

WYROK
z dnia 16 lutego 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lutego 2016 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 5 lutego 2016 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia Comparex Poland Sp. z o.o., ul. Równoległa 2, 02-235 Warszawa
B. w dniu 8 lutego 2016 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie Asseco Poland S.A., Olchowa 14, 35-322 Rzeszów

w postępowaniu prowadzonym przez Narodowy Fundusz Zdrowia Centrala, Grójecka 186, 02-390 Warszawa

orzeka:

1. oddala oba odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Comparex Poland Sp. z o.o., ul. Równoległa 2, 02-235 Warszawa oraz Asseco Poland S.A., Olchowa 14, 35-322 Rzeszów, i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł, 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców Comparex Poland Sp. z o.o., ul. Równoległa 2, 02-235 Warszawa oraz Asseco Poland S.A., Olchowa 14, 35-322 Rzeszów tytułem należnych wpisów od odwołań ;

1

2.2. zasądza od Comparex Poland Sp. z o.o., ul. Równoległa 2, 02-235 Warszawa oraz Asseco Poland S.A., Olchowa 14, 35-322 Rzeszów na rzecz Narodowego Fundusz Zdrowia - Centrala, Grójecka 186, 02-390 Warszawa kwoty po 1 800,00 złotych - łącznie 3.600, 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty zamawiającego poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

2

UZASADNIENIE

Narodowy Fundusz Zdrowia Centrala, Grójecka 186, 02-390 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *Usługi serwisowe głównych serwerów bazodanowych opartych o platformę Power w Centrali i oddziałach wojewódzkich NFZ.*

W dniu 28 stycznia 2016 roku wykonawcy uczestniczący nadal w postępowaniu zostali poinformowani o odrzuceniu ich ofert i unieważnieniu postępowania. Od takiej czynności Zamawiającego Wykonawcy: Comparex Poland Sp. z o.o., ul.

Równoległa 2, 02-235 Warszawa (KIO 156/16) i Asseco Poland S.A., Olchowa 14, 35-322 Rzeszów, zwani dalej także „Odwołującymi” wnieśli odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie.

Odwołanie Comparex Poland Sp. z o.o., ul. Równoległa 2, 02-235 Warszawa (KIO 156/16)

Wykonawca ten, dalej zwany także „Odwołującym Comparex” w wniesionym odwołaniu zarzucił naruszenie przez Zamawiającego:

1. Art. 89 ust.1 pkt. 2) Ustawy poprzez bezpodstawne zastosowanie skutkujące odrzuceniem oferty odwołującego.
2. Art. 89 ust.1 pkt. 2) Ustawy poprzez bezpodstawne zastosowanie skutkujące odrzuceniem oferty odwołującego związku z Art. 89 i 24 ust.4 Ustawy.
3. Art. 89 ust.1 pkt. 3) Ustawy poprzez bezpodstawne zastosowanie skutkujące odrzuceniem oferty odwołującego.
4. Art. 89 ust.1 pkt. 6) Ustawy poprzez bezpodstawne zastosowanie skutkujące odrzuceniem oferty odwołującego.
5. Art. 93 ust.1 pkt. 1) Ustawy poprzez bezpodstawne zastosowanie skutkujące unieważnieniem Postępowania.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty, unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz nakazanie ponownego badania i oceny ofert.

W zakresie zarzutu naruszenia Art. 89 ust.1 pkt. 2 Pzp podał, że Zamawiający niezasadnie uznał, iż oferta Odwołującego pozostaje w sprzeczności z SIWZ. Tymczasem zgodnie z uzasadnieniem dla przedmiotowej podstawy odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający nie wskazuje na jakąkolwiek niezgodność treści oferty Odwołującego z SIWZ, a jedynie ogranicza się do argumentacji, iż sposób rozliczenia ceny

3

dokonany w wykazie zawartym w Załączniku nr 1 do SIWZ nie odpowiada treści tegoż wzoru w wersji ustalonej na dzień 14 sierpnia 2015 roku. W tym zakresie powołał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku KIO 2478/13 wskazując na obowiązującą linię orzeczniczą Krajowej Izby w przedmiocie wykładni art. 89 ust.1 pkt. 2) ustawy co sprowadza się do wniosku, iż Zamawiający jest świadom iż odrzucając ofertę Odwołującego na powyższej podstawie winien wskazać w jakim obszarze oferta Odwołującego w warstwie merytorycznej jest sprzeczna z warunkami realizacji przedmiotu Zamówienia. Natomiast Zamawiający nie wytknął Odwołującemu, aby ten zaoferował Zamawiającemu świadczenie odmienne od świadczenia opisanego w SIWZ względnie zaoferował warunki niezgodne z SIWZ.

Ponadto zdaniem Odwołującego całość argumentacji odnosząca się do przedmiotowej podstawy odrzucenia oferty jest argumentacją dotyczącą innej podstawy wskazanej w informacji z dnia 28 stycznia 2016 roku tj podstawy określonej w art. 89 ust.1 pkt. 6) ustawy tj. błędów w obliczeniu ceny.

Podał, że zakładając nawet hipotetyczną sytuację, w której zamieszczenie przez Odwołującego w wykazie cen jednostkowych serwerów nie byłoby wymagane to zamieszczenie w wykazie dodatkowych danych w postaci wskazania cen jednostkowych serwisu dla serwerów nie przesądza o niezgodności treści oferty z SIWZ, gdyż zmiany w formacie i zawartości danych wykazu w stosunku do jego wzoru wg stanu na dzień 14 sierpnia 2015 nie stanowią merytorycznej sprzeczności z treścią SIWZ. Zgodnie z wyrokiem KIO 1455/15: „Niezgodność oferty z treścią SIWZ, uzasadniająca odrzucenie oferty, musi dotyczyć merytorycznych wymagań określonych w specyfikacji. Nie uzasadnia odrzucenia oferty jej niezgodność z SIWZ mająca charakter wyłącznie formalny, formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest bowiem celem samym w sobie, lecz ma służyć realizacji celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, odpowiadającej potrzebom zamawiającego), z poszanowaniem zasad jawności, przejrzystości, zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wskazał iż Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust.1 pkt. 2) ustawy uznał także, iż Odwołujący na stronach 20-41 podał nierzeczywiste ceny jednostkowe dla usług serwisowych, a tego rodzaju nierzeczywistość cen była stanem niezgodnym z SIWZ. Jednakże Zamawiający w żadnym punkcie uzasadnienia nie wskazał

wymagań SIWZ określających metodologię kalkulacji stawek jednostkowych dla jednostek rozszerzeń oraz określenia sprzeczności oferty Odwołującego z takimi wymaganiami. Przeciwnie pkt. 11.2 SIWZ nie nakłada na wykonawców żadnym dyrektyw w tym zakresie. Zamawiający nie uzasadnił także twierdzenia o nierzeczywistym poziomie zastosowanych

4

cen jednostkowych dla jednostek rozszerzeń, gdzie w tym zakresie ciężar dowodu spoczywał na Zamawiającym i spoczywa dalej w toku postępowania odwoławczego.

