

WYROK
z dnia 17 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 16 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 02 października 2023 r. przez wykonawcę **XEROX POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **POLSKIE PORTY LOTNICZE S.A z siedzibą w Warszawie przy udziale**

A. wykonawcy **SHARP ELECTRONICS (EUROPE) GMBH spółka prawa niemieckiego z siedzibą w Hamburgu imieniu i na rzecz której działa "SHARP ELECTRONICS (EUROPE) GMBH Sp. z o.o. Oddział w Polsce" siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

B. wykonawcy **KONICA MINOLTA BUSINESS SOLUTIONS POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **XEROX POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Sygn. akt KIO 2911/23

UZASADNIENIE:

POLSKIE PORTY LOTNICZE S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego pn: „Świadczenie usług Centralnego Systemu Druku (CSD) w latach 2023-2026”, nr referencyjny: 126/PN/ZP/TLLZP/23.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), 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 12 lipca 2023 pod numerem: 2023/S 132-421733.

W postępowaniu tym wykonawca **XEROX POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (dalej: „Odwołujący”) 02 października 2023 wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 16 pzp poprzez niezachowanie zasady przejrzystości i proporcjonalności oraz zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na:
 - a. zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konica Minolta Business Solutions Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - dalej: KMBS,
 - b. zaniechanie wezwania KMBS do złożenia wyjaśnień co do oferowanej ceny na podstawie art. 224 ust. 1 pzp lub 224 ust. 2 pkt 1) i tym samym uczynienie niemożliwym odrzucenie oferty KMBS na podstawie art. 224 ust. 6 i 226 ust. 1 pkt 8) pzp,
 - c. niezasadne zaproszenie KMBS do aukcji elektronicznej,
2. Art. 226 ust. 1 pkt 5) pzp poprzez niezasadne zaniechanie odrzucenia oferty KMBS pomimo, że treść jej ofert nie jest zgodna z warunkami zamówienia wskazanymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia – dalej: SWZ.
3. Art. 226 ust. 1 pkt 10) pzp poprzez niezasadne zaniechanie odrzucenia oferty KMBS pomimo, że zawiera błędy w obliczaniu ceny.
ewentualnie
4. Art. 224 ust. 1 lub ust. 2 pkt 1) pzp poprzez niezasadne zaniechanie wezwania KMBS do wyjaśnień co do ceny oferty.
5. Art. 232 ust. 1 pzp poprzez niezasadne zaproszenie KMBS do udziału w aukcji elektronicznej pomimo, że oferta KMBS

podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) i pkt 10) i ewentualnie art. 226 ust. 1 pkt 8) pzp

Odwolujący wniósł o:

1. Uwzględnienie odwołania w całości i:

- a. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności zaproszenia KMBS do aukcji,
- b. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty KMBS,
- c. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia aukcji przeprowadzonej przez Zamawiającego z udziałem KMBS,
- d. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia aukcji bez udziału KMBS.

2. Przeprowadzenie dowodu z protokołu Postępowania wraz z załącznikami – w szczególności:

- a. z SWZ na okoliczność ustalenia wymagań co do warunków zamówienia w tym co do sposobu obliczania ceny,
- b. z oferty KMBS datowanej na 31 sierpnia 2023r. na okoliczność:
 - wadliwego obliczenia ceny,
 - istnienia przesłanek do wyjaśnienia ceny zgodnie z art. 224 ust. 1 lub ust. 2 pzp.

3. Obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego a w szczególności:

- a. wpisu w wysokości 15000 zł (por. §2 pkt 1 ppkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020r. w sprawie szczególnych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania – dalej: rozporządzenie o kosztach),
- b. kosztów poniesionych przez Odwołującego w kwocie wskazanej na rozprawie oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie nie mniejszej niż 3600 zł (por. §5 rozporządzenia o kosztach).

