

**Sygn. akt: KIO 2533/12**

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 28 listopada 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Izabela Kuciak**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 28 listopada 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 listopada 2012 r. przez ComArch Polska S.A., al. Jana Pawła II 41G, 31-864 Kraków, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Skarb Państwa - Ministerstwo Finansów, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa,

przy udziale Wykonawców:

A. zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2533/12, po stronie Zamawiającego:

a) Sygnity S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa

B. zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2533/12, po stronie Odwołującego:

a) SKG S.A., Al. Armii Krajowej 336, 43-309 Bielsko-Biała,

b) Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów,

**postanawia:**

**1. Odrzuca odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża ComArch Polska S.A., al. Jana Pawła II 41G, 31-864 Kraków, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez ComArch Polska S.A., al. Jana Pawła II 41G, 31-864 Kraków, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

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

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „budowa, wdrożenie i utrzymanie Systemu e-Podatki wraz z usługami dodatkowymi”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 25 stycznia 2012 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2012/S 16-025379.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych w ofercie Sygnity S.A. i wezwania Sygnity S.A. do uzupełnienia opłaconej polisy oraz wobec zaniechania czynności, do której Zamawiający był zobowiązany na mocy ustawy Pzp oraz wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 października 2012 roku, sygn. akt: KIO 1955/12, 1956/12 i 1961/12, tj. zaniechania odtajnienia prezentacji oferowanego rozwiązania, dokumentu koncepcji architektury rozwiązania, specyfikacji prezentacji oferowanego rozwiązania, zastrzeżonych przez Sygnity S.A., a tym samym zaniechania wykonania ww. wyroku.

Wobec powyższego Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”:

1. art. 87 ust. 2 pkt 2 przez poprawienie w ofercie Sygnity S.A. błędów w obliczeniu ceny pomimo, iż nie były to oczywiste omyłki rachunkowe, które mogą być poprawione w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp;
2. art. 26 ust. 3 przez wezwanie Sygnity S.A. do uzupełnienia opłaconej polisy pomimo, iż oferta Sygnity S.A. podlega odrzuceniu, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp,
3. art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 w związku z art. 96 ust. 3 przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez Sygnity S.A. informacji, wskazanych wyżej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie Sygnity S.A. wezwania Sygnity S.A. do uzupełnienia opłaconej polisy, odtajnienia zastrzeżonych przez Sygnity S.A. informacji w zakresie podanym powyżej oraz nakazanie Zamawiającemu wykonania powołanego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie, w którym nakazano Zamawiającemu odtajnienie niejawnej części oferty Sygnity S.A.

Odwołujący wyjaśnił, iż wyrokiem z dnia 5 października 2012 r., sygn. akt: KIO 1955/12, 1956/12 i 1961/12, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła wniesione odwołania i

między innymi stwierdziła, iż polisa dołączona do oferty Sygnity S.A. nie potwierdza spełniania warunków podmiotowych. Ponadto Izba potwierdziła, iż oferta Sygnity S.A. zawiera błędy w obliczeniu ceny i zaleciła Zamawiającemu dokonanie próby poprawienia zastałych omyłek rachunkowych. W dniu 22 października 2012 r. Odwołujący wystąpił o wgląd w dokumentację postępowania. Przedmiotowy wyrok KIO Odwołujący otrzymał w dniu 29 października 2012 r. W dniu 6 listopada 2012 r. Zamawiający telefonicznie poinformował Odwołującego, iż termin na wgląd w dokumentację został wyznaczony na dzień 7 listopada 2012 r. W dniu 7 listopada 2012 r. przedstawiciel Odwołującego powziął wiedzę o czynnościach Zamawiającego, objętych niniejszym odwołaniem.

Zdaniem Odwołującego działania Zamawiającego z dnia 19 października 2012 r., o których Odwołujący powziął wiadomość dopiero w dniu 7 listopada 2012 r., naruszają przepisy prawa. Odwołujący zwrócił uwagę, iż Zamawiający już w trakcie pierwszej oceny ofert dokonał nieuzasadnionego poprawienia błędów w cenie oferty Sygnity S.A. Odwołujący wskazał, iż Krajowa Izba Odwoławcza badała tę kwestię i stanowczo stwierdziła, że oferta Sygnity S.A. zawiera błędy w obliczeniu ceny i poprawienie tych błędów przez Zamawiającego zostało dokonane w sposób bezprawny. Jak podaje Odwołujący fakt istnienia w ofercie Sygnity S.A. błędów w obliczeniu ceny potwierdził sam wykonawca Sygnity S.A. przez prowadzenie z Zamawiającym korespondencji w tym zakresie i poprzez samodzielne wskazanie przez Sygnity S.A., jak należy błędy poprawić. Zatem, w ocenie Odwołującego, okoliczność istnienia błędu w obliczeniu ceny w ofercie Sygnity S.A. jest w chwili obecnej bezsporna między stronami.

