

Sygn. akt: KIO 1214/14

WYROK
z dnia 2 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 czerwca 2014 r.** w Warszawie odwołania z dnia 13 czerwca 2014 r. przez wykonawcę **SYGNITY S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Centrum Projektów Informatycznych, ul. Syreny 23, 01-150 Warszawa,**

przy udziale

wykonawcy **Comarch Polska S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **SYGNITY S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **SYGNITY S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473) 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

Zamawiający **Centrum Projektów Informatycznych ul. Syreny 23, 01-150 Warszawa** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na »Budowę, wdrożenie i utrzymanie elektronicznych usług administracji publicznej udostępnianych za pośrednictwem platformy ePUAP«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 11.03.2014 r. pod nrem 2014/S 049-081846.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

04.06.2014 r. zamawiający zawiadomił o wyniku badania i oceny ofert, o wyborze ofert najkorzystniejszych oraz o zakwalifikowaniu oferty wykonawcy Britenet do grupy ofert najkorzystniejszych, jako niepodlegającej odrzuceniu.

Wykonawca **Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa**, zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp, wniósł 13.06.2014 r. do Prezesa KIO odwołanie na naruszenie:

- 1) **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** – przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy **Britenet**, która to oferta jest niezgodna z treścią załącznika nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako „SIWZ” lub specyfikacja bez bliższego określenia), w taki sposób, że – wbrew wymogom treści załącznika nr 3 – oferta nie zawiera wskazania cen jednostkowych wynagrodzenia z tytułu przeniesienia praw autorskich (kol. 5 – poz. lp. 1a oraz lp. 2a);
- 2) **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** – przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Britenet, która to oferta jest niezgodna z treścią SIWZ w taki sposób, że nie obejmuje całkowitego kosztu wykonania przedmiotu zamówienia, bo zakłada nieodpłatne przeniesienie autorskich praw majątkowych do Oprogramowania oraz Dokumentacji, podczas gdy zgodnie z **pkt 14.4 SIWZ** zamawiający wymagał, aby cena oferty obejmowała całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia – ewentualnie naruszenie **art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp** – przez zaniechanie odrzucenia oferty, która jest niezgodna z **art. 2 pkt 13 Pzp**, bo zakłada nieodpłatne

przeniesienie autorskich praw majątkowych do Oprogramowania oraz Dokumentacji, podczas gdy zgodnie z **art. 2 pkt 13 Pzp** przez zamówienie publiczne należy rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą;

- 3) **art. 87 ust. 1 Pzp** – naruszenie polega na prowadzeniu z wykonawcą Britenet negocjacji dotyczących treści złożonej oferty oraz na dopuszczeniu dokonania zmian treści oferty złożonej przez tego wykonawcę, w taki sposób, że zamawiający dopuścił możliwość wprowadzenia przez wykonawcę Britenet zmian w treści formularza cenowego, stanowiącego element treści oferty – ewentualnie naruszenie **art. 26 ust. 3 Pzp** przez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na uznaniu za dopuszczalne uzupełnienie treści formularza cenowego, podczas gdy formularz ten, jako element treści oferty, nie stanowi dokumentu składanego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu ani dokumentu, o którym mowa w **art. 25 ust. 1 Pzp**;
- 4) z ostrożności procesowej odwołujący zarzuca naruszenie **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp** – naruszenie polega na poprawieniu w treści oferty świadomego działania wykonawcy Britenet (polegającego na wypełnieniu kol. 5 – poz. lp. 1a oraz lp. 2a załącznika nr 3 do oferty) tj. niestanowiącego omyłki w rozumieniu wskazanego przepisu;
- 5) z ostrożności procesowej odwołujący zarzuca naruszenie **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp** – naruszenie polega na dokonaniu poprawienia treści oferty w zakresie wykraczającym poza dopuszczalny zgodnie z **art. 26 ust. 3 Pzp**, skutkujący wprowadzeniem istotnych zmian w treści oferty złożonej przez wykonawcę Britenet;
- 6) **art. 7 ust. 1 Pzp** przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, stosując wobec wykonawcy Britenet inne zasady badania i oceny ofert niż do pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu i uznanie, że treść oferty złożonej przez wykonawcę Britenet odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 04.06.2014 r.;
- 2) dokonania ponownego badania i oceny oferty wykonawcy Britenet;
- 3) odrzucenia oferty wykonawcy Britenet.