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

Formularz oferty (załącznik 1 do SWZ) posługuje się pojęciem maksymalnej wartości nominalnej – upraszczając chodzi o wynagrodzenie maksymalne które wykonawca może uzyskać. Projektowane postanowienia umowy (załącznik nr 3 do SWZ) potwierdzają takie rozwiązanie. Wynagrodzenie – co obrazuje załącznik nr 1a do SWZ – stanowi iloczyn ceny jednostkowej za stronę wydruku lub kopii i ilości wydrukowanych lub powielonych stron oraz ceny za udostępnienie urządzeń.

SWZ w Rozdziale XIV Opis sposobu obliczenia ceny w pkt 8 (oznaczonym jak się wydaje omyłkowo jako pkt 1 zamiast pkt 8.) stanowi: Ceny muszą być podane i wyliczone w zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku (zasada zaokrąglania – poniżej 5 należy końcówkę pominać, powyżej i równie 5 należy zaokrąglić w górę). W tym samym Rozdziale XIV w pkt 3 i 4 Zamawiający wymagał podania cen jednostkowych dla urządzeń wielofunkcyjnych, drukarek, cen za stronę wydruku oraz kopii kolorowej i mono. Precyzja w podaniu tych cen była konieczna, gdyż stanowią one podstawę dla ustalenia ceny oferty: Ww. ceny netto należy pomnożyć przez wskazaną w Formularzu ilość stron obliczając w ten sposób miesięczną wartość netto, którą należy pomnożyć przez 36 miesięcy obowiązywania umowy, iloczyny należy dodać, uzyskując w ten sposób wartość netto Umowy. Do wartości netto należy dodać wartość podatku od towarów i usług, w celu uzyskania maksymalnej wartości nominalnej brutto – tę wartość należy przenieść do Formularza „Oferta”.

Ponieważ podana cena jest iloczynem obliczonym zgodnie z postanowieniami pkt 4 to zaniechania właściwego zaokrąglenia wywołuje efekt kumulacji i ma wpływ na podawaną cenę końcową. W ofercie KMBS w załączniku nr 1a do oferty w wierszu 4 podano cenę 0,025 zł za 1 stronę wydruku/kopii mono na urządzeniach wielofunkcyjnych. Wbrew wymaganiom SWZ podano cenę z dokładnością do trzech miejsc po przecinku. Zgodnie z SWZ cena winna wynosić 0,03 zł.

Odwolujący w dalszej części uzasadnienia przywołał treść art. 218 ust. 2 ustawy Pzp. Dokumentem zamówienia o którym mowa w art. 218 ust. 2 pzp jest - zgodnie z definicją zawartą w art. 7 pkt 3) pzp - m.in. specyfikacja warunków zamówienia.

SWZ zawierała w Rozdziale X pkt 1 regulację tożsamą z art. 218 pzp: Treść oferty musi odpowiadać treści SWZ. Odwołujący przywołał treść art. 232 ust. 1 pzp. W dalszej części wskazał przesłanki odrzucenia oferty wskazane w art. 226 pzp, a mianowicie: gdy: a. jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp); b. zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp); c. zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu (art. 226 ust. 1 pkt 10 pzp).

Nie ma zatem wątpliwości, iż tylko ten wykonawca, który złożył ofertę zgodną z wymaganiami – wszystkimi wymaganiami - nałożonymi przez SWZ mógł być zaproszony do udziału w aukcji elektronicznej.

W ocenie Odwołującego oferta KMBS jest niezgodna warunkami SWZ i zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wskazywała, że oferta musi być zgodna z SWZ i jednocześnie Zamawiający musi badać oferty z uwzględnieniem postanowień SWZ. Odwołujący przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 21 marca 2023, sygn. akt KIO 621/23; z 31 sierpnia 2022r. sygn. akt KIO 2163/22

Zdaniem Odwołującego podanie ceny 0,025 zł jest sprzeczne z SWZ i nie może być uznane za omyłkę podlegającą poprawie, gdyż treść załącznika nr 1a (Formularz Cenowy) dowodzi, iż było to działanie świadome. Zabieg ten zapewne

miał na celu spowodowanie obniżenia ceny podanej w kolumnie D oraz E. Podsumowując w wersji 4 Formularza Cenowego: a. w kolumnie B Formularza Cenowego powinno być 0,03 zł - jest 0,025 zł, b. w kolumnie D Formularza Cenowego powinno być - 3804 zł - jest 3.200,- zł, c. w kolumnie E Formularza Cenowego powinno być - 138.240 zł - jest 115.200,- zł. d. ponieważ składniki zostały zaniżone to w konwencji zaniżona została cena netto, kwota podatku VAT i cena brutto, czyli kwoty podane w kolumnie E wers 8, 9, 10. 9. Odwołujący przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 25 listopada 2022, sygn. akt KIO 2939/22 oraz z 20 stycznia 2023, sygn. akt KIO 42/23.