Podsumowując argumentację do tego zarzutu podał, że w takim stanie rzeczy niezgodność treści oferty z treścią SIWZ nie ma miejsca. Jednocześnie odrzucenie oferty wykonawcy z uwagi na niezadowolenie Zamawiającego z wartości zaoferowanych cen jednostkowych nie stanowi żadnego dopuszczonego ustawą Pzp z przypadku odrzucenia oferty wymienionego w art. 89 ustawy czy też pośredniego wypadku wykluczenia wykonawcy w trybie art. 24 ust.4 skutkującego odrzuceniem jego oferty.

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego naruszenia art 89 ust.1 pkt. 6) ustawy (błąd w obliczeniu ceny) Odwołujący podał, że zgodnie z tytułem Postępowania „ Usługi serwisowe głównych serwerów bazodanowych opartych o platformę Power w Centrali i oddziałach wojewódzkich NFZ” przedmiotem umowy są objęte serwery. Zgodnie z pkt. 3.2 SIWZ są to urządzenia określone w Załączniku nr 1 do SIWZ, na które zgodnie z brzmieniem SIWZ składają się serwery oraz jednostki rozszerzeń przyporządkowane pod poszczególne serwery. Zgodnie ze wzorem umowy zawartym w Załączniku nr 2 do SIWZ: „Przedmiotem umowy są usługi serwisowe głównych serwerów bazodanowych opartych o platformę Power wraz z osprzętem w Centrali i oddziałach wojewódzkich NFZ”. Zgodnie z pkt. 11.2 SIWZ „do oferty należy załączyć wykaz cen jednostkowych za serwis poszczególnych urządzeń, przygotowany wg wzoru określonego w załączniku nr 1 do Specyfikacji”.

Powyższy wykaz przyjmował logikę wyceny grup serwerów dla każdej z lokalizacji jednostek organizacyjnych Zamawiającego (10 grup), gdzie każdy serwer przynależny do danej grupy posiadał przyporządkowane mu jednostki rozszerzeń. Każdemu serwerowi jak również każdej jednostce rozszerzeń należało przyporządkować własne ceny jednostkowe. Powyższa logika wykazu była oczywista, albowiem Zamawiający zgodnie z wzorem umowy (§ 7 ust.4 i nast.) był uprawniony do wyłączania z zakresu umowy poszczególnych urządzeń, z czym związana była redukcja ceny, a to generowało konieczność określenia cen jednostkowych dla poszczególnych urządzeń. Podkreślenia wymaga, iż zarówno każdy serwer jak i każda z jednostek rozszerzeń posiadała w wykazie swój numer modelu, a każdy serwer dodatkowo swój indywidualny numer seryjny. Zatem identyfikacja urządzenia nie nastroczała problemu.

W dniu 16 lipca 2015 roku Zamawiający dokonał zmiany wykazu (tj tabeli zawartej w Załączniku nr 1 do SIWZ) poprzez pozbawienie pozycji z serwerami pola dla wstawienia ceny jednostkowej oraz nadania pozycji z serwerami wyglądu tytułu dla listy jednostek rozszerzeń. W piśmie z dnia 28 stycznia 2016 roku Zamawiający stwierdził, iż *zmiana układu wykazu wynikała z tego, iż przyporządkowane serwerowi jednostki rozszerzeń*

5

stanowią w istocie elementy samego serwera, a nie elementy o jakie serwer został rozbudowany.

Zdaniem Odwołującego nie ulegało wątpliwości, iż serwery jako urządzenia o konkretnych konfiguracjach i numerach seryjnych istnieją, a urządzenia wymienione w wykazie z dnia 14 sierpnia 2016 roku nie stanowią ich komponentów, lecz są to urządzenia dodatkowe o jakie serwery zostały rozbudowane w toku eksploatacji, na co wprost wskazywała:

- (a) terminologia przyjęta przez Zamawiającego w postaci wyrażen „jednostka rozszerzeń” a np. „komponent serwera ” czy równoważne;
- (b) wskazanie w opisie serwerów danych technicznych wskazujących na liczbę procesorów, wartość pamięci etc. czyli urządzenia lub cechy które nie są za zapewniane przez żadną z wymienionych jednostek rozszerzeń.
- (c) utrzymanie w wykazie oznaczeń modelu zarówno serwerów jak i jednostek

rozszerzeń;

Każdy z serwerów jest zbiorem kilkudziesięciu komponentów, który względem jednostek rozszerzeń jest zbiorem rozłącznym.

W konsekwencji pomimo zmiany tabeli wykazu z Załącznika nr 1 zakres sprzętu objętego zamówieniem zdaniem Odwołującego nie uległ zmianie, a lista sprzętu w wykazie nadal obejmowała zarówno serwery jak i jednostki rozszerzeń zidentyfikowane odpowiednimi numerami modelu i numerami seryjnymi (serwery), a nie serwery jako zbiory jednostek rozszerzeń.

Odnosząc się do zakresu obowiązku kalkulacji cen jednostkowych w wykazie, podał, że pomimo dokonanej w lipcu sierpnia 2015 roku zmiany wykazu z Załącznika nr 1 do SIWZ Zamawiający utrzymał przewidziany w pkt. 11.2 SIWZ obowiązek sporządzenia wykazu zgodnie z Załącznikiem nr 1, co oznaczało iż w wykazie będącym wyceną miesięcznej wartości wynagrodzenia wykonawcy za realizację usług należało uwzględnić wszystkie urządzenia tamże wymienione. Skoro serwery są odrębnymi od jednostek rozszerzeń urządzeniami i nie zostały wyłączone z umowy oraz nadal figurowały w wykazie należało je również w Wykazie tym uwzględnić. Jednocześnie wycena wykonana w wykazie stanowić miała cenę 1 miesiąca świadczenia usług serwisowych dla wszystkich urządzeń, a więc cenę usług dla wszystkich jednostek organizacyjnych Zamawiającego dla wszystkich elementów sprzętowych przyporządkowanych danej jednostce, co wynikało wprost z noty zawartej pod tabelą wykazu. Zamawiający w piśmie z dnia 28 stycznia 2016 roku tego nie potwierdza pomimo iż podsumowanie cen jednostkowych stanowi podstawę do wyceny oferty, cyt: zgodnie z pkt 11 ust 2 SIWZ, powyższe zestawienie stanowiło wiążący Wykonawców Wzór wykazu cen jednostkowych za serwis poszczególnych urządzeń, który (1) stanowił podstawę do wyceny oferty oraz (2) należało załączyć do oferty „wykaz cen

6

jednostkowych za serwis poszczególnych urządzeń, przygotowany wg wzoru określonego w załączniku u nr 1 do Specyfikacji”). W takim stanie rzeczy zachodził stan wewnętrznej sprzeczności SIWZ w postaci nieadekwatności treści wzoru wykazu w jego ostatniej wersji z dnia 14 sierpnia 2015 roku do wymagania zawartego w pkt. 11.2 SIWZ.

Odnosząc się do powyższego stwierdził, że nie ulega wątpliwości, iż suma cen jednostkowych usług zawartych w wykazie opracowanym przez Odwołującego pomnożona przez liczbę miesięcy świadczenia usług jest równa kwocie oferty, zatem nie występuje błąd w kalkulacji ceny tj kalkulacji ceny oferty. Wstawienie do wykazu cen jednostkowych dla serwerów było działaniem koniecznym, zapobiegającym niezgodności pomiędzy wynikiem operacji arytmetycznej w wykazie a ceną wskazaną w ofercie.

