

Sygn. akt: KIO 55/12

WYROK

z dnia 23 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Małgorzata Stręciwilk**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 stycznia 2012 r. przez **wykonawcę Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o., ul. Muszkieterów 15, 02-273 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasta Gdańska, ul. Nowe Ogrody 8/12, 80-803 Gdańsk**

przy udziale **Torell S.A., ul. Żytnia 16/23, 01-014 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o., ul. Muszkieterów 15, 02-273 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o., ul. Muszkieterów 15, 02-273 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gminę Miasta Gdańska (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę i wdrożenie systemu zarządzania wydrukami w Urzędzie Miejskim w Gdańsku wraz z serwisem drukarek i kopiarek”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 22 października 2011 r. pod nr 2011/S 204 - 332470. Zamówienie to zostało podzielone na dwa zadania z dopuszczeniem możliwości składania ofert częściowych w tych zadaniach.

W postępowaniu tym wykonawca Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 9 stycznia 2012 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Odwołanie zostało złożone na skutek informacji o wynikach czynności badania i oceny ofert, która to informacja została przesłana Odwołującemu faksem w dniu 29 grudnia 2011 r.

Odwołujący w swoim odwołaniu zarzuca czynnościom Zamawiającego polegającym na odrzuceniu jego oferty oraz unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty, która zgodnie z przepisami ustawy Pzp nie podlega odrzuceniu;
- 2) art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), nie powodującej istotnej zmiany w treści oferty, co w następstwie skutkowało odrzuceniem oferty Odwołującego;
- 3) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania go w toku badania i oceny oferty do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, który to brak w następstwie skutkowało niezgodnym z przepisami prawa odrzuceniem oferty;

- 4) art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez unieważnienie postępowania w przypadku gdy oferta złożona przez Odwołującego nie powinna podlegać odrzuceniu.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o :

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 29 grudnia 2011 r. polegającej na ocenie ofert i wyborze najkorzystniejszej oferty;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 29 grudnia 2011 r. polegającej na unieważnieniu postępowania;
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórzenia badania i oceny złożonych ofert.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wskazał na zawiadomienie Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej dla zadania nr 2 i podkreślając, iż wszystkie oferty, w tym oferta Odwołującego, zostały odrzucone. Wskazał na uzasadnienie takiej decyzji Zamawiającego, który poinformował go, że wymagał w punkcie 3, podpunkt 10 SIWZ oraz § 6 ust. 4 projektu umowy na zadanie 2, aby wartość wynagrodzenia za dostawy wykonane i odebrane, określone jako odbiór produkcyjny nie przekraczała 9% kwoty określonej za wykonanie całości przedmiotu umowy. Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż Odwołujący w pkt 2 oferty zapisał, iż za wskazaną tam część zamówienia podał wycenę na kwotę wynoszącą powyżej 91,9 % ceny brutto, co było – zdaniem Zamawiającego - niezgodne z wymaganymi SIWZ. W ocenie Odwołującego Zamawiający w tym zakresie dokonał badania i oceny ofert z naruszeniem przepisów prawa w szczególności ustawy Pzp.

Odwołujący przywołał zapisy SIWZ i treści ogłoszenia o zamówieniu wskazujące na to, że zamówienie obejmuje dwa zadania. Wykonawca w tym zakresie mógł złożyć ofertę na jedno lub dwa zadania. Odwołujący, składając ofertę na zadanie nr 2 w punkcie pierwszym oferty wpisał kwotę 3 338 284,18 zł brutto, co stanowi całkowite wynagrodzenie za zadanie drugie. Odwołujący podkreślił też, że w punkcie 4 formularza ofertowego wpisał, że wartość majątkowych praw autorskich dla programów - oprogramowania do monitorowania procesów drukowania określa się na kwotę 270 172,18 zł brutto, co też – według niego - stanowi wartość wynagrodzenia pozostałej, dostarczonej infrastruktury, zgodnie z punktem 3.10 SIWZ. W punkcie 2 oferty Odwołujący podkreślił, iż wpisał różnicę między wartością całego zamówienia a wartością podaną w pkt 4 oferty, co wynosi 3 068 112,00 zł.

Powyższe wskazuje, jego zdaniem, że oferta złożona przez Odwołującego jest w tym zakresie zgodna z zapisami SIWZ, a więc nie powinna podlegać odrzuceniu na podstawie przepisów ustawy Pzp. Wskazał, iż oferta nieodpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia SIWZ. Odmienność ta powinna przejawiać się przede wszystkim w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia

i sposobu jego realizacji. Może przejawiać się też w innym sposobie sporządzenia oferty, niż żądał zamawiający, przy czym powinny to być elementy składające się na treść oferty, odnoszące się do jej aspektów formalnych i materialnych. W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący podkreślił, że zaproponował przedmiot zamówienia wymagany przez Zamawiającego, a tylko i wyłącznie omyłkowo, wpisał kwotę wynagrodzenia za część zamówienia, obejmującego programy z licencjami oraz Asystę Techniczną i Konserwację (ATiK) itp., nie w tym miejscu, w którym wpisania takiej kwoty oczekiwał Zamawiający. Powyższego – jego zdaniem – nie można potraktować jako niezgodności oferty z SIWZ. Wskazał na znaczący fakt, iż w punkcie 4 oferty wpisano, iż wartość majątkowych praw autorskich dla programów - oprogramowanie do monitorowania procesów drukowania oraz Asystę Techniczną i Konserwację (ATiK) itp. określona jest w wysokości 270 172,18 zł brutto, co zaś stanowi 8,1% całości wynagrodzenia. Odwołujący w tym zakresie podkreślił, że spełnił wymaganie zawarte w rozdziale 1 punkt 3.10 SIWZ, iż cena za to zadanie nie może przekroczyć 9% łącznego wynagrodzenia umownego z oferty wyłonionego w postępowaniu wykonawcy. Odwołujący powołał się w tym zakresie na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający naruszył w tym względzie również inne przepisy prawa, gdyż nie poprawił omyłki w ofercie Odwołującego. Przywołał dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wskazał na wykładnię tego przepisu, według której oczywistą omyłką jest jednoznaczny dla każdego błąd. Podniósł, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający mógł przyjąć, że Odwołujący popełnił omyłkę i wpisał wartość części zadania 2, o której mowa w pkt 3.10 SIWZ w punkcie 4 oferty. W punkcie drugim zaś wpisał różnicę pomiędzy wartością całości zamówienia za zadanie 2, a wynagrodzeniem za majątkowe prawa autorskie dla programów. W ocenie Odwołującego jest to omyłka, którą powinien poprawić Zamawiający, gdyż nie powodowałoby to zmiany treści oferty oraz nie wymagałoby to udziału Odwołującego. Poprawienie omyłki, polegającej na wpisaniu wartości w innej rubryce, powinno – według niego - zostać zakwalifikowane jako „inna omyłka”, a co za tym idzie Zamawiający miał obowiązek jej poprawienia. W tym zakresie Odwołujący także powołał orzecznictwo Izby na potwierdzenie zasadności swoich twierdzeń.

Odwołujący wskazał także na naruszenie przez Zamawiającego przepisów prawa w sytuacji gdy, posiadając wątpliwości, czy złożona przez Odwołującego oferta jest zgodna z SIWZ powinien wezwać go do złożenia wyjaśnień. Powyższych czynności Zamawiający nie wykonał w przedmiotowym postępowaniu. W tym względzie Odwołujący wskazał na dyspozycję art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten – w ocenie Odwołującego - daje kompetencję, a nawet powoduje obowiązek po stronie Zamawiającego, aby w toku badania ofert, w przypadku ustalania, że oferta zawiera postanowienia niejasne czy budzące wątpliwości, wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień, w szczególności, jeśli oferta miałaby

zostać przez Zamawiającego odrzucona jako sprzeczna z SIWZ. Na poparcie swojego stanowiska przywołał orzecznictwo Izby. Tym samym Zamawiający, zdaniem Odwołującego, naruszył przepisy prawa unieważniając postępowanie w przypadku gdy została złożona ważna oferta.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał w całości swoje stanowisko, prostując jednocześnie omyłkę w treści odwołania - w miejscach gdzie przywołano art. art. 89 ust. 2 ustawy Pzp, powinien być wskazany art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 19 stycznia 2012 r.), w którym wniósł o oddalenie odwołania, wskazując na bezzasadność zarzutów Odwołującego.

Zamawiający podtrzymał swoją decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego. Wskazał na wymogi SIWZ zawarte w pkt 3.9 i 3.10 rozdziału 1 oraz § 6 postanowień projektu umowy. Zwrócił uwagę na postanowienia SIWZ, w których określił co rozumie przez odbiór produkcyjny i że ta część zamówienia nie może przekraczać 9% łącznego wynagrodzenia umownego z oferty wykonawcy, a więc ceny podanej w pkt 1 oferty. Zamawiający podkreślił też, że w postępowaniu wpływały do niego pytania dotyczące postanowień SIWZ, na które udzielał odpowiedzi, w tym pytanie dotyczące sposobu wyceny odbioru produkcyjnego. Według niego tłumaczenie Odwołującego, iż omyłkowo wpisał w pkt 2 oferty kwotę ponad 91% wartości kwoty z całości zamówienia budzi wątpliwości. Podkreślił, że we wzorze oferty miał zapisane, iż wymaga od wykonawców, aby podali ceny:

- 1) „...całości zamówienia za cenę ...”
- 2) „Za część zamówienia wykonaną i odebraną odbiorem produkcyjnym (dostawy, instalację, uruchomienie urządzeń i Systemu)
- 3) „Jednostkowe ceny brutto dla poszczególnych wydruków rodzajów ...”
- 4) Wartość majątkowych praw autorskich dla programów – oprogramowania do monitorowania procesów drukowania ...”.