Poza sporem jest to, że KMBS - wbrew jednoznacznym postanowieniom SWZ - podała cenę z dokładnością do trzech miejsc po przecinku a wymaganym było dokonanie zaokrąglenia wartości do dwóch miejsc po przecinku. Taki stan faktyczny, niezależnie od innych okoliczności, wywołuje dwojaki skutek: a. Po pierwsze, oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia wyrażonymi w Rozdziale XIV pkt 8 SWZ, bo cena została podana bez wymaganego zaokrąglenia co winno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) i brakiem zaproszenia do aukcji, a jednocześnie b. Po drugie, oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny gdyż Zamawiający określił w Rozdziale XIV SWZ pkt 3 i 4 sposób w jaki cena ma być obliczona a KMBS zlekceważyła te obligatoryjne postanowienia co winno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10) i brakiem zaproszenia do aukcji.

Ustawa nie zawiera regulacji pozwalających Zamawiającemu na odstąpienie od weryfikacji, czy cena zawiera błędy w obliczaniu ceny i czy oferta jest zgodna z warunkami zamówienia. Przeciwnie, skoro art. 232 ust. 1 pzp odnosi się do ofert niepodlegających odrzuceniu to PPL musiał zbadać czy przesłanki odrzucenia oferty wskazane w art. 226 pzp istnieją w odniesieniu do oferty KMBS. Badanie takie albo wcale nie zostało dokonane albo zostało wykonane wadliwie, w sposób sprzeczny z SWZ i ustawą co w konsekwencji skutkuje nierównym traktowaniem wykonawców (por. art. 16 pzp) i preferowaniem KMBS. Dla zobrazowania błędu PPL można odpowiedzieć na pytanie, czy gdyby oferta KMBS była jedyną i z tego powodu aukcja nie mogłaby się odbyć, to czy oferta KMBS mogłaby być wybrana wbrew postanowieniom SWZ? Odpowiedź na to pytanie musi być negatywna - oferta winna być z tego powodu odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) i 10) pzp.

Odwołujący stawia jednocześnie zarzut ewentualny dot. zaniechania wezwania KMBS do wyjaśnień w zakresie ceny. Wezwanie jest zbędne, jeżeli oferta zostanie odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) lub 10) pzp. a. Cena oferty KMBS to 2.530.380,60 zł, b. Kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia to 3.862.200,00 zł c. Mediana wszystkich cen to: 3.346.018,20 zł d. Mediana cen z pominięciem ceny KMBS to: 3.441.131,64 zł e. Średnia arytmetyczna wszystkich cen to: 3.376.845,96 zł f. 70% średniej arytmetycznej wszystkich cen to: 2.363.792,17 zł g. Średnia arytmetyczna cen z pominięciem ceny KMBS to 3.588.462,27 zł h. 70% średniej arytmetycznej cen z pominięciem ceny KMBS to 2.530.381,- zł.

Zestawienie powyższych wartości samo w sobie uzasadnia zastosowanie art. 224 ust. 1 pzp i wezwanie do złożenia przez KMBS wyjaśnień i dowodów na ich poparcie. Niezależnie od mechanizmu badania widać, iż cena KMBS jest istotnie niższa niż cena pozostałych ofert. Zamawiający winien skorzystać z dyspozycji art. 224 ust. 1 pzp, gdyż porównanie cen jednoznacznie wskazuje na to, że cena winna budzić wątpliwości zamawiającego.