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego popełnienia przez Odwołującego czynu nieuczciwej konkurencji Odwołujący podał, że Zamawiający podniósł, iż ceny jednostkowe dla bliżej niezidentyfikowanych elementów sprzętowych są cenami nierynkowymi niepozwalającymi na realizację świadczenia. Tego rodzaju twierdzenie wskazuje, iż Zamawiający uznaje iż ceny jednostkowe są cenami rażąco niskimi pomimo, iż Zamawiający nie przeprowadził badania oferty Odwołującego pod kątem rażąco niskiej ceny, a tylko w tym trybie Zamawiający dokonać tego rodzaju ustaleń.

W konsekwencji iż nie dość, iż Zamawiający nie wykazał zaniżenia cen pomimo spoczywającego na Zamawiającym ciężaru dowodu to również jakkolwiek argumentacja Zamawiającego bazująca na założeniu iż ceny jednostkowe zostały zaniżone nie może mieć miejsca z uwagi na brak uprzedniej weryfikacji cen oferty Odwołującego pod kątem rażąco niskiej ceny.

Zamawiający uznaje, iż zaniżenie cen jednostkowych jest czynem nieuczciwej konkurencji wg definicji ogólnej zawartej w art. 3 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tymczasem według Odwołującego maksymalizowanie zysku jest zdrowym zachowaniem przedsiębiorców, a nie łamaniem dobrych obyczajów.

Podkreślił, że Zamawiający nie zawarł w SIWZ żadnych warunków mających odzwierciedlić oczekiwania Zamawiającego w tym zakresie, co wskazuje na pozostawienie wykonawcom w tym zakresie pełni swobody. Wskazał, że Zamawiający uznaje, że interes Zamawiającego jest zagrożony bowiem czyni nieopłacalnym wyłączenie z zakresu zamówienia poszczególnych elementów sprzętowych w trybie określonym w § 7.4.- § 7.6 projektu umowy. Otóż twierdzenie to nie ma pokrycia w faktach, albowiem Zamawiający po redukcji wynagrodzenia Odwołującego wynikającego z ograniczenia zakresu umowy o stawki zawarte w wykazie będzie je opłacał w wysokości adekwatnej do aktualnego zakresu

Odnosząc się do powyższego stwierdził także, że wobec niezasadności postawionych Odwołującemu zarzutów nie zachodziły w sprawie przesłanki do unieważnienia postępowania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie podał, że Odwołujący w Odwołaniu z dnia 5 lutego 2016 r. usiłuje wprowadzić w błąd Krajową Izbę Odwoławczą w zakresie przedmiotu Zamówienia, którego dotyczy przedmiotowe Postępowanie, twierdząc, iż przedmiotem postępowania są usługi serwisu serwerów i - odrębnie - jednostek rozszerzeń przyporządkowane pod poszczególne serwery. Odwołujący pomija fakt iż § 1 ust. 2 wzoru umowy odsyła w tym zakresie do Opisu Przedmiotu Zamówienia który brzmi iż Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, sposób i zasady realizacji oraz wykaz sprzętu określono w załączniku nr 1 do umowy.

Zgodnie natomiast z pkt 1 Opisu Przedmiotu Zamówienia: „1. Wykonawca zobowiązany jest świadczyć, w ramach przedmiotu zamówienia, serwis wszystkich elementów sprzętowych zawartych w zestawieniu poniżej.”

Z powyższych postanowień nie wynika więc w żaden sposób, że przedmiotem zamówienia są usługi serwisowe serwerów oraz odrębnie jednostek rozszerzeń przyporządkowanych pod poszczególne serwery. Przedmiotem zamówienia są usługi serwisowe dla tych elementów, które zostały wskazane w wykazie sprzętu zamieszczonym w Załączniku nr 1 do SIWZ - „Lista sprzętu”.

Zamawiający podał, że zmiana przez Zamawiającego Listy sprzętu (ostatnia w dniu 14 sierpnia 2015 r.) miała na celu skorygowanie wcześniejszej wersji listy, która mogła wprowadzić wykonawców w błąd co do przedmiotu Zamówienia. Dokonana zmiana była na tyle poważna i widoczna, że nie powinna nasuwać wątpliwości. Jednocześnie nie została dokonana zmiana w OPZ bądź treści SIWZ ponieważ, jak wskazano powyżej, sformułowanie zamieszczone w pkt 1 OPZ: „*Wykonawca zobowiązany jest świadczyć, w ramach przedmiotu zamówienia, serwis wszystkich elementów sprzętowych zawartych w zestawieniu poniżej*” nie stoi w żadnym stopniu w sprzeczności ze zmianą dokonaną w Liście sprzętu.

Podniósł ponadto, że Okoliczność w jaki sposób powinna zostać wypełniona lista sprzętu została już rozstrzygnięta przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 9 grudnia 2015 r. W powołanym wyroku odwołujący Asseco Poland S.A. zarzucił Zamawiającemu nieodrzućenie oferty Engave Sp. z o. o. z uwagi na brak wyceny wszystkich elementów np. procesora POWER6, typ 9117, model MMA, numer seryjny 658CABO (a więc procesor znajdujący się na stronie 3 OPZ, na Liście sprzętu). W ocenie Izby z konstrukcji formularza ofertowego po jego modyfikacji wynika, że wycenie podlegają poszczególne urządzenia wchodzące w skład serwerów (jednostki rozszerzeń-np. karty, dyski itp.) które będą objęte serwisem i zostały wymienione w poszczególnych wierszach.

Brak jest natomiast w ocenie Izby konieczności podawania wartości serwisu w wierszu dotyczącym całego serwera, który jest wierszem tytułowym.

Odwołujący wyceniając serwis całych serwerów dokonał więc niedozwolonej modyfikacji formularza Załącznika nr 1 do SIWZ - Lista sprzętu, zamieszczając w wersach dotyczących serwerów - stanowiących zgodnie z intencją Zamawiającego wersy tytułowe - wycenę odnoszącą się do wartości serwisu całych serwerów. W zmodyfikowanej wersji formularza Załącznika nr 1 do SIWZ, w wersach tytułowych - odmiennie niż w innych wersach, nie została wydzielona odrębna kolumna, w której należało zamieścić wartość serwisu. Stwierdził, że konsekwencją wyceny serwisu całych serwerów jest niewątpliwy błąd w obliczeniu ceny. Cena podana przez Odwołującego jest oczywiście błędna, gdyż uwzględnia elementy niebędące przedmiotem Zamówienia. Pozostałe elementy serwera - „jednostki rozszerzeń” zostały natomiast wycenione w sposób rażąco niski, stanowiący ułamek rzeczywistych kosztów serwisu.