Podkreślił, że pkt 2 oferty został dodatkowo przez Zamawiającego opisany w SIWZ i w projekcie umowy, aby zwrócić uwagę wszystkich potencjalnych wykonawców, iż jest to bardzo istotny element całości zamówienia, a także jest to zabezpieczenie przed ewentualną sytuacją gdy wykonawca chciałby po 40 dniach otrzymać całe swoje wynagrodzenie za umowę zawieraną na 48 miesięcy. Według niego tłumaczenie Odwołującego, że wartość majątkowych praw autorskich dla programów zawierająca oprogramowanie do monitorowania procesów drukowania oraz asystę techniczną i konserwację itp. została wyceniona na poziomie 8,1%, są błędnym założeniem Odwołującego. Zamawiający w żaden sposób nie może i nie ograniczył wyceny majątkowych praw autorskich. Wskazał, że w projekcie umowy w § 8 było sprecyzowane co stanowi wycenę praw majątkowych autorskich do oprogramowania

i monitorowania procesów drukowania, będącego częścią przedmiotu umowy. Przywołany zapis wskazuje – zdaniem Zamawiającego – na to, że kwota ta nie powinna zawierać żadnego innego wynagrodzenia. Według Zamawiającego Odwołujący, składając swoją ofertę w takiej formie, naruszył bardzo ważny aspekt dotyczący sposobu płatności, co przekłada się na realizację całego zamówienia bowiem wykonawca chciał uzyskać po 40 dniach od zawarcia umowy ponad 91% całości wynagrodzenia, co jest sprzeczne z zapisami SIWZ. W takim bowiem przypadku umowa, która miała trwać 48 miesięcy skończyłaby się po okresie ok. 18 miesięcy. Uznając tę ofertę za ważną Zamawiający naraziłby się na zarzut niegospodarności środkami publicznymi. Według Zamawiającego oferta Odwołującego jest sprzeczna z SIWZ i należy ją odrzucić na podstawie art. 89 ust. 2 ustawy Pzp, ponieważ kwota podana przez Odwołującego jest niezgodna z SIWZ, gdyż jest to inna propozycja sposobu finansowania niż wymagana w SIWZ i nie można tej niezgodności poprawić na podstawie dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający podkreślił, że inna omyłka, o której mowa we wskazanym przepisie ustawy powinna mieć taki charakter, aby Zamawiający mógł dokonać jej poprawki samodzielnie, bez udziału wykonawcy. Tymczasem poprawa błędu Odwołującego spowodowałaby istotną zmianę w treści oferty. Przez treść oferty Zamawiający natomiast rozumie w szczególności te elementy oświadczenia woli wykonawcy, które objęte są swobodą kształtowania z jego strony i odnoszą się do zakresu przyszłego świadczenia, tj. do treści oferty należy zaliczyć każdy element, który dotyczy kształtu i zakresu przyszłego świadczenia wykonawcy. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ należy według Zamawiającego oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kc.

Podkreślił, że nie mógł samodzielnie poprawić oferty Odwołującego w zakresie kwoty z pkt 2 oferty, bowiem wartość tej pozycji mógł ustalić tylko Odwołujący, gdyż musiała ona wynieść do 9% wartości całego zamówienia. Tymczasem negocjacje, zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, są niedopuszczalne. Na potwierdzenie swojego stanowiska Zamawiający przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Co do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, że nie miał podstaw do stosowania tego przepisu w odniesieniu do Odwołującego. W ofercie Odwołującego została podana jednoznacznie cena za całość zamówienia oraz jednoznaczna cena za odbiór produkcyjny. O wyjaśnienia Zamawiający mógł się zwrócić w sytuacji wątpliwości, czy też niejasności w treści oferty. Ze względu na charakter oświadczenia woli złożonego ofercie oraz konsekwencje wynikające z poprawienia kwoty z pkt 2 oferty, żądanie wyjaśnień od Odwołującego prowadziłoby do negocjacji dotyczących treści złożonej oferty, a w konsekwencji do zmiany jej treści, co jest niezgodne z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, co potwierdza art. 68 kc, iż przyjęcie oferty dokonane z zastrzeżeniem zmiany lub uzupełnienia jej treści poczytuje się za nową ofertę.

W konsekwencji Zamawiający stwierdził niezasadność zarzutów dotyczących unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na konieczność zachowania zasady równego traktowania wykonawców i stosowania należytej staranności przy badaniu i ocenie ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W toku rozprawy Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko.

Wykonawca Torell S.A. z siedzibą w Warszawie w dniu 13 stycznia 2012 r. złożył do Prezesa Izby zgłoszenie przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Zgłoszenie to zostało złożone na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 10 stycznia 2012 r. Kopie przystąpienia zostały przekazane Odwołującemu i Zamawiającemu.