Ponieważ aukcja odbyła się, to należy zastosowania miałyby art. 235 pzp stanowiący o tym, że oferta przestaje wiązać w zakresie w jakim w toku aukcji wykonawca złoży korzystniejszą ofertę. Wprawdzie KMBS uczestniczyła w aukcji, dokonywała postępień i obniżyła cenę to ze względu na to, że samo zaproszenie do tej aukcji było sprzeczne z prawem (por. art. 232 ust. 1 pzp - oferta podlegała odrzuceniu) to przez wzgląd na art. 8 pzp w zw. z art. 58 §1 i §2 kc ani pierwsze ani kolejne postępowania nie mogły wywołać jakiegokolwiek skutku.

Ustawa w art. 224 ust. 1 postępuje się nieostrą przesłanką zastosowania tego przepisu - cena lub koszt (...) wydają się rażąco niskie. Odwołujący przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 21 marca 2023, sygn. KIO 646/23. Xerox przedstawił wyżej porównanie cen, potwierdzające, że cena KMBS odbiega in minus od praktyki rynkowej - tym samym obiektywnie cena wydaje się rażąco niska a jej istotne części składowe budzą wątpliwości. Podsumowując zaistniały przesłanki zastosowania art. 224 ust. 1 pzp. Także w tym przypadku ustawa nie zawiera regulacji pozwalających Zamawiającemu do odstąpienia procesu weryfikacji ceny wskazanej przez wykonawcę w ofercie przed aukcją. Jeżeli przyjąć, że cena nie podlegałaby badaniu przed aukcją, to przepis art. 224 pzp byłby martwy nawet wówczas, gdy w postępowaniu, w którym przewidziano aukcję elektroniczną zostałaby złożona jedna oferta.

PPL nie ujawnił Odwołującemu informacji o wartości zamówienia, wydaje się jednak, że zasadnym jest przypuszczenie co do istnienia przesłanki wskazanej w art. 224 ust. 2 pkt 1) pzp. Odwołującemu nie są znane jakiegokolwiek okoliczności, z których może wynikać przesłanka wyrażona w art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy in fine pozwalająca na zaniechanie wyjaśnień jeżeli różnica cen wynika z okoliczności które nie wymagają wyjaśnienia. Jednocześnie - co jest niekwestionowanym dorobkiem orzecznictwa KIO - nie można odrzucić oferty na podstawie art. 226 ust.1 pkt 8) pzp jeżeli wykonawca nie miał możliwości złożenia wyjaśnień, o czym wypowiada się KIO m.in w orzeczeniu z 15 marca 2023, sygn. akt KIO 564/23.

W złożonej pismem z 13 października 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający nie uwzględnił zarzutów

odwołania i wnioś o oddalenie odwołania.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał:

Analiza odwołania wskazuje, że żaden z postawionych w nim zarzutów nie potwierdził się. W szczególności Zamawiający podkreśla brak podstaw do odrzucenia oferty Konika Minolta Buisnes Solutions Polska sp. z o.o. (dalej „KMBS”) wskazanych w odwołaniu. Oferta złożona przez tego wykonawcę jest zgodna z warunkami zamówienia w zakresie kwestionowanym w odwołaniu i nie zawiera błędów w obliczeniu ceny, stąd nie aktualizują się w stosunku do tej oferty podstawy odrzucenia wskazane w art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy z 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (ze zm.), dalej „Pzp”.

Faktem jest, że w ofercie Odwołującego wskazana została cena jednostkowa 0,025 zł za 1 stronę wydruku/kopii mono na urządzeniach wielofunkcyjnych. Zamawiający jednak, stosując zasady określone w Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”) dotyczące sposobu obliczenia ceny, w tym wskazaną w odwołaniu zasadę zaokrąglania cen określoną w Rozdziale XIV Opis sposobu obliczenia ceny, poprawił w ofercie KMBS omyłkę na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, na 0,03 za wydruk i uwzględnił konsekwencje tej korekty także w cenie maksymalnej. O poprawie Zamawiający zawiadomił KMBS pismem z 6 września 2023 roku, a KMBS nie zakwestionował tej korelaty. W odwołaniu nie postawiono zarzutów dotyczących czynności poprawy omyłki w ofercie KMBS w ww. zakresie.

Nie zasadne są także zarzuty dotyczące zaniechania wezwania KMBS do złożenia wyjaśnień co do oferowanej ceny na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp lub 224 ust. 2 pkt 1 Pzp. Zamawiający bowiem, działając na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp, wezwał KMBS pismem z 8 września 2023 roku do wyjaśnień. Wyjaśnienia zostały złożone pismem z 18 września 2023 roku.

Wykonawca KONICA MINOLTA BUSINESS SOLUTIONS POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie pismem z 13 października 2023 r. odniósł się do zarzutów odwołania i w ślad za Zamawiającym wnioś o oddalenie odwołania w całości.

Odwołujący w piśmie z 15 października 2023 odniósł się do twierdzeń Zamawiającego oraz wykonawcy KONICA MINOLTA BUSINESS SOLUTIONS POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wyrażonych w odpowiedziach odwołanie.

Wykonawca SHARP ELECTRONICS (EUROPE) GMBH spółka prawa niemieckiego z siedzibą w Hamburgu w imieniu na rzecz której działa „SHARP ELECTRONICS (EUROPE) GMBH Sp. z o.o. Oddział w Polsce” z siedzibą w Warszawie (dalej: „SHARP”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

Wykonawcy KONICA MINOLTA BUSINESS SOLUTIONS POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „KMBS”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść: specyfikacji warunków zamówienia wraz z załącznikami, informacji o poprawieniu omyłki, wezwań do złożenia wyjaśnień, pism Odwołującego kierowanych do Zamawiającego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron wyrażone w odwołaniu, odpowiedziach na odwołanie, 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 szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Wykonawcy SHARP ELECTRONICS (EUROPE) GMBH spółka prawa niemieckiego z siedzibą w Hamburgu imieniu i na rzecz której działa „SHARP ELECTRONICS (EUROPE) GMBH Sp. z o.o. Oddział w Polsce” z siedzibą w Warszawie oraz KONICA MINOLTA BUSINESS SOLUTIONS POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie skutecznie zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, stając się Uczestnikami postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z aukcją elektroniczną, którego przedmiotem jest świadczenie usług Centralnego Systemu Druku (CSD).

W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło sześciu wykonawców.

05 września 2023 Odwołujący skierował pismo do Zamawiającego wskazując w treści, że KMBS w załączniku nr 1a do oferty w wierszu 4 podał cenę za 1 stronę wydruku/kopii mono na urządzeniach wielofunkcyjnych w kwocie 0,025 zł z określeniem do trzech miejsc po przecinku, tj. niezgodnie z postanowieniami SWZ. Zgodnie z treścią SWZ *Ceny muszą być podane i wyliczone w zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku (zasada zaokrąglania – poniżej 5 należy końcówkę pominać, powyżej i równie 5 należy zaokrąglić w górę).*

Pismem z 06 września 2023 Zamawiający zawiadomił wykonawcę KMBS, że podczas badania oferty,

Zamawiający stwierdził popełnienie w ofercie złożonej przez niego innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W związku z powyższym, Zamawiający poinformował o poprawieniu w ofercie w Formularzu Cenowym w poz. 4 „1 strona wydruku/kopii mono na urządzeniach wielofunkcyjnych” kwotę jednostkową na wartość 0,03 zł zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Pismem z 08 września 2023 Zamawiający wezwał KMBS do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Wykonawca KMBS w terminie wskazanym przez Zamawiającego ustosunkował się do ww. pism.

Zamawiający po dokonaniu oceny ofert pismem z 21 września 2023 zaprosił wszystkich wykonawców, których oferty nie podlegały odrzuceniu do udziału w aukcji elektronicznej.

22 września 2023 Odwołujący przesłał Zamawiającemu pismo z prośbą o ustosunkowanie się do pisma z 5 września 2023. Zamawiający w odpowiedzi z 25 września 2023 wskazał, że dokonał oceny ofert, podjął przewidziane przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych czynności i zgodnie z pkt. XVI. SWZ zaprosił wszystkich Wykonawców, których oferty nie podlegały odrzuceniu do udziału w aukcji elektronicznej, która odbędzie się w dniu 26.09.2023 r. na Platformie SmartPzpz.

Odwołujący wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie oferty KMBS. Wniosek nie obejmował pism kierowanymi do ww. wykonawcy ani też pism składanych przez ww. wykonawcę.

Izba oceniła, że materiał dowodowy jest wiarygodny i wszechstronny oraz umożliwiającą wydanie rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie.

Izba zważyła, co następuje:

Izba rozpoznała merytorycznie złożone odwołanie i uznała, że nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności zwrócić należy uwagę, co ma istotne znaczenie w rozpoznawanej sprawie, że Zamawiający poprawił w ofercie uczestnika postępowania KMBS w formularzu cenowym kwotę jednostkową, zaokrąglając ją do dwóch miejsc po przecinku. Powyższa czynność nie została zaskarżona przez żadnego z wykonawców biorących udział w postępowaniu. Ze względu na brak zaskarżenia, czynność poprawienia omyłki stała się ostateczna i nie może zostać przez Izbę skutecznie zmieniona. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Biernie godząc się z czynnością Zamawiającego, Odwołujący nie może liczyć, że Izba pominie ww. czynność jakby nigdy nie miała miejsca. Zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 ustawy Pzp Izba wydając wyrok bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia postępowania odwoławczego. Co za tym idzie, wydając orzeczenie merytoryczne, skład orzekający bierze pod uwagę stan sprawy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy, czyli uwzględnia również zdarzenia prawne zaistniałe w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

Już tylko z tego z tego powodu odwołanie podlegało oddaleniu. W zasadzie na tym stwierdzeniu Izba mogłaby poprzestać. Skład orzekający postanowił jednak odnieść się do twierdzeń Odwołującego wyrażonych w odwołaniu oraz ustnie na rozprawie.

Twierdzenia Odwołującego, że Zamawiający mógłby ewentualnie poprawić cenę wskazaną w tabeli D i E z załącznika do SWZ nie zasługuje na aprobatę. Zamawiający wskazał w SWZ, że ceny muszą być podane i wyliczone w zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku, przy czym nie wskazał, że dotyczy to wyłącznie cen całkowitych.

Argumentacja Odwołującego w zakresie braku wniosku o udostępnienie ewentualnych wezwań czy też wyjaśnień składanych przez wskazanego wyżej Uczestnika postępowania nie mogły odnieść skutku w postaci uwzględnienia odwołania. Skład orzekający w pełni podziela przyjętą w zamówieniach koncepcję oferty sensu largo – wszystkie oświadczenia i dokumenty składane przez wykonawcę stanowią część składową oświadczenia woli oferenta. Integralną częścią oferty są wyjaśnienia jej treści, uzupełnione dokumenty jak również dokonane przez zamawiającego poprawki.

Odwołujący z ostrożności, ale też należytej staranności winien był zwrócić się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie oferty wraz z pismami kierowanymi do danego wykonawcy. W sytuacji odmowy udostępnienia takich dokumentów Odwołujący mógłby wskazaną czynność zaskarżyć. Izba mogłaby wtedy rozważyć czy zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia wnioskowanej dokumentacji (co ma również wpływ na bieg terminu do zaskarżenia czynności zamawiającego), a co za tym idzie czy nie pozbawił w ten sposób możliwości skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej.

Uwzględnienie odwołania przy takiej argumentacji prowadziłoby de facto do sanowania zaniechań Odwołującego, a nie do naprawienia wadliwej czynności Zamawiającego.

Niejako na marginesie, zamawiający udostępniła dokumentację postępowania zgodnie z treścią wniosku i wyłącznie w zakresie w nim wskazanym. W przypadku braku wskazania przez wykonawcę żądania (oprócz oferty wskazanego wykonawcy) również pozostałych dokumentów i oświadczeń, musi on liczyć się z tym, że zamawiający mu ich nie udostępni.

Odwołujący argumentując zasadność podniesionego w odwołaniu zarzutu niezgodności oferty KMBS z warunkami zamówienia powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2 maja 2022 w sprawie o sygn. akt KIO 978/22, w którym w analogicznym stanie faktycznym Izba uznała argumentację odwołującego dotyczącą niezgodności określenia prowizji z warunkami zamówienia. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego. Zamawiający w przedmiotowej sprawie, w sposób jednoznaczny wskazał zasadę zaokrąglania - *Ceny muszą być podane i wyliczone w zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku (zasada zaokrąglania – poniżej 5 należy końcówkę pominąć, powyżej i równie 5 należy zaokrąglić w górę)*. Zaokrąglanie liczb to jedno z podstawowych działań w matematyce, nie jest niczym niezwykłym i skomplikowanym. Co równie istotne w sprawie, Odwołujący bez żadnego problemu zaokrąglił cenę jednostkową wskazaną przez KMBS.

Izba dała wiarę wyjaśnieniom uczestnika KMBS w tym zakresie. Co więcej, słusznie zauważył uczestnik KMBS nieścisłości w twierdzeniach Odwołującego. Z jednej strony Odwołujący cytuje uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, w którym to Izba stwierdziła (...) *Zamawiający, nie mając wiedzy w jaki sposób należy dokonać poprawienia wysokości prowizji (np. czy zaokrąglić wartość do dwóch miejsc po przecinku, czy „obciąć” trzecią cyfrę po przecinku), w rzeczywistości złożyłby za Przystępującego (...) oświadczenie, co do wysokości oferowanej prowizji (...), a z drugiej bez problemu w treści odwołania wskazuje jaka powinna być cena jednostkowa – W ofercie KMBS w załączniku nr 1a do oferty w wierszu 4 podano cenę 0,025 zł za 1 stronę wydruku/kopii mono na urządzeniach wielofunkcyjnych. Wbrew wymaganiom SWZ podano cenę z dokładnością do trzech miejsc po przecinku. Zgodnie z SWZ cena winna wynosić 0,03 zł* (podkreślenie dodano). Z powyższego wynika, że Odwołujący nie miał trudności z ustaleniem w jaki sposób należy dokonać poprawienia ceny - czy cenę należy zaokrąglić czy jednak „obciąć” trzecią cyfrę po przecinku. Trudno zatem czynić zarzut w tym zakresie Zamawiającemu. Powyższe potwierdza bezzasadność zarzutu odwołania.

Odnosząc się do zarzucanego błędu w obliczeniu ceny wskazać należy, że z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu, o którym stanowi art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp mamy również do czynienia wtedy, gdy doszło do błędu co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego. Inaczej, jeśli mamy do czynienia z sytuacją, w której wykonawca wskazuje w swojej ofercie cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, kalkuluje w niej czynności/materiały, które nie są objęte przedmiotem zamówienia (czyli wykonawca przyjmuje niewłaściwe dane) - to wówczas wskazana przez wykonawcę cena jest nieprawidłowa, gdyż dotyczy innego stanu faktycznego niż przedmiot postępowania. Co za tym idzie dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp konieczne jest stwierdzenie, że doszło do popełnienia przez wykonawcę tego rodzaju błędu, który skutkuje tym, iż cena podana w ofercie jest ceną nieprawidłową. Wymaga to zatem stwierdzenia, iż odmiennosc sposobu obliczenia ceny przez wykonawcę skutkowałaby tym, iż cena oferty byłaby inna. W ocenie Izby w rozpoznawanej sprawie powyższe nie miało miejsca.

W związku z tym, że zarzuty oznaczone jako nr 1, nr 2 i nr 3 nie zostały przez Izbę uwzględnione, zarzuty ewentualny wskazane jako zarzuty nr 4 i nr 5 podlegały rozpoznaniu i również nie zasługiwały na uwzględnienie.

Jak już wyżej wskazano, Zamawiający wezwał uczestnika KMBS do wyjaśnień ceny oferty. Z dokumentacji postępowania wynika, że KMBS złożył w określonym terminie wyjaśnienia. Odwołujący nie odniósł się do treści złożonych wyjaśnień. W konsekwencji, brak było podstaw do nakazania Zamawiającemu odrzucenie oferty uczestnika KMBS na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Biorąc powyższe pod uwagę kosztami postępowania Izba obciążyła Odwołującego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15 000 PLN.

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