Wskazując na niezgodność treści złożonej oferty z treścią wymagań SIWZ wskazał między innymi na sytuację, że Odwołujący wycenił pozycje formularza ofertowego, które nie podlegały wycenie. Tym samym wycena elementów niepodlegających wycenie,

które nie są objęte przedmiotem Zamówienia stanowi merytoryczną niezgodność z SIWZ. Odwołujący nie tylko podał (informacyjnie) cenę serwisu serwerów, lecz zsumował cenę serwisu serwerów z innymi elementami podlegającymi wycenieniu, równocześnie podając nierealne, nierynkowe ceny serwisu dla tych elementów, które miały być wycenione zgodnie z treścią formularza. Podał, że wskazana modyfikacja formularza nie miała charakteru zmiany formalnej, czy graficznej, ale niosła ze sobą istotną zmianę merytoryczną, polegającą na przypisaniu do wierszy tytułowych wartości, która w odpowiednim i rzeczywistym rozbiciu miała zostać przypisana do poszczególnych elementów sprzętowych („jednostek rozszerzeń”) wskazanych w tabeli formularza.

Odnosząc się do zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji podał, że celem Zamawiającego było posiadanie możliwości wypowiedzenia umowy co do określonego sprzętu w razie wycofania go z bieżącej eksploatacji i uprawnienie takie zostało wprost przewidziane w § 7 ust. 4 wzoru umowy stanowiącej Załącznik nr 7 do SIWZ. Zgodnie z tym postanowieniem, w razie wycofania danego urządzenia z serwisu, wynagrodzenie za pozostały okres trwania umowy ma zostać pomniejszone o wartość ryczałtu za świadczone usługi w odniesieniu do urządzenia” którego dotyczy zmiana Umowy, proporcjonalnie, z uwzględnieniem rzeczywistego okresu świadczenia usług. Natomiast sposób ukształtowania oferty przez Odwołującego - polegający na sztucznym zaniżeniu cen jednostkowych za serwis elementów sprzętowych i przeniesieniu rzeczywistej ceny serwisu do wierszy tytułowych, był sprzeczny z dobrymi obyczajami kupieckimi i wysoce niekorzystny dla Zamawiającego - sprawiał on, że rezygnacja z serwisu poszczególnych

9

elementów jest dla niego zupełnie nieopłacalna i w minimalnym stopniu zmniejszałaby koszt serwisu pomimo rezygnacji z usługi serwisu, nawet wielu elementów. Jest to oczywiście bardzo korzystne dla Wykonawcy który może dzięki temu osiągnąć zysk bardzo zbliżony do tego, jaki osiągnąłby, gdyby Zamawiający nie zrezygnował z serwisu żadnego elementu.

Odwołanie Asseco Poland S.A., Olchowa 14, 35-322 Rzeszów (KIO 161/16).

Na wstępie stwierdzić należy, że odrzucenie oferty Asseco nastąpiło z takich samych powodów jak odrzucenie oferty Comparex. W związku z tym pomimo pewnych występujących różnic argumentacja zarówno Odwołującego jak i Zamawiającego jest w wielu punktach zbieżna z argumentacją podaną w odwołaniu wykonawcy Comparex. Tym samym prezentowany stan faktyczny i stanowisko Zamawiającego będą podane w wersji skrótovej.

Odwołujący Asseco we wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez niewłaściwą interpretację oraz błędne zastosowanie wskazanych powyżej przepisów, które to skutkowało odrzuceniem oferty Odwołującego z Postępowania, oraz naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy, przez jego zastosowanie i unieważnienie Postępowania, w sytuacji gdy oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu.

Podnosząc powyższe zwrócił uwagę na kwestię, że Zamawiający odrzucił ofertę Asseco, dopiero w ponownej ocenie ofert. Po pierwszej ocenie Zamawiający nie dopatrywał się żadnych nieprawidłowości w ofercie Odwołującego. Dlatego zaznaczyć należy, że albo pierwszej oceny nie dokonał w sposób rzetelny, albo kolejna ocena ukierunkowana była na celowe odrzucenie oferty Asseco. (bez merytorycznych podstaw).

W zakresie odrzucenia oferty Odwołującego z powodu jej niezgodności z SIWZ podał, że nie jest zgodne z rzeczywistością stanowisko Zamawiającego iż sam serwer nie będzie podlegał serwisowaniu. W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Zamawiający stwierdził, że „Pod każdym tytułowym wskazującym nazwę, model i specyfikację serwera wymienione zostały natomiast jego elementy i to one mają być serwisowane. Wers ten nie zawiera żadnych informacji związanych z serwisowaniem tj. nie został podzielony na kolumny obejmujące: nr Klienta, czas naprawy oraz wartość serwisu, co dodatkowo wskazuje na okoliczność, iż serwer jako całość nie będzie podlegał serwisowi.” Podniósł, że serwer nie składa się wyłącznie z elementów podanych przez NFZ w „nowym” Załączniku nr 1. W skład serwera wchodzi także karty procesorowe, karty pamięci, zasilacze, które także należy serwisować, aby zapewnić poprawne działanie urządzenia. Dodał także iż Zamawiający dokładnie podał w SIWZ – że do oferty wymagane jest przedłożenie wykazu cen za serwis danego urządzenia czyli SERWERA! Co prawda później w Zawiadomieniu z dnia 28 stycznia 2015 r., Zamawiający stara się nieudolnie

wytłumaczyć, że urządzenie to element serwera, jednakże w dalszej części tego pisma sam naprzemiennie używa pojęcia URZĄDZENIE lub SERWER. Ponadto skoro taka była faktycznie wola NFZ, to powinien on jasno wskazać to w SIWZ - sporządzić „instrukcję”. Oferta Wykonawcy nie może być odrzucona, za to, że „nie domyślił się o co chodzi Zamawiającemu”, pomimo, że co innego wynikało z całego kontekstu Zamówienia.

W zakresie niezasadnego odrzucenia oferty z powodu wskazanej jako podstawy naruszenia art. 89 ust.1 pkt 3 Pzp podniósł, że Odwołujący neguje, aby wypełnienie przez niego Załącznika nr 1 do SIWZ stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Dla zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy należy ustalić, czy nastąpiło wystąpienie tzw. deliktu nazwanego (art. 5-17 u.z.n.k.) albo stwierdzić wystąpienie uniwersalnej postaci czynu nieuczciwej konkurencji (art. 3 ust. 1 u.z.n.k.).

Zauważył, że zarzut, który formułuje Zamawiający wobec oferty Asseco bezspornie nie jest deliktem nazwanym. Zdaniem Zamawiającego Asseco podając niskie ceny serwisowania elementów serwera - uniemożliwia realne zastosowanie powyższych zapisów. Jednakże Zamawiający zapomina o kwestii, że powyższe zapisy umowy nie uniemożliwiają wycofania z serwisów elementów serwerów, ale całego urządzenia. Tak jak zostało opisane wcześniej sam Zamawiający stara się „przeinaczyć” rzeczywistość i wykazać, że urządzenie to element. Jednak czytając dokładnie Zawiadomienie z dnia 28 stycznia 2016 r. NFZ finalnie stwierdza, że suma elementów sprzętowych wskazanych w tabeli składa się na kompletne urządzenie.

W zakresie naruszenia art. 89 ust.1 pkt 6 podniósł, że Zamawiający bezpodstawnie twierdzi, że oferta Asseco zawiera błędy w obliczeniu ceny. W odpowiedzi na ten zarzut stwierdził, że takim błędem może być np. zastosowanie niewłaściwych jednostek miar, niewłaściwych ilości lub zakresu czynności czy też zastosowanie niewłaściwej stawki podatku VAT. Co bezwzględnie nie miało miejsca w przedmiotowej ofercie.