Argumentacja odwołującego

04.06.2014 r. odwołujący otrzymał informację o wyniku badania i oceny ofert, o wyborze ofert najkorzystniejszych oraz o zakwalifikowaniu oferty wykonawcy Britenet do grupy ofert najkorzystniejszych, jako niepodlegającej odrzuceniu.

Na czwartej pozycji pod względem liczby otrzymanych punktów została sklasyfikowana oferta odwołującego, która także została zakwalifikowana do grupy ofert najkorzystniejszych w postępowaniu, co oznacza, że zarówno wykonawca Britenet jak i odwołujący zostali zaliczeni do grupy wykonawców, z którymi zostanie zawarta umowa ramowa. Odwołujący, po zapoznaniu się z treścią oferty wykonawcy Britenet stwierdza, że zamawiający naruszył przepisy ustawy przez uznanie, że oferta tego wykonawcy nie podlega odrzuceniu.

1. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, ewentualnie naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp

Zgodnie z **pkt 14.4 SIWZ** cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszystkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w SIWZ. Przywołując natomiast postanowienie **pkt 14.2 SIWZ** stwierdzić należy, że cenę oferty należy wyliczyć posługując się Formularzem cenowym, stanowiącym **załącznik nr 3 do SIWZ**. Analiza treści Formularza prowadzi do wniosku, że zamawiający wymagał podania w nim, pod pozycją lp. 1a wynagrodzenia za przeniesienie autorskich praw majątkowych do Dokumentacji, zaś pod pozycją lp. 2a wynagrodzenia za przeniesienie autorskich praw majątkowych do Oprogramowania oraz Dokumentacji. Kwoty te powinny zostać doliczone odpowiednio do ceny całkowitej za wykonanie przedmiotu zamówienia, o którym mowa w poz. lp. 1 oraz lp. 2 Formularza cenowego.

Obowiązek wypełnienia **poz. lp. 1a oraz lp. 2a kolumna nr 5 Załącznika nr 3 do SIWZ** (stanowiącego integralną część oferty wykonawców) wynikał w sposób jednoznaczny z jego treści. Zamawiający wskazał w sposób graficzny, które pozycje przedmiotowego Załącznika powinny zostać wypełnione tj. pozycje niewymagające wypełnienia zostały wykreślone, natomiast pozycje do wypełnienia przez wykonawców pozostały wolne do uzupełnienia.

Wykonawca Britenet, nie wypełnił kolumny nr 5 w poz. lp. 1a oraz lp. 2a Załącznika nr 3 do SIWZ, a tym samym jego oferta została sporządzona w sposób sprzeczny z treścią tego Załącznika, co w dalszej kolejności stanowi wypełnienie dyspozycji **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**. Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty ww. wykonawcy, czym naruszył treść **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**.

Złożony w ofercie wykonawcy Britenet Formularz cenowy nie zawierał żadnych kwot wynagrodzenia w poz. lp. 1a oraz lp. 2a Formularza cenowego. Z tego wynika wprost, że wykonawca Britenet nie dokonał wyceny przeniesienia autorskich praw majątkowych do Oprogramowania oraz do Dokumentacji. W związku z tym, z bezpośredniej analizy Formularza cenowego zamieszczonego w ofercie wykonawcy Britenet wynika, że cena oferty nie obejmuje całkowitego kosztu wykonania przedmiotu zamówienia.

Skoro wykonawca Britenet nie dokonał wyceny przeniesienia na zamawiającego autorskich praw majątkowych do Oprogramowania oraz Dokumentacji, to może prowadzić do wniosku, że nie uwzględnił tego elementu w swojej ofercie.

Odwołujący zwróca uwagę na uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z 10 marca 2011 r. (sygn. akt KIO/KD 15/11), gdzie stwierdzono, że pominięcie danych pozycji kosztorysu stanowi o tym, że zakres zawartych w nich prac w ogóle nie został zaoferowany zamawiającemu. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Okręgowego w Gdańsku, wyrażonym w wyroku z 27 czerwca 2008 roku, sygn. akt. XII GA 206/08 *Nie można uznać, że wartość pozycji została wyceniona, skoro cena jednostkowa pozycji nie została określona [...]. Brak ceny jednostkowej uniemożliwia również dokonywanie poprawy omyłek rachunkowych w cenie ofertowej w trybie **art. 88 ust. 1 pkt 1 Pzp** [...]. Podkreślenia wymaga, że to na ofercie spoczywa obowiązek sporządzenia oferty według wymagań wskazanych w SIWZ i to z taką starannością, aby jej treść nie budziła najmniejszych wątpliwości.*

Z analogiczną sytuacją mamy do czynienia w ofercie wykonawcy Britenet, gdzie w Formularzu cenowym brak jest wskazania jakiegokolwiek kwoty wynagrodzenia z tytułu przeniesienia autorskich praw majątkowych do Oprogramowania oraz Dokumentacji.

Niezależnie od treści złożonych przez wykonawcę Britenet wyjaśnień i uzupełnień 26.05.2014 r., z których wynika, że intencją tego wykonawcy było uwzględnienie w cenach zawartych w poz. lp. 1 oraz lp. 2 Formularza cenowego, wynagrodzenia z tytułu przeniesienia autorskich praw majątkowych do Oprogramowania oraz do Dokumentacji, analizując treść pierwotnie złożonego przez tego wykonawcę Formularza cenowego należy dojść do wniosku, że z jej treści nie wynika, aby w ofercie uwzględnione zostało jakiegokolwiek wynagrodzenie z tytułu przeniesienia autorskich praw majątkowych do Oprogramowania oraz Dokumentacji.

Niewskazanie wysokości wynagrodzenia w poz. lp. 1a oraz lp. 2a może wskazywać na brak tego elementu w ofercie wykonawcy Britenet bądź też na wykonanie tego elementu, jednak bez wynagrodzenia.

Takie działanie wykonawcy Britenet nie gwarantuje zamawiającemu, że uzyska on w ramach ceny zaoferowanej przez wykonawcę Britenet autorskie prawa majątkowe w oczekiwanym zakresie.

Regulacja art. 43 ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 roku o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. Nr 24 poz. 83, z 2006 r. Nr 90, poz. 631, Nr 94, poz. 658, Nr 121 i poz. 843, z 2007 r. Nr 99, poz. 662, Nr 181 i poz. 1293, z 2009 r. Nr 157, poz. 1241 oraz z 2010 r. Nr 152, poz. 1016), zgodnie z którym jeżeli z umowy nie wynika, że przeniesienie autorskich praw majątkowych lub udzielenie licencji nastąpiło nieodpłatnie, twórcy przysługuje prawo do wynagrodzenia. Zgodnie natomiast z ust. 2 przywołanego przepisu jeżeli w umowie nie określono wysokości wynagrodzenia autorskiego, wysokość wynagrodzenia określa się z uwzględnieniem zakresu udzielonego prawa oraz korzyści wynikających z korzystania z utworu. Powyższe regulacje wskazują, że gdyby wbrew literalnemu brzmieniu Formularza cenowego zamieszczonego w ofercie wykonawcy Britenet uznać, że wykonawca ten

zaferował odpłatne przeniesienie autorskich praw majątkowych do Oprogramowania oraz Dokumentacji, to wobec braku wskazania kwoty należnego z tego tytułu wynagrodzenia, zastosowanie znajdzie art. 43 ust. 2 ustawy z dnia 4 lutego 1994 roku o prawie autorskim i prawach pokrewnych, co będzie obligowało zamawiającego do uiszczenia wynagrodzenia w wysokości nieokreślonej w dniu składania ofert, ustalonej z uwzględnieniem zakresu udzielonego prawa oraz korzyści wynikających z korzystania z utworu. Z uwagi zaś na fakt, że postępowanie prowadzone jest w trybie przewidzianym w przepisach ustawy, taka niepewność w zakresie ceny oferty jest niedopuszczalna, a oferta niezawierająca jednoznacznego określenia ceny powinna podlegać odrzuceniu przez zamawiającego.

Z kolei gdyby oferta wykonawcy Britenet miała obejmować również przeniesienie autorskich praw majątkowych do Oprogramowania oraz Dokumentacji to wobec braku wynagrodzenia z tego tytułu, jest ona niezgodna z art. 2 pkt 13 Pzp, a zatem podlega odrzuceniu. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeśli jest niezgodna z ustawą.

Analizując zaś regulację art. 2 pkt 13 Pzp należy dojść do wniosku, że pod pojęciem zamówień publicznych należy rozumieć umowy odpłatne zawierane pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Odnosząc powyższe do stanu faktycznego zaistniałego w postępowaniu podkreślić należy, że wobec faktu, że wykonawca Britenet nie dokonał wyceny przeniesienia autorskich praw majątkowych do Oprogramowania oraz Dokumentacji, jego oferta powinna być oceniona jako niezgodna z art. 2 pkt 13 Pzp.

Jeśli możliwe byłoby, w oparciu o analizę treści złożonej oferty przyjęcie założenia, że oferta wykonawcy Britenet obejmuje przeniesienie autorskich praw majątkowych do Oprogramowania oraz Dokumentacji, to wobec treści Formularza cenowego, takie przeniesienie musiałyby nastąpić pod tytułem darmym. Takie zaś działanie wykonawcy, jako sprzeczne z ustanowioną w przepisach ustawy regułą odpłatności zawieranych w wyniku udzielenia zamówienia publicznego umów, powinno skutkować odrzuceniem oferty zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp.

2. Naruszenie art 87 ust. 1 Pzp lub ewentualnie art. 26 ust. 3 Pzp oraz naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp

W odpowiedzi na wezwanie, jakie zamawiający skierował do wykonawcy Britenet 23.05.2014 r. wykonawca ten 26.05.2014 r. przedstawił wyjaśnienia i uzupełnienia treści złożonej oferty, wraz z załączonym zmienionym Formularzem cenowym. W formularzu tym zostały zamieszczone, w poz. lp. 1a oraz lp. 2a uzupełnione kwoty wynagrodzenia z tytułu przeniesienia autorskich praw majątkowych do Oprogramowania oraz Dokumentacji. W

powyższym zakresie, treść złożonych przez wykonawcę Britenet dokumentów wykraczała poza zakres wyjaśnień treści oferty dopuszczalnych w świetle regulacji ustawy.

Działanie wykonawcy nie ograniczało się wyłącznie do odpowiedzi na wyrażone przez zamawiającego wątpliwości interpretacyjne treści złożonej oferty. Wykonawca Britenet, załączając do wyjaśnień nowy dokument Formularza cenowego w istocie dokonał modyfikacji złożonej przez siebie oferty. Wskazał w nim wartości wynagrodzenia z tytułu przeniesienia autorskich praw majątkowych do Oprogramowania oraz Dokumentacji, które nie wynikają z żadnego innego miejsca oferty ani też nie jest możliwe ich ustalenie lub wyliczenie w oparciu o treści oferty wykonawcy Britenet. Odpowiedź udzielona przez tego wykonawcę 26.05.2014 r. zawierała dodatkowe zobowiązania, wykraczające poza zawarte w pierwotnym brzmieniu złożonej oferty.

Składając nowy, zmieniony Formularz cenowy wykonawca Britenet musiał dostrzec konieczność modyfikacji złożonej przez siebie oferty, w taki sposób, aby usunąć zaistniałe niezgodności pomiędzy treścią oferty a treścią SIWZ. Z pisma wykonawcy Britenet z 26.05.2014 r. w sposób wyraźny wynika, że w ocenie tego wykonawcy niewystarczające było wyłącznie złożenie wyjaśnień dotyczących treści oferty i oparcie się wyłącznie na oświadczeniach zawartych w treści oferty, konieczna była zaś jej zmiana, przez złożenie nowego Formularza cenowego, uwzględniającego całkowite koszty wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również koszty przeniesienia autorskich praw majątkowych do Oprogramowania oraz Dokumentacji. Takie uzupełnienia, w zakresie wykraczającym poza określoną w ofercie wykonawcy cenę oferty, powinny być potraktowane jako próba prowadzenia negocjacji cenowych pomiędzy wykonawcą Britenet a zamawiającym.

W świetle dyspozycji art. 87 ust. 1 Pzp prowadzenie pomiędzy wykonawcą a zamawiającym negocjacji dotyczących treści oferty jest niedopuszczalne. Powyższy zakaz, jak wynika z zasad wyrażonych w ustawie odnosi się w szczególności do ceny oferty, która jako element niezmienny treści oferty, gwarantuje porównywalność ofert złożonych przez wykonawców w postępowaniu oraz zachowanie podstawowych zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Skoro wykonawca Britenet uznał za niezbędne złożenie nowego Formularza cenowego, to oznacza, że również w jego ocenie złożony wraz z ofertą Formularz cenowy nie odpowiadał treści SIWZ i nie uwzględniał wszystkich elementów, które pozwalałyby na ocenę zgodności złożonej przez tego wykonawcę oferty z wymaganiami zawartymi w SIWZ.

Działanie to, prowadzące do zmiany treści złożonej oferty, w świetle regulacji art. 87 ust. 1 Pzp, zgodnie z którą niedopuszczalne jest dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w treści złożonej oferty, nie może być zatem uznane za skuteczne, a w konsekwencji dokonane 26.05.2014 r. zmiany nie mogą być przez zamawiającego brane pod uwagę jako

oświadczenia w sposób wiążący dokonujące zmiany treści oferty wykonawcy Britenet. Konsekwencją zaś niemożliwości uwzględnienia złożonego przez wykonawcę Britenet zmienionego Formularza cenowego, jest konieczność odrzucenia jego oferty, jako niezgodnej z treścią SIWZ, bowiem w sytuacji braku możliwości zmiany treści złożonej oferty, nie spełnia ona wymagań postawionych w SIWZ. Uwzględnienie zaś przez zamawiającego w toku badania i oceny ofert, złożonych 26.05.2014 r. modyfikacji Formularza cenowego, powinno być traktowane jako naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp.

W zaistniałym w Postępowaniu stanie faktycznym niedopuszczalne w ocenie odwołującego byłoby także dokonanie przez zamawiającego zmian w treści oferty wykonawcy Britenet w oparciu o regulację art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zgodnie z tym przepisem zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Przywołany przepis ma charakter regulacji wyjątkowej, a jego zastosowanie dopuszczalne jest wyłącznie w granicach określonych przez ustawodawcę, a zatem nie może prowadzić do istotnej zmiany treści, tj. zniekształcać jej lub odbiegać od jej pierwotnego brzmienia. Jednocześnie przepis ten zawęża możliwość dokonania poprawy w ofercie wykonawcy wyłącznie do poprawy omyłek, a zatem niedokładności lub niejasności. Brak wyceny wymaganych przez zamawiającego pozycji nie podlega zatem poprawieniu jako omyłka w treści oferty, zaś ciężar starannego sporządzenia i przygotowania oferty w tym zakresie całkowicie obciąża wykonawcę. Nie sposób bowiem, w stosunku do tak ważnego elementu oferty, jakim jest cena, kierować się domniemaniami i interpretacjami.

Wobec powyższego stwierdzić należy, że w Postępowaniu brak wskazania wysokości wynagrodzenia przysługującego za przeniesienie autorskich praw majątkowych do Oprogramowania oraz Dokumentacji w ofercie wykonawcy Britenet nie może być po upływie terminu składania ofert usunięty przez złożenie wyjaśnień. W każdym przypadku będą one bowiem zmierzać do zmiany istotnych elementów treści oferty. Z całokształtu złożonej przez wykonawcę Britenet oferty nie sposób bowiem wyliczyć ani wywnioskować, w jaki sposób i na jakiej podstawie miałyby zostać obliczone wynagrodzenie przysługujące z tego tytułu. Wszelkie zatem wyjaśnienia w tej sprawie stanowią zmianę złożonego przez wykonawcę oświadczenia w zakresie dotyczącym ceny oferty, która musi być traktowana jako element istotny. Wobec powyższego dokonanie przez zamawiającego zmian w treści oferty wykonawcy Britenet jest w świetle regulacji art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp niedopuszczalne i przepis ten nie powinien znaleźć zastosowania wobec oferty wykonawcy Britenet, zaś wszelkie uzupełnienia oferty tego wykonawcy zawarte w piśmie z 26.05.2014 r. powinny być pominięte przez zamawiającego. W konsekwencji, zamawiający powinien odrzucić ofertę wykonawcy Britenet jako niezgodną z treścią SIWZ.

Formularz cenowy, jako element treści oferty nie podlega możliwości uzupełnienia, o której mowa w art. 26 ust. 3 Pzp. W przywołanym przepisie ustawodawca przewidział zupełnie wyjątkową możliwość dokonywania uzupełnień przez wykonawców, ograniczoną wyłącznie do pełnomocnictw oraz oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, tj. do dokumentów i oświadczeń składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Niewątpliwie Formularza cenowego nie można zaliczyć do żadnej z powyższych kategorii oświadczeń lub dokumentów. Zatem jego uzupełnienie po upływie terminu składania ofert należy ocenić jako niedopuszczalne w świetle regulacji zawartych w ustawie.

Formularz oferty, jako element oferty w znaczeniu ścisłym, zawierający istotne elementy zobowiązania wykonawcy, nie może podlegać zmianom po upływie terminu składania ofert. Wszelkie działania wykonawcy Britenet zmierzające do zmiany formularza oferty powinny być zakwalifikowane przez zamawiającego jako nie mające wpływu na treść złożonej oferty i pominięte podczas dokonywania badania i oceny oferty.

Oferta wykonawcy Britenet jako nieodpowiadająca treści SIWZ powinna zostać przez zamawiającego odrzucona. Wszelkie zaś czynności podejmowane przez wykonawcę Britenet, a zmierzające do uzupełnienia treści oferty powinny być uznane przez zamawiającego za nieskuteczne, jako sprzeczne z przepisami ustawy i nieuwzględnione podczas badania i oceny ofert. Przeciwnie postępowanie zamawiającego narusza podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, skutkując nierównym traktowaniem wykonawców.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **13.06.2014 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **16.06.2014 r. (poniedziałek)** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

18.06.2014 r. wykonawca Comarch Polska SA z siedzibą w Krakowie, Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie odwołującego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

18.06.2014 r. wykonawca Britent Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa złożył (1) Prezesowi KIO, z kopią dla (2) zamawiającego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w

wyniku wniesienia odwołania. Ze względu na niemożność wykazania przez wykonawcę Britent przekazania kopii przystąpienia do odwołującego wykonawca ten nie mógł stać się przystępującym zgodnie z art. 185 ust. 2 Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez zamawiającego – pisma Prezesa UZP z 14.08.2013 r., z którego zamawiający wywodzi, że gdy wynagrodzenie jest ryczałtowe to brak jest podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdy wykonawca nie załączy do oferty kosztorysu ofertowego – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzuty naruszenia art. **89 ust. 1 pkt 2 Pzp** – przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Britenet, która to oferta jest niezgodna z treścią załącznika nr 3 do specyfikacji, w taki sposób, że – wbrew wymogom treści załącznika nr 3 – oferta nie zawiera wskazania cen jednostkowych wynagrodzenia z tytułu przeniesienia praw autorskich (kol. 5 – poz. lp. 1a oraz lp. 2a) oraz ta oferta nie obejmuje całkowitego kosztu wykonania przedmiotu zamówienia, bo zakłada nieodpłatne przeniesienie autorskich praw majątkowych do Oprogramowania oraz Dokumentacji, podczas gdy zgodnie z **ust. 14.4 SIWZ** zamawiający wymagał, aby cena oferty obejmowała całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia – nie zasługują na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby stwierdza, że w **ust. 14.4 specyfikacji** zamawiający wymagał cyt. »Cena oferty winna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszystkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w SIWZ«. W **ust. 14.2 specyfikacji** zamawiający nakazywał wyliczenie ceny oferty posługując się formularzem **zał. nr 3 do specyfikacji**. Z analizy postanowień zamawiającego nie można wywieść, że zamawiający wymagał wypełnienia pól w kol. 5 w lp. 1a i 2a w formularzu zał. nr 3 do specyfikacji. Jedynie zamawiający wymagał aby cyt. »Cena jednostkowa brutto w Lp. 1 musi obejmować cenę jednostkowa brutto w Lp. 1a« (uwaga 1 w zał. nr 3) i »Cena jednostkowa brutto w Lp. 2 musi obejmować cenę jednostkowa brutto w Lp. 2a« (uwaga 2 w zał. nr 3). W związku z tym należy stwierdzić, że zamawiający nie wymagał bezwzględnego wypełnienia pól w kolumnie 5 w lp. 1a i 2a w formularzu zał. nr 3 do specyfikacji. Zamawiający postawił jedynie wymóg, aby ceny jednostkowe w wierszach lp. 1 i lp. 2 obejmowały cenę jednostkową odpowiednio w wierszach lp. 1a i 2a. Ponadto graficzne wykreślenie pól czy pozostawienie pól pustych nie wskazuje w sposób bezwzględny na konieczność wypełnienia pól pustych czy ominięcie pól zakreślonych.

Skład orzekający Izby stwierdza, że brak wypełnienia pól w kolumnie 5 w lp. 1a i 2a nie wpływa na brak spełnienia wymogów zamawiającego przedstawionych we wskazanych przez odwołującego ust. 14.2 i 14.4 specyfikacji i załączniku nr 3 do specyfikacji.

Dlatego żądanie od wykonawcy Britenet wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp nie było niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp brzmi: »W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert«.

Następnie wykonawca Britenet zbędnie dołączył do wyjaśnień stwierdzających, że na podstawie specyfikacji nie czuł się obowiązany do wypełniania kwestionowanych pól formularza załącznika nr 3 do specyfikacji. Zamawiający powinien badając oferty wziąć pod uwagę wyjaśnienia bez brania pod uwagę dodatkowo załączonego na nowo wypełnionego we wszystkich polach formularza zał. nr 3 do specyfikacji.

Skład orzekający Izby podkreśla, że specyfikacja nie tylko jest dokumentem, którym muszą się powoływać wykonawcy w trakcie sporządzania oferty. Ten sam dokument wyznacza jak ma się zachowywać zamawiający podczas badania ofert, a i później podczas oceny ofert. Jeżeli nawet zamawiający zauważy podczas [1] oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, [2] badania i [3] oceny ofert nieścisłości czy uchybienia w specyfikacji, to nie może zmienić tego dokumentu. Wynika to z przepisu art. 38 ust. 4 zdanie pierwsze Pzp, który brzmi: »W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia«. Ponadto jest utrwalone w doktrynie i

orzecznictwie, że wykonawcy nie mogą ponosić konsekwencji za uchybienia czy niejednoznaczności w specyfikacji.

Przytoczone przez odwołującego wyroki były wydane w innych stanach faktycznych.

W związku z powyższym zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp ani zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp nie może być uwzględniony przez skład orzekający Izby.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzuty naruszenia art. **87 ust. 1 Pzp** – przez prowadzenie z wykonawcą Britenet negocjacji dotyczących treści złożonej oferty oraz dopuszczenie dokonania zmian treści oferty złożonej przez tego wykonawcę ani zarzuty naruszenia art. **87 ust. 2 pkt 3 Pzp** – przez poprawienie w treści oferty świadomego i zamieszonego działania wykonawcy Britenet, które to działanie nie stanowiło omyłki lub przez poprawienie treści oferty skutkujące wprowadzeniem istotnych zmian w treści oferty złożonej przez wykonawcę Britenet oraz naruszenia **art. 26 ust. 3 Pzp** – przez jego zastosowanie do innego zakresu uchybień oferty, niż wynikając z **art. 25 ust. 1 Pzp** – nie zasługują na uwzględnienie.

Jak wynika z argumentacji rozpoznania zarzutów naruszenia art. **89 ust. 1 pkt 2 Pzp** zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia pierwotnie złożonej oferty wykonawca Britenet. Jednak zamawiający zastosował **art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp** i zażądał od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. **Art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp** brzmi »W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert«. Na co wykonawca Britenet złożył w wymaganym terminie wyjaśnienia i dołączył do tych tłumaczeń nowy formularz cenowy, który nie był sprzeczny z pierwotnie dołączonym do oferty formularzem cenowym; nowy formularz był wypełniony w większej liczbie pól niż pierwotnie złożony.

Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający żądając wyjaśnień powinien przedstawić swoje wątpliwości, które mogłyby rozwiać wyjaśnienia wykonawcy. Zamawiający powinien również wskazać przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, aktów wykonawczych do ustawy lub postanowienia specyfikacji, które mógł naruszyć wykonawca we wskazanych miejscach oferty.

Nie jest to ściśle uregulowane w przepisach ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, jednak bez takich ograniczeń zamawiający mogliby żądać wyjaśnień niezwiązanych z postępowaniem, a indagowani wykonawcy byłiby zmuszani do formułowania nieograniczonej objętości i zawartości wyjaśnień. Jednak przepis **art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp** w wystarczająco precyzyjnie w ostatnich wyrazach odnosi się do cyt. »treści złożonych ofert«, a więc wyjaśnienia muszą być związane z ofertami, których treść odpowiada postanowieniom specyfikacji.

W rozpoznawanym postępowaniu zamawiający 23.05.2014 r. zażądał wyjaśnień powołując się na art. 87 ust. 1 Pzp jednak bez wskazania naruszenia przepisów czy postanowień specyfikacji, cyt. »[...] proszę o udzielenie wyjaśnień w zakresie braku określenia wynagrodzenia w Formularzu cenowym (str. 4 oferty): 1) Lp. „1a” kolumna 5 Formularza cenowego nie zawiera wynagrodzenia za przeniesienie autorskich praw majątkowych do Dokumentacji, 2) Lp. „2a” kolumna 5 Formularza cenowego nie zawiera wynagrodzenia za przeniesienie autorskich praw majątkowych do Oprogramowania oraz Dokumentacji«.

Takie doprecyzowanie żądania wyjaśnień daje możliwość wykonawcy właściwego udzielenia wyjaśnień czy nawet stwierdzenia, że wykonawca złożył ofertę podlegającą odrzuceniu. Jednocześnie takie doprecyzowanie żądań może uświadomić samemu zamawiającemu, że żądanie wyjaśnień nie ma podstaw, gdyż wykonawca zachował się zgodnie z przepisami czy postanowieniami specyfikacji.

Z tego względu, że zamawiający nie wskazał naruszeń przepisów ani postanowień specyfikacji bądź konsekwencji takiego działania wykonawca Britenet złożył odpowiedź niejako „na wyrost” dalece wykraczającą poza zakres pytania, a także wykonawca ten dołączył wypełniony we wszystkich polach Formularz cenowy, do czego nie był w ogóle zobowiązany ani poszanowaniami specyfikacji, ani przepisami ogólnie obowiązującymi.

W związku ze zbyt daleki idącymi wyjaśnieniami zamawiający badając ofertę powinien brać pod uwagę tylko wyjaśnienia sformułowane zgodnie z przepisami **art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp**. Skoro żądania wyjaśnień było bezpodstawne, a także niewłaściwie sformułowane zamawiający odniósł się do pierwotnie złożonej oferty i Formularza cenowego. Te dokumenty wystarczyły na stwierdzenie, że oferta wykonawcy Britenet nie podlega odrzuceniu. Odwołujący nie wykazał, że zamawiający podczas badania ofert brał pod uwagę inne dokumenty niż złożone przez wykonawcę Britenet we właściwym czasie, przed upływem terminu składania ofert.

Ponadto odwołujący nie wykazał naruszenia **art. 26 ust. 3 Pzp** przez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na uznaniu za dopuszczalne uzupełnienie treści formularza cenowego, podczas gdy formularz ten, jako element treści oferty, nie stanowi dokumentu składanego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu ani dokumentu, o którym mowa w **art. 25 ust. 1 Pzp**, gdyż zamawiający nie uzupełniał ofert, a badanie oferty wykonawcy Britenet ograniczyć się mogło do dokumentów złożonych w ofercie pierwotnej.

Wreszcie odwołujący nie wykazał, że zamawiający dokonał poprawy oferty z przekroczeniem **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp**. Przepis **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp** brzmi: »Zamawiający poprawia w ofercie [...] 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«.

Zwłaszcza odwołujący nie wykazał, że zamawiający dokonał poprawy omyłek powodujących istotne zmiany w treści oferty, skoro – jak to zostało wyżej wykazane – oferta nie podlegała odrzuceniu i Formularz cenowy odpowiadał wymogom postawionym przez zamawiającego w specyfikacji.

Zgodnie z powyższym w ocenie składu orzekającego Izby, zarzuty naruszenia art. **87 ust. 1**, art. **87 ust. 2 pkt 3** i **art 26 ust. 3 Pzp** w zw. z **art. 25 ust. 1 Pzp** – nie zasługują na uwzględnienie.

Odwołujący nie wykazał, że zamawiający naruszył szczegółowe przepisy, a także nie wykazał, że zamawiający naruszył zasadę zamówień publicznych wyrażoną w **art. 7 ust. 1 Pzp** przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający nie naruszył jej zasady.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający Izby nie wziął pod uwagę dowodu złożonego przez zamawiającego, gdyż dowód ten dotyczył innego stanu faktycznego niż stan faktyczny w rozpoznawanej sprawie.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....