Dalej Odwołujący wyjaśnił, iż Zamawiający w dniu 19 października 2012 r. poinformował Sygnity S.A., iż na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, poprawił oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Zdaniem Odwołującego, sposób poprawienia błędu w obliczeniu ceny w ofercie Sygnity S.A. jest nieprawidłowy i sprzeczny z ustawą Pzp, jak i z wyrokiem KIO.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z postanowieniami SIWZ, odnoszącymi się do Załącznika nr 3 do SIWZ „Szczegółowa specyfikacja ceny oferty”, Wykonawca miał przedstawić ceny realizacji Architektury Pośredniej nazywanej TA2, TA3, TA4 w dwóch perspektywach: komponentów architektonicznych oraz etapach realizacji projektu. Zdaniem Odwołującego, oba te spojrzenia powinny po zsumowaniu cen częściowych dawać tą samą cenę łączną.

Odwołujący wyjaśnił, iż Zamawiający poprawiając za pierwszym razem błędy w obliczeniu ceny - poprawił ceny składowe w etapach realizacji architektury, a poprawił je tak, żeby zostały te same ceny łączne w TA2, TA3 i TA4. Obecnie Zamawiający poprawił ceny łączne za TA2, TA3 i TA4 za punkt wyjścia przyjmując ceny jednostkowe za etapy realizacji architektury, jednakże w wyniku takich zmian w ofercie, te nowe poprawione ceny nie sumują

się z sumą cen jednostkowych w podziale na komponenty technologiczne. Tym samym w ofercie Sygnity S.A. wciąż znajduje się błąd w obliczeniu ceny, zaś dokonane przez Zamawiającego poprawki ani nie są zgodne z ustawą Pzp, ani też nie likwidują stanu wadliwości w ofercie Sygnity S.A.

Zamawiający jako podstawę poprawienia ww. błędów wskazał przepis art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, uznając je za oczywiste omyłki rachunkowe. Tymczasem ww. błędy w ofercie Sygnity S.A. nie są oczywistymi omyłkami rachunkowymi. Gdyby były to oczywiste omyłki rachunkowe sposób ich poprawienia byłby właśnie „oczywisty”, jedyny możliwy. Skoro sam Zamawiający nie wie, jak należy te błędy poprawić - czego dowodem są dwie zupełnie różne próby poprawek - to oczywistym jest, że nie jest w tym przypadku spełniona przesłanka oczywistości.

Dodatkowym argumentem wskazującym na okoliczność, iż przedmiotowy błąd nie jest oczywistą omyłką rachunkową, jest zachowanie Sygnity S.A. Otóż Sygnity S.A., w odpowiedzi na pismo Zamawiającego informujące o poprawieniu ceny, w dniu 19 października 2012 r. wystosowało do Zamawiającego pismo, w którym poinformowało, iż: *„wyrażamy niniejszym zgodę na poprawienie oczywistych omyłek wyszczególnionych w ww. piśmie Zamawiającego”*. Należy jednak podkreślić, iż tryb wyrażenia zgody na poprawienie omyłek nie dotyczy poprawiania oczywistych omyłek rachunkowych.

Skoro poprawienie błędu w ofercie Sygnity S.A. jest niezasadne, Zamawiający nie mógł zastosować w stosunku do Sygnity S.A. trybu uzupełniania dokumentów, a oferta Sygnity S.A. powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Wyrokiem z dnia 5 października 2012 r. KIO wskazała wprost, jakie elementy oferty Sygnity S.A. zostały utajnione z naruszeniem ustawy Pzp i w konsekwencji nakazało Zamawiającemu udostępnienie tych części oferty pozostałym wykonawcom. W dniu 7 listopada 2012 r. w trakcie wglądu w dokumentację postępowania Odwołującemu nie udostępniono następujących części oferty Sygnity S.A.: prezentacji oferowanego rozwiązania, dokumentu koncepcji architektury rozwiązania, specyfikacji prezentacji oferowanego rozwiązania. Zdaniem Odwołującego powyższe zaniechanie jest sprzeczne zarówno z ustawą Pzp, jak i z ww. wyrokiem KIO.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega odrzuceniu.

Zgodnie z przepisem art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Jednocześnie, na podstawie przepisu art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności

zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo w terminie 15 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Powołane przepisy pozwalają na zrekonstruowanie normy prawnej, zgodnie z którą podstawą wniesienia odwołania są tylko takie formy aktywności zamawiającego, które nie znajdują oparcia w przepisach prawa, przy jednoczesnym zastrzeżeniu, że ich kwestionowanie jest możliwe w ściśle określonych terminach. Ograniczenie w czasie uprawnienia do skorzystania ze środków ochrony prawnej jest uzasadnione nie tylko koniecznością zapewnienia „pewności” (niewzruszalności) poszczególnych etapów postępowania, ma również na celu urzeczywistnienie zasady koncentracji środków ochrony prawnej. Zaś prawidłowe funkcjonowanie powołanej zasady zapewnia realizację przez wykonawców ich uprawnień jedynie w ściśle określonych terminach, bez możliwości wyboru czynności czy zaniechania, które mogą stanowić przedmiot odwołania, na danym etapie postępowania. To z kolei zapobiega wnoszeniu odwołań z uchybieniem terminu, a więc zarówno „spóźnionych”, jak i „przedwczesnych”.

W orzecznictwie nie budzi wątpliwości, iż w hipotezie normy prawnej, zawartej w przepisie art. 189 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, znajdującej zastosowanie w sytuacji, w której odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie, mieszczą się wszelkie okoliczności uchybienia terminu wniesienia odwołania. Ze względu bowiem na powołaną zasadę koncentracji, jak i racjonalność ustawodawcy, nie znajduje uzasadnienia taka wykładania rzeczzonego przepisu, który nakazuje odrzucić odwołanie jedynie w sytuacji wniesienia odwołania z upływem terminu.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, iż odwołanie wobec zaniechania odtajnienia określonych informacji, zawartych w części zastrzeżonej oferty Sygnity S.A. zostało wniesione z uchybieniem terminu. Bezsporne jest, iż Odwołujący w dniu 7 listopada 2012 r. uzyskał wgląd do ww. oferty. Jednocześnie zważywszy na wniosek Odwołującego, iż wnosi o wyznaczenie terminu wglądu, „*po wykonaniu przez Zamawiającego czynności wynikających z wyroku KIO z dnia 5 października 2012 r. (...), w którym KIO nakazało Zamawiającemu odtajnienie części ofert złożonych w ww. postępowaniu*”, stwierdzić należy, iż Odwołujący mógł odnieść wrażenie, iż udostępnienie oferty Sygnity S.A. następuje w wykonaniu powołanego wyroku i od tej daty rozpoczyna się bieg terminu do wniesienia odwołania w tym przedmiocie. Jednakże nie sposób pominąć, iż ostateczną decyzję o zakresie odtajnienia ofert wykonawców, w tym oferty Sygnity S.A., Zamawiający podjął w dniu 16 listopada 2012 r., informując o powyższym wykonawców. Co więcej, w treści powołanego pisma Zamawiający wskazał, iż czynność ta zastała podjęta w związku z wyrokiem Izby z dnia 5 października 2012 r.

Zważywszy zatem na przepis art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp należało przyjąć, iż termin do wniesienia odwołania rozpoczął swój bieg od dnia 16 listopada 2012 r., a nie od dnia 7 listopada 2012 r. Skoro bowiem Zamawiający zakomunikował wykonawcom w dniu 16 listopada 2012 r. o wykonaniu przedmiotowego wyroku Izby, wskazując jednocześnie na sposób jego wykonania, to nie może ulegać wątpliwości, iż podstawą oceny zaniechania czynności odtajnienia, w aspekcie powołanego wyroku, może być jedynie ostateczna decyzja Zamawiającego w przedmiocie odtajnienia ofert.

Przechodząc do oceny warunków formalnych wniesienia odwołania w zakresie poprawienia omyłek w ofercie Sygnity S.A. zwrócić należy uwagę, iż KIO w powoływanym wyroku przesądziła (str. 134-135), że *„za punkt wyjścia dla oceny poprawności wyliczenia należnego wykonawcy wynagrodzenia należało przyjąć części składowe wynagrodzenia, a nie jak to uczynił Zamawiający, sumę całkowitą. (...) Biorąc pod uwagę powyższe za stałe i niezmiennie składniki wynagrodzenia należy uznać jego poszczególne elementy, w tym w szczególności te o charakterze ryczałtowym, zaś ogólną sumę należy traktować jako wynik działań matematycznych na poszczególnych składnikach wynagrodzenia. (...) W pierwszej kolejności Zamawiający winien dokonać próby poprawienia zaistniałych omyłek rachunkowych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, a gdyby czynność ta nie dała oczekiwanych wyników, np. w zakresie braku możliwości zachowania wymaganych poziomów procentowych dla TA2 i TA4, winien dopiero rozważyć zasadność odrzucenia oferty wykonawcy Sygnity S.A. W tym miejscu należy również wskazać, iż konsekwencje rachunkowe dokonanych poprawek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp mogą wszakże powodować zmianę ceny całkowitej, w szczególności w ramach wynagrodzenia dla którego Zamawiający określił jego wynikowy charakter.”*

Lektura powołanego wyroku KIO pozwala zatem na stwierdzenie, że Izba uznała, iż cena za wykonanie niniejszego zamówienia ma charakter wynikowy, co determinuje sposób jej poprawienia. Istotne są więc części składowe wynagrodzenia, a nie suma całkowita, która może ulec zmianie, w konsekwencji dokonanych poprawek. Jednocześnie Izba przesądziła, iż poprawienie omyłek w tym zakresie może być dokonane w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Z pisma z dnia 19 października 2012 r. wynika, iż Zamawiający dokonał poprawy oczywistej omyłki rachunkowej przez zsumowanie cen ryczałtowych, określonych w poszczególnych punktach specyfikacji cenowej, przyjmując konsekwencje rachunkowe dokonanej poprawki, odnoszące się do wartości łącznej ceny za usługę budowy, usługę wdrożenia i asystę powdrożeniową dla Architektury Pośredniej TA2, TA3, TA4.

W ocenie Izby, sposób poprawienia oferty Sygnity S.A. jest zgodny z wytycznymi, zawartymi w powołanym wyroku, a wobec braku zarzutu, iż czynność poprawienia nie

zapewniła możliwości zachowania wymaganych poziomów procentowych dla TA2 i TA4, należało uznać, iż czynność ta była dopuszczalna. Tym bardziej, że wartości, które uzyskano w wyniku dokonanych poprawek odpowiadają tym, na które wskazuje Odwołujący. Nadto, zauważyć należy, iż sam Odwołujący formułując zarzut dokonania poprawy omyłek w sposób niezgodny z wyrokiem w istocie nie wskazując, na czym ta niezgodność miałyby polegać. Nie należy bowiem zapominać, iż wykonanie czynności w sposób określony w wyroku należy oceniać w aspekcie i w zakresie dokonanego rozstrzygnięcia. Izba stoi zatem na stanowisku, iż skoro rzeczony wyrok KIO co do zasady zezwalał na poprawienie omyłek w ofercie Odwołującego, w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, artykułując (rozpatrując) jedynie jedno ograniczenie, które mogłoby stanowić przeszkodę w dokonaniu przedmiotowej czynności, to wobec braku tego ograniczenia (niestwierdzenia) uznać należy, iż w rozpatrywanym aspekcie czynność Zamawiającego została podjęta w wykonaniu powoływanego wyroku. Tym samym odwołanie w tym zakresie jest niedopuszczalne i podlega odrzuceniu, na podstawie przepisu art. 189 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Jednocześnie dostrzegając, iż sposób poprawienia omyłek w ofercie Sygnity S.A. jest kwestionowany przez Odwołującego na dwóch płaszczyznach, stwierdzić należy, iż czynność poprawienia omyłek, dokonana w dniu 19 października 2012 r., mogła być kwestionowana w zakresie oceny zgodności z powoływanym wyrokiem, w terminie od dnia powzięcia wiadomości o wykonaniu przedmiotowego wyroku. Zaś poprawienie omyłek, które skutkowało ewentualną niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ, jeśli idzie o ujęcie ceny w dwóch perspektywach: komponentów architektonicznych oraz etapach realizacji projektu, winno być podstawą odwołania wnoszonego wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Podjęcie decyzji o poprawieniu omyłki, bez rozważenia innych ograniczeń niż te, które wskazano w powoływanym wyroku w istocie doprowadziło bowiem do wyboru oferty najkorzystniejszej. Nadto, gdyby przyjąć, iż na obecnym etapie postępowania zgłoszenie przedmiotowego zarzutu jest dopuszczalne, oznaczałoby to, iż po pierwsze, czynność, podjęta w wykonaniu wyroku może być kwestionowana w dowolnym zakresie, po drugie, kwestionowanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wobec rozstrzygnięcia wszelkich zarzutów na wcześniejszym etapie postępowania, miałyby jedynie charakter formalny, co z kolei przeczyłoby zasadzie koncentracji środków ochrony prawnej. Z tych przyczyn uznać należy, iż w rozpatrywanym aspekcie odwołanie zostało wniesione z uchybieniem terminu i podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Jednocześnie zauważyć należy, iż zarzut nieuprawnionego wezwania Sygnity S.A. do uzupełnienia polisy jako zarzut stanowiący konsekwencję powołanego wyżej zarzutu dzieli konsekwencje prawne odnoszące się do zarzutu „pierwotnego”.

Wobec powyższego postanowiono jak w sentencji.



O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpisy od odwołania w wysokości 15.000,00 zł.

**Przewodniczący: .....**