

Sygn. akt: KIO 550/17

WYROK
z dnia 5 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Sylwia Jankowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 kwietnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 marca 2017 r. przez wykonawcę **VIA VOX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Poznaniu przy ul. Starołęckiej 42 (61-361 Poznań) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Miasto Poznań Pl. Kolegiacki 17 (61-841 Poznań)**

przy udziale

Wykonawcy **P. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Fiskus Computer Service P. B., ul. Skowronka 11, 62-080 Lusowo** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

Wykonawcy **W. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. COMPAN W. W., ul. Jana Pawła II 1e, 09-200 Sierpc** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1 Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnić czynność z dnia 14.03.2017 r. tj., odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z siwz oraz nakazuje powtórzyć czynność oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym dokonać poprawy ceny jednostkowej podanej w pkt 1a formularza ofertowego z 87,86 zł brutto na 10.469,45 zł brutto na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy.**

2.1 Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Miasto Poznań i:

2.2 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr.** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę VIA VOX Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, tytułem wpisu od odwołania;

2.3 zasądza od Zamawiającego – Miasta Poznań na rzecz Wykonawcy – VIA VOX Sp. z o.o. z/s w Poznaniu kwotę **11.100 zł. 00 gr.** (słownie: jednacie tysięcy sto złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Poznaniu.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Miasto Poznań w trybie przetargu nieograniczonego na *infolinię i hel-desk dla uczestników projektu „Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu w Poznaniu” oraz naprawy serwisowe i pogwarancyjne zestawów komputerowych używanych uczestnikom ww. projektu* (nr sprawy ZOU-XII.271.5.2017), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 09.01.2017r., pod nr 4741, wykonawca VIA VOX Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej jako Odwołujący), wniósł w dniu 20 marca 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 550/17). Odwołaniem objęto czynność odrzucenia oferty Odwołującego, dokonanej z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp przez błędne jego zastosowanie pomimo, że oferta odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty oraz nakazanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem jego oferty.

Oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert i gdyby Zamawiający prawidłowo i zgodnie z przepisami Pzp przeprowadził postępowanie, wówczas zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. W efekcie błędnej decyzji o odrzuceniu tej oferty Odwołujący utracił korzyści płynące z realizacji zamówienia (lucrum cessans).

Zamawiający pismem z dnia 26 stycznia 2017r. poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego z powodu wniesienia wadium w sposób nieprawidłowy, którą to czynność na skutek wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13.02.2017 r. unieważnił (pismo z 23.02.2017 r.). Zamawiający w dniu 26 stycznia 2017 r. poinformował Odwołującego, iż działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Ustawy Pzp poprawił oczywiste omyłki rachunkowe w formularzu ofertowym, po których to poprawkach cena brutto za całość przedmiotu zamówienia wynosi 53.164,24 zł.

Na skutek wyroku KIO Zamawiający unieważniając czynność odrzucenia oferty Odwołującego zwrócił się do niego pismem z dnia 23.02.2017 r. na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny w ofercie. Ustosunkowując się do wyjaśnień Odwołującego złożonych w piśmie z dnia 28.02.2017 r. Zamawiający pismem z dnia 14.03.2017 r. poinformował wszystkich wykonawców o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy uzasadniając tym, iż sposób wyliczenia ceny w pkt 1a formularza ofertowego jest niezgodny z treścią pkt X siwz, formularzem ofertowym oraz § 4 ust. 2 pkt 1 wzoru umowy. Jednocześnie poinformował, że

oferta podlegałaby także odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, tj. z powodu rażąco niskiej ceny.

W ocenie Odwołującego nie zachodziła podstawa do odrzucenia jego oferty i uznania jej za niezgodną z treścią siwz, w zakresie sposobu wyliczenia ceny w pkt 1a formularza ofertowego, tj. 87,86 zł. Odwołujący wskazał na rozdział X siwz, w którym określono, iż cena podana w formularzu ofertowym musi uwzględniać wszystkie koszty realizacji przyszłej umowy. Należało ją podać zgodnie z wymogami formularza ofertowego i wyliczyć w oparciu o wzór: $1b+2b+3b+4b$. Z kolei w § 4 ust. 2 pkt 1 wzoru umowy wskazane jest, że wynagrodzenie płatne będzie w częściach, w ten sposób, że za Infolinię i help desk, diagnostykę sprzętu oraz konserwację systemu Windows 7 Professional, polegającą na przywracaniu ustawień fabrycznych na zestawach komputerowych, konserwację sprzętu – co miesiąc, zgodnie z ofertą z zastrzeżeniem, że liczba wykonanych konserwacji systemu operacyjnego nie może przekroczyć sztuk tygodniowo”. Z zapisów tych wynika, że zarówno w siwz, jak i pozostałych wskazanych dokumentach nie było określonego sposobu obliczania cen częściowych, składających się na cenę brutto całego przedmiotu zamówienia, który to sposób obliczenia kwestionuje Zamawiający w zakresie pkt 1a formularza. Zamawiający określił wyłącznie sposób obliczenia ceny brutto za całość przedmiotu zamówienia, a Odwołujący zgodnie ze wzorem podał cenę łączną jako sumę kosztów: $1b+2b+3b+4b$. Odwołujący przyznał, iż popełnił drobny błąd rachunkowy w obliczeniu kosztów wskazanych w pkt 3b i 4b, co Zamawiający zobowiązany był skorygować, jako oczywistą omyłkę rachunkową (czego po orzeczeniu KIO nie uczynił). Po sprostowaniu tych omyłek, cena brutto za całość przedmiotu zamówienia powinna wynosić 302.322,46 zł., a nie jak zostało to pierwotnie wskazane w ofercie 297.093,59 zł.

Zamawiający w sposób arbitralny i nieprawidłowy uznał, iż błędnie obliczono cenę jednostkową w pkt 1a, przyjmując, iż miała ona uwzględniać wszystkie koszty wskazane w tym punkcie, tj. infolinię, help-desk, konserwację systemu operacyjnego Windows 7 pro oraz konserwację sprzętu komputerowego. Nie wynika to z siwz, a tylko niezgodność oferty z jej treścią mogła stanowić podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy. Formularz ofertowy został tak skonstruowany, że uniemożliwiał Wykonawcy przedstawienie ceny brutto w sposób uwzględniający wszystkie czynniki na nią wpływające. W pkt 1 wskazane zostały różne usługi, z zastrzeżeniem, że liczba wykonanych konserwacji systemu oraz sprzętu nie przekroczy tygodniowo 55. Formularz uniemożliwiał szczegółowego rozpisania kosztów. W oparciu o doświadczenie Odwołujący prognozował, że 73,7 % zgłoszeń to zgłoszenia wymagające konserwacji sprzętu, pozostałe mogą być natomiast obsługiwane pośrednio przez help-desk. Przedstawiona kwota 87,86 zł. brutto to jednostkowy koszt jednej konserwacji sprzętu, nie uwzględnia ona dodatkowego kosztu prowadzenia

infolinii i help-desk. Odwołujący przedstawił szczegółowy sposób wyliczenia ceny w pkt 1 formularza ofertowego w okresie 24 miesięcy obsługiwanych przez infolinię i help-desk oraz zgłoszeń wymagających konserwacji sprzętu komputerowego/systemu operacyjnego. Łącznie składają się one na kwotę 251.266,86 zł. brutto – wskazaną w pkt 1b formularza ofertowego. Oznacza to, że cena za całość przedmiotu zamówienia została w sposób prawidłowy ustalona w oparciu o składową z pkt 1b, uwzględniającą koszt całości usługi w okresie 24 miesięcy. Cena w pkt 1a formularza ofertowego jest również prawidłowa, jednak nie uwzględnia wszystkich elementów, jakie zostały przyjęte do wyliczenia ceny w pkt 1b, gdyż taki wymóg nie wynikał wprost z treści siwz. Zamawiający nie wskazał w siwz, aby cena podana w pkt 1b stanowiła iloczyn ceny z 1a i 24 miesięcy. Zauważył, iż inna była konstrukcja ceny podawanej w pkt 2, 3 i 4 formularza ofertowego, w których należało podać koszty w odniesieniu do jednej usługi.