W zgłoszeniu tym wykonawca ten wskazał, że złożone odwołanie jest bezzasadne i oparte na mylnej interpretacji przepisów ustawy Pzp. Podkreślił, że Zamawiający w sposób przejrzysty opisał w SIWZ elementy, jakie mają wpływ na cenę i gdzie należy je wpisać, udostępniając właściwy formularz. Dokładnie określił zarówno w SIWZ, jak i we wzorze umowy (osobnym dla zadania 2), ile procent wartości zamówienia stanowić ma niezwykle istotna dla Zamawiającego kwota, a mianowicie wynagrodzenie płatne „po odbiorze produkcyjnym”, którego wartość nie może przekroczyć 9% łącznej kwoty określonej w ust 1. § 6.

Podniósł również, że wynagrodzenie „po odbiorze produkcyjnym” ma ogromny wpływ na kształtowanie całości oferty bowiem stanowi niejako niezmienną wartość opłaty, którą Zamawiający musi bezwzględnie zapłacić wykonawcy w pierwszym okresie obowiązywania 48 miesięcznej umowy; reszta wynagrodzenia wykonawcy jest rozłożona na okresy kwartalne do końca obowiązywania umowy i zależna od rzeczywistych wydruków Zamawiającego, czyli nie jest elementem stałym. Podkreślił, że Zamawiający nie gwarantował wykonawcy jaką ilość wydruków wykona. Wskazał, że gdyby każdy ze składających oferty wykonawców dokonał takiej kalkulacji, jak Odwołujący, miałyby to wpływ na oferty cenowe innych wykonawców, a w konsekwencji na wynik postępowania.

Zgłaszający przystąpienie podkreślił też, że Odwołujący w swojej ofercie oświadczył, że akceptuje bez zastrzeżeń zapisy SIWZ oraz warunki umowy, jeśli zaś miał jakiegokolwiek wątpliwości co do wyliczenia i zapisania kwot w ofercie mógł zwrócić się do Zamawiającego w celu wyjaśnienia treści SIWZ. Skoro zaś Odwołujący tego nie uczynił zdaniem zgłaszającego przystąpienie wszystko było dla Odwołującego jasne lub celowo; dokonał on takiego zapisu w celu pozyskania korzystniejszej gwarantowanej formy zapłaty. Tłumaczenia Odwołującego – zdaniem zgłaszającego przystąpienie - są niespójne; tłumaczy się on omyłką jednocześnie nawiązując do wartości autorskich praw majątkowych dla programów, które wycenił i wpisał we właściwym miejscu. Przyjęty przez Odwołującego rachunek

„odejmowania” stanowi wartość wyższą niż 9% wartości oferty, czyli Zamawiający, wybierając ofertę Odwołującego w konsekwencji wybrałby ofertę niezgodną z SIWZ i zapisami umowy.

Zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego, powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, wskazał, że błąd Odwołującego nie może być uznany za „inną omyłkę”, bowiem Zamawiający nie mógłby poprawić jej samodzielnie.

Co do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp podkreślił, że żądanie wyjaśnień od wykonawcy w postępowaniu nie jest dla Zamawiającego obligatoryjne stanowi jedynie uprawnienie w przypadku wątpliwości, co w tym szczególnym przypadku mogłoby nosić znamiona negocjacji cenowych. Zastąpienie wpisanej przez Odwołującego kwoty w punkcie 3 formularza cenowego, chociażby kwotą z innej pozycji formularza, według zgłaszającego przystąpienie ma niezwykle istotny wpływ na kształtowanie przyszłych relacji umownych pomiędzy Zamawiającym i Odwołującym w zakresie rozliczeń, a to ma wpływ na zmianę treści zapisów SIWZ. Powołał się w tym zakresie na orzecznictwo Izby.

W konkluzji zgłaszający przystąpienie wskazał, że Zamawiający zasadnie unieważnił postępowanie bowiem oferta Odwołującego jest bez wątpienia niezgodna z SIWZ .

Mając na uwadze powyższe zgłaszający przystąpienie wniósł o:

- 1) odrzucenie odwołania wniesionego przez Odwołującego jako bezzasadnego i opartego na mylnej interpretacji przepisów ustawy Pzp,
- 2) odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 2 ustawy Pzp jako niezgodnej z zapisami SIWZ,
- 3) unieważnienie przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W toku rozprawy wskazany wykonawca podtrzymał swoją argumentację i zgłoszone wnioski.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła skuteczność zgłoszenia przystąpienia po stronie Zamawiającego złożonego przez wykonawcę Torell S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący”), uznając, że wykonawca ten stał się uczestnikiem niniejszego postępowania odwoławczego.

Izba w toku posiedzenia niejawnego przeprowadzonego z udziałem stron oddaliła zgłoszoną w tym zakresie przez Odwołującego opozycję co do wskazanego przystąpienia. Izba, działając w tym zakresie na podstawie art. 185 ust. 4 zdanie drugie i trzecie ustawy Pzp, uznała, że zgłaszający przystąpienie w niniejszym stanie faktycznym wykazał posiadanie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony Zamawiającego, do której przystąpił w niniejszym postępowaniu. Izba wskazała, że „interes w zgłoszeniu przystąpienia” uregulowany w art. 185 ust. 2 zdanie pierwsze ustawy Pzp stanowi odrębną instytucję od „interesu w uzyskaniu danego zamówienia”, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy, który to interes uprawnia do składania środków ochrony prawnej, a więc odwołania i skargi.