Przywołał w tym zakresie uchwałę KIO z dnia 6 marca 2012 r., KIO/KD 25/12, gdzie zwrócono uwagę, że: *„O błędzie w obliczeniu ceny będziemy mogli mówić w sytuacji, gdy cena została skalkulowana w sposób, który nie uwzględnia cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu i warunków realizacji”*. Oznacza to, że wykonawca przyjął mylne założenia, bowiem punktem wyjścia do skalkulowania ceny jest inny stan faktyczny niż wynika ze SIWZ,

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podniósł jego niezasadność i wniósł o jego oddalenie.

Przedstawiając argumentację do poszczególnych zarzutów wskazał, że po pierwszej czynności badania i oceny ofert skutkującej wyborem najkorzystniejszej oferty, wykonawcy Asseco oraz COMPAREX wnieśli odwołania, które zostały przez Krajową Izbę Odwoławczą w części uwzględnione. W wyroku z dnia 9 grudnia 2015 r. KIO już rozpoznała kwestię

dotyczącą sposobu uzupełnienia zestawienia znajdującego się na stronie 11 SIWZ, oznaczonej jako *Wykaz lokalizacji Centrali NFZ oraz oddziałów wojewódzkich NFZ należącej do nich infrastruktury objętej serwisem sprzętowym w ramach umowy* (dalej: „Lista Sprzętu”) (zarzut dotyczył braku wyceny przez wykonawcę ENGAVE głównych serwerów) stwierdzając, że: *w ocenie Izby z konstrukcji formularza ofertowego po jego modyfikacji wynika, że wycenie podlegają poszczególne urządzenia wchodzące w skład serwerów (jednostki rozszerzeń-np. karty, dyski itp.) które będą objęte serwisem i zostały wymienione w poszczególnych wierszach. Brak jest natomiast w ocenie Izby konieczności podawania wartości serwisu w wierszu dotyczącym całego serwera, który jest wierszem tytułowym.*

Zamawiający dodatkowo w tym zakresie wyjaśnił, że odrzucenie oferty Asseco po ponownej ocenie ofert nie było efektem celowego działania, nakierowanego na odrzucenie oferty, lecz stanowiło prosty skutek zarzutu postawionego przez Asseco ofercie innego Wykonawcy (Engave), badania zasadności tego zarzutu przez Zamawiającego oraz jego oceny przez KIO.

Odnosząc się do zarzutu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ *podał, że serwer* jako całość nie będzie podlegał serwisowi, lecz serwisowane będą jedynie jego elementy. Zamawiający stwierdził, że kluczowe w przedmiotowej sprawie jest nie to, jaki element

podlegać będzie serwisowi, lecz to, jakie elementy zostały wycenione. Jasno wskazuje na to uzasadnienie odrzucenia oferty Asseco, np. we fragmencie na str. 3: „*Lista sprzętu wskazuje zatem jednoznacznie, że wycenie podlegają poszczególne urządzenia wchodzące w skład serwerów, które będą objęte serwisem i zostały wymienione w poszczególnych wierszach. Odrębnej wycenie nie podlega natomiast serwis serwera, wobec czego jego wycena w ofercie Asseco wbrew treści Załącznika nr 1 do SIWZ jest sprzeczna z treścią tegoż załącznika, jak również z treścią pkt 10.2. SIWZ, który nakazywał załączenie do oferty wykazu cen jednostkowych za serwis poszczególnych urządzeń, przygotowany według wzoru określonego w Załączniku nr 1 do SIWZ.*” Podobnie na str. 4 uzasadnienia odrzucenia oferty Zamawiający wprost wskazał, że „*brak podania rzeczywistej wyceny stanowi zatem także o sprzeczności oferty Wykonawcy Asseco z treścią SIWZ*”.

Reasumując Zamawiający stwierdził, że, układ Listy Sprzętu wskazywał, że wycenie podlegają elementy serwera a nie serwer jako całość. Odwołujący w wersach tytułowych, które określały typ serwera, wpisał wartość miesięcznego serwisu całego serwera. Zatem, Odwołujący uzupełnił Listę Sprzętu w sposób niezgodny z SIWZ poprzez ingerencję w udostępniony przez Zamawiającego wzór formularza a następnie wycenił pozycje, które nie podlegały wycenie.

Zamawiający w odpowiedzi wskazał także, iż zmienił także formularz Listę Sprzętu w taki sposób, aby wykonawcy nie mieli żadnych wątpliwości, że wycenie

12

podlegają jedynie elementy serwerów, a nie same serwery. Wykonawca musiał dokonać zmiany wzoru Listy Sprzętu poprzez dodanie rubryki aby dopisać ceny serwisu dla „całych serwerów”. Powyższa okoliczność nie powinna budzić żadnych wątpliwości, ponieważ sam Odwołujący w odwołaniu wskazał na brzmienie Listy Sprzętu sprzed zmiany. Zamawiający usunął wszelkie niejasności wprowadzając nowy formularz Listy Sprzętu, do czego Odwołujący już się nie odnosi. Zamawiający wskazywał także w uzasadnieniu odrzucenia oferty Asseco, oraz przywołuje także w niniejszej odpowiedzi fakt, iż dokonane przez Asseco modyfikacje są dla Zamawiającego wprost niekorzystne ze względów finansowych, ponieważ „*podanie przez Wykonawcę cen zaniżonych za serwis poszczególnych elementów, przy przeniesieniu rzeczywistej wartości usługi do wiersza tytułowego, stanowi celowe działanie, skutkujące brakiem możliwości efektywnego wykorzystania wspomnianego mechanizmu wycofywania urządzeń z serwisu*”. Jest więc oczywiste, że dokonane przez Odwołującego zmiany w formularzu oferty mają charakter zmian merytorycznych, o istotnie negatywnym skutku dla Zamawiającego.

Dodał także, że eksponowany przez Odwołującego wątek terminologiczny, w szczególności definicja „urządzenia”, nie ma żadnego znaczenia z punktu widzenia oceny prawidłowości wypełnienia formularza ofertowego.

W zakresie zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji podał, że Odwołujący dokonując nieprzewidzianej w SIWZ wyceny w wierszach tytułowych oraz zaniżając cenę elementów składowych serwerów, skalkulował ofertę w taki sposób, aby osiągnąć maksymalny zysk w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z częściowego wypowiedzenia umowy. Ponadto nie sposób zgodzić się ze stwierdzeniem, że modyfikacja formularza i ceny w taki sposób, aby nie wycenić realnie serwisu elementów, które zgodnie z treścią SIWZ miały być wycenione, a cenę za serwis przenieść na pozycje, których wyceny Zamawiający nie przewidywał, a tym samym narazić Zamawiającego na dodatkowe koszty, jest „praktyką rynkową”. Odwołujący działał w sposób sprzeczny z SIWZ i z Ustawą Pzp, a także z UZNK, ponieważ dokonując zmiany formularza obchodził przewidziane przez Zamawiającego mechanizmy i celowo narażał go na szkodę w postaci konieczności faktycznej zapłaty za serwis elementów, które będą wycofywane z serwisu. Wykonawca narusza tym samym interes klienta - Zamawiającego, a także innych przedsiębiorców, którzy działając w ramach ograniczeń wynikających z Ustawy nie są w stanie konkurować z podmiotem nierespektującym wymagań SIWZ.

W zakresie zarzutu dotyczącego błędu w obliczeniu ceny Zamawiający odnosząc się do tego zarzutu podał, że Odwołujący błędnie zakłada, że przyjęte przez niego wyceny są właściwe i odnoszą się do stanu wynikającego z SIWZ. Jak już wskazał Zamawiający Odwołujący wycenił przedmiot, który nie podlegał wycenie, a zatem nie jest możliwe uznanie, że kalkulacje w ofercie Odwołującego są prawidłowe. Zamawiający podkreślił, że

13

twierdzenie Odwołującego, że SIWZ nie nakłada żadnych instrukcji na temat ustalania ceny, pozostawiając w tym zakresie Wykonawcy pełną swobodę, jest nieprawdziwe, ponieważ w pkt 1 Formularza oferty widnieje informacja, że cena oferty powinna zostać obliczona zgodnie z pkt II Załącznika nr 1 do SIWZ. Jak już podkreślono wielokrotnie, konstrukcja formularza jasno wskazywała pozycje, w których należy wpisać ceny jednostkowe.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołania na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła co następuje.

Odwołania są niezasadne i podlegają oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołania w dostateczny sposób wykazali swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp gdyż w razie uwzględnienia odwołania to oferta tego wykonawcy mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w tym postępowaniu.

Natomiast wykonawca ENGAVE Sp. z o.o. Łopuszańska 32, 02-220 Warszawa, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego nie wykazał interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony do której przystąpienie zgłosił - Zamawiającego.

Wobec tego przystąpienia, obaj Odwołujący zgłosili opozycję wskazując, że oferta tego podmiotu została prawomocnie odrzucona z postępowania i tym samym nie posiada on już przymiotu wykonawcy. Natomiast zgodnie z treścią przepisu art. 185 ust. 2 Pzp do postępowania może przystąpić tylko podmiot będący wykonawcą. Przeciwno takiemu stanowisku oponował zarówno Engave oraz Zamawiający, który stwierdził, że ustawa uznaje za wykonawcę każdy podmiot, który złożył ofertę i nie określa końca bytu bycia wykonawcą.

Izba postanowiła uwzględnić opozycję Odwołujących, biorąc pod uwagę zarówno treść stanowiska Odwołujących, jak i argumentację interesu w przystąpieniu, wskazaną w samym zgłoszeniu przystąpienia przez wykonawcę Engave.

Wskazać należy, że oferta wykonawcy Engave została w wykonaniu wyroku KIO 2581/15 i 2571/15 ostatecznie odrzucona. Tym samym wykonawca ten nie ma szans na

14

powrót do tego postępowania. Rację mają Odwołujący, że bycie wykonawcą rozpoczyna się w sytuacjach wskazanych w przepisie art. 2 pkt 11 Pzp i kończy się z chwilą zakończenia postępowania lub prawomocnego wykluczenia wykonawcy z postępowania, czy odrzucenia jego oferty. Nie można akceptować stanowiska iż np. podmiot który utracił możliwość bycia podmiotem praw i obowiązków w tym postępowaniu lub jego oferta została ostatecznie odrzucona, może nawet w sytuacji kilku następnych po tej czynności postępowaniach odwoławczych, uczestniczyć w postępowaniu jako przystępujący, korzystając z przymiotu iż kiedyś był wykonawcą.

Nadto zwrócić należy uwagę na kwestię iż podmiot ten w zgłoszonym przystąpieniu widział swój interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego w pilnowaniu, aby postępowanie toczyło się zgodnie z przepisami prawa i przede wszystkim zostało utrzymane jego unieważnienie. Izba stwierdza, że zarówno Odwołujący jak i zgłaszający przystąpienie winni upatrywać swój interes tylko w rozstrzygnięciu tego konkretnego postępowania, a nie jakiegoś ewentualnego, przyszłego.

Przed poddaniem oceny zasadności podniesionych zarzutów Izba wskazuje, że ze względu na fakt że oferty obu Odwołujących zostały odrzucone w oparciu o takie same podstawy faktyczne i prawne, Izba dokona merytorycznej oceny zarzutów z obu odwołań łącznie.

W obu odwołaniach występują niewątpliwie pewne różnice, wynikające z odrębności złożonych ofert, ale są one dla istoty rozstrzygnięcia – oceny czynności Zamawiającego, nieistotne. Ponadto Zamawiający na uzasadnienie podjętych czynności wobec obu ofert

wskazuje bardzo podobną argumentację. Dlatego też Izba postanowiła dokonać łącznej oceny zarzutów obu odwołań bez powtarzania stanu faktycznego i argumentacji Zamawiającego oddzielnie dla każdego z odwołań.

Podkreślenia wymaga także kwestia, że zasadniczo odrzucenie oferty każdego z Odwołujących wywodziło się ze stwierdzenia niezgodności treści ofert z treścią SIWZ. Z tej niezgodności oraz wynikających z niej skutków, Zamawiający wyinterpretował jeszcze podstawy do odrzucenia oferty z powodu błędu w obliczeniu ceny oraz czynu nieuczciwej konkurencji. W tym zakresie Izba wskazuje iż niezasadnym jest mnożenie podstaw odrzucenia oferty w sytuacji kiedy możliwym jest zamknięcie wszystkich zarzutów wobec oferty wykonawcy, tylko w jednej podstawie z art. 89 ust.1 pkt 1-8.

Odnosząc się do zasadności odrzucenia ofert obu wykonawców z powodu ich niezgodności z SIWZ na wstępie wskazać także należy na fakt, iż dokonane zmiany w szczególności Formularza stanowiącego załącznik do pisma z 14 sierpnia 2015 roku spowodowały wystąpienie szeregu wątpliwości co sposobu wypełnienia tego załącznika biorąc pod uwagę treść innych postanowień SIWZ. Dlatego też dokonując oceny podniesionych zarzutów należało zwrócić w szczególności uwagę na stanowisko

15

Odwołujących, iż nie da się interpretować treści załącznika nr 1 do SIWZ bez interpretacji całości treści SIWZ. Te rozbieżności zdaniem Odwołujących wynikały wyłącznie z winy Zamawiającego, który dokonał pewnych zmian w załącznikach SIWZ nie przenosząc ich skutków na pozostałą treść SIWZ. W tym zakresie podkreślili w szczególności, że w pierwotnej treści Załącznika nr 1 były wskazane serwery/teraz tytuły/, które należało objąć serwisem i wycenić. W wyniku ostatniej zmiany tego załącznika z pozycji serwerów zostało usunięte miejsce na wpisanie ceny za serwis i serwer stał się tytułem, który według Zamawiającego nie podlega wycenieniu. Jednakże nadal zarówno każdy serwer jak i każda z jednostek rozszerzeń posiadała w wykazie swój numer modelu, a każdy serwer dodatkowo swój indywidualny numer seryjny.

W związku z tym, zdaniem Odwołujących zasadnym pozostaje pytanie co stało się z tymi serwerami po zmianie załącznika, czy nie podlegają serwisowaniu i jaki będzie wpływ ich funkcjonowanie całości przedmiotu zamówienia. Ich zdaniem Zamawiający w żaden sposób wykazał, iż dla prawidłowego funkcjonowania urządzeń, wystarczające jest serwisowanie tylko jednostek centralnych i jednostek rozszerzenia bez innych elementów, które zdaniem odwołującego znajdują się w urządzeniu opisanym jako tytuł.

Ponadto wskazali, że zasadnym było ujęcie w kalkulacji ceny oferty, w pozycji nazwy serwera – po zmianie w „tytuł”, ujęcie zdecydowanej większości kosztów serwisu, gdyż serwis dotyczył jednostek terenowych, a więc umiejscowionych w różnych miastach Polski, gdzie wykonawca musi utrzymywać w szczególności pracowników - serwisantów. Zmiana zakresu świadczeń serwisowych poprzez zmniejszenie ilości jednostek rozszerzeń czy jednostek centralnych podlegających serwisowaniu ma minimalny wpływ na koszty stałe utrzymania serwisu.

Zamawiający odnosząc się do powyższego stwierdził między innymi, że faktycznie nazwa wskazana w tytule odpowiada nazwie serwera. Natomiast nie ma to żadnego odniesienia do ilości urządzeń, jednostek sprzętowych wchodzących obecnie w jego skład. Serwery te zakupione wiele lat temu nie posiadają już urządzeń wskazanych na stronach internetowych, na które powołują się wykonawcy. Obecnie w skład tych serwerów wchodzi jednostki rozszerzeń i jednostki centralne wymienione w załączniku – Formularzu ofertowym. Ponadto przedmiotem zamówienia są usługi serwisowe dla tych elementów, które zostały wskazane w wykazie sprzętu zamieszczonym w Załączniku nr 1 do SIWZ - „Lista sprzętu”, natomiast Odwołujący wycenili pozycje formularza ofertowego, które nie podlegały wycenieniu.

Przechodząc do oceny zasadności podniesionych zarzutów w świetle prezentowanych powyżej stanowisk Izba stwierdza, że pomimo tego iż szereg wywodów Odwołujących należy uznać za częściowo zasadne to jednak odwołania nie mogą zostać uwzględnione. Niewątpliwym jest, że Zamawiający w wyniku szeregu zmian treści SIWZ

16

doprowadził do braku jednoznaczności niektórych postanowień SIWZ, co mogło mieć wpływ na sporządzenie ofert. Jednakże wskazać należy, że występujące wątpliwości co do treści

postanowień SIWZ nie mogą być podstawą do dowolnego sformułowania treści ofert, gdyż wykonawca przed złożeniem oferty w pierwszej kolejności winien zmierzać do ich wyjaśnienia i usunięcia. W uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2014 roku Sygn. akt IV CSK 626/13, sąd stwierdził, że *biorąc pod uwagę staranność wymaganą od profesjonalisty przy wykonywaniu zamówienia (stosownie do art. 355 par. 2 k.c.), to na odwołującym ciąży obowiązek zainteresowania się tym, jakie cechy dodatkowe powinien posiadać zamawiany w postępowaniu przedmiot zamówienia W art. 38 p.z.p. w zw. z art. 354 par. 2 k.c. ustanowiono zarówno uprawnienie, jak i obowiązek zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ. W przepisach p.z.p. ustanowiono wymóg rzetelnego określenia przedmiotu zamówienia w SIWZ. Wykonawca ma prawo do uzyskania od zamawiającego wyjaśnienia ich treści, jeżeli uzna, że nie rozumie ich na tyle, by mógł wykonać zamówienie zgodnie z potrzebami drugiej strony. Z kolei w art. 354 k.c. nakazano dłużnikowi (wykonawcy) wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a także ustalonym zwyczajom. W przypadku wystąpienia wątpliwości, jak odczytać treść zobowiązania, dłużnik powinien zapytać o to wierzyciela.*

Odnosząc się do treści złożonych ofert Izba stwierdza, że, złożone oferty zawierają wycenę pozycji tytułowych serwerów, w sytuacji kiedy Zamawiający wskazał, że wycenę podlegają tylko poszczególne urządzenia wchodzące w skład serwerów, wymienione w poszczególnych wierszach formularza. Dla uniknięcia błędu w tym zakresie, Zamawiający w zmodyfikowanym formularzu usunął rubryki przy nazwach serwerów, w których można by było wpisać cenę za serwis. Pomimo takiej sytuacji obaj Odwołujący w pozycjach tytułowych wpisali kwoty za serwis tej pozycji formularza. Odwołujący wyceniając serwis całych serwerów dokonali niedozwolonej modyfikacji formularza Załącznika nr 1 do SIWZ - Lista sprzętu, zamieszczając w wersach dotyczących serwerów - stanowiących zgodnie z intencją Zamawiającego wersy tytułowe - wycenę odnoszącą się do wartości serwisu całych serwerów. Ta sytuacja powoduje niezgodność treści ofert z treścią SIWZ.

Nadto istotnym przy ocenie zarzutów w zakresie niezgodności treści ofert z treścią SIWZ jest fakt, że kwestia możliwości wyceny serwerów- ich tytułów, była już przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w poprzednim postępowaniu odwoławczym zakończonym wyrokiem z dnia 9 grudnia 2015 roku sygn. akt KIO 2571/15 oraz KIO 2581/15. W uzasadnieniu wyroku jednoznacznie wskazano, że „W ocenie Izby z konstrukcji formularza ofertowego po jego modyfikacji, wynika, że wycenę podlegają poszczególne urządzenia wchodzące w skład serwerów (jednostki rozszerzeń – np. karty, dyski itp.), które będą objęte serwisem i zostały wymienione w poszczególnych wierszach. Brak jest natomiast, w

17

ocenie Izby, konieczności podawania wartości serwisu w wierszu dotyczącym całego serwera, który jest wierszem tytułowym”. Powyższa kwestia pomimo rozstrzygnięcia w tym zakresie w sentencji pkt 1a oraz uzasadnieniu nie została zaskarżona przez Odwołujących i tym samym stała się prawomocna. Zauważyć należy także że ze względu na specyfikę orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej możliwość zaskarżenia dotyczyła także stanowiska Izby zawartego w treści uzasadnienia. Stanowisko takie wyrażane w szeregu wyroków sądów okręgowych znalazło potwierdzenie w Uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r sygn.. III CZP 111/15, gdzie sąd stwierdził, że *dopuszczalna jest skarga do sądu od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej dotycząca zarzutów oddalonych w uzasadnieniu tego orzeczenia, a nierozstrzygniętych w sentencji.*

Izba, dokonując w tym odwołaniu oceny zarzutów w kontekście rozstrzygnięcia Izby z 9 grudnia 2015 roku nie znalazła podstawy do innego rozstrzygnięcia tej kwestii.

Za uznaniem niezgodności treści ofert Odwołujących z SIWZ przemawiał także fakt, że Odwołujący nie bacząc na ustalenia treści SIWZ, dokonali wyceny ofert zmierzając do narzucenia Zamawiającemu zakresu sprzętu podlegającego serwisowaniu.

