



Warszawa, dnia 08.04.2019 r.

Znak sprawy: WZP/WI/D-332-15/19

Adresat
(wszyscy Wykonawcy)

Zawiadomienie o odrzuceniu oferty Wykonawcy i unieważnieniu postępowania

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę licencji na oprogramowanie antywirusowe wraz z centralnym zarządzaniem” (nr sprawy: WZP/WI/D-332-15/19)

I. Zawiadomienie o odrzuceniu oferty Wykonawcy

Działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2018, poz. 1986, z późn. zm.; dalej ustawa P.z.p.) Zamawiający, Mazowiecka Jednostka Wdrażania Programów Unijnych (dalej Zamawiający) informuje, że w postępowaniu na „Dostawę licencji na oprogramowanie antywirusowe wraz z centralnym zarządzaniem” (nr sprawy: WZP/WI/D-332-15/18) postanowił odrzucić ofertę Wykonawcy, **Senetic S.A.**, ul. Kościuszki 227, 40-600 Katowice (Oferta nr 01; dalej Wykonawca) z uwagi na fakt, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz treść oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ), z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p.

W dniu 1 kwietnia 2019 r., działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., który stanowi, że „Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu (...)”, Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie zaproponowanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia.

Wątpliwości Zamawiającego budziła wskazana w pkt 1 Załącznika nr 1 do SIWZ – Formularza oferty całkowita cena brutto za licencję na oprogramowanie antywirusowe na 600 stanowisk komputerowych w wysokości 27.060,00 zł brutto. Całkowita wartość oferty Wykonawcy była niższa o więcej niż 30% od szacunkowej wartości zamówienia. Należy podkreślić, że Zamawiający wzywając Wykonawcę jedynie do wyjaśnienia ceny nie był w stanie samodzielnie stwierdzić, iż oferta jest, czy też może być niezgodna z treścią SIWZ.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy P.z.p. „W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od: wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia”. Ponadto, zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej (dalej KIO, Izba) „(...) ustawodawca w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jednoznacznie przesądził, że różnica tego rodzaju pomiędzy ceną ofertową a średnią arytmetyczną cen musi prowadzić do uruchomienia procedury wyjaśniającej (...)” (sygn. KIO 439/15) oraz „(...) Obowiązek wszczęcia procedury na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp występuje w każdym przypadku, gdy zamawiający ustali, że zachodzi co najmniej jedna z wymienionych w tym przepisie okoliczności (...)” (sygn. KIO 2776/14). Wskazane orzecznictwo dotyczy ustawy sprzed nowelizacji, niemniej jednak, zmiana przepisów w zakresie konieczności badania potencjalnie rażąco niskiej ceny nie powinna wpłynąć, na jego radykalną zmianę. Potwierdza to Izba w wyroku z dnia 24 października 2016 r. (sygn. akt KIO



1887/16) gdzie wskazano, że „(...) zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp, Zamawiający jest uprawniony i zobowiązany zarazem do wezwania wykonawcy do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny w przypadku wystąpienia okoliczności określonych w tym przepisie, uzasadniających wątpliwości co do rażąco niskiej ceny oferty. Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp, na wykonawcy spoczywa ciężar udowodnienia, że zaoferowana cena, która istotnie (o 30%) odbiega od wartości przedmiotu zamówienia lub od średniej arytmetycznej złożonych ofert, nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Treść składanych wyjaśnień musi być wyczerpująca i musi czynić zadość oczekiwaniom zamawiającego wyrażonym w treści wezwania (...)”.

Z powyższego wynika, że Zamawiający miał obowiązek wezwać do złożenia wyjaśnień w zakresie zaproponowanej ceny każdego Wykonawcę, którego oferta cenowa jest niższa o więcej niż 30% od szacunkowej wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert chyba, że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

W związku z obowiązkiem wynikającym z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy P.z.p., Zamawiający wezwał Wykonawcę do podania całokształtu okoliczności mających wpływ na wysokość wyżej podanej ceny oraz – w uzasadnionym przypadku – załączeniem stosownych dokumentów i oświadczeń potwierdzających przedstawione twierdzenia i obliczenia.

Zamawiający poinformował, że zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., oceniając wyjaśnienia, weźmie pod uwagę takie obiektywne czynniki, jak:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla Wykonawcy, oryginalności projektu Wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2017 r., poz. 847);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia Podwykonawcy.

Zamawiający wskazał, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na Wykonawcy. Zgodnie z obowiązującym dotychczas wyrokiem KIO z dnia 9 lutego 2015 r. (sygn. akt KIO 189/15) Wykonawca musi wykazać, że odpowiednio skalkulował cenę ofertową, a w udzielanych wyjaśnieniach powinien udowodnić Zamawiającemu, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna, tzn., że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat. Jak dotychczas wskazywała KIO (np. w wyroku z dnia 11 lutego 2016 r., sygn. akt KIO 121/16) „Jednocześnie Izba podkreśla, że wykonawca musi nie tylko wyjaśnić »co« – jaki czynnik ma wpływ czy jakie czynniki mają wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wykonawca musi też wyjaśnić »w jaki sposób« wskazane czynniki mają wpływ na wysokość tej ceny. Jednocześnie wykonawca może wykazać, że jest w stanie zastosować czynniki niedostępne dla innych wykonawców i w ten sposób wpłynąć na wysokość ceny, a w zasadzie na niski poziom ceny. Samo przytoczenie i nawet udowodnienie np. dysponowania parkiem maszynowym bez wykazania wpływu tego elementu na cenę i odmiennego zastosowania tego czynnika od innych wykonawców nie może dać zamawiającemu podstaw do przyjęcia takich wyjaśnień i potwierdzenia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wprost przeciwnie – zamawiający w takim przypadku jest obowiązany zastosować się do art. 90 ust. 3 Pzp, który brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia«”.

Zamawiający poinformował, że działając zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p., „(...) odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 24 października 2016 r. (sygn. akt KIO 1887/16) „(...) brak dostatecznych wyjaśnień powinien skutkować odrzuceniem oferty w oparciu o art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Zgodnie bowiem z poglądem wypracowanym w orzecznictwie, złożenie przez wykonawcę, wezwanego w trybie art. 90 ust. 1

Pzp, wyjaśnień niedostatecznych jest zrównane w skutkach z brakiem złożenia wyjaśnień lub uznaniem, że wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (...)".

Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień, w nieprzekraczalnym terminie do dnia 4 kwietnia 2019 r., do godz. 10:00. Wyjaśnienia należało przesłać w wersji elektronicznej na adres internetowy a.pogorzelska@mazowia.eu lub faksem na nr 22 698 31 44 lub 57 w wyżej wymienionym terminie, tj. do dnia 4 kwietnia 2019 r., do godz. 10:00 oraz dostarczyć do siedziby Zamawiającego, tj. Mazowieckiej Jednostki Wdrażania Programów Unijnych, ul. Jagiellońska 74, 03-301 Warszawa, Parter, Biuro Podawcze, w formie pisemnej. Dokumenty lub oświadczenia można było przesłać w wersji elektronicznej („zwykły email” nieopatrzone przez Wykonawcę podpisem elektronicznym) na adres internetowy a.pogorzelska@mazowia.eu lub faksem na nr 22 698 31 44 lub 57. Przesłanie dokumentów lub oświadczeń faksem lub w wersji elektronicznej („zwykły email” nieopatrzone przez Wykonawcę podpisem elektronicznym) nie zwalnia Wykonawcy z obowiązku ich uzupełnienia w formie pisemnej. Zamawiający nie dopuszczał uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń tylko w formie elektronicznej („zwykły email” nieopatrzone przez Wykonawcę podpisem elektronicznym) lub faksem. Niezależnie od wybranych przez Wykonawcę form uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów (forma pisemnej lub/i faks lub/i droga elektroniczna), oświadczenia lub dokumenty musiały zostać uzupełnione nie później niż w terminie wskazanym powyżej, tj. nie później niż do dnia 4 kwietnia 2019 r., do godz. 10:00.

Wykonawca w dniu 3 kwietnia 2019 r., o godz. 12:10, w formie elektronicznej odpowiedział na wezwanie Zamawiającego wyjaśniając, iż złożona oferta zawiera rażąco niską cenę. Ponadto, Wykonawca wskazał, iż przy wypełnianiu formularza ofertowego omyłkowo zaoferował licencję na 600 stanowisk jedynie na okres 12 miesięcy zamiast wymaganego okresu 36 miesięcznego.

Z treści złożonych wyjaśnień wynika, że zachodzi jedna z przesłanek odrzucenia oferty wskazana w art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p., tj. dokonana ocena wyjaśnień potwierdziła, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu wskazanego wyżej potwierdzenia dokonał bezpośrednio sam Wykonawca, informując jednocześnie Zamawiającego, iż cena zaoferowana w treści złożonej oferty dotyczy jedynie części przedmiotu zamówienia, czyli okresu 12 miesięcy z wymaganych 36 miesięcy.

Okres obowiązywania licencji na oprogramowanie antywirusowe jest zatem niezgodny z wymaganiami wskazanymi w poz. „(...) Licencja musi spełniać określone warunki (...)”, pkt 2 Załącznika nr 2 do SIWZ – Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia, gdzie wskazano, że „Licencja ma obowiązywać od dnia 6 maja 2019 r., przez okres 36 kolejnych miesięcy od dnia zawarcia umowy”.

Zgodnie z regulacją art. 82 ust. 3 ustawy P.z.p., treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ. Zgodność treści oferty (ewentualnie uzupełnionej o stosowne wyjaśnienia) z treścią istotnych postanowień specyfikacji jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści tych dokumentów można uznać, iż istotne postanowienia zawarte w ofercie (w dokumentach składających się na nią) nie są inne, tj. nie różnią się w swej treści od postanowień zawartych w SIWZ. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. Norma wskazanego artykułu odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez Wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań Zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, ceny, jakości, warunków realizacji, terminów i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości i zgodne z wymaganiami Zamawiającego.

W orzecznictwie KIO przyjmuje się, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji zawartej w art. 66 Kodeksu cywilnego, tj. niezgodności oświadczenia woli – zobowiązania Wykonawcy z wymaganiami Zamawiającego, odnoszącym się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie Wykonawcy z zakresem zobowiązania, którego Zamawiający oczekuje dla spełnienia swoich uzasadnionych potrzeb, zgodnie z postanowieniami SIWZ.

Izba wyraziła swoje stanowisko m.in. w wyroku z dnia 5 stycznia 2015 r. (sygn. akt KIO 2670/14), gdzie wskazano, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na

podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. W tym zakresie wskazać należy, że oferta nieodpowiadająca SIWZ to ta, która jest sporządzona odmiennie niż określają to postanowienia specyfikacji. Izba podkreśliła, że „Odmiennosc ta może przejawiac się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź usługi, nie odpowiada opisanemu w treści specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego”.

Jakakolwiek możliwość poprawienia ceny, tak aby odpowiadała przedmiotowi zamówienia na podstawie art. 87 ust. 1 lub 2 lub też art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy P.z.p. byłaby niedopuszczalna. Biorąc pod uwagę, iż na ową niezgodność wskazał sam Wykonawca, w ocenie Zamawiającego nie ma potrzeby przeprowadzać szczegółowej analizy braku możliwości wprowadzenia zmian do treści złożonej oferty po upływie terminu składania ofert.

Z uwagi na powyższe można również wskazać inny wyrok KIO z dnia 6 października 2014 r. (sygn. akt KIO 1932/14), gdzie wskazano „Należy odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jeśli niezgodność treści oferty z siwz ma charakter zasadniczy i nieusuwalny. Niezgodność ta powinna dotyczyć sfery i zobowiązania zamawianego w specyfikacji oraz zobowiązania ofertowego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz”.

Na podstawie wskazanych wyżej argumentów oraz stosownego orzecznictwa Zamawiający podtrzymuje wskazaną na wstępie tezę, iż oferta Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę oraz jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co skutkuje koniecznością jej odrzucenia.

II. Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania

Działając na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986, z późn. zm.; dalej ustawa P.z.p.) Zamawiający, Mazowiecka Jednostka Wdrażania Programów Unijnych (dalej Zamawiający) unieważnia przedmiotowe postępowanie na „Dostawę licencji na oprogramowanie antywirusowe wraz z centralnym zarządzaniem” (nr sprawy: WZP/WI/D-332-15/19), w związku z faktem, iż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

W przedmiotowym postępowaniu złożono jedną ofertę. Zamawiający nie wykluczył Wykonawcy z udziału w postępowaniu ale z przyczyn wskazanych w pkt I niniejszego dokumentu odrzucał ofertę Wykonawcy z uwagi na fakt, iż oferta zawiera rażąco niską cenę oraz treść oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. W związku z tym faktem należy uznać, że w przedmiotowym postępowaniu nie złożono oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3”.

p.o. Dyrektora
Mariusz Frankowski
(podpis Kierownika Zamawiającego
lub osoby upoważnionej)

Sprawa prowadzi:
Anna Pogorzelska
tel. 22 542 27 43
fax. 22 698 31 44/57
email: a.pogorzelska@mazowia.eu

Starszy Specjalista Kierownik Wydziału Publicznych
Anna Pogorzelska
Michał Kosior