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

Izba ustaliła również, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. W odwołaniu podnosi on zarzuty dotyczące odrzucenia jego oferty i w konsekwencji unieważnienia postępowania przez Zamawiającego z powodu braku ważnych ofert. Powyższe czynności, stanowiące podstawę zarzutów odwołania w sposób bezpośredni utrudniają Odwołującemu dostęp do niniejszego zamówienia, ograniczając możliwość jego uzyskania i narażając go na poniesienie w tym zakresie szkody. Powyższe wskazuje na wypełnienie materialnoprawnej przesłanki skutecznego wniesienia odwołania, o której to przesłance mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za niezasadne.

Izba ustaliła, że złożone w postępowaniu odwołanie dotyczy zadania nr 2, w którym to zadaniu Odwołujący składał swoją ofertę.

W oparciu o postanowienia SIWZ Izba ustaliła także, że Zamawiający w sposób wyodrębniony techniczne, w odrębnych jednostkach redakcyjnych SIWZ, zawarł wymagania dotyczące sposobu realizacji zadania nr 1 i nr 2 w niniejszym zamówieniu. W rozdziale 1 pkt III Zamawiający opisał wymogi dotyczące zadania nr 2. Opisany tam pkt 3.10 wskazuje, że koszty pozostałej, dostarczonej infrastruktury, tj. część zamówienia obejmująca programy z licencjami oraz Asystę Techniczną i Konsekwencję (ATiK) do programów, wyposażenie dodatkowe, jak terminale do kart i karty autoryzacyjne, oprogramowanie dodatkowe, jak agendy programowe oraz prace instalacyjne, sprzętu i programów, powinny być kalkulowane osobno. Zamawiający wskazał tam też, że koszt powyższych prac będzie opłacony

jednorazowo po ich uruchomieniu, po odbiorze produkcyjnym, zaś cena powyższych nie może przekraczać 9% łącznego wynagrodzenia umownego z oferty wyłonionego w postępowaniu wykonawcy. W poprzedzających ten punkt postanowieniach SIWZ zawarto szczególne wymagania co do podania cen jednostkowych za wydruki.

W rozdziale 13 SIWZ Zamawiający określił wzory umów do niniejszego postępowania, w tym umowę dotyczącą zadania nr 2. W umowie tej w § 6 określone zostały postanowienia dotyczące wynagrodzenia i warunków płatności. W ust. 1 wskazano wartość całego wynagrodzenia za zadanie nr 2. W ust. 3 tego paragrafu wskazano na płatność wynagrodzenia w częściach, w tym wskazano pierwszą płatność za pierwszą część po odbiorze produkcyjnym. W ust. 4 Zamawiający wskazał odrębnie wyszczególnione wynagrodzenie za dostawy wykonane i odebrane, określone jako odbiór produkcyjny. Wskazano tam też, że wartość tego wynagrodzenia nie może przekroczyć 9% kwoty określonej w ust. 1 (ogólna wartość za cały przedmiot zamówienia). W rozdziale 13 SIWZ Zamawiający określił wzór formularzy ofertowych dla obydwu zadań, w tym zadania nr 2. W formularzu tym Zamawiający wskazał na wymóg określenia odrębnie:

- 1) w pkt 1 formularza - wynagrodzenia za całość zamówienia (wymóg wskazania ceny netto i brutto);
- 2) w pkt 2 formularza - wynagrodzenia za część zamówienia wykonaną i odebraną odbiorem produkcyjnym (dostawy, instalację, uruchomienie urządzeń i Systemu) (wymóg wskazania ceny netto i brutto);
- 3) w pkt 3 formularza - jednostkowych cen dla poszczególnych wydruków;
- 4) w pkt 4 formularza – wartości majątkowych praw autorskich dla programów – oprogramowania do monitorowania procesów drukowania (wymóg wskazania ceny brutto).

Zamawiający udzielał odpowiedzi na zapytania dotyczące postanowień SIWZ, w tym odpowiedzi na pytanie nr 20 w piśmie z dnia 21 listopada 2011 r. Złożone zapytane dotyczyło pkt 2 formularza ofertowego i brzmiało: „*Jakie elementy Systemu wchodzi w skład części produkcyjnej (prosimy o wyspecyfikowanie poszczególnych elementów, które mają być wycenione w tym punkcie)?*” Zamawiający udzielił odpowiedzi, wskazując, że część produkcyjną dla Zadania nr 2 określił w SIWZ w pkt 3.10 na str. 3, przytaczając ponownie zapisy tego punktu SIWZ.

Odwołujący w swojej ofercie w zakresie zadania nr 2 wskazał następujące ceny:

- 1) w pkt 1 formularza ofertowego cenę: 2 714 052,18 zł netto + 23% podatek VAT w kwocie: 624 232,00 zł, tj. razem: 3 338 284,18 zł brutto;
- 2) w pkt 2 formularza ofertowego cenę: 2 494 400,00 zł netto + 23% podatek VAT w kwocie: 573 712,00 zł, tj. razem: 3 068 112,00 zł brutto;
- 3) w pkt 3 formularza ofertowego poszczególne ceny jednostkowe;

- 4) w pkt 4 formularza ofertowego kwotę: 219 652,18 zł netto + 23% podatek VAT w kwocie; 50 520 000,00 zł, tj. razem: 270 172,18 zł brutto.

