

Sygn. akt KIO/UZP 492/09

WYROK
z dnia 28 kwietnia 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Członkowie: Izabela Niedziałek-Bujak
Andrzej Niwicki

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie* w dniu ~~1~~ w dniach 28 kwietnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Automatyka Biurowa Sp. z o. o., 01-424 Warszawa, al. Prymasa Tysiąclecia 103** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **P.P.U.P. Poczta Polska Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny w Warszawie, 00-941 Warszawa, ul. Świętokrzyska 31/33** protestu ~~1~~ protestów* z dnia 31 marca 2009 r.

przy udziale wykonawcy **MCSI Ltd Sp. z o.o., 00-725 Warszawa, ul. Cybulskiego 3** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Automatyka Biurowa Sp. z o. o., 01-424 Warszawa, al. Prymasa Tysiąclecia 103

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Automatyka Biurowa Sp. z o. o., 01-424 Warszawa, al. Prymasa Tysiąclecia 103,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty zł gr. (słownie:.....) przez na rzecz stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Automatyka Biurowa Sp. z o. o., 01-424 Warszawa, al. Prymasa Tysiąclecia 103.**

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę materiałów eksploatacyjnych”, Odwołujący – Automatyka Biurowa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, wniósł w dniu 17.04.2009 r. (pismo z dnia 16.04.2009 r.) odwołanie od rozstrzygnięcia protestu (protest - pismo z dnia 30.03.2009 r., wniesiony w dniu 31.03.2009 r.), dokonane przez Zamawiającego - Państwowe Przedsiębiorstwo Użyteczności Publicznej POCZTA POLSKA Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny w Warszawie. Zarzucił Zamawiającemu, tak jak w proteście, naruszenie przepisów art. 7 ust.1, art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3, art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz.1655 z późn. zm.), zwanej w dalszej treści Pzp, przez dokonanie następujących czynności:

- 1) nieprawidłowy wybór oferty najkorzystniejszej złożonej przez MCSI Ltd. Sp. z o.o.,

- 2) zaniechanie odrzucenia tej oferty,
- 3) uznanie, że oferta zawiera omyłkę pisarską i może być poprawiona przez Zamawiającego,
- 4) uznanie, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ stanowiła omyłkę nie powodującą istotnych zmian w treści oferty.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) odrzucenie oferty MCSI Ltd. Sp. z o.o.,
- 3) dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez MCSI Ltd. Sp. z o.o., doręczono mu w dniu 24.03.2009 r.

Nie zgadza się z wyborem oferty, bowiem treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. Zamawiający podał, że w formularzu rzeczowo-cenowym, stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ, pod pozycją 149 wskazano, że przedmiotem dostawy ma być toner HP Q5949X w ilości 10 sztuk. Zgodnie z pkt 5.2 SIWZ wykonawcy mogli zaoferować towary równoważne pod warunkiem spełnienia wymagań wskazanych w SIWZ. Wydajność tonera powinna wynosić 6000 stron.

Wykonawca MCSI Ltd. Sp. z o.o. w złożonej ofercie zaoferował toner marki ActiveJet o symbolu AT-49N i o wydajności 2500 stron.

Zamawiający uznał, w wyniku złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, że wykonawca zaoferował produkt o wydajności 6000 stron, zgodny z wymaganiami Zamawiającego, a podczas sporządzania oferty popełnił omyłkę polegającą na nie wpisaniu litery X na końcu symbolu. Zamawiający poprawił omyłkę za zgodą wykonawcy, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a następnie wybrał tę ofertę jako najkorzystniejszą.

Odwołujący opisał, że producent tonerów marki ActiveJet oferuje zamienniki tonerów znanych marek. Wśród oferowanych tonerów znajdują się tonery o symbolach AT-49N oraz AT-49NX. Toner AT-49N, to odpowiednik tonera laserowego Hewlett Packard o symbolu Q5949A, o wydajności 2500 stron, natomiast toner AT-49NX, stanowiący odpowiednik oczekiwanego przez Zamawiającego tonera HP Q5949X, charakteryzuje się wydajnością 6000 stron.

Z dokonanych ustaleń wynika, w ocenie Odwołującego, że tonery ActiveJet o symbolach AT-49N i AT-49NX, to tonery o różnej wydajności i tylko toner AT-49NX spełnia wymagania opisane w SIWZ.

Błąd, zdaniem Odwołującego, skutkujący odrzuceniem oferty, nie mógł być uznany jako omyłka pisarska, jak uczynił to Zamawiający. Mógłby być uznany jako oczywista omyłka pisarska w sytuacji, gdyby nie istniał produkt AT-49N o wydajności 2500 stron. Odwołujący powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 grudnia 2002 r. sygn. akt V Ca 1514/02 stanowiącego, że „oczywistą omyłką jest widoczna, niezamierzona niedokładność, błąd pisarski albo rachunkowy lub inna podobna usterka w tekście. Sprostowanie oczywistej omyłki nie może prowadzić do zmiany treści oferty, w szczególności nie może polegać na zmianie określonego w ofercie rozmiaru świadczenia oferenta lub ceny”.

Odwołujący określił, że w ofercie wystąpił błąd, który Zamawiający zakwalifikował, jako oczywistą omyłkę pisarską. Nie można uznać za zasadne stanowiska Zamawiającego, że błąd polegał wyłącznie na opuszczeniu tylko jednej litery w wyrazie przy sporządzaniu wykazu produktów, stanowiącego kilkaset pozycji.

Odwołanie zostało poprzedzone protestem, w którym Odwołujący zarzucił naruszenie art. 7, art. 82 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odwołujący podniósł te same zarzuty faktyczne, ograniczył podstawy prawne oraz argumentację uzasadnienia.

Zamawiający oddalił protest. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia podał, że po powtórzeniu czynności badania oferty firmy MCSI Ltd. Sp. z o.o., pismem z dnia 17.03.2009 r. DZ-181/09 wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień co do oferowanego artykułu w poz. 149 formularza rzeczowo-cenowego. Wykonawca wyjaśnił, że zaoferował produkt o wydajności 6000 stron, a podczas sporządzania oferty popełniona została omyłka polegająca na nie wpisaniu litery X na końcu symbolu określającego zaoferowany produkt. Następnie na mocy art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp wystąpił do wykonawcy o wyrażenie zgody na poprawienie omyłki. Zamawiający uznał, że wykonawca miał zamiar złożyć ofertę zgodną z wymaganiami Zamawiającego. Poprawienie omyłki nie ingeruje w treść oferty w sposób istotny, gdyż poprawieniu uległa nie wartość, a jedynie litera jednej z setek pozycji rodzajów materiałów eksploatacyjnych wyszczególnionych w formularzu rzeczowo-cenowym. Zamawiający powołał się na publikację pod red. Jacka Sadowego "Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 24 września 2008 r." o treści „Dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień”.

Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie dokumentacji postępowania, ustaliła, co następuje.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu – dostawy, zamieszczone zostało w Dz.Urz. UE z dnia 9.01.2009r. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp (1 519 646, 36 zł, co stanowi równowartość 391 954,38 euro).

Załącznik nr 5 do SIWZ stanowi Formularz rzeczowo-cenowy, którego główną część stanowi tabela. Tabela składa się z 10 kolumn. W kolumnach: 2 pt. Rodzaj materiału eksploatacyjnego, 3 pt. Symbol katalogowy, 4 pt. Jedn. miary, 5 pt. Ilość, dane dotyczące tych kolumn wpisał Zamawiający. Obowiązkiem wykonawców było powtórzenie kolumn 1-5 i wypełnienie kolumn 6-10 - pt. Cena jedn., Wartość (netto), VAT (22%), Wartość (brutto), w kolumnie 10 należało podać nazwę Producenta oferowanego materiału równoważnego, w przypadku wykonawców oferujących równoważny materiał. Tabela składa się z 333 pozycji określonych jako Lp. Pod Lp. 149 Zamawiający podał, że rodzajem zamawianego materiału eksploatacyjnego jest Toner HP, czarny, o wydajności 6000 stron i symbolu katalogowym Q5949X, w ilości 10 sztuk (str. 5 załącznika).

W postępowaniu zostały złożone 4 oferty przez:

- 1) Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MULTIKOM Adam Papierski z siedzibą w Bydgoszczy, z ceną 2 176 729,06 zł (79,56 pkt),
- 2) Jolimpex Jolanta Redek-Jaroszewicz z siedzibą w Warszawie, z ceną 2 878 910,70 zł (60,15 pkt),
- 3) MCSI Ltd. Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, z ceną 1 731 912,00 zł (100 pkt),
- 4) Automatyka Biurowa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, z ceną 2 074 000,00 zł (83,50 pkt).

W ofercie MCSI Ltd. Sp. z o.o. pod Lp. 149 załącznika nr 5 podano: rodzaj materiału eksploatacyjnego - Toner HP czarny 6000 stron, symbol katalogowy - Q5949X, ilość i jednostka miary - szt 10, producent oferowanego materiału równoważnego – Action, marka ActiveJet i kod produktu AT-49N.

Wyboru najkorzystniejszej oferty dokonano w dniu 3.03.2009 r., wybierając ofertę MCSI Ltd. Sp. z o.o.

Na czynność wyboru oferty, obecny Odwołujący, wniósł protest w dniu 9.03.2009 r. faksem i w dniu 10.03.2009 r. pisemnie, zarzucając niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w zakresie Lp. 149 załącznika nr 5 do SIWZ. Zamawiający uwzględnił protest (pismo z dnia

17.03.2009 r.), potwierdził zarzut obecnego Odwołującego i zapowiedział dokonanie ponownej czynności oceny ofert i, na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, zażądania od firmy MCSI Ltd. Sp. z o.o., wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Wystąpienie o złożenie wyjaśnień dokonane zostało pismem z dnia 17.03.2009 r. Wykonawca udzielił wyjaśnień (pismo z dnia 17.03.2009 r.) i zapewnił o dostarczeniu tonera czarnego o wydajności 6000 stron, marki ActiveJet, kodzie produktu AT-49NX, odpowiadającego symbolowi katalogowemu HP Q5949X oraz podał, że w ofercie podczas jej sporządzania popełniona została omyłka polegająca na nie wpisaniu litery „X” na końcu symbolu określającego zaoferowany produkt. Zamawiający wskazując art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprawił oczywistą omyłkę pisarską w ofercie poprzez dopisanie litery „X” (pismo z dnia 19.03.2009 r.).

Zawiadomienie o ponownym wyborze oferty – MCSI Ltd. Sp. z o.o. dokonane zostało pismem z dnia 24.03.2009 r. Protest na czynność wyboru oferty, identyczny w zarzutach i żądaniach, jak protest z dnia 9.03.2009 r., został wniesiony w dniu 31.03.2009 r. Zawiadomienie pozostałych wykonawców o treści protestu i wezwanie do zgłoszenia przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, dokonane zostało pismem z dnia 1.04.2009 r. Przystąpienie MCSI Ltd. Sp. z o.o. do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, dokonane zostało pismem z dnia 2.04.2009 r. Przystępujący wniósł skuteczne przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, toczącego się w wyniku wniesienia odwołania w dniu 17.04.2009 r.

Na rozprawie strony postępowania i Przystępujący, podtrzymali swoje stanowiska, szczególnie podnosząc:

Odwołujący, że w jego ocenie Zamawiający nie miał podstaw poprawienia oferty, jako oferty zawierającej oczywistą omyłką pisarską, ani inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z treścią SIWZ, nie powodującą istotnych zmian w treści oferty, bowiem poprzez tę zmianę doszło do ingerencji w treść oferty i dostosowanie jej do wymagań SIWZ, gdy w istocie oferta w zakresie poz. 149 załącznika nr 5 - Formularz rzeczowo-cenowy, jest niezgodna z treścią SIWZ i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp; Zamawiający stwierdził, że podczas pierwotnej oceny oferty nie wziął pod uwagę różnicy w kodzie produktu wskazanego w poz. 149 w wybranej ofercie, gdzie zamiast oznaczenia AT-49NX, podano oznaczenie AT-49N, z uwagi na fakt, że nie żądał w SIWZ podania kodów produktu w razie oferowania materiału równoważnego, a jedynie należało podać nazwę producenta oferowanego materiału równoważnego. Oferowany toner HP, czarny, 6000 stron, odpowiadający żądanemu przez Zamawiającego tonerowi o symbolu katalogowym Q5949X, nie budził wątpliwości. Po wniesieniu protestu (z dnia 9.03.2009 r.), Zamawiający uwzględnił treść zarzutów w nim zawartych i powtórzył czynność oceny i badania oferty, wystąpił do

wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie spornej poz. 149 oferty i po uzyskaniu pozytywnych wyjaśnień, poprawił omyłkę w ofercie i wybrał tę ofertę, jako najkorzystniejszą.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając oryginalną dokumentację postępowania dostarczoną przez Zamawiającego i złożone w toku rozprawy dowody oraz wyjaśnienia stron postępowania – Odwołującego, Zamawiającego, a także Przystępującego, zważyła, co następuje.

Odwołujący posiada interes prawny w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż środki ochrony prawnej przysługują każdemu podmiotowi, którego interes prawny w uzyskaniu zamówienia dozna lub chociażby zostaje zagrożony doznaniem uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Zajmowanie drugiego miejsca w rankingu ofert pod względem punktacji dokonanej na podstawie jedyne go kryterium oceny ofert – ceny, oznacza, że w razie uwzględnienia odwołania, Odwołujący ma szansę, by jego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przepis art. 191 ust. 1a Pzp stanowi, że odwołanie uwzględnia się, jeżeli Izba stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zatem, przesłanką uwzględnienia odwołania jest wykazanie naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp oraz wpływ tego naruszenia na wynik postępowania, co oznacza, że wpływ powinien wywierać takie skutki prawne, które przesądzają, że oferta uznana za najkorzystniejszą, traci ten przymiot.

Odwołujący nie wykazał ani naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp, ani wpływu poprawienia oferty MCSI Ltd. Sp. z o.o. w poz. 149 załącznika nr 5, na wynik postępowania.

Wykonawca MCSI Ltd. Sp. z o.o. zaoferował w poz. 149 formularza rzeczowo-cenowego toner HP, czarny, o wydajności 6000 stron, równorzędny tonerowi oznaczonemu symbolem Q5949X, podał nazwę producenta Action, markę ActivJet, o symbolu AT-49N, z ceną jednostkową 90 zł.

Jak dowiedziono, w sposób bezsporny, podczas rozprawy, takiego tonera nie ma w obrocie handlowym, a przynajmniej nie jest znany uczestnikom postępowania. Natomiast występuje toner o oznaczeniu jak wyżej opisano, tylko różniący się w kodzie produktu literą X.

Odwołujący twierdząc, że wykonawca zaoferował w istocie toner inny – o wydajności 2500 stron, których ilość odpowiada kodowi produktu AT-49N, bez litery X, nie wykazał, poza

twierdzeniem, żadnym dowodem, że oferta dotyczy produktu AT-49N, wobec określenia pozostałych parametrów oznaczeniami właściwymi dla tonera AT-49NX.

W przedmiocie wywołanej podczas rozprawy, kwestii ceny jednostkowej tonera (toner o niższej wydajności – 2500 stron, powinien być tańszy, niż toner o wyższej wydajności – 6000 stron), Odwołujący nie był w stanie wykazać, że zaoferowana cena jednostkowa 90 zł, jest wyłącznie właściwa dla tonera o niższej wydajności. Podał jedynie, że różnica w cenie jednostkowej obu tonerów może wynosić około 30 zł i przy uwzględnieniu ewentualnych opustów cenowych ze strony producenta, którego produkty zaoferowano w wielu pozycjach oferty, podana cena może być właściwa dla tonera o wyższej wydajności (6000 stron). Fakt ten przesądza, w ocenie KIO, że poprawienie oferty MCSI Ltd. Sp. z o.o. przez Zamawiającego, nie miało żadnego wpływu na treść oferty (rodzaj oferowanego tonera i zwłaszcza cenę oferty), w świetle złożonych wyjaśnień przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego (pismo z dnia 17.03.2009 r.) oraz potwierdzenia stanowiska Przystępującego w oświadczeniu Action S.A. z dnia 22.04.2009 r. , złożonym podczas rozprawy.

KIO, mając na uwadze, że zgodnie z art. 87 ust. 2 Pzp, Zamawiający ma obowiązek poprawienia w ofercie:

- 1) oczywistych omyłek pisarskich,
- 2) oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
- 3) innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty,

stwierdziła, że w rozpoznawanej sprawie zaistniały przesłanki poprawienia kodu tonera w wybranej ofercie, bowiem wystąpienie omyłki nie może pozostawiać wątpliwości, co do zamierzonej treści oświadczenia wykonawcy, co ma miejsce w przedmiocie prowadzonego sporu.

W ocenie KIO, Zamawiający zasadnie poprawił wybraną ofertę, po uprzednim uzyskaniu wyjaśnień ze strony wykonawcy, w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.

Z materiału dowodowego nie można w żaden sposób wywieść poglądu, że czynność Zamawiającego narusza wskazane w odwołaniu i poprzedzającym odwołanie, proteście, przepisy prawne.

Biorąc pod uwagę powyższe, KIO na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....