Z ostrożności Odwołujący również zaprzecza stanowisku Zamawiającego, aby cena była rażąco niska. W jego ocenie, będąc zobowiązanym wyrokiem KIO do powtórzenia czynności badania i oceny ofert, Zamawiający powinien był poprawić omyłki rachunkowe informując o tym Wykonawcę. Ponieważ elementem badania i oceny ofert jest poprawienie pojawiających się w nich oczywistych omyłek rachunkowych, trudno jest podzielić pogląd Zamawiającego, który twierdzi, że mimo, iż dokonał ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu, wiążąca była dla niego i innych uczestników dokonana uprzednio korekta oczywistych omyłek rachunkowych. Ponieważ Odwołujący nie został poinformowany o dokonanej po wyroku Izby korekcie, nie korzystał z uprawnienia, o którym mowa w art. 181 ust. 1 Pzp, tj. poinformowania Zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego lub zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy, na które nie przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2 Pzp.

Nie było prawidłowym przyjęcie przez Zamawiającego do analizy ceny pod kątem jej wysokości kwoty skorygowanej w dniu 26 stycznia 2017 r. Odwołujący zgłasza zastrzeżenie co do potrzeby korekty kwoty z pkt 1b formularza ofertowego, nie kwestionuje natomiast potrzeby poprawienia omyłek rachunkowych w zakresie pkt 3b i 4b, co jednak formalnie nie nastąpiło. Ponieważ formularz ofertowy przygotowany przez Zamawiającego był niekompletny i wewnętrznie sprzeczny (zgodnie z wcześniejszymi wywodami) należy uznać, iż Zamawiający przed przystąpieniem do korekty omyłek rachunkowych winien wysłuchać Odwołującego i uwzględnić jego wyjaśnienia. Zamawiający nie wezwał Odwołującego do wyjaśnień, co na gruncie przywołanego w odwołaniu orzecznictwa nie uprawniało do dokonania korekty i uznania zaoferowanej ceny za rażąco niską.

Do postępowania odwoławczego przystąpili po stronie Zamawiającego Wykonawcy: W. W. (P.H.U. Compan W. W.) i P. B. (Fiskus Computer Service Piotr Błotny). Obaj Wykonawcy

zostali na posiedzeniu Izby dopuszczeni do udziału w postępowaniu odwoławczym, a prawidłowo zawiadomieni o terminie posiedzenia nie stawili się na nie.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Należy wskazać, iż Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, jako podmiot świadczący usługi stanowiące przedmiot zamówienia, który złożył ofertę w postępowaniu, a w konsekwencji kwestionowanych czynności i zaniechań Zamawiającego nie uzyska przedmiotowego zamówienia i zakładanych korzyści związanych z jego realizacją.

Na podstawie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), oferty Odwołującego, jego wyjaśnień z 28.02.2017 r. złożonych Zamawiającemu w toku postępowania stanowisk stron oraz dalszych dowodów z dokumentów przeprowadzonych na rozprawie Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Zakresem zarzutów objęto czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy ze wskazaniem na niezgodność ze sposobem obliczenia ceny jednostkowej w formularzu ofertowym w pkt 1 lit. a opisanym w rozdziale X siwz.

Zamawiający w pkt X siwz zamieścił opis sposobu obliczenia ceny, podając:

Cena podana w Formularzu ofertowym – załącznik nr 1 do SIWZ musi uwzględniać wszystkie koszty realizacji przyszłej umowy. Cenę należy podać zgodnie z wymogami Formularza ofertowego:

Łączna oferta cenowa: $1b+2b+3b+4b$

1) infolinia i help-desk, konserwacja systemu operacyjnego Windows 7 Pro oraz konserwacja sprzętu z zastrzeżeniem, że liczba wykonanych konserwacji systemu oraz sprzętu nie przekroczy tygodniowo 55

a) cena jednostkowa brutto miesięcznie,

b) łączny koszt przez 24 miesiące brutto

2) naprawa front panelu USB

- a) *cena jednostkowa brutto*
 - b) *łącznie koszt 100 napraw brutto*
- 3) *naprawa komputera – wymiana części, z zastrzeżeniem że części zamienne zapewnia Zamawiający (nie dotyczy napraw w przypadku uszkodzenia płyty głównej lub procesora)*
- a) *cena jednostkowa brutto*
 - b) *łącznie koszt 140 napraw brutto*
- 4) *naprawa komputera w przypadku uszkodzenia płyty głównej lub procesora – części zamienne zapewnia Wykonawca wraz z 3 letnią gwarancją na komputer*
- a) *cena jednostkowa brutto*
 - b) *łącznie koszt 35 napraw brutto*

Tożsame zapisy zostały powtórzone we wzorze formularza ofertowego. We wzorze umowy Zamawiający przewidział sposób rozliczeń z Wykonawcą przewidując płatności na podstawie faktur miesięcznych, z zastrzeżeniem, że liczba wykonanych konserwacji systemu operacyjnego nie może przekroczyć 55 sztuk tygodniowo (§ 4 ust. 2 wzoru umowy). Wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy (§ 4 ust. 3 wzoru umowy).

Odwołujący w formularzu ofertowym zaoferował cenę brutto za całość zamówienia w wysokości 297 093,59 zł. – wyliczoną jako suma kwot z pozycji 1b (251 266,86 zł.), 2b (5 228 zł), 3b (23 677,50 zł) i 4b (22 149,23 zł) formularza. W pkt 1a formularza ofertowego Odwołujący wskazał cenę jednostkową 87,86 zł brutto miesięcznie.

Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy wskazując w uzasadnieniu, iż sposób wyliczenia ceny w pkt 1a formularza ofertowego jest niezgodny z treścią pkt X siwz, formularzem ofertowym oraz § 4ust. 2 pkt 1 wzoru umowy, co uzasadnia uznanie jej za niezgodną z treścią siwz. W zasadniczej części Zamawiający odnosił się do wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w piśmie z dnia 28.02.2017 r. w zakresie ceny rażąco niskiej, po przywrócenie oferty do oceny wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lutego 2017 r. (sygn. akt KIO 217/17). W wyjaśnieniach Odwołujący nie odnosił się do ceny poprawionej przez Zamawiającego, czyli kwoty 53.164,24 zł. brutto, ale kwoty 302.322,46 zł. brutto, która powinna być jego zdaniem poprawiona w związku z omyłkami rachunkowymi w pkt 3b i 4b formularza ofertowego (bez zmiany składowej ceny w pkt 1b formularza ofertowego). W oparciu o te wyjaśnienia Zamawiający uznał, iż Wykonawca nie uwzględnił w pkt 1a formularza ofertowego wszystkich kosztów usługi objętych tym punktem. Zgodnie z pkt X siwz w pkt 1a formularza ofertowego należało podać cenę jednostkową brutto miesięcznie, a następnie pomnożyć ją przez okres realizacji

umowy, czyli 24 miesiące wyliczając w ten sposób „łączny koszt przez 24 miesiące brutto”. Jednocześnie Zamawiający poinformował, iż oferta ta podlegałaby odrzuceniu także na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy, gdyż Wykonawca nie udzielił wyjaśnień w odniesieniu do ceny poprawionej przez Zamawiającego, do której odnosiło się wezwanie skierowane w dniu 23 lutego 2017 r. W jego ocenie nie było podstaw do poprawienia innej omyłki na podstawie art. 87 ust. 2pkt 3 Ustawy. Podzielenie kwoty 251.266,86 zł (pkt 1b formularza ofertowego) przez 24 miesiące jest niezgodne ze sposobem obliczenia ceny przyjętym w pkt X siwz, a nawet gdyby takie działanie przeprowadzić, to otrzymana kwota 10.469,45 zł. brutto przemnożona przez 24 da inny wynik – 251.266,80 zł, czyli o 0,06 zł mniej niż zaoferował to Odwołujący w pkt 1b formularza ofertowego.

Treść oferty oceniana ponownie przez Zamawiającego została skorygowana decyzją Zamawiającego o poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych, o czym Odwołujący był poinformowany pismem z dnia 26 stycznia 2017 r. Zamawiający poprawił kwoty wskazane w formularzu ofertowym, odpowiednio w pozycji: 1b na 2.108,64 zł, 3b na 23.678,20 zł i 4b na 22.149,40 zł, których konsekwencją było poprawienie ceny brutto za całość zamówienia na kwotę 53.164,24 zł. Czynność poprawienia omyłek rachunkowych poprzedzała bezpośrednio czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Ustawy (z powodu wadium wniesionego w sposób nieprawidłowy – wpłata gotówki w kasie), o których Zamawiający poinformował Odwołującego w tym samym dniu w krótkich odstępach czasowych. Odwołujący wniósł wobec czynności odrzucenia jego oferty odwołanie (pismo z 08.02.2017 r.), które zostało uwzględnione wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13.02.2017 r., sygn. akt KIO 217/17. Wyrokiem tym Izba nakazała unieważnić czynność: odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazała powtórzyć czynność badania, oceny ofert w postępowaniu.

Powtarzając czynności w postępowaniu, pismem z dnia 23.02.2017 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 Ustawy do wyjaśnienia, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny całkowitej oferty, niższej o 89,50% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT oraz o 84,44% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Wskazane różnice ceny wynikały z kwoty skorygowanej wcześniejszą czynnością poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych.

W wyjaśnieniach z dnia 28.02.2017 r. Odwołujący wskazał, iż Zamawiający był zobowiązany wyrokiem Izby do powtórzenia czynności badania i oceny ofert, co oznaczało, iż powinien również poprawić omyłki rachunkowe stwierdzone w ofercie i zawiadomić o tym Wykonawcę. Ponieważ takiej czynności Zamawiający nie przeprowadził po wyroku Izby, w swoich wyjaśnieniach odnosił się do kwoty 302.322,46 zł., jako prawidłowej przy uwzględnieniu koniecznych korekt kwot wskazanych w pkt 3b i 4b formularza ofertowego. Jego wyjaśnienia

obejmowały między innymi sposób wyliczenia ceny jednostkowej z poz. 1a formularza ofertowego, który obejmuje *jednostkowy koszt jednej konserwacji sprzętu miesięcznie, a nie cenę brutto za całość świadczonych usług miesięcznie*. Powyższe wynikało z faktu, że formularz ofertowy został źle zaprojektowany przez Zamawiającego i uniemożliwił Wykonawcy przedstawienie ceny brutto w sposób uwzględniający wszystkie czynniki na nią wpływające (...) Wobec faktu, że cena wskazana w pkt 1 lit b jest prawidłowa, a także uwzględniając korekty dokonane w pkt 3 lit b i pkt 4 lit b, cena brutto za całość przedmiotu zamówienia wynosi 302.322,46 zł, a nie jak to określił Zamawiający 53.164,24 zł, więc nie można jej uznać za cenę rażąco niską w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający uwzględnił przy ponownej analizie oferty i ocenie złożonych wyjaśnień wysokość ceny poprawioną w dniu 26 stycznia 2017 r. na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Ustawy, o której to korekcie Odwołujący był poinformowany w tym samym dniu, w którym Zamawiający dokonał odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Ustawy. Ponieważ postępowanie ma wartość nie wymagającą prowadzenia postępowania w procedurze „unijnej” Odwołującemu przysługiwało wyłącznie uprawnienie do zgłoszenia na piśmie Zamawiającemu informacji o niezgodnej z przepisami Ustawy czynności polegającej na poprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej (na podstawie art. 181 ust.1 Ustawy). Brak tej informacji Zamawiający zinterpretował, jako akceptację dla dokonanej korekty kwoty brutto z poz. 1b oraz całkowitej kwoty za realizację przedmiotu zamówienia (zgodnie z wyjaśnieniem złożonym na rozprawie).

