrzegłby omyłkę czy też inną podstawę odrzucenia oferty, np. błąd w obliczeniu ceny.

Co jednak istotne, Odwołujący przy zarzucie głównym, nie zarzucił zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień. Mało tego, Odwołujący przy zarzucie nr 1 w ogóle nie odniósł się do drugiej podstawy odrzucenia oferty Odwołującego, tj. odrzucenia również na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp jest zarzutem ewentualnym – przy jasnej deklaracji Odwołującego, że zarzut ten jest podnoszony w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 1. Liczba zatem nie miała podstaw do jego rozpoznania wraz z zarzutem głównym.

Zwrócić należy również uwagę, że Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji w zakresie korelacji omyłki i możliwości jej poprawienia w ofercie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Liczba nie jest od tego aby poszukiwać argumentacji na potwierdzenie zasadności odwołania. O ile przepisy ustawy dopuszczają możliwość poprawienia innej omyłki, to rodzi się pytanie jak w takiej sytuacji należy ocenić wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i na jakiej podstawie poprawić kalkulację własną Odwołującego złożoną wraz z wyjaśnieniami. I czy faktycznie w takiej sytuacji jest możliwe uznanie wyjaśnień za wystarczające.

Z uwagi na nieuwzględnienie zarzutu nr 1, zarzut nr 2 i 3 jako ewentualne podlegały rozpoznaniu i również nie zasługiwały na uwzględnienie.

**Zarzut nr 2 – naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp**

Twierdzenia Odwołującego nie zasługiwały na aprobatę. Liczba rozumie taktykę procesową polegającą na stawianiu zarzutów ewentualnych i w niektórych okolicznościach jest to wręcz niezbędne. Jednak czyniąc zarzuty ewentualne należy rozważyć czy nie dojdzie do takich sprzeczności, że Liczba argumentację odwołującego uzna za całkowicie niewiarygodną i alogiczną. Odwołujący twierdził, że Zamawiający nie zakazał zaoferowania przeglądów w wymaganiach dla oferty podstawowej. Trudno jednak wymagać aby zamawiający wskazywał wszystko to czego sobie nie życzy. Zamawiający w sposób jasny opisał czego wymaga w ofercie podstawowej, a czego w ofercie wariantowej. Słuszności twierdzeń Zamawiającego potwierdzają postanowienia specyfikacji wraz z załącznikami.

Biorąc pod uwagę treść OPZ, Odwołujący wykonując przedmiot zamówienia w sposób podstawowy nie jest w stanie dokonać trzech przeglądów w okresach wskazanych przez Zamawiającego. Nie sposób uznać twierdzeń Odwołującego, że nic nie stoi na przeszkodzie aby niejako zmodyfikować zarówno zapisy OPZ jak i postanowienia umowy, tak aby Odwołujący mógł dokonać przeglądów. Ewentualnie jeżeli nie będzie takiej możliwości, albo zamawiający nie chce, to ich Odwołujący nie wykona. To jednak nie na tym polegają postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Rację miał Zamawiający twierdząc, że musiałby zapłacić za coś czego po pierwsze nie chciał, a po drugie nie jest możliwe do zrealizowania.

**Zarzut nr 3 – naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp**

Zdaniem liczby i do oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny Zamawiający również podszedł nierzetelnie. Uzasadnienie Zamawiającego jest lakoniczne i wewnętrznie sprzeczne. Zamawiający z jednej strony twierdzi, że po zsumowaniu wszystkich czterech pozycji w kalkulacji, z dokładnością co do grosza, otrzymujemy cenę ofertową – i na tym to właśnie polega, trudno byłoby uznać wyjaśnienia zasadne, gdyby cena z kalkulacji nie była tożsama z ceną ofertową.

Dalej, Zamawiający wywiódł, że cena zaoferowana przez Odwołującego nie jest rażąco niska, ale jest zawyżona – oczywistym jest, że obecnie obowiązujące przepisy obligują zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy nie tylko

w sytuacji, gdy oferta zawiera rażąco niską cenę, ale również wtedy, gdy wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp sytuacja wykonawcy, który nie uzasadnił podanej w ofercie ceny, została zrównana co do skutków z sytuacją wykonawcy, który złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę. Nie sposób jednak mówić o rażąco niskiej cenie w sytuacji, gdy Zamawiający w uzasadnieniu wskazuje wprost, że cena jest zawyżona.

Błąd polegał na tym, że Zamawiający od początku nierzetelnie podszedł do badania i oceny oferty Odwołującego. Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień i ocenić czy doszło do omyłki, niezgodności z warunkami zamówienia, czy też błędu w obliczeniu ceny. Prawidłowe ustalenie ww. kwestii rzutuje na prawidłową ocenę wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Biorąc pod uwagę dokumenty jakimi dysponował Zamawiający (tj. m.in. formularz ofertowy oraz wyjaśnienia rażąco niskiej ceny) Izba doszła do przekonania, że uzasadnienie faktyczne Zamawiającego jest wadliwe.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał „(...) w ocenie zamawiającego, złożone przez Odwołującego wyjaśnienia z uwagi na wskazanie w kalkulacji przeglądów technicznych, które nie powinny zostać ujęte przez Odwołującego, nie potwierdziły realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami zamówienia.” Powyższe świadczy o całkowitym niezrozumieniu zaistniałego stanu faktycznego oraz obowiązujących przepisów. Zaoferowana przez wykonawcę cena powinna gwarantować należytą realizację zamówienia. To, że wykonawca, jak to ujął sam Zamawiający, zawyżył cenę o 9 225 zł brutto, nie świadczy o tym, że za tę cenę nie może zrealizować zamówienia. Wręcz przeciwnie, skoro cena jest zawyżona, to zostanie mu 9 225 zł brutto ewentualnego zysku. Niejako na marginesie, Zamawiający obowiązany był spojrzeć na wyjaśnienia całościowo czy faktycznie nie są one lakoniczne i czy wykonawca przedłożył odpowiednie dowody na uzasadnienie podanej ceny, a nie skupić się na jednej kwocie i zaniechać dalszej analizy.

Powyższe tylko potwierdza, że zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie przeglądów i dokładne zbadanie oferty pod kątem przesłanek odrzucenia lub możliwości poprawienia omyłki doprowadziło Zamawiającego do twierdzeń, których nie da się uznać za zasadne.

Mimo powyższego odwołanie w tym zakresie nie mogło zostać uwzględnione z tego względu, że zarzut nr 2 Izba uznała za bezzasadny. W konsekwencji naruszenie przepisów przez Zamawiającego nie miało wpływu na wynik postępowania.

#### **Zarzut nr 4 – naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp**

Zgodnie z oświadczeniem Odwołującego, zarzut nr 3 należy rozpoznać w sytuacji oddalenia zarzutów nr 1, 2 i 3. I przy takiej konstrukcji odwołania zarzut, choć w części zasadny, nie mógł zostać uwzględniony. Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty. Jednak aby zarzut Izba mogła uwzględnić winien być on skorelowany z podstawami odrzucenia. W uzasadnieniu Odwołujący wskazał: „(...) w przypadku wątpliwości co do tego w jaki sposób poprawić omyłkę w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp lub co do zgodności oferty z warunkami zamówienia, Zamawiający miał obowiązek wezwać Odwołującego do wyjaśnień w tym zakresie (...). I to na tyle jeżeli chodzi o uzasadnienie zarzutu. Tylko znowu Odwołujący pomija, że naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Izba rozpoznawała przy zarzucie głównym.

Reasumując, aby móc uwzględnić przedmiotowy zarzut Izba musiałaby połączyć zarzut nr 1 lub 2 i zarzut nr 3 z zarzutem 4. Jednak nie było ku temu podstawy prawnej i faktycznej, Odwołujący w sposób jednoznaczny wskazał, które i w jakiej kolejności Izba zarzuty ma rozpoznać.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w związku z § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości wpisu od odwołania.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: .....