W tym zakresie za ugruntowaną linią orzecniczą KIO stwierdzić należy, że Zamawiający ma prawo do takiego opisanie w SIWZ swoich potrzeb, aby zapewnić realizację celu stanowiącego opisany w SIWZ przedmiot zamówienia. Wykonawca nie jest uprawniony, aby ustalać za Zamawiającego jakie parametry przedmiotu zamówienia mają mieć charakter istotny (por. wyroki KIO z dnia 24 marca 2010 r sygn. KIO 333/10 oraz z dnia 22 czerwca 2010 r sygn. KIO 1048/10). W tym zakresie należy także wskazać na pogląd wyrażony w wyroku KIO z dnia 7 października 2013 roku sygn. KIO 2149/13, iż „nie można przyznać wykonawcom czy organom orzekającym lub kontrolującym przestrzeganie

przepisów ustawy, uprawnienia do narzucania zamawiającym konkretnego określenia jego potrzeb oraz sposobu ich opisanie czy zapewnienia ich realizacji w SIWZ”.

Odnosząc się do powyższego wskazać należy na autonomiczne prawo Zamawiającego do takiego opisanie przedmiotu zamówienia, który jego zdaniem zaspokoi jego potrzeby w zakresie opisanym w przedmiocie zamówienia i to niezależnie od skutków takiego opisu. Tym samym Odwołujący na etapie oceny czynności Zamawiającego, po wyborze najkorzystniejszej oferty, nie są uprawnieni do kwestionowania zakresu sprzętu podlegającego serwisowaniu wskazanemu w SIWZ. Prawo do kwestionowania treści postanowień SIWZ jest uzależnione od zachowania terminu wskazanego w treści art. 182 ust. 2 Pzp.

Reasumując powyższe stwierdzić należy, że pomimo szeregu wątpliwości co do możliwości prawidłowego świadczenia usług serwisowych, przy takim opisie przedmiotu zamówienia, a w szczególności treści załącznika – formularza ofertowego, Odwołujący

18

winni byli wycenić koszty tego serwisu tylko w pozycjach wskazanych wprost w formularzu, np. tak jak to uczynił wykonawca Engave.

Podnieść należy także, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazali iż niezasadne jest stanowisko Zamawiającego, że pozycje formularza w których określono nazwy serwerów zawierają także elementy wymagające ich serwisowania. W sytuacji braku udowodnienia tej kwestii i potwierdzenia stanowiska Zamawiającego iż *w rzeczywistości nazwa serwera wskazana w tytule formularza to obecnie nie serwer, lecz tylko pozostała z serwera obudowa, z której przepisano do formularza jego nazwę*, nie zasadnym byłoby uwzględnienie odwołania, gdyż mogłoby to spowodować sytuację iż w przypadku wyboru oferty, któregośkolwiek z Odwołujących, Zamawiający płaciłby za serwis nieistniejących urządzeń czy elementów serwera.

Odnosząc się do zarzutów z obu odwołań dotyczących niezasadnego odrzucenia ofert z powodu uznania przez Zamawiającego zaistnienia w obu ofertach błędu w obliczeniu ceny Izba stwierdza niezasadność tego zarzutu. Wskazać należy iż niewątpliwym jest niezgodność treści złożonych ofert z treścią SIWZ. Skutkiem tej niezgodności spowodowanej objęciem wyceną pozycji formularza określonych jako tytuł serwera, spowodowało sytuację iż Odwołujący ujęli w wycenie pozycje nie objęte zamówieniem i nie wskazane w formularzu. W efekcie nastąpiło błędne rozbieżności za serwis na ceny indywidualne, obejmujące także pozycje tytułowe. Brak ograniczenia wyceny kosztu serwisu tylko pozycji wskazanych w formularzu ofertowym, skutkuje błędem w obliczeniu ceny.

Za niezasadne Izba uznaje stanowisko Odwołujących w szczególności Asseco iż o *błędzie w obliczeniu ceny będziemy mogli mówić w sytuacji, gdy cena została skalkulowana w sposób, który nie uwzględnia cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu i warunków realizacji. Oznacza to, że wykonawca przyjął mylne założenia, bowiem punktem wyjścia do skalkulowania ceny jest inny stan faktyczny niż wynika ze SIWZ. Natomiast w ofercie założenia przyjęte do wyceny są właściwe i odnoszą się do stanu wynikającego z SIWZ.* Otóż biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba stwierdza, że założenia przyjęte do wyceny są niewłaściwe i są niezgodne z wymaganiami postanowień SIWZ, a w szczególności tabeli zawartej w Załączniku nr 1 do SIWZ.

Natomiast jeśli chodzi o zarzut dotyczący niezasadnego odrzucenia ofert z powodu uznania, że ich złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji to Izba stwierdza brak podstaw do wywiedzenia przez Zamawiającego tego typu zarzutu wobec ofert Odwołujących.

Czyny nieuczciwej konkurencji zostały opisane w przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (uznk). Ustawa prawo zamówień publicznych chroni istnienie mechanizmu niezakłóconej konkurencji jako optymalnego sposobu udzielania zamówień,

19

zatem każde działanie wymierzone w ten mechanizm godzi w interes publiczny, w celu realizacji którego zamówienie jest udzielane. Katalog deliktów opisanych w rozdziale II uzkn ma charakter otwarty, co wynika z art. 3 ust. 2 tej ustawy. Oznacz to, iż w razie stwierdzenia, że nie zaistniał żaden z deliktów nazwanych, należy ocenić, czy w sprawie nie

ziściły się przesłanki i klauzuli generalnej zawartej w art. 3 ust. 1 uznk.

Przesłankami koniecznymi do uznania danego czynu wykonawcy za czyn nieuczciwej konkurencji na podstawie art. 3 ust. 1 uznk jest wykazanie, iż działanie wykonawcy było sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz, że działanie takie zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy.

W tej sprawie w uzasadnieniu odrzucenia obu ofert Zamawiający nie wskazał, jaki to interes innych przedsiębiorców został zagrożony - w sytuacji, kiedy wszystkie oferty zostały odrzucone. Zarzut iż niekorzystna dla Zamawiającego wycena ofert, niwecząca możliwość realnej obniżki kosztu serwisu w przypadku ograniczenia jego zakresu nie wskazuje w tym postępowaniu, na naruszenie interesu innego przedsiębiorcy.

Izba nie negując sytuacji manipulowania cenami jednostkowymi przez wykonawców, stwierdza jednakże, iż jest to skutkiem złożenia oferty niezgodnej z SIWZ (wyceny jednostki tytułowej), a nie wynikiem celowego działania Odwołujących, nakierowanym na utrudnianie innym wykonawcom dostępu do rynku lub możliwość konkurowania z ofertami Odwołujących..

Zarzut ten pomimo jego zasadności nie ma wpływu na wynik postępowania, gdyż uznanie za zasadne odrzucenia oferty z innego powodu powoduje sytuację iż wykonawca nie może ubiegać się o uzyskanie zamówienia (art. 192 ust.2 Pzp).

Co do unieważnienia postępowania to Izba uznaje czynność Zamawiającego w tym zakresie za zasadną, gdyż w wyniku odrzucenia ofert, w postępowaniu nie pozostała ani jedna ważna oferta podlegająca ocenie.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsce w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

20

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący

21