Uwzględniając powyższe Izba zważyła.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie, odnosząc się do kwestii natury ogólnej związanej z oceną skuteczności czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu, co do których Wykonawcy nie przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, tj. poprawienia omyłek rachunkowych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Ustawy i ich wpływu na ocenę decyzji o odrzuceniu oferty, Izba uznała, iż nie można było pominąć tej okoliczności, gdyż strony w sposób odmienny oceniały skutki czynności podjętych w postępowaniu, sprzed wyroku KIO nakazującego unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego i powtórzenie czynności badania i oceny ofert. Odwołujący stał bowiem na stanowisku, iż wykonują wyrok Izby Zamawiający zobowiązany był powtórzyć czynność badania i oceny jego oferty, co obejmować powinno również poprawienie omyłek rachunkowych i poinformowanie o nich Wykonawcę. Zamawiający natomiast powtarzając czynności w postępowaniu uwzględnił treść oferty, jaka wynikała z korekty dokonanej przed wyrokiem KIO.

Mając na uwadze konieczność uwzględnienia okoliczności faktycznych, stanowiących podstawę weryfikowanej obecnie decyzji o uznaniu oferty Odwołującego za niezgodną z siwz, Izba uznała, iż czynność poprawienia omyłki rachunkowej, jako podstawa dalszych ocen i decyzji Zamawiającego, chociaż nie objęta zakresem zaskarżenia, nie mogła być zbyta milczeniem i wymagała analizy pod kątem ustalenia treści oferty, ocenionej następnie pod kątem zgodności z treścią siwz. Co istotne, Zamawiający dopiero powtarzając czynności w postępowaniu wystąpił o wyjaśnienia, w których Wykonawca prezentował odmienną ocenę treści oferty, kwestionując między innymi korektę oświadczenia woli w sposób przeprowadzony przez Zamawiającego.

W ocenie Izby, korekta oświadczenia wykonawcy złożonego w formularzu ofertowym dokonana przez Zamawiającego w pkt 1b formularza doprowadziła do błędnych wniosków i wypaczenia oświadczenia Wykonawcy, który od początku deklarował ujęcie w cenie oferty brutto całości kosztów zamówienia, w tym kosztów usługi opisanej w pkt 1 formularza ofertowego – infolinii, help-desk, konserwacji systemu operacyjnego Windows 7 Pro oraz konserwacji sprzętu komputerowego. Zamawiający w sposób arbitralny, z pominięciem wyjaśnień Odwołującego złożonych w piśmie z 28.02.2017 r. odnoszących się do sposobu ujęcia kosztów usługi opisanej w pkt 1 a i b formularza ofertowego uznał, iż w cenie jednostkowej 87,86 zł. brutto miesięcznie zostały ujęte wszystkie koszty, a w związku z wcześniejszą korektą, przyjął że Wykonawca zaakceptował sposób korekty ceny ofertowej brutto dokonanej na kwotę 53.164,24 zł. Należy zauważyć, iż brak zgłoszenia Zamawiającemu informacji o niezgodnej z przepisami Ustawy czynności poprawienia omyłek rachunkowych, nie stanowi podstawy do uznania, iż czynność jest prawidłowa. Fakt nie skorzystania z uprawnienia, któremu *nota bene* Ustawa nie przypisuje żadnych skutków wiążących Zamawiającego w postaci konieczności zmiany bądź weryfikacji decyzji, nie uprawnia do wyciągania wniosków *contra legem*. Zamawiający w sposób swobodny zinterpretował zachowanie Wykonawcy, jako akceptację dla dokonanych czynności i wyrażenie na nie zgody. Przede wszystkim, złożone w wyniku ponowionych czynności wyjaśnienia, przeczą takiemu wnioskowi, a ponadto, również Ustawa nie uprawnia do wywodzenia takiego skutku. Wynika to z analizy art. 87 ust. 2 pkt 2 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 7, w którym wskazuje się, iż *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3*. Omyłka, o której tu mowa dotyczy innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, a nie oczywistej omyłki rachunkowej. Zatem tylko przy poprawieniu innej omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy brak, bądź zgoda wykonawcy na poprawienie treści oferty rodzi określone skutki procesowe, np. w postaci

odrzućenia jego oferty. Jak wskazywał Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, nie dopatrył się podstawy do uznania, iż miała miejsce inna niezgodność niż omyłka rachunkowa, na której poprawienie konieczna byłaby zgoda Wykonawcy. Zamawiający skorygował formularz ofertowy Odwołującego przyjmując, iż Wykonawca dopuścił się oczywistych omyłek rachunkowych, co nie wymaga wezwania Wykonawcy do wyrażenia na nie zgody. Poprawiając omyłki przy jednoczesnym wskazaniu na inną podstawę odrzućenia oferty Odwołującego właściwym było założenie, iż w interesie Wykonawcy leżeć będzie przede wszystkim wniesienie odwołania od niezgodnej z przepisami czynności odrzućenia jego oferty, co uczynił doprowadzając do przywróćenia swojej oferty do oceny i badania. Powtarzając czynność oceny oferty Odwołującego, nakazaną wyrokiem Izby Zamawiający dopiero wtedy zwrócił się o wyjaśnienia, w których Wykonawca odnosił się do zaoferowanej ceny prezentując argumenty mające przekonać Zamawiającego do przyjęcia ceny zaoferowanej bez zmian wprowadzonych arbitralnie przez Zamawiającego. Przebieg czynności w tym postępowaniu wskazuje zatem, iż dopiero dowiadując się o przyczynach odrzućenia oferty, które wynikały z analizy sposobu kalkulacji ceny ofertowej, Odwołujący mógł skorzystać z uprawnień, jakie daje Ustawa i wnieść odwołanie w postępowaniu o wartości poniżej progu wyznaczonego dla zamówień „unijnych”, odwołując się do treści wyjaśnień. Izba oceniając czynność Zamawiającego odniosła się zatem do stanu sprawy istniejącego na dzień podejmowania decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, w tym dokonanej korekty oświadczenia woli Wykonawcy.

Odnosząc się zatem do podstawy faktycznej odrzućenia oferty Odwołującego, jako niezgodnej z siwz Izba uznała, iż wyjaśnienia Wykonawcy złożone w piśmie z 28.02.2017 r. uprawniały do przyjęcia, iż w ofercie występuje inna omyłka polegająca na niezgodności jej treści z siwz w części opisu sposobu obliczenia ceny (pkt X siwz), której poprawienie stanowi warunek konieczny do ewentualnego odrzućenia oferty, w przypadku brak zgody na takie poprawienie. Wykonawca przyznał bowiem, iż szacując koszty jednostkowe uwzględnił wyłącznie *jednostkowy koszt jednej konserwacji sprzętu miesięcznie, a nie cenę brutto za całość świadczonych usług miesięcznie*. W ocenie Izby wskazywało to na niezgodność z siwz, w części dotyczącej kosztów usługi objętej pkt 1 formularza ofertowego pod lit. a., gdzie należało wskazać koszt miesięczny pełnego zakresu usługi opisanego w tym punkcie. Pomimo, iż siwz nie zawierało opisu to zestawienie kolejnych punktów formularza ofertowego prowadzi do logicznego wniosku, iż podstawę dla wyceny poszczególnych elementów usługi opisanych w pkt od 1 do 4, następnie sumowanych w celu obliczenia ceny oferty brutto, stanowiły ceny jednostkowe, stanowiące podstawę rozliczenia dla przyszłej umowy. W przypadku poz. 1 była nią cena jednostkowa brutto za miesiąc świadczenia usługi opisanej w tym punkcie, a nie jednostkowej konserwacji sprzętu/systemu. Ponieważ błąd wykonawcy

wywołany interpretacją opisu sposobu obliczenia ceny nie wpłynął na kwotę wskazaną, jako ryczałtowa w poz. 1 lit. b formularza ofertowego, a w konsekwencji na obliczoną cenę brutto za całość przedmiotu zamówienia, jego poprawienie nie zmieniałoby treści oferty Wykonawcy. Zamawiający powinien przyjąć wyjaśnienia wykonawcy, w których wskazywał na podstawy wyliczenia ceny jednostkowej brutto w poz. 1 lit a formularza ofertowego, a nie wywodzić samodzielnych wniosków, sprzecznych z intencjami Wykonawcy, które doprowadziły do zmiany treści oferty, a nie korekty oczywistych omyłek rachunkowych. Skoro Wykonawca przyznał, iż podana cena jednostkowa nie uwzględnia wszystkich kosztów, to nie było podstaw do uznania, iż oferta zawiera oczywistą omyłkę rachunkową polegającą na błędnym działaniu matematycznym. Faktycznie bowiem w ofercie Odwołującego odmiennie zaprezentowano samą cenę jednostkową, a cena częściowa za wykonania usługi opisanej w pkt 1 lit b w całym okresie realizacji umowy uwzględniała wszystkie koszty, zgodnie z opisem zamieszczonym w pkt X siwz, a zatem była prawidłowa. Zgodnie z siwz wykonawcy określali ceny ryczałtowe, wskazane ceny jednostkowe mają mieć znaczenie dla rozliczenia umowy z wybranym wykonawcą. Natomiast dla badania i oceny ofert znaczenie miała cena całkowita brutto za realizację usługi, wyliczona na podstawie składowych ceny wskazanych w poz. 1b, 2b, 3b i 4b formularza ofertowego.

Podsumowując Izba uznała, iż odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią siwz z uwagi na wysokość podanej ceny częściowej w pkt 1a formularza ofertowego nie było prawidłowe z tej przyczyny, iż podana cena oferty brutto stanowiąca sumę cen częściowych z pkt 1b, 2b , 3b i 4b uwzględniała koszty całości usług składających się na przedmiot zamówienia. Zamawiający swoim działaniem (poprawieniem ceny w pkt 1b) doprowadził do wypaczenia sposobu kalkulacji ceny ofertowej wzywając następnie do jej wyjaśnienia Odwołującego. Fakt, iż wykonawca przyznał, że w pkt 1a nie uwzględnił wszystkich kosztów usługi, a jedynie te dotyczące konserwacji systemu operacyjnego z uwagi na określoną przez Zamawiającego maksymalną ilość tygodniową, nie oznacza, iż cena oferty była nieprawidłowo skalkulowana. Faktycznie bowiem całkowite koszty zostały uwzględnione w kwocie podanej w pkt 1b (przed jej modyfikacją przez Zamawiającego), stanowiącej składową cenę oferty brutto. Izba uznała, iż wykonawca popełnił omyłkę prowadzącą do niezgodności z treścią siwz w zakresie ustalenia ceny jednostkowej w pkt 1a, której poprawienie nie ma istotnego wpływu na treść oferty, gdyż cena brutto oferty wyliczona zgodnie ze wzorem ustalonym w siwz nie ulegnie zmianie, a jedynym skutkiem ustalenia prawidłowej ceny jednostkowej, stanowiącej cenę ryczałtową jest umożliwienie rozliczenia usługi na etapie jej realizacji. Sama Zamawiający zauważył, iż cena jednostkowa wynagrodzenia za miesiąc świadczenia usługi wskazana pkt 1 formularza ofertowego stanowić będzie podstawę płatności. Można zatem dokonać przeliczenia ceny za miesiąc świadczenia usługi, gdyż w pkt

1b podana kwota została wyliczona dla 24 miesięcy, co umożliwi rozliczenie z wykonawcą na etapie realizacji umowy.

Wobec powyższego Izba uznała, iż czynność odrzucenia oferty Odwołującego naruszała art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, a niezgodność z siwz dotycząca sposobu prezentacji ceny jednostkowej w pkt 1 lit. a formularza ofertowego mogła być usunięta przez obliczenie prawidłowej kwoty na podstawie ceny podanej w pkt 1 lit. b formularza ofertowego, co Izba nakazała w sentencji orzeczenia.

W świetle powyższego odwołanie podlega uwzględnieniu na podstawie art. 192 ust. 2 Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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 ze zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis uiszczony przez Odwołującego oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego stwierdzone rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi Zamawiającego.

Przewodniczący: