

Sygn. akt: KIO 2517/13

WYROK

z dnia 11 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Członkowie: Marek Szafraniec

Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 grudnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2013 r. przez wykonawcę Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 33

przy udziale wykonawcy Asseco Poland S.A. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2517/13 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od wykonawcy Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa na rzecz Zamawiającego – Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 33 kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:.....

.....

.....

Uzasadnienie

Sygn. akt KIO 2517/13

Zamawiający: Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, ul. Poleczki 33 02-822 Warszawa wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego na Utrzymanie i Rozwój Aplikacji SIA, PA, PZ SIP, FOTO SIP na lata 2013 - 2015 (znak sprawy: DZP - 2618-1/2011), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 14 grudnia 2011 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (nr publikacji: 2011/S 240-389491).

Zamawiający na otwarciu ofert ogłosił kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości: 224 903 638,45 zł brutto.

Ceny złożonych ofert przedstawiają się następująco:

1. Asseco Poland S.A. - 86 302 800,00 zł brutto,
2. Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. - 101 905 097,60 zł brutto,
3. Comarch S.A. - 139 765 278,84 zł brutto.

Żadna z ofert w przedmiotowym postępowaniu nie została odrzucona.

Zamawiający w dniu 17 października 2013 r. (pismem datowanym na 16 października) przekazał Odwołującemu: Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa, zwany dalej w uzasadnieniu KIO 2517/13 „Odwołującym”, informację o wyborze, jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty ASSECO.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przedmiotowego postępowania Odwołujący w dniu 28 października 2013 r., wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby wobec czynności, których Zamawiający dokonał w postępowaniu, a także, których podjęcia zaniechał, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty ASSECO, jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący wnosil odwołanie od:

1) czynności Zamawiającego polegającej na zmianie zastosowanej przez ASSECO stawki podatku VAT z 22% na 23% i przeliczeniu ceny ofertowej ASSECO, a tym samym dokonanie istotnej zmiany oferty po upływie terminu jej złożenia, co stanowi naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych

(t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, art. 87 ust. 1a ustawy Pzp;

2) czynności Zamawiającego polegającej na niedopuszczalnym poprawieniu zastosowanej przez ASSECO stawki podatku VAT, jako omyłki pisarskiej i omyłki rachunkowej, co stanowi naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, art. 87 ust. 1a ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 2 pkt 1) i pkt 2) ustawy Pzp, w zw. z art. 68 k.c., poprzez art. 14 ustawy Pzp;

3) zaniechania podjęcia przez Zamawiającego czynności polegającej na odrzuceniu oferty ASSECO, pomimo że:

a) w ofercie ASSECO zastosowano 22% stawkę podatku VAT, pomimo, że zgodnie z aktualnym brzmieniem ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2011 r. Nr 177, poz. 1054 ze zm.), zwanej dalej „ustawą o VAT” obowiązująca na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej stawka podatku VAT dla usług tożsamy z przedmiotem zamówienia wynosi (i w dniu upływu terminu składania ofert wynosiła) 23%, co w konsekwencji oznacza, że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, że oferta ta zawiera błędy w obliczeniu ceny oraz jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów,

b) ASSECO w sposób nieprawidłowy i niezgodny z wymogami opisanymi w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) wykonało prezentację zadania próbnego, co w konsekwencji oznacza, że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ, co stanowi naruszenie art. 82 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3), pkt 6) i pkt 8) ustawy Pzp;

4) czynności Zamawiającego polegającej na uznaniu, że wartość zamieszczoną w ofercie ASSECO należy uznać za cenę w rozumieniu art. 2 pkt 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji - niesłuszne dokonanie oceny tej oferty według kryterium ceny (waga 90%) i wybranie oferty tego wykonawcy, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp, art. 91 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, w zw. z art. 2 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (t.j. Dz. U. 2013 r. Poz. 385), zwanej dalej „ustawą o cenach”, w zw. z art. 41 ust. 1 ustawy o VAT w zw. z art. 146a pkt 1) ustawy o VAT;

5) czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty ASSECO jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo, że oferta ta powinna podlegać odrzuceniu, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp;

6) zaniechania wyboru, jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo, że jest to oferta najkorzystniejsza spośród ofert złożonych w Postępowaniu, a nie podlegających odrzuceniu, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Z powyższych względów Odwołujący wnosil o:

I. uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej w Postępowaniu przez ASSECO,
 - 2) unieważnienia czynności zmiany w ofercie ASSECO zastosowanej przez tego Wykonawcę stawki podatku VAT z 22% na 23% i w efekcie przeliczenia ceny ofertowej ASSECO,
 - 3) dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu,
 - 4) uznania, że oferta ASSECO nie zawiera ceny w rozumieniu art. 2 pkt 1 ustawy Pzp, a tym samym nie można dokonać jej oceny według kryteriów przewidzianych treścią SIWZ, w tym m.in. kryterium ceny (waga 90%),
 - 5) odrzucenia oferty ASSECO, jako oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, która zawiera błędy w obliczeniu ceny, oraz która jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów,
 - 6) odrzucenia oferty ASSECO, jako oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ,
 - 7) dokonania wyboru oferty HP, jako najkorzystniejszej w postępowaniu.
- II. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

W pierwszej kolejności w swoim odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu niedopuszczalną zmianę w ofercie ASSECO nieprawidłowej stawki podatku vat (z 22% na 23%).

Wskazał, że zgodnie z Rozdziałem XII SIWZ Zamawiający określił, że:

„1. Wykonawca zobowiązany jest do podania cen jednostkowych netto, łącznej ceny netto, należnego podatku od towarów i usług VAT oraz łącznej ceny brutto (zgodnie z wymaganiami określonymi w Załączniku Nr 1 do SIWZ).

2. Ceny określone w formularzu ofertowym powinny zawierać wszystkie koszty związane z zakresem i sposobem wykonania przedmiotu zamówienia. Podane ceny nie podlegają zmianom przez okres obowiązywania umowy (z uwzględnieniem okoliczności, o której mowa w Rozdziale XVI pkt 4 niniejszej SIWZ)”.

Dodatkowo zwrócił uwagę, że Zamawiający przygotował załącznik nr 1 do SIWZ (Formularz Ofertowy), z którego Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mogli skorzystać przygotowując ofertę. Załącznik zawierał m.in. tabelę - wykaz cen, który należało wypełnić podając odpowiednie informacje, takie jak np. stawka podatku VAT, według której obliczona została cena brutto oferty.

Odwołujący zauważył także, że oferty składane w okresie obowiązywania stawki VAT 23% (a więc w dniu upływu terminu składania ofert w postępowaniu), winny być obliczone z uwzględnieniem aktualnej stawki podatku od towarów i usług, co wynika m.in. z treści art. 2 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, że ilekroć w ustawie PZP jest mowa o: „cenie - należy przez to rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. 2013 r., poz. 385)”, a zgodnie zaś z przepisami ustawy o cenach (art. 3 ust. 1 pkt 1) cena to: „wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym”.

Powyższe –zdaniem Odwołującego - oznacza, że cena w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest wartością, która zawsze uwzględnia (zawiera w sobie) podatek VAT i jest to zawsze cena brutto.

Według Odwołującego dla porównania i oceny ofert Zamawiający powinien przyjmować cenę uwzględniającą podatek od towarów i usług, a wykonawcy w systemie zamówień publicznych nie mają zatem innej możliwości, jak uwzględniać w ofertach stawki podatkowe wyłącznie według wysokości obowiązującej w dniu składania oferty.

Odwołujący podniósł, że ASSECO w 14 pozycjach wymagających określenia stawki podatku VAT wskazało „Podatek VAT - 22%”, a nadto, że wszystkie ceny brutto podane w ofercie ASSECO obliczono przy zastosowaniu 22% stawki podatku VAT.

Zdaniem Odwołującego dokonując oceny ww. oferty Zamawiający, dokonał zmiany wskazanej w ofercie ASSECO stawki podatku VAT, zmieniając ją z 22% na 23% i jednocześnie dokonał przeliczenia zaoferowanych przez ASSECO cen brutto (jednostkowych oraz ceny łącznej oferty), podwyższając je - co należy uznać za niedopuszczalne i sprzeczne z przepisami ustawy Pzp.

Dalej wywodził, że zmiana stawki VAT stanowi ingerencję w treść elementów oferty, które następnie były oceniane w ramach kryteriów oceny ofert, co należy uznać za istotną zmianę oferty (a nie poprawę oczywistej omyłki), a tym samym za całkowicie niedopuszczalną i sprzeczną z treścią art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, który wprost wskazuje, że: „Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym, a wykonawcą negocjacji dotyczących treści oferty oraz, z zastrzeżeniem ust, 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści”.

Przy tym Odwołujący stanął na stanowisku czynności Zamawiającego polegające na świadomym podaniu przez ASSECO stawki VAT 22% Zamawiający samodzielnie zmodyfikował, dopuszczając się „dokonania jakiegokolwiek zmiany w jej treści”, co stanowi Powyższe korygowanie oferty w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które jest niedopuszczalne i wprost zakazane przepisem art. 87 ust. 1 zdanie ostatnie ustawy Pzp.

Ponadto wskazał, że Zamawiający poprawiając stawkę podatku VAT we wszystkich punktach formularza ofertowego ASSECO przyjął ofertę z zastrzeżeniem jej zmiany, co oznacza, że oferta ASSECO po poprawieniu stawki podatku VAT stanowi nową ofertę w rozumieniu art. 68 k.c.

Przedstawiając powyższą argumentację przyznał, że ustawodawca w art. 87 ust. 2 pkt 1) - 3) ustawy Pzp dopuścił możliwość poprawienia w treści oferty:

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, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, jednak wskazane przypadki należy traktować bardzo rygorystycznie, bowiem w przypadku poprawienia treści oferty niedopuszczalne jest stosowanie wykładni rozszerzającej ww. wymienione okoliczności.

Przywołał okoliczność dokonania przez Zamawiającego zmiany stawki VAT wskazanej w ofercie ASSECO (a tym samym ceny oferty) i bezzasadnego powołania się na art. 87 ust. 2 pkt 1) i pkt 2) ustawy Pzp, które w przedmiotowej sprawie – w opinii Odwołującego - nie znajdują zastosowania z uwagi na następujące okoliczności.

Po pierwsze zaznaczył, że zgodnie z art. 87 ust. 1a ustawy Pzp w postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego w toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od wykonawców sprecyzowania i dopracowania treści ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych, z tym, że niedopuszczalne jest dokonywanie istotnych zmian w treści ofert oraz zmian wymagań zawartych w SIWZ. Na podstawie ww. przepisu dopuszczalne są tylko nieistotne zmiany ofert, a zmiana ceny oferty – zdaniem Odwołującego - do takich nie należy.

Po drugie wskazał, że w piśmie z dnia 16 października 2013 r. informującym ASSECO m.in. o zmianie ceny oferty tego Wykonawcy Zamawiający powołał się na ww. art.

87 ust. 2 pkt 1) i pkt 2) wskazując, że: „Informuje, że dokonała [przypis: Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa] zmiany stawki podatku VAT podanej w Państwa [przypis: ASSECO] ofercie na stawkę podatku VAT obowiązującą w dniu składania ofert, tj. zmianę VAT z 22% na 23% poprzez poprawienie omyłki pisarskiej w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1) ustawy (...) oraz w ślad za zmianą stawki VAT poprawienie wartości podatku VAT oraz wartości brutto, jako oczywistych omyłek rachunkowych, we wszystkich pozycjach Państwa formularza ofertowego, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2) ustawy (....)”.

Według Odwołującego dokonana przez Zamawiającego zmiana była nieuzasadniona i niedopuszczalna i nie można jej również traktować, jako poprawy jakiegokolwiek omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 Pzp.

Dalej argumentował, że błędne podanie stawki VAT nie jest omyłką pisarską, ani (tym bardziej) nie ma znamion oczywistości, wobec czego wyłączona zostaje podstawa dokonania poprawy, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp.

Przekonywał, że oczywista omyłka pisarska to błąd polegający na nieodpowiednim użyciu lub pominięciu wyrazu, nieprzestrzeganiu zasad gramatycznych, lub opuszczeniu wyrazów lub liter, w sytuacji, gdy okoliczność taka wynika z brzmienia zdania. W ofercie ASSECO nie wystąpiła oczywista omyłka pisarska. Doszło do błędnego określenia stanu faktycznego. Działania ASSECO nie miały charakteru omyłki, a stanowiły dyskrecjonalną decyzję tego Wykonawcy. Zamawiający nie miał podstaw do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 1) Pzp.

Nadto wyraził przekonanie, że błędne podanie stawki VAT nie jest również omyłką rachunkową, ani (tym bardziej) nie ma znamion oczywistości, wobec czego wyłączona zostaje podstawa dokonania poprawy, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp.

Wyjaśnił przy tym, że oczywista omyłka rachunkowa to błąd na liczbach wskutek źle przeprowadzonych działań arytmetycznych (np. dodawanie, mnożenie, zaokrąglanie), a w ofercie ASSECO nie wystąpiła oczywista omyłka rachunkowa, a wystąpił błąd co do faktu.

Ostatecznie stwierdził, że oferta ASSECO nie zawiera więc oczywistej omyłki (ani pisarskiej, ani rachunkowej), lecz zawiera błąd w obliczeniu ceny skutkujący obowiązkiem jej odrzucenia.

Drugi zarzut dotyczył podania nieprawidłowej stawki podatku VAT (22%), jako czynu nieuczciwej konkurencji, błędu w obliczeniu ceny i nieważności oferty ASSECO na podstawie

odrębnych przepisów.

W kontekście podania przez ASSECO dla wszystkich pozycji cenowych w formularzu ofertowym stawki podatku VAT 22%, Odwołujący powyższą sytuację określił, jako równoznaczna ze złożeniem przez ASSECO oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, ze zm.- zwanej dalej „ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”).

Jednocześnie zarzucił, że tego wykonawcy powinna zostać odrzucona, jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny i nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Odnosnie czynu nieuczciwej konkurencji, Odwołujący wskazał, że podanie błędnej stawki podatku VAT narusza również treść art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 (w tym, w szczególności art. 15 ust. 1 pkt 5) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz oznacza, że złożenie takiej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co winno skutkować odrzuceniem oferty ASSECO także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego zastosowanie przez ASSECO 22% stawki podatku VAT wypełnia przesłanki wskazane we wszystkich powyższych przepisach, a podanie nieistniejącej na dzień składania ofert stawki podatku VAT było działaniem celowym, służącym nieuprawnionej i niezgodnej z prawem poprawie pozycji ASSECO jako wykonawcy w postępowaniu.

Twierdził, że równowartość 1% w cenie oferty ASSECO, to około 800.000,00 zł, co przy postępowaniach o tak dużej skali i tak wysokiej wartości szacunkowej jak w postępowaniu stanowi kwotę, która może zadecydować o uzyskaniu przez ww. wykonawcę zamówienia. Tym bardziej, że waga kryterium ceny została ustalona na poziomie prawie 90%.

Zarzucił, że ASSECO świadomie stosując 22% stawkę podatku VAT złożyło ofertę zawierającą określony przedział cenowy, zyskując tym samym nieuzasadnioną przewagę cenową, a w przypadku, gdyby cena ww. wykonawcy nie okazała się najkorzystniejsza, mógłby żądać skorygowania zaoferowanych wartości netto powołując się na brak możliwości zmiany ceny (tzn. wartości brutto).

Podniósł, że okoliczność zaoferowania przez ASSECO najniższej ceny spowodowała, że zmiana stawki podatku VAT z 22% na 23%, a tym samym zmiana (podwyższenie) ceny

oferty jest dla ww. wykonawcy korzystna.

Nadto twierdził, że z uwagi na katalog otwarty czynów nieuczciwej konkurencji, manipulowanie przez wykonawcę ceną oferty poprzez zastosowanie nieprawidłowej stawki podatku VAT, również – zdaniem Odwołującego - wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji.

Poza tym Odwołujący uważał, że zastosowanie przez ASSECO 22% stawki podatku VAT jest niezgodne z prawem i dobrymi obyczajami (regułami uczciwej konkurencji i rzetelnego współzawodnictwa), a także służy wyłącznie wprowadzeniu mechanizmu pozwalającego ASSECO kształtować ostateczną cenę w zależności od rozwoju sytuacji i przedstawionej interpretacji (korekta ceny netto w dół, bez zmiany wartości brutto oferty lub korekta ceny brutto), a tym samym służy bezprawnemu uzyskaniu zamówienia publicznego oraz utrudnieniu pozostałym wykonawcom, w tym Odwołującemu dostępu do uzyskania zamówienia w postępowaniu.

Pomimo, że w ocenie Odwołującego działanie ASSECO polegające na wskazaniu 22% stawki podatku VAT było celowe i zamierzone, dla zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji nie jest konieczne istnienie zamiaru po stronie przedsiębiorcy, który takiego czynu się dopuszcza, co oznacza, że nawet hipotetyczne przyjęcie, że po stronie ASSECO doszło do błędu oznacza, że złożenie oferty z niższą stawką podatku od towarów i usług, a tym samym możliwość manipulacji ceną stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Odwołującego wskazana argumentacja potwierdza, że złożenie oferty przez ASSECO stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 (w tym w szczególności art. 15 ust. 1 pkt 5) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji narusza art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, co winno skutkować odrzuceniem oferty ASSECO w przedmiotowym postępowaniu.

Odnosnie błędu w obliczeniu ceny, Odwołujący wskazał, że z uwagi na niemożność zmiany nieprawidłowej stawki VAT w ofercie ASSECO, uznać należy, że jest to błąd nieusuwalny i niepodlegający zmianie.

Podniósł również, że bezwzględną przyczyną odrzucenia oferty jest każdy inny błąd w obliczeniu ceny niż oczywista omyłka rachunkowa, która w przedmiotowej sprawie nie zachodzi, a w szczególności takiej, która odnosi się do ceny w rozumieniu art. 2 pkt 1 ustawy Pzp, tj. ceny w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach.

Za błąd taki – zdaniem Odwołującego - w szczególności uznać należy zastosowanie niewłaściwych jednostek miary czy ilości oraz także przyjęcie przez wykonawcę niewłaściwej stawki podatku VAT, co stanowi błąd w ustaleniu stanu faktycznego.

W ocenie Odwołującego oferta ASSECO bezsprzecznie nie zawiera omyłki rachunkowej, tylko błąd w obliczeniu ceny i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp.

Odnosnie nieważności oferty ASSECO na podstawie odrębnych przepisów, Odwołujący wskazał, że oferta ta jest niezgodna z przepisami ustawy o VAT, a tym samym ustawy o cenach.

Podniósł, że zgodnie z art. 41 ust. 1 w zw. z art. 146a pkt 1) ustawy o VAT obowiązująca aktualnie (dla usług tożsamy z przedmiotem zamówienia w postępowaniu) stawka podatku od towarów i usług wynosi obecnie 23% i zaoferowana cena powinna zawierać aktualnie obowiązujący podatek od towarów i usług - podatek w ustawowej wysokości, tj. wysokości 23%.

Zastosowanie przez ASSECO nieistniejącej stawki VAT, w zestawieniu z definicją legalną pojęcia „cena”, jaką posługuje się Prawo zamówień publicznych, a także okolicznością, że zgodnie z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp odpłatność (a więc właśnie cena) jest essentialia negotii umowy o zamówienie publiczne, oznacza – według zapatrywania Odwołującego, że ASSECO przedstawiło Zamawiającemu ofertę niezawierającą istotnego postanowienia umowy, jakim jest cena, a tym samym nie można jej uznać za ofertę w rozumieniu k.c.- jest ona nieważna i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp.

Trzeci zarzut merytoryczny związany był nieprawidłową prezentacją zadania próbnego, co świadczyło – według Odwołującego - o niezgodności treści oferty ASSECO z treścią SIWZ.

Zwrócił uwagę, że zgodnie z Rozdziałem X pkt 1 SIWZ: „Każdy z Wykonawców zobowiązany jest do wykonania zadania próbnego zgodnie z wymogami SIWZ, którego wynik stanowić będzie element oferty”, co wskazuje, że wynik zadania próbnego stanowił nieuzupełniany i oceniany element oferty.

Ponadto zauważył, że zgodnie z Rozdziałem X pkt 2 i pkt 3 SIWZ wykonanie zadania próbnego polegało na zbudowaniu i modyfikacji Aplikacji SIA, na podstawie kodów

źródłowych i dokumentacji załączonej do SIWZ, w zakresie umożliwiającym przedstawienie wyniku. Wynikiem zadania próbnego miało być zaprezentowanie formatki:

- 1) „Wyszukiwanie dokumentu” (ścieżka: IRZ> Dokumenty>Przegląd) oraz
- 2) „Informacja o Wersji Aplikacji” (ścieżka: System>Informacje).

Wskazał przy tym, że Zamawiający wymagał, aby każda z formatek miała zawierać dodatkowo pole z datą wygenerowania formatki, powstałe w wyniku modyfikacji kodów źródłowych.

Poza tym zaznaczył, że numer wersji Aplikacji SIA miał być identyczny jak w przekazanych wraz z SIWZ kodach źródłowych.

Zdaniem Odwołującego z powyższych wymogów wynika, że zadanie próbne powinno być udokumentowane zrzutami ekranowymi załączonymi do oferty, a następnie potwierdzone bezpośrednio po otwarciu ofert poprzez przeprowadzenie w siedzibie Zamawiającego prezentacji.

Wyjaśnił, że fakt obowiązkowego przeprowadzenia ww. prezentacji na infrastrukturze Wykonawcy, nad którą Zamawiający nie miał w trakcie zdarzenia żadnej kontroli - wykazywał, czy wykonawca jest w stanie uruchomić aplikację z kodów źródłowych (działającą Aplikację SIA). Wcześniejsze przedstawienie wraz z ofertą wyniku zadania próbnego stanowiło działanie prewencyjne, gwarantujące, że żaden z wykonawców, w trakcie prezentacji prowadzonej przez innego uczestnika postępowania nie zmodyfikuje przygotowanego przez siebie zadania próbnego.

W ocenie Odwołującego za najbardziej złożony element zadania próbnego uznać należy dodanie do przekazanego kodu źródłowego modyfikacji polegającej na uzupełnieniu formatek o datę wygenerowania formatek.

Powołał się na okoliczność wpłynięcia do Zamawiającego pytań od wykonawców dotyczących treści SIWZ i zagadnienia wykonania zadania próbnego, w tym m.in. pytanie następującej treści: „(...)Prosimy o zdefiniowanie pojęcia „wygenerowanie formatki”, na które Zamawiający pismem z dnia 21 sierpnia 2013 r. odpowiedział (nadając powyższemu pytaniu numer 1), że: „Wygenerowanie formatki jest rozumiane jako uruchomienie formatki w Aplikacji SIA zbudowanej z kodów źródłowych”.

Według Odwołującego jasna i precyzyjna odpowiedź Zamawiającego w ww. zakresie nie pozostawia żadnego pola do interpretacji pojęcia „wygenerowania formatki”.

Podniósł, że Zamawiający wprost wskazał, że chodzi o „uruchomienie formatki” i pojęcia te należy traktować równoznacznie.

W konsekwencji – zdaniem Odwołującego, data, o której mowa powinna być datą systemową tzn. datą uruchomienia danej formatki w Aplikacji SIA - 3 października 2013 r.

Z uwagi na powyższe wskazał, aby wykonawcy mogli poprawnie wykonać i zaprezentować wynik zadania próbnego (podczas prezentacji), zrzuty ekranowe załączane do oferty powinny również prezentować datę 3 października 2013r.

Odwołujący przyznał, że Zamawiający w Rozdziale X pkt 6 SIWZ wskazał, że uzna za prawidłową datę w przedziale od dnia otrzymania przez Wykonawców zmiany treści SIWZ wprowadzającej obowiązek przeprowadzenia zadania próbnego (tj. od dnia 5 lipca 2013 r.), do dnia upływu terminu składania ofert, jednak należy pamiętać, że poszczególnych postanowień SIWZ nie można czytać w oderwaniu od całości dokumentu.

Podniósł, że żadna data inna niż 3 października 2013 r. nie spełniałaby jednocześnie wszystkich trzech wymogów odnoszących się do tej daty wskazanych w SIWZ, tj.:

1. daty ze zrzutów oraz z prezentacji muszą być tożsame (Rozdział X pkt 4 SIWZ),
2. daty powinny być z przedziału od daty dokonania zmian w SIWZ do dnia złożenia oferty (Rozdział X pkt 6 SIWZ),
3. wyświetlona w trakcie prezentacji data powinna być datą rozumianą, jako data uruchomienia formatki w Aplikacji SIA w momencie prezentacji (Rozdział X pkt 6 SIWZ w zw. z odpowiedzią na pytanie nr 1 do SIWZ, przesłaną Wykonawcom dnia 21 sierpnia 2013 r.).

Podkreślił przy tym, że sposób realizacji zadania próbnego opisany w SIWZ wskazywał, że data jest automatycznie wyznaczana w chwili uruchomienia formatki w Aplikacji SIA, co oznacza, że jest ona zawsze zgodna z aktualną datą systemową.

Zdaniem Odwołującego uruchomienie formatki w postępowaniu następowało w dniu prezentacji, tak więc data na formatce (zarówno w wyniku zadania próbnego dołączonego do oferty, jak i prezentowanego w siedzibie Zamawiającego) powinna być tożsama z datą uruchomienia formatki, tj. z datą prezentacji wyniku zadania próbnego i powinna umożliwić Zamawiającemu jednoznaczną ocenę jakości wykonania zadania w trakcie prezentacji, co miało miejsce w dniu 3 października 2013 r.

Zarzucił, że ASSECO niezgodnie z powyższymi wymaganiami SIWZ, zaprezentowało

formatki z datą 1 października 2013 r., co oznacza, że zamiast daty systemowej zaprezentowało przygotowaną wcześniej stałą datę (niezależną od daty uruchomienia formatki).

Zarzucił również, że w piśmie z dnia 11 października 2013 r. ASSECO wskazało, że data systemowa stacji roboczej nie ma żadnego związku z kryterium poprawności wykonania zadania próbnego, z czym Odwołujący nie może się zgodzić, bowiem Zamawiający wymagał wpisania daty bieżącej, tj. daty z chwili wyświetlenia formatki na prezentacji.

Odwołujący wskazał, że sam Zamawiający w toku prezentacji ASSECO dwukrotnie poprosił o podanie daty formatki oraz zwrócił się do ASSECO z prośbą o pokazanie daty systemowej.

Powyższe okoliczności – zdaniem Odwołującego - potwierdzają, że wbrew twierdzeniom ASSECO za datę uruchomienia formatki należy rozumieć datę bieżącą z daty momentu wyświetlenia formatki w trakcie prezentacji, tj. datę 3 października 2013 r. w przedmiotowym postępowaniu.

Zaznaczył przy tym, że przeciwne ujęcie zagadnienia zadania próbnego byłoby sprzeczne z wymogiem Zamawiającego odnośnie zakresu zadania.

Według Odwołującego Zamawiający nie przypadkowo oczekiwał, żeby w zadaniu była prezentowana data systemowa, bo tylko taki sposób realizacji zadania potwierdzał, że Aplikacja SIA faktycznie została uruchomiona i zmodyfikowana.

Poza tym zwrócił uwagę, że wprowadzenie stałej daty oznacza, że zamiast działającej Aplikacji SIA wykonawca mógł uruchomić dowolny prototyp, w tym przygotowaną wcześniej prezentację.

Niezależnie od powyższego, podkreślił, że wszyscy pozostali wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu, a następnie prezentowali Zamawiającemu wynik zadania próbnego wykonali ten element zadania zgodnie z zapisami SIWZ i zgodnie ze wskazaniem zamieszczonym w odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 1 z pisma z dnia 21 sierpnia 2013 r. przekazanego przez Zamawiającego wykonawcom.

Przedstawiona argumentacja – w opinii Odwołującego - dowodzi, że ASSECO przy wykonywaniu zadania próbnego nie dołożyło należytej staranności i nie uwzględniło okoliczności doprecyzowania przez Zamawiającego pojęcia „wygenerowania formatki”, a tym

samym oferta ASSECO nie odpowiada treści SIWZ i jako taka powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy Pzp.

Dodatkowo, Odwołujący wskazał, że zgodnie z Rozdziałem X pkt 12 SIWZ Zamawiający oczekiwał, że prezentacja wyniku zadania próbnego odbędzie się na sprzęcie Wykonawcy, poprzez zdalne połączenie się Wykonawcy z przygotowaną przez niego wcześniej Aplikacją SIA (zbudowaną i zmodyfikowaną zgodnie z pkt 2).

Odnosnie powyższego wymogu zauważył, że w toku postępowania do Zamawiającego wpłynęły pytania do SIWZ, w tym m.in. pytanie nr 5 o treści: „Czy połączenie się pulpitem zdalnym Windows z jednego komputera do drugiego połączonych dwoma kablami sieciowymi poprzez pojedynczy przełącznik (ang. switch) jest uznawane za zdalne połączenie w znaczeniu użytym w punkcie 12?”, na które Zamawiający pismem z dnia 21 sierpnia 2013 r. odpowiedział, że: „Nie”.

Z powyższego Odwołujący wnioskował, że istniało wskazanie Zamawiającego, co do sposobu realizacji zadania, które miało odzwierciedlać rzeczywisty tryb pracy Aplikacji SIA, polegający na użyciu części klienckiej Aplikacji do zdalnego połączenia z częścią serwerową Aplikacji, wykluczając jednocześnie (w sposób niebudzący wątpliwości) użycie rozwiązań typu „Zdalny Pulpit”, służących jedynie do zdalnej obsługi odległego komputera.

Dalej przedstawił argumentację, że prezentacja z wykorzystaniem narzędzia typu „Zdalny Pulpit” nie dość, że nie odpowiada rzeczywistemu sposobowi pracy Aplikacji SIA w ARiMR, to dodatkowo wprost jest niezgodna z warunkami określającymi sposób prezentacji opisany w SIWZ (Rozdział X pkt 14 SIWZ), gdzie wyraźnie wskazano, że: „Wykonawca zobowiązany jest zgłosić się na sesję oceny zadania próbnego wraz ze sprzętem, na którym przeprowadzi prezentację wykonania zadania próbnego”.

Powyższe oznacza – według twierdzenia Odwołującego, że Aplikacja powinna być uruchomiona na sprzęcie, z którym wykonawcy zgłosili się na sesję oceny zadania próbnego. W przypadku prezentacji ASSECO sprzęt został użyty jedynie do wyświetlenia efektu (jako ekran) działania Aplikacji na zupełnie innym komputerze - umieszczonym poza siedzibą Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego prezentacja wyniku zadania próbnego nie odbyła się więc z użyciem środowiska, w którym na stacji roboczej (komputerze) był zainstalowany tzw. klient ZSZiK, a jedynie oprogramowanie pozwalające na połączenie zdalnym pulpitem do innej stacji roboczej.

Powyższa sytuacja – zdaniem Odwołującego – dowodzi, że ASSECO nie zaprezentowało wyniku zadania próbnego zgodnie z otrzymaną w toku postępowania dokumentacją, tj. nie zastosowało się do założeń architektonicznych Aplikacji, lecz zaprezentowało jedynie połączenie ze swoją wewnętrzną infrastrukturą/środowiskiem z wykorzystaniem niedozwolonego przez Zamawiającego narzędzia, jakim jest „Zdalny Pulpit”.

Wyjaśnił przy tym, że z technicznego punktu widzenia narzędzie, jakim jest „Zdalny Pulpit” służy do zdalnego przejmowania kontroli nad innym dowolnym komputerem połączonym z siecią w dowolny technologicznie sposób (kablem sieciowym, Wi-Fi, GSM) i wykonywania na tym komputerze poleceń w taki sposób, w jaki byłoby to możliwe bezpośrednio z podłączonej do danego komputera klawiatury, monitora i myszki.

Odwołujący stwierdził, że argumenty podnoszone przez ASSECO m.in. w piśmie do Zamawiającego z dnia 11 października 2013 r. i próba wywodzenia, że jedynie ten wykonawca zaprezentował zadanie próbne w sposób prawidłowy jest tym bardziej niezrozumiałe, że pismem z dnia 1 października 2013 r. ASSECO zwróciło się do Zamawiającego z prośbą o potwierdzenie sposobu konfiguracji środowiska do prezentacji: „1.Potwierdzenie, że jedyna poprawna konfiguracja środowiska do prezentacji polega na zainstalowaniu na stacji roboczej (komputerze) użytej do prezentacji części Aplikacji SIA w postaci tzw. klienta ZSZIK. Stacja ta ma połączyć się „zdalnie” (czyli w wymaganiu Zamawiającego bezprzewodowo, w rozdzielaniu galwanicznym) z zainstalowanym na serwerze serwerową częścią Aplikacji SIA. Prezentacja wykonywana jest z wykorzystaniem w/w klienta ZSZIK po jego połączeniu się z częścią serwerową pokazowego środowiska SIA.

2.Potwierdzenie, że niepoprawne jest przygotowanie do prezentacji środowiska, w którym na stacji roboczej (komputerze) użytym do prezentacji nie jest zainstalowany tzw. klient ZSZIK, a jedynie oprogramowanie pozwalające na połączenie zdalnym pulpitem do innej stacji roboczej. W takim przypadku wymagane „zdolności” nie ma absolutnie sensu, ponieważ nie weryfikuje ono czy na stacji roboczej jest zainstalowany klient ZSZIK, który łączy się z częścią aplikacji serwerową Aplikacji SIA a tylko weryfikuje trywialną funkcjonalność „zdalnego pulpitu”, która w żaden sposób nie jest istotna z punktu widzenia utrzymania aplikacji SIA.”.

W związku z powyższym Odwołujący wskazał, że pozostali uczestnicy postępowania jednoznacznie zrozumieli postanowienia SIWZ i dokonali prezentacji zgodnej z wymogami Zamawiającego.

Niezrozumiałe dla Odwołującego były działania podjęte przez ASSECO po dniu

upływu terminu składania ofert, tj. pismo tego Wykonawcy z dnia 11 października 2013 r. przekazane Zamawiającemu w treści, którego (bez wezwania do złożenia stosownych wyjaśnień) ASSECO starało się przedstawić argumentację na poparcie prawidłowości zastosowanego przez siebie rozwiązania.

Poza tym niezrozumiałym dla niego jest także, dlaczego ASSECO przywołało odpowiedzi na pytania nr 4 i 5 z dnia 21 sierpnia 2013 r. i odpowiedź Zamawiającego z dnia 23 sierpnia 2013r., ponieważ wbrew twierdzeniom ASSECO, ww. wypowiedzi Zamawiającego potwierdzają, że Zamawiający wymagał wykonania prezentacji na komputerze, na którym zainstalowano element Aplikacji ZSZiK stanowiący część Aplikacji SIA.

Odwołujący powołał się, że w udzielonej odpowiedzi na pytanie nr 4 z dnia 21 sierpnia 2013 r. o treści: „Dotyczy pkt 12: Prosimy o zdefiniowanie pojęcia „(...) zdalne połączenie się(...)”, Zamawiający wskazał, że: „Stacja użyta do prezentacji nie będzie posiadała fizycznego połączenia z infrastrukturą, na której znajduje się Aplikacja SIA wykorzystana do prezentacji”.

W ocenie Odwołującego powyższe dotyczy jedynie wykluczenia możliwości fizycznego połączenia się z określoną infrastrukturą np. połączenia za pomocą kabli, co potwierdzono w odpowiedzi na ww. pytanie nr 5, a Zamawiający w żadnej z udzielonych w toku postępowania odpowiedzi na pytania do SIWZ nie określił, czy komputer użyty do prezentacji powinien, czy nie powinien posiadać zainstalowany element aplikacji SIA, umożliwiający w sposób jedyny i poprawny zdalne połączenie się z aplikacją SIA, gdyż wynika to wprost z charakterystyki (architektury) aplikacji SIA.

Wobec powyższego zaznaczył, że twierdzenia ASSECO, iż tylko rozwiązanie ASSECO zgodne jest z postanowieniami SIWZ, w tym udzielonymi odpowiedziami na pytania nr 4 i 5 z dnia 21 sierpnia 2013 r. nie znajdują potwierdzenia w odpowiedziach na pytania do SIWZ obszernie przywoływanych przez ASSECO.

Odwołujący podniósł, iż postanowienia SIWZ oraz udzielone wyjaśnienia należy czytać łącznie, a wobec tego narzędzie użyte przez ASSECO przy obowiązującej architekturze systemu SIA, nie umożliwia połączenia się z Aplikacją SIA, tak więc sposób prezentacji zadania próbnego przeprowadzonej przez ASSECO w dniu 3 października 2013 r. jest w przedmiotowym zakresie niezgodny z treścią SIWZ, tak więc oferta tego Wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty ASSECO pomimo, iż wynik zadania próbnego został przeprowadzony niezgodnie z wymogami SIWZ oraz wyjaśnieniami do SIWZ oraz wskazał, że wynik zadania próbnego stanowi treść oferty, która nie podlega uzupełnieniu, a oferta wykonawcy, który nie wykonał zadania próbnego (wykonał je nienależycie) powinna zostać odrzucona, co przyznał m.in. sam Zamawiający w toku rozprawy przed KIO, która miała miejsce w postępowaniu, czego dowodzi treść protokołu rozprawy z dnia 10 września 2013 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2062/13 (strona 8), w brzmieniu: „(...) skutkiem niepowodzenia wykonania zadania próbnego jest odrzucenie oferty wykonawcy”.

Z uwagi na powyższe, oraz na okoliczność, że SIWZ oraz odpowiedzi na pytania do niej należy czytać łącznie, oferta ASSECO – według Odwołującego - nie odpowiada treści SIWZ w postępowaniu i tym samym powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Czwarty zarzut odwołania dotyczył dokonania przez Zamawiającego oceny oferty ASSECO w kryterium ceny, pomimo że wykonawca ten nie zawarł w swojej ofercie ceny w rozumieniu art. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

W ramach tego zarzutu wskazał, że Zamawiający dokonując wyboru, jako najkorzystniejszej oferty ASSECO, która nie zawiera ceny w rozumieniu ustawy o cenach, naruszył przepis art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp, ponieważ zaniechał odrzucenia oferty nieważnej na podstawie odrębnych przepisów i dokonał jej wyboru z pominięciem ustanowionych przez siebie wcześniej kryteriów oceny ofert, to jest między innymi ceny.

Piąty zarzut odwołania odnosił się do wyboru oferty ASSECO, jako najkorzystniejszej, zaś szósty zarzut dotyczył zaniechania wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, w warunkach, w których powinno nastąpić odrzucenie oferty ASSECO na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2), pkt 3), pkt 6) i pkt 8) ustawy Pzp.

W dniu 30 października 2013r. wykonawca Asseco Poland S.A. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, a wykonawca Comarch S.A. w dniu 31 października 2013r. po stronie Odwołującego w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 2517/13.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść dokumentacji postępowania przetargowego, w tym ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) i pytań oraz odpowiedzi do SIWZ, oferty Przystępującego Asseco, zgłoszeń do przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedzi na odwołanie z dnia 12 listopada 2013r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień oraz pism, a także opinii Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 7 ust.1 i 3, art.82 ust.3, art.87 ust.1 pkt. 1 i 2, art. 87 ust.1a, art. 89 ust. 1 pkt 2, 3, 6, 8 oraz art.91 ust.1 ustawy Pzp ustawy Pzp.

Istotnymi zagadnieniami wymagającymi rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy złożona przez Przystępującego Asseco oferta zawierała błąd w obliczeniu ceny oraz czy treść oferty złożonej przez niego odpowiadała treści SIWZ, a także czy wybór najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym przetargu był uzasadniony pod względem prawnym.

Izba, po przeanalizowaniu całości zebranego w sprawie materiału dowodowego nie podzieliła stanowiska Odwołującego odnośnie istnienia błędu w obliczeniu ceny skutkującego obowiązkiem odrzucenia oferty na zasadzie przepisu art.89 ust.1 pkt. 6 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Przystępujący na stronie 4 swojego formularza ofertowego wpisał stawkę 22% podatku VAT, z ceną netto 70 740 000,00 zł i ceną brutto 86 302 800,00 zł.

Nadto Izba stwierdziła, że piśmie z dnia 16 października 2013r. Zamawiający dokonał poprawienia 22% stawki podatku VAT, na 23% stawkę podatku VAT, to jest stawkę podstawową obowiązującą w dniu składania ofert informując Przystępującego o dokonaniu

poprawki pisarskiej – w trybie art.87 ust.2 pkt. 1 ustawy Pzp oraz ślad tej zmiany stawki VAT poprawił wartość podatku VAT oraz wartości brutto oczywistych omyłek rachunkowych, we wszystkich pozycjach formularza ofertowego, na podstawie art.87 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp.

W wyniku tych poprawek cena brutto oferty Przystępującego uległa zmianie i wyniosła 87 010 200,00 zł.

Pomimo wzrostu ceny ofertowej z powodu dokonanego przez Zamawiającego zabiegu poprawienia ceny na podstawie powołanych wyżej przepisów, Przystępujący w żaden sposób nie podważał powyższej czynności Zamawiającego, godząc się na podwyższenie ceny.

Poza tym Izba ustaliła, że zgodnie z ust.1 rozdziału XII SIWZ – Opis sposobu obliczenia ceny wykonawca zobowiązany jest do podania cen jednostkowych netto, należnego podatku od towarów i usług VAT oraz łącznej ceny brutto(zgodnie z wymaganiami określonymi w Załączniku nr 1 do SIWZ).

Jednocześnie Izba zauważyła, że Zamawiający nie zdefiniował pojęcia należnego podatku VAT na gruncie SIWZ ani nie określił stawki żądanej, nie wskazując przy tym, że chodzi o stawkę podstawową obowiązującą z chwili złożenia oferty czy też z daty zakończenia świadczenia danej usługi częściowej.

W kontekście powyższych postanowień SIWZ należy uznać, że Przystępujący w swoim formularzu ofertowym umieścił ceny jednostkowe, podał należny podatek VAT oraz łączną cenę brutto, a zatem zastosował się do powyższej instrukcji SIWZ.

Wymaga również wskazania, że przepis art. 41 ust.1 ustawy o VAT stanowi, że stawka podatku wynosi 22%, z zastrzeżeniem ust. 2-12c, art. 83, art. 119 ust. 7, art. 120 ust. 2 i 3, art. 122 i art. 129 ust. 1.

Jednocześnie w myśl przepisu art. 146a pkt. 1 ustawy o VAT w okresie od dnia 1 stycznia 2011 r. do dnia 31 grudnia 2013 r., z zastrzeżeniem art. 146f stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 1 i 13, art. 109 ust. 2 i art. 110, wynosi 23%.

Przystępujący w swoim formularzu ofertowym podał cyt. wyżej stawkę podstawową podatku w wysokości 22%.

Zdaniem Izby powyższe postanowienia SIWZ w żaden sposób nie przesądzają o poprawności czy też błędnym obliczeniu ceny oferty przez Przystępującego.

Niemniej jednak, pomimo tej wyraźnej luki w treści SIWZ, Izba doszła do przekonania, że wszyscy wykonawcy, w tym i sam Zamawiający pozostawali w przekonaniu, że właściwą stawkę jest ta 23 % obowiązującą w dacie złożenia oferty.

Skoro tak, to wszyscy wykonawcy powinni złożyć ofertę z 23% stawką podatku VAT.

W ocenie Izby Zamawiający dokonując badania i oceny ofert dostrzegł oczywistą omyłkę pisarską w postaci wpisania przez Przystępującego w formularzu ofertowym stawki 22%, zamiast 23% i skorzystał z przepisu art.87 ust.2 pkt. 1 ustawy Pzp, z konsekwencją konieczności uruchomienia dyspozycji art.87 ust.2 pkt. 2 ustawy Pzp i skorygowania oczywistego błędu rachunkowego.

Podstawę prawną do takiego działania stanowi powołany wyżej przepis art.87 ust. 2 ustawy Pzp zgodnie, z którym Zamawiający poprawia w ofercie:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie,
- 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
- 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Swoje rozstrzygnięcie Izba oparła na uznaniu oświadczenia Przystępującego złożonego na rozprawie, że Zamawiający prawidłowo poprawił omyłkę w formularzu ofertowym, podkreślając, że nie było zamiarem Przystępującego złożenie oferty ze stawką 22%, lecz ze stawką 23%.

Jednocześnie Izba przyjęła wyjaśnienie Przystępującego za wiarygodne, że wpisanie stawki 22% stanowiło przeoczenie, które wynikało z pośpiechu wykonawcy i wpisania w arkusz Excel jednej liczby 22, która następnie nie została zweryfikowana we wszystkich pozycjach formularza ofertowego.

Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że okoliczności sporządzania oferty były inne niż te, które przedstawił Przystępujący.

Nadto Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego, z której ten wywodził, że art.16 ust.2 pkt.11 wzoru umowy wraz z załącznikami (załącznik nr 2 SIWZ) determinuje okoliczność potwierdzającą istnienie w formularzu ofertowym błędu w obliczeniu ceny.

W ocenie Izby powyższe postanowienia umowne mogą mieć zastosowanie jedynie po zawarciu umowy, natomiast nie mają one żadnego znaczenia dla zaoferowanej, poprawionej zgodnie z prawem ceny.

Odnosząc się do przedłożonej opinii prawno podatkowej z dnia 7 i 15 listopada 2013r., to należy zaznaczyć, że ma ona charakter dokumentu prywatnego i w istocie stanowi dokument, co do oceny prawnej.

Wobec odmiennej oceny prawnej zarzutów odwołania w rozpoznawanym zakresie Izba nie czuje się związana wnioskami wynikającymi z tych opinii.

W dalszej kolejności Izba nie podzieliła zarzutu odwołania w zakresie popełniania przez Wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji.

Według zapatrywania Izby oczywista pomyłka pisarska czy rachunkowa popełniona w formularzu ofertowym, następnie skorygowana przez Zamawiającego, nie oznacza działania wykonawcy sprzecznego z prawem i dobrymi obyczajami, w warunkach zagrożenia lub naruszenia interesu przedsiębiorcy lub klienta.

Również w tym przypadku Izba uznała, że Odwołujący nie udowodnił dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji.

Izba nie stwierdziła również, że oferta Przystępującego była nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Jak wyżej wskazano Przystępujący zarówno w pierwotnym tekście formularza ofertowego, jak i po jego poprawieniu wskazał na stawkę podstawową, która istnieje na gruncie ustawy o VAT, zatem wniosek Odwołującego o uznanie oferty za nieważną nie jest trafny.

Przechodząc do rozpoznania kolejnego zarzutu dotyczącego prezentacji zadania próbnego w sposób spreczny z SIWZ, po dokładnej analizie zebranego w sprawie materiału dowodowego, Izba doszła do przekonania, że nie zachodzi wskazywana przez Odwołującego kolizja.

Należy zauważyć, że pismem z dnia 6 września 2013r. Zamawiający dokonał zmian w rozdziale X SIWZ o czym poinformował wykonawców.

Izba ustaliła, że zgodnie z rozdziałem X ust.1 zadanie próbne każdy z wykonawców zobowiązany był do wykonania zadania próbnego zgodnie z wymogami SIWZ, którego wynik stanowić będzie element oferty.

Poza tym Izba stwierdziła, że stosownie do ust.2 rozdziału X SIWZ zadanie próbne polegało na zbudowaniu i modyfikacji Aplikacji SIA, na podstawie kodów i dokumentacji załączonej do SIWZ w zakresie umożliwiającym przedstawienie wyniku, o którym mowa w pkt.3.

Nadto Zamawiający zastrzegł w ust.3 rozdziału X SIWZ, że oferta powinna zawierać wynik zadania próbnego w postaci zrzutu z ekranu przedstawiającego formatki:

- 1) „Wyszukiwanie dokumentu” (ścieżka: IRZ> Dokumenty>Przegląd) oraz
- 2) „Informacja o Wersji Aplikacji” (ścieżka: System>Informacje).

Każda z formatek ma zawierać dodatkowo pole z data wygenerowania formatki, powstałe w wyniku modyfikacji kodów źródłowych. Numer wersji aplikacji SIA ma być identyczny jak w przekazanych wraz z SIWZ kodach źródłowych.

Dodatkowo w ust.4 rozdziału X SIWZ Zamawiający wskazał wykonawcom, że wynik zadania próbnego zostanie zaprezentowany w trakcie sesji oceny zadania próbnego (prezentacja) w siedzibie Zamawiającego oraz w postaci zrzutów z ekranu załączonych do oferty. Zrzuty mają odzwierciedlać zakres prezentacji (być tożsame).

W ust.5 rozdziału X SIWZ Odwołujący zastrzegł, że na zrzucie, którym mowa powyżej, prezentowane formatki nie mogą nachodzić na siebie. Obie formatki muszą być w całości widoczne.

Jednocześnie w ust.6 rozdziału X SIWZ Zamawiający zastrzegł, że ocena wyniku zadania próbnego, o którym mowa w pkt. 3 będzie pozytywna, jeżeli formatka „Informacja o Wersji Aplikacji” będzie zawierała pola „Wersja Klienta” i „Wersja Serwera”, zgodnie z przekazanymi wraz z SIWZ kodami źródłowymi Aplikacji SIA, przy czym każda z formatek ma zawierać pole z datą wygenerowania formatki (Zamawiający uzna za prawidłową datę w przedziale od dnia otrzymania niniejszej SIWZ do momentu upłynięcia terminu złożenia ofert)....

Z powyższych postanowień SIWZ jednoznacznie wynika, że poprawny termin

wygenerowania formatki mieści się przedziale czasowym pomiędzy dniem otrzymania SIWZ a momentem upłynięcia terminu złożenia ofert.

W ocenie Izby data wygenerowania formatki – 1 października 2013r. znajdująca się na zrzucie odpowiada powyższemu wymogowi SIWZ.

Nie zmieniają tego faktu udzielone odpowiedzi Zamawiającego z dnia 21 sierpnia 2013r. na pytania wykonawców, czyli przed datą dokonania modyfikacji SIWZ w piśmie z dnia 6 września 2013r.

Powyższe odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 1 i 2 wykonawców w żaden sposób nie zmieniają powołanych wyżej postanowień SIWZ i dotyczą jedynie zagadnień w nich wskazanych.

W szczególności odpowiedź Zamawiającego na pytanie 1 odnosi się jedynie do zdefiniowania pojęcia uruchomienia formatki nie przesądzając kwestii daty wygenerowania formatki ściśle opisanej w rozdziale X ust. 6, zaś w odpowiedzi na pytanie 2 Zamawiający udzielił jedynie odpowiedzi, że formatka poza zakresem dodatkowego pola ma być zgodna z dokumentacją SIA przekazaną przez Zamawiającego.

Z powyższego zestawienia powołanych wyżej postanowień SIWZ i cyt. wyżej pytań oraz odpowiedzi wynika jednoznacznie, że wymogi SIWZ w spornym zakresie zostały przez Przystępującego spełnione.

Izba nie podzieliła również gołosłownego zarzutu Odwołującego, że data wygenerowania formatki powinna odpowiadać dacie systemowej.

W kontekście powyższego wymaga podkreślenia wyjaśnienie Odwołującego, że przygotowując środowisko testowe (laboratoryjne) Odwołujący symulował datę systemową na dzień prezentacji, a zatem z tego wynika – w ocenie Izby, że data ta była manipulowana i również nie była datą z dnia prezentacji.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu odwołania dotyczącego prezentacji zadania próbnego w sposób sprzeczny z SIWZ w zakresie zdalnego pulpitu Izba uznała również i ten zarzut za bezzasadny.

Izba ustaliła w tym zakresie, że stosownie do postanowień rozdziału X ust.12 SIWZ prezentacja wyniku zadania próbnego miała odbyć się na sprzęcie wykonawcy, poprzez

zdalne połączenie się wykonawcy z przygotowaną wcześniej Aplikacją SIA(zbudowaną i zmodyfikowaną zgodnie z pkt. 2).....

W powyższym zakresie SIWZ w odpowiedzi na pytanie 4 w piśmie z dnia 21 sierpnia 2013r. dotyczącego zdefiniowania pojęcia „zdalnego połączenia się” Zamawiający wyjaśnił, że stacja użyta do prezentacji nie będzie posiadała fizycznego połączenia z infrastrukturą, na której znajduje się Aplikacja SIA wykorzystana do prezentacji.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Zamawiający w odpowiedzi na pytanie 5 nie dopuścił, jako zdalne połączenie w znaczeniu użytym w pkt.12 rozdziału X SIWZ rozwiązania opartego na pulpicie zdalnym Windows z jednego komputera do drugiego połączonych dwoma kablami sieciowymi poprzez pojedynczy przełącznik(ang.switch).

Z powyższej udzielonej odpowiedzi nie wynika jednak – według Izby, że Zamawiający przewidział ograniczenie połączenia pulpitem zdalnym za pomocą sieci bezprzewodowej(wifi), a z akt sprawy wynika, że takie zestawienie sprzętowo – połączeniowe zostało przez Przystępującego dokonane w czasie prezentacji.

Uznając, zatem, że treść oferty Przystępującego spełniała wszelkie wymagania rozdziału X SIWZ Izba przyjęła, że brak było przesłanek do odrzucenia tej oferty na zasadzie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do przedstawionych opinii z dnia 7 i 8 listopada 2013r. Izba potraktowała te dokumenty, jako prywatne i przedstawiające poglądy autorów je sporządzających, w żaden sposób jednak niewiążących Izby przy rozstrzygnięciu tej sprawy, a szczególnie w zakresie określenia znaczenia treści SIWZ oraz treści oświadczenia woli Przystępującego.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:.....

.....

.....