Zamawiający w piśmie z dnia 29 grudnia 2011 r. poinformował trzech wykonawców, którzy złożyli oferty w zakresie zadania nr 2 o ich odrzuceniu. Oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 2 ustawy Pzp w związku z tym, że Odwołujący nie wywiązał się z zapisów SIWZ zawartych w pkt 3.10 SIWZ oraz w projekcie umowy (§ 6 ust. 4) co do podania w pkt 2 formularza ofertowego kwoty stanowiącej powyżej 91,9% całkowitej ceny brutto. W piśmie z tej samej daty Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania w zakresie zadania nr 2 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z powodu braku ważnych ofert w postępowaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że oferta Odwołującego została zasadnie odrzucona w zakresie zadania nr 2 przez Zamawiającego, a w konsekwencji zasadnie unieważniono przedmiotowe postępowanie.

W ocenie Izby przywołane postanowienia SIWZ w sposób jasny i precyzyjny wskazywały na wymogi Zamawiającego co do konieczności podania w zakresie zadania nr 2 oprócz całkowitej ceny ofertowej za całość zamówienia, także wyszczególnienia kilku innych elementów ceny. Na powyższe wskazywały postanowienia wzoru formularza ofertowego w przywołanych powyżej punktach od 1 do 4. W ich ramach Zamawiający oczekiwał podania ceny całkowitej za przedmiot zamówienia, co nie było kwestionowane przez Odwołującego. Sporny w tym zakresie jest tylko pkt 2 i 4 tego formularza. W ocenie Izby nie można było mieć także wątpliwości, że w pkt 2 formularza ofertowego Zamawiający wymagał odrębnego wskazania części ceny ofertowej, która została określona jako część wykonana i odebrana odbiorem produkcyjnym. W ramach tego samego punktu formularza ofertowego Zamawiający doprecyzował, iż w ten zakres wchodzi tak dostawy, jak i instalacja oraz uruchomienie urządzeń i Systemu. Szczegółowe doprecyzowanie co oznacza część produkcyjna zamówienia znalazło się przede wszystkim w pkt 3.10 rozdziału 1 SIWZ. Wskazał tam Zamawiający, że tym zakresem objęte są programy z licencjami oraz Asysta Techniczna i Konsekwencja (ATiK) do programów, wyposażenie dodatkowe, jak terminale do kart i karty autoryzacyjne, oprogramowanie dodatkowe, jak agendy programowe oraz prace instalacyjne, sprzętu i programów. Elementy te – zgodnie z przywołanymi zapisami SIWZ - powinny być być skalkulowane przez wykonawców osobno, tak jak zostało to też opracowane we wzorze formularza ofertowego. Niewątpliwym dla Izby było – uwzględniając literalne zapisy postanowień SIWZ – że Zamawiający wskazał, że koszt tych prac będzie opłacony jednorazowo po ich uruchomieniu, po odbiorze produkcyjnym. Tym samym też Zamawiający w tym samym postanowieniu SIWZ wymagał, aby cena tych prac nie

przekraczała 9% łącznego wynagrodzenia umownego z oferty wyłonionego w postępowaniu wykonawcy. Powyższe postanowienie jest spójne z postanowieniami wzoru umowy dotyczącymi wynagrodzenia umownego w zakresie zadania nr 2 (§ 6 ust. 3 i 4 wzoru umowy), które wskazywały na sposób płatności za tę szczególną część zamówienia, odnoszącą się do odbioru produkcyjnego. Zgodnie z tymi wymogami za realizację tej części zamówienia Zamawiający miał zapłacić wykonawcy w pierwszej transzy płatności zamówienia, zaś pozostałe płatności miały odbywać się okresowo, w cyklu kwartalnym, poprzez cały okres trwania umowy na podstawie kwartalnych protokołów odbioru lub do wyczerpania kwoty określonej dla całości tego zamówienia. Z tych też względów Zamawiający zastrzegł maksymalną, procentową wartość tej części zamówienia, jaką wykonawcy mieli przyjąć dla wyceny zamówienia. Ta zastrzeżona wartość została przez Zamawiającego określona procentowo na poziomie maksymalnie 9% i odnosiła się do wartości całej wyceny przez wykonawcę zamówienia. Tego sposobu zastrzeżenia określenia poziomu ceny ofertowej za część produkcyjną zamówienia Odwołujący zresztą nie kwestionował. Podstawą zarzutów odwołania jest wskazanie, że Odwołujący pomylił się, wskazując w pkt 2 formularza ofertowego kwotę na poziomie nie odpowiadającym wymogom SIWZ co do procentowej wysokości wskazanego wynagrodzenia za odbiór produkcyjny, ponieważ właściwa w tym względzie kwota została podana w pkt 4 formularza ofertowego. Odwołujący próbował wywodzić, że Zamawiający w pkt 2 i 4 formularza ofertowego wymagał podania ceny za ten sam zakres przedmiotowy zamówienia, stąd też właściwa oczekiwana przez Zamawiającego w SIWZ wartość części produkcyjnej na określonym poziomie wartości została wskazana przez Odwołującego omyłkowo w pkt 4 formularza ofertowego, zaś kwota podana w pkt 2 tego formularza jest bez znaczenia, bowiem stanowi tylko różnicę pomiędzy całą wartością zamówienia (pkt 1 formularza), a wartością wskazaną w pkt 4 formularza jako wartość praw majątkowych, która to wartość jest *de facto* wartością odbioru produkcyjnego.

Taki sposób argumentacji ze strony Odwołującego nie był przekonujący dla Izby. Zapisy wskazanego formularza ofertowego – zdaniem Izby – były czytelne i w sposób jasny precyzowały różne elementy wyceny ofertowej, na które Zamawiający zwrócił w tym formularzu szczególną uwagę. Zamawiającego interesowało:

- 1) wskazanie całej ceny ofertowej (pkt 1),
- 2) z racji ustalonego sposobu płatności za realizację zamówienia - ceny za część zamówienia dotyczącą odbioru produkcyjnego (pkt 2),
- 3) ceny jednostkowe (pkt 3),
- 4) jak i wycena majątkowych praw autorskich objętych niniejszym zamówieniem (pkt 4).

Konieczność wyceny i wyodrębnienia wartości praw majątkowych nie była kwestionowana na etapie postanowień SIWZ przez Odwołującego, jak i przez innych

wykonawców w tym postępowaniu. Choćby z tych względów w formularzu ofertowym najeżało wyróżnić także tę cenę – jak w toku rozprawy wskazał Zamawiający – wycenę niezbędną dla niego ze względów księgowych. Wykonawca zatem miał obowiązek zastosować się do tych wymogów SIWZ. Odwołujący zresztą tak naprawdę nie kwestionował zasadności wyceny praw majątkowych, wskazując, że w wartość majątkowych praw autorskich jest *de facto* tożsama z wartością wyceny za odbiór próbny. Odwołujący jednak, formułując swoją ofertę kwoty w tych dwóch pozycjach – za prawa autorskie i odbiór produkcyjny wskazał na różnym poziomie. Tym samym argumentacja Odwołującego jest w tym zakresie niespójna. Jak wskazano powyżej tak treść formularza ofertowego, łącznie z jego stroną graficzną, jak i wyrażoną treścią, wskazywały na konieczność wyceny w tych dwóch punktach (2 i 4) różnych elementów. Szczegółowe postanowienia SIWZ w tym zakresie określają natomiast co Zamawiający miał na myśli, wskazując w pkt 2 formularza ofertowego na odbiór produkcyjny. Co do konieczności wyceny majątkowych praw autorskich doświadczenie życiowe i wiedza powszechna wskazują czym są i jak należy rozumieć majątkowe prawa autorskie. W normalnych warunkach obrotu gospodarczego i prawnego przy dochowaniu należytej staranności, jaka jest wymagana w tego rodzaju stosunkach, naturalnym powinna być wiedza co definiuje to pojęcie.

Odbiór produkcyjny zdefiniowany w SIWZ przez Zamawiającego z pewnością wskazywał na szerszy zakres tej części zamówienia – obok kosztów licencji na wymagane programy Zamawiający wymagał tam wyceny także wyposażenia dodatkowego, takiego jak terminale do kart i karty autoryzacyjne, wskazywał na koszt oprogramowania dodatkowego, czy też prace instalacyjne sprzętu i programów. Choćby te zapisy wskazują na to, że zakres pojęcia majątkowych praw autorskich i zakres części odbioru produkcyjnego różnią się, choćby o dostarczaną w tym zakresie infrastrukturę. Tym samym nie można było w tym zakresie mówić o takich zapisach SIWZ, które mogłyby wprowadzać w błąd wykonawców, co zresztą zostało potwierdzone ofertach pozostałych, obok Odwołującego, wykonawców, którzy wyceny pkt 2 dokonali w sposób prawidłowy.

Izba nie miała zatem w tym zakresie wątpliwości, że wycena dokonana przez Odwołującego w pkt 2 formularza ofertowego nie spełniała wymogów SIWZ. Wycena tej części na poziomie: 3 068 112,00 zł brutto z pewnością nie stanowi maksymalnie 9% wartości wyceny całości zamówienia (wartość z poz. 1 formularza, tj. 3 338 284,18 zł brutto). Kwota ta przekracza w sposób znaczący dopuszczalny przez Zamawiającego procentowy poziom ceny całkowitej zaproponowanej przez wykonawcę. Powyższe wskazuje na niezgodność treści oferty Odwołującego z merytorycznymi wymogami SIWZ co do sposobu realizacji zamówienia. Z tych też względów słusznie oferta Odwołującego została odrzucona przez Zamawiającego. Co prawda Zamawiający jako formalnoprawną podstawę odrzucenia oferty wskazał art. 89 ust. 2 ustawy Pzp, nieobowiązujący już przepis, a powinien był

wskazać art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, to z przywołanych okoliczności faktycznych i prawnych uzasadnienia odrzucenia tej oferty wynika, iż faktycznie chodziło o podstawę z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Powyższe zatem należy traktować - podobnie jak w przypadku sformułowania zarzutów odwołania, gdzie także przywołano jako naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 2 ustawy Pzp – jako omyłkę pisarką.

W ocenie Izby powyższej niezgodności treści oferty Odwołującego z istotnymi – merytorycznymi wymogami SIWZ nie można poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wskazany przepis zobowiązuje Zamawiającego do poprawienia oferty wykonawcy, jeśli spełnione są w tym względzie określone wymogi opisane w dyspozycji wskazanego przepisu. Po pierwsze koniecznym jest stwierdzenie, że mamy do czynienia z omyłkowym, tj. niezamierzonym działaniem ze strony wykonawcy, który doprowadził do popełnienia błędu w ofercie, które to popełnienie błędu możemy stwierdzić w oparciu o samą treść oferty. Po drugie stwierdzony błąd w ofercie musi mieć charakter merytoryczny – powodujący niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Po trzecie zaś poprawienie tego nie może spowodować istotnych zmian w treści oferty. Zdaniem Izby w przedmiotowej sprawie nie możemy mówić o spełnieniu pierwszej z wymienionych przesłanek, tj. o omyłkowym działaniu wykonawcy, które możliwe byłoby do naprawy bez udziału wykonawcy i składania przez niego po upływie terminu do składania ofert odrębnego, a więc dodatkowego, a zarazem odmiennego niż złożone w treści oferty, oświadczenia woli. Słusznie wskazywał Zamawiający, że chcąc dokonać poprawienia oferty Odwołującego musiałby uzyskać od niego dodatkowe oświadczenie woli i tym samym prowadzić z Odwołującym niedozwolone negocjacje, co stanowiłoby naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W oparciu o treść oferty Odwołującego nie sposób bowiem stwierdzić, czy kwota w poz. 1 formularza ofertowego jest prawidłowa, czy też jest prawidłowa kwota z poz. 2 formularza. Czy w tym przypadku należałoby dokonać przeliczenia procentowego kwoty z poz. 1 formularza, czy też z poz. drugiej. Możliwym byłoby także przyjęcie, że kwota z pkt 2 formularza jest jeszcze inną kwotą, która podlegałaby przeliczeniu w oparciu o całkowitą wartość zamówienia w oparciu o wartości procentowe mieszczące się w przedziale od 0% do 9%. W takiej sytuacji kolejną możliwością, którą można byłoby rozpatrywać w tym przypadku, byłoby także stwierdzenie, że kwota podana w pkt 4 formularza ofertowego również mogłaby mieć znaczenia dla zakresu odbioru produkcyjnego (pkt 2), choć opis tych dwóch punktów formularza (2 i 4) wskazuje na inny zakres merytoryczny wyceny. Słusznie – idąc za tokiem rozumowania Zamawiającego – można byłoby także przypuszczać, że Odwołujący celowo w pkt 2 wskazał kwotę niezgodną z wymogiem wyceny w tym zakresie na poziomie 9% maksymalnej ceny ofertowej. Biorąc pod uwagę tak szeroki wachlarz możliwości popełniania błędów w ofercie Odwołującego i konieczność ustalania bezpośrednio z wykonawcą sposobu i poziomu wyceny i ustalenia poszczególnych elementów cenowych, Izba stwierdziła

niedopuszczalność poprawienia oferty Odwołującego. Poprawienie takiego rodzaju błędów w ofercie – niezależnie od zamiarów wykonawcy, który ofertę sporządził (błędne odczytanie wymogów SIWZ, czy też celowego działania dla uzyskania zamówienia) – prowadziłoby także do niedopuszczalnej istotnej zmiany treści oferty w zależności od wyboru samego wykonawcy i jego nowego oświadczenia woli składanego w tym zakresie po upływie terminu składania ofert.

Z powyższych względów niezasadny okazał się także zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez Zamawiającego. Dodatkowo wskazać tylko należy, że wskazany przepis prawa daje Zamawiającemu możliwość żądania od wykonawcy wyjaśnień, a nie nakłada na niego takiego obowiązku, z tych też względów nie można w tym zakresie wymagać od Zamawiającego takiego sposobu działania, tym bardziej jeśli powyższe prowadziłoby do niedopuszczalnych negocjacji z wykonawcą.

Z tych też względów Izba stwierdziła, że Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazanych w treści odwołania.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba uwzględniła dyspozycję art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp, tj. orzekła w tym zakresie stosownie do wyniku postępowania, obciążając tymi kosztami Odwołującego. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła - stosownie do regulacji zawartej w § 3 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego.

Przewodniczący: