

WYROK

z dnia 12 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 października 2017 roku w W. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 września 2017 r. przez **I. S. Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w W.** w postępowaniu prowadzonym przez **Sąd Apelacyjny w W.**

przy udziale wykonawcy **A. P. Spółka Akcyjna w W.**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **I. S. Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w W.** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **I. S. Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w W.** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **I. S. Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.** na rzecz **Sądu Apelacyjnego w W.** 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 (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia

jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej,
do Sądu Okręgowego w **W**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Sąd Apelacyjny w W. – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę licencji, aktualizacji licencji i subskrypcji oprogramowania (...) lub produktów równoważnych dla sądów apelacji warszawskiej.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 25 września 2017 roku wykonawca I. S. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego oraz od zaniechania dokonania przez zamawiającego czynności, do których był on zobowiązany na podstawie przepisów ustawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę licencji, aktualizacji licencji i subskrypcji oprogramowania (...) lub produktów równoważnych dla sądów apelacji warszawskiej”.

Odwołujący podniósł, że jako wykonawca, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, posiada interes w uzyskaniu zamówienia, na skutek zaniechania dokonania przez zamawiającego czynności, do których był on zobowiązany na podstawie przepisów ustawy, oraz wskutek dokonania przez zamawiającego czynności niezgodnie z ustawą oferta odwołującego została sklasyfikowana na trzecim miejscu, co uniemożliwia mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania czynności zgodnie z ustawą, a także dokonanie czynności, których zaniechał, a do których był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy doprowadzi do uznania oferty odwołującego za najkorzystniejszą i umożliwi odwołującemu uzyskanie zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez wybranie oferty najkorzystniejszej w oparciu o inne kryteria niż przewidziane w si.w.z., i ich opis, z uwagi na wybór oferty, która wg przyjętych w Roz. 13.1 s.i.w.z. kryteriów i ich opisu, nie była najkorzystniejsza;
2. Art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez prowadzenie negocjacji treści oferty w ramach procedury wyjaśnienia treści oferty, w zakresie wykraczającym poza poprawienie innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. w ofercie A. P. z uwagi na wskazanie, czy wykonawca ten zaoferował marżę czy opust;

3. Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty niezgodnej z s.i.w.z., tj.:

a) oferty wykonawcy A. P. z uwagi na brak informacji nt., czy wykonawca ten oferuje opust czy marżę, co miało decydujący wpływ na sposób podania ceny i na porównywalność ofert;

b) ofert wykonawców A. P. i C. z uwagi na podanie ceny w sposób odmienny od wymaganego przez zamawiającego w Rozdz. 12.2 s.i.w.z.;

4. Art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców A. P. i C. jako zawierających błąd w obliczeniu ceny poprzez wskazanie jako ceny oferty wartości niezgodnej z definicją ceny określoną przez zamawiającego w Rozdz. 12.2 s.i.w.z.;

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. Odrzucenia ofert wykonawców A. P. i C. jako niezgodnych z s.i.w.z.; i/lub
3. Odrzucenia ofert wykonawców A. P. i C. jako zawierających błąd w obliczeniu ceny;
4. Dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem kryteriów oceny ofert określonych w s.i.w.z.;
5. Dokonania ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że w dniu 15 września 2017 r. zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, wybierając ofertę złożoną przez wykonawcę A. P. jako najkorzystniejszą. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na trzecim miejscu za ofertą wykonawcy C. W ocenie odwołującego, czynność dokonaną przez zamawiającego należy uznać za niezgodną z ustawą z następujących względów:

1. Wybór ofert niezgodnie z kryteriami

Zgodnie z Rozdz. 12.2 s.i.w.z., „Cena ofertowa brutto podana przez Wykonawcę w ofercie obliczona zostanie poprzez przemnożenie sugerowanej ceny jednostkowej danego Produktu/Usługi Stowarzyszonej obowiązującej w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu, wyrażonej w złotych (przeliczonej według kursu NBP z dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu) przez oferowany opust lub dodanie kwoty marży, powiększenie otrzymanych cen jednostkowych o wartość podatku VAT (23%) oraz przemnożenie tak otrzymanych cen jednostkowych przez podane w formularzu produktowym stanowiącym załącznik nr 2a do

siwz ilości i ich zsumowanie. Dla produktów równoważnych Wykonawca jest zobowiązany wskazać cenę ryczałtową powiększoną i marżę lub pomniejszoną o opust.

Odwołujący stwierdził, że cena zawarta w jego ofercie wynosiła 1 006 342,86 PLN brutto była niższa zarówno od ceny A. P., jak i C. Zgodnie z przytoczoną definicją, przyjętą specjalnie na potrzeby niniejszego postępowania, to wysokość opustu dla kupowanego oprogramowania była porównywana jako cena oferty brutto, co wynika z przytoczonego wyżej Rozdz. 12.2 siwz (Cena ofertowa brutto podana przez wykonawcę w ofercie obliczona zostanie poprzez przemnożenie sugerowanej ceny jednostkowej danego Produktu/Usługi Stowarzyszonej obowiązującej w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu, wyrażonej w złotych (przeliczonej według kursu NBP z dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu) przez oferowany opust).

Odwołujący stwierdził, że cena brutto oferty, obliczona przez odwołującego i oznaczona jako opust wynosiła 1 006 342,86 PLN brutto i była niższa zarówno od ceny oferty A. P., jak i od oferty C., mimo to oferta odwołującego została sklasyfikowana na trzecim miejscu.

W ocenie odwołującego, wydaje się, że zamawiający zdawał się przyjąć jako cenę całkowitą brutto oferty podaną przez wykonawców cenę po rabacie, lecz jest to niezgodne z przyjętą przez zamawiającego definicją ceny oferty brutto, wyrażoną w Rozdz. 12.2 s.i.w.z.. Uwzględniając przyjętą przez zamawiającego definicję, a nie może ona zostać pominięta przy ocenie ofert, cena brutto A. P. wynosiła 4.527.369,71 zł i stanowiła opust w wysokości 20,47%, to należy stwierdzić, że cena po rabacie wynosiła 17.589.727,06 zł (wynik dzielenia kwoty opustu przez jego wysokość minus wartość opustu). Analogicznie cena wykonawcy C. wynosiła 4.553.945,90 i stanowiła opust w wysokości 18,50%, wartość tej oferty po rabacie wynosiła 20.061.977,88 zł. Wynika stąd, że obie ceny po upuście były wyższe i to znacznie od ceny zaoferowanej przez wykonawcę, która została wskazana w ofercie odwołującego i wynosiła 1 006 342,86 PLN brutto, wiązała się z opustem ocenianym w kryterium ceny i była i tak niższa od cen wykonawców sklasyfikowanych na miejscach pierwszym i drugim.

Odwołujący wskazał, że mając na względzie powyższe, należy stwierdzić, że zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej wg innych kryteriów i ich opisu, niż przyjęte w Rozdz. 13.1 s.i.w.z., gdyż wówczas musiałby wybrać ofertę odwołującego jako najkorzystniejszą.

2. Negocjacje treści oferty A. P. w ramach wyjaśniania treści oferty.

Odwołujący podniósł, że zamawiający jako nieistotną omyłkę poprawił treść oferty w zakresie zaznaczenia, czy wykonawca ten oferuje upust, czy marżę, skreślając wyrażenie „marża” w formularzu ofertowym, a tym samym składając w imieniu wykonawcy A. P. oświadczenie, które było istotne z punktu widzenia treści oferty. Zgodnie bowiem z definicją ceny zawartą w Rozdz. 12.2 siwz, wpływało ono na to, co jest oceniane, czy wartość oferty powiększona o wartość marży, czy też wysokość opustu.

Zdaniem odwołującego, oznacza to, że w ramach procedury wyjaśnień oferty poprzez negocjacje między zamawiającym a wykonawcą A. P. doszło do zmiany w treści oferty, w zakresie wykraczającym poza art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

3. Niezgodność ofert z siwz.

3.a) Niezgodność oferty A. P. z uwagi na brak wskazania, czy wykonawca ten oferuje marżę czy opust

Odwołujący stwierdził, że ze względów, o których mowa w Pkt. 2 odwołania, brak wskazania, czy wykonawca oferuje marżę, czy opust stanowił niezgodność oferty z s.i.w.z. nieusuwalną w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., z uwagi na to, że brak ten wpływał na sposób obliczania ceny, a tym samym na ocenę oferty, w szczególności z uwagi na to, że jedynym kryterium oceny ofert była cena.

Zgodnie bowiem, z definicją ceny zawartą w Rozdz. 12.2 s.i.w.z., wskazanie, czy wykonawca oferuje marżę, czy opust wpływało na definicję ceny, a tym samym na to, jaka wartość zostanie przyjęta do oceny oferty - czy będzie to wartość oferty powiększona o wartość marży, czy też wysokość opustu.

Tym samym, w ocenie odwołującego, nie można uznać braku wskazania, czy chodzi o marżę, czy opust za zwykłą omyłkę. Brak ten, przy tak sformułowanych wymaganiach dotyczących ceny oferty decyduje o jej nieporównywalności, bowiem prowadzi do sytuacji, w której zamawiający nie może określić, jaką wartość powinien przyjąć za cenę, czy wysokość opustu, czy też wartość produktów powiększoną o marżę.

Mając na względzie powyższe odwołujący stwierdził, że uzupełnienie tego braku powoduje istotną zmianę treści oferty, a w konsekwencji nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., co oznacza, że oferta wykonawcy A. P. powinna zostać odrzucona jako niezgodna z s.i.w.z.

3.b) Niezgodność ofert A. P. i C. z siwz z uwagi na podanie cen w sposób odmienny od wymaganego w Rozdz. 12.2 s.i.w.z.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z przyjętą przez zamawiającego w Rozdz. 12.2 s.i.w.z. definicją ceny oferty brutto, powinna zostać ona obliczona „poprzez przemnożenie sugerowanej ceny Produktu/Usługi Stowarzyszonej obowiązującej w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu, wyrażonej w złotych (przeliczonej według kursu NBP z dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu) oraz oferowany opust lub dodanie kwoty marży, powiększenie otrzymanych cen jednostkowych o wartość podatku VAT (23%) oraz przemnożenie tak otrzymanych cen jednostkowych przez podane w formularzu produktowym stanowiącym załącznik nr 2a do siwz ilości i ich zsumowanie...”.

Zgodnie z wymaganiami s.i.w.z. (Roz. 12.2 siwz) oraz formularza ofertowego (Pkt 3 zat. nr 2 do siwz), właściwa do wpisania kwota to wartość opustu zdefiniowana jako: „Cena ofertowa brutto wynosi: zł, obliczona poprzez przemnożenie sugerowanej ceny jednostkowej danego Produktu/Usługi Stowarzyszonej obowiązującej w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu, wyrażonej w złotych (przeliczonej według kursu NBP z dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu) przez oferowany opust lub dodanie kwoty marży, powiększenie otrzymanych cen jednostkowych o wartość podatku VAT (23%) oraz przemnożenie tak otrzymanych cen jednostkowych przez podane w formularzu produktowym stanowiącym załącznik nr 2a do SIWZ ilości i ich zsumowanie. Dla produktów równoważnych Wykonawca jest zobowiązany wskazać cenę ryczałtową powiększoną o marżę lub pomniejszoną o opust.

W ocenie odwołującego, zgodnie z brzmieniem siwz i formularza ofertowego, abstrahując od ilości produktów, kursu walutowego, VAT, należało przemnożyć cenę jednostkową produktów przez oferowany opust, co jest ewidentnie wartością opustu.

Przykładowo - Cena jednostkowa 100 PLN, opust 18%, wartość opustu 18 PLN, cena po opuszczeniu to 82 PLN. Wymaganą do wpisania w formularzu ofertowym, zgodnie z wymaganiami zamawiającego, jest więc kwota 18 PLN.

Odwołujący stwierdził, że skoro ceny tych wykonawców zostały uznane za ceny po rabacie, to znaczy, że wykonawcy ci podali w ofercie ceny niezgodne z definicją przewidzianą w Rozdz. 12.2 s.i.w.z. Skutkuje to nieporównywalnością ofert, z innymi złożonymi w postępowaniu, a jednocześnie nie może zostać poprawione w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. jako inna omyłka wykonawcy.

4. Błąd w obliczeniu ceny w ofertach wykonawców A. P. i C.

Odwołujący zaznaczył, że przyjmując, iż ceny podane przez Wykonawców A. P. są cenami po rabacie, należy stwierdzić, że zawierają one również błąd w obliczeniu ceny. Zgodnie z przyjętą przez zamawiającego w Rozdz. 12.2 s.i.w.z. definicją ceny oferty brutto

powinna zostać ona obliczona „poprzez przemnożenie sugerowanej ceny jednostkowej danego Produktu/Usługi Stowarzyszonej obowiązującej w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu, wyrażonej w złotych (przeliczonej według kursu NBP z dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu) oraz oferowany opust lub dodanie kwoty marży, powiększenie otrzymanych cen jednostkowych o wartość podatku VAT (23%) oraz przemnożenie tak otrzymanych cen jednostkowych przez podane w formularzu produktowym stanowiącym załącznik nr 2a do s.i.w.z. ilości i ich zsumowanie...”. Jeśli zatem przyjąć, że cena ofert podana przez wyżej wymienionych wykonawców stanowiła cenę licencji z uwzględnionym zaoferowanym przez nich opustem to należy stwierdzić, że oferty ich nie tylko w zakresie podanej ceny są niezgodne z s.i.w.z., lecz również zawierają błąd w obliczeniu ceny. Cena bowiem została skalkulowana w sposób odmienny od określonego przez zamawiającego, tym samym oferty tych wykonawców powinny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 6 października 2017 roku zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz obciążenie odwołującego kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa procesowego.

W pierwszej kolejności zamawiający wskazał, iż odwołujący nie ma interesu w formułowaniu zarzutów, dla których podstawę faktyczną stanowi rzekomo nieprawidłowe określenie ceny oferty przez wykonawców A. P. i C.

Odwołujący określił bowiem cenę oferty dokładnie w taki sam sposób, w jaki została ona określona w ofertach złożonych przez A. P. i C. W polu formularza ofertowego „cena ofertowa brutto”, odwołujący - tak jak i pozostali wykonawcy - wskazał sumaryczną wartość brutto po upuście. Zamawiający nie ma jakichkolwiek podstaw, aby jako cenę oferty w ofercie odwołującego przyjąć cenę inną, niż wprost wskazana w polu „cena ofertowa brutto”. W szczególności za cenę oferty zamawiający nie może przyjąć sporządzonego niejako na marginesie dopisku, przy którym w żaden sposób nie wskazano, iż jest to cena oferty. Przy dopisku wskazano natomiast wprost, iż jest to wartość samego opustu. Tym samym odwołujący wskazał cenę oferty w sposób jednoznaczny i dokładnie taki sam, w jaki zostały wskazane ceny w ofertach wykonawców A. P. i C.

Zamawiający zauważył, że jakakolwiek argumentacja odwołującego, która wskazywałaby wartość samego tylko opustu jako cenę oferty, musiałaby w każdym przypadku prowadzić do uznania, iż odwołujący wskazał w treści oferty obok ceny oferty wyrażonej wprost, również drugą cenę oferty.

Zamawiający stwierdził, że odwołujący – domagając się odrzucenia ofert A. P. i C. z uwagi na rzekomą ich niezgodność z treścią s.i.w.z. w zakresie wskazania ceny oferty, jak i również z uwagi na rzekome błędy w obliczeniu ceny, oraz argumentując w treści odwołania, iż jego własna oferta zawiera dwie ceny – domaga się *de facto* również odrzucenia własnej oferty, w której cenę obliczono i wskazano w sposób tożsamy. W rezultacie powyższego, odwołujący nie posiada interesu również w domaganiu się odrzucenia oferty A. P., z uwagi na brak informacji w tej ofercie, czy wykonawca zaoferował marżę czy upust. Ewentualne uwzględnienie jedynie tego zarzutu spowodowałoby, iż zamówienie uzyskałby wykonawca C., sklasyfikowany w rankingu ofert przed Odwołującym.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez wybranie oferty najkorzystniejszej w oparciu o kryteria inne, niż przewidziane w s.i.w.z. i ich opis, zamawiający stwierdził, że kryteria oceny ofert w niniejszym postępowaniu określone zostały w rozdziale 13 s.i.w.z., w sposób następujący:

13.1, Zamawiający dokona oceny ofert, które nie zostały odrzucone, na podstawie kryterium najniższej ceny - waga kryterium 100%, wg następującego wzoru:

Najniższa cena bruttox 100

Cena brutto oferty badanej

13.2. Uzyskane punkty zostaną zaokrąglone do dwóch miejsc po przecinku.

13.3. Przyjmuje się, że 1% wagi kryterium 1 pkt i tak zostanie przeliczona liczba punktów,

13.4. Za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która uzyska najwyższą liczbę punktów w kryterium najniższej ceny.

Zamawiający stwierdził, że – jak wprost wynika z powyższego – jedynym kryterium oceny ofert było kryterium najniższej ceny (13.4 s.i.w.z). Zamawiający nie sformułował żadnych innych kryteriów oceny ofert, poza powyższym, w szczególności natomiast nie dokonuje oceny ofert według kryterium „najniższego upustu”, jak próbuje wykazywać odwołujący w treści odwołania. Zamawiający podniósł, iż tak sformułowany zarzut mógłby zostać uznany za zasadny jedynie w przypadku, gdyby wykazane zostało stosowanie przez zamawiającego kryterium innego, niż kryterium najniższej ceny, oraz w efekcie tego nastąpił wybór oferty innej, niż oferta z najniższą ceną.

Tymczasem odwołujący nie tylko nie wykazał powyższego, lecz przede wszystkim zdaje się całkowicie ignorować postanowienie 13.4 s.i.w.z., formułując niczym nieoparte

twierdzenie, iż kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu stanowiło w istocie kryterium najniższego upustu.

Zamawiający stwierdził, że odwołujący wskazuje, iż do wzoru określonego w pkt. 13.1 s.i.w.z. w polu „najniższa cena brutto” należałoby podstawić wartość samego upustu, którą to wartość odwołujący przyjmuje (bezzasadnie) jako cenę oferty. W ocenie zamawiającego, argumentacja odwołującego nie może się ostać z kilku zasadniczych względów.

Po pierwsze – z uwagi na fakt, iż brak jest podstaw do przyjęcia, iż pod pojęciem ceny oferty zapisy s.i.w.z. nakazują rozumieć wartość upustu. Po drugie – ze względu na fakt, iż podstawienie w miejsce „najniższa cena oferty brutto” do wzoru określonego w pkt. 13.1 s.i.w.z. wartości samego upustu, który co do zasady stanowi różnicę pomiędzy ceną standardową a ceną oferowaną, prowadziłoby do uzyskania takiego wyniku działania arytmetycznego, w rezultacie którego najwyższą ilość punktów uzyskałaby oferta z najniższym upustem, a więc oferta z najwyższą ceną. Stałoby o w sprzeczności nie tylko z art. 91 ust. 2 ustawy P.z.p., w myśl którego kryterium oceny ofert może stanowić kryterium najniższej (a nie najwyższej) ceny, jak i brzmieniem pkt. 13.4 s.i.w.z, w myśl którego kryterium oceny ofert jest kryterium najniższej (a nie najwyższej) ceny, lecz przede wszystkim ze sformułowaną w art. 2 pkt. 5 ppkt. a) definicją oferty najkorzystniejszej, za którą - w przypadku, gdy cena jest jedynym kryterium oceny ustawa nakazuje przyjąć ofertę z najniższą ceną.

Zamawiający stwierdził, że - wbrew twierdzeniom zawartym w odwołaniu - nie dokonał oceny ofert w oparciu o kryteria inne, niż określone w s.i.w.z.. Wydaje się wręcz, iż to odwołujący postuluje zastosowanie nieznanego zarówno SIWZ jak i ustawie kryterium „najniższego upustu”. Niniejszy zarzut jest zatem bezzasadny.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez prowadzenie negocjacji treści oferty w ramach procedury wyjaśniania treści oferty w zakresie wykraczającym poza poprawienie innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy P.z.p. w ofercie A. P.; oraz zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy P.z.p. - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią s.i.w.z. z uwagi na brak wskazania, czy wykonawca A. P. zaoferował marżę czy upust, zamawiający wskazał, iż w toku niniejszego postępowania nie skierował do wykonawcy A. P. wezwania do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. Wykonawca ten nie składał w tym przedmiocie jakichkolwiek wyjaśnień zamawiającemu. Przepis art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. w ogóle nie znalazł zastosowania w niniejszym postępowaniu w stosunku do wykonawcy A. P., stąd też całkowicie niezrozumiały jest tak sformułowany zarzut jego naruszenia.

Zamawiający stwierdził, że poprawienie innej omyłki, w trybie określonym w art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy P.z.p., odbyło się w tym przypadku na podstawie treści samej oferty, bez jakiegokolwiek udziału wykonawcy A. P.

Zamawiający wskazał, że określenie ceny oferty miało nastąpić w odniesieniu do sugerowanej ceny jednostkowej danego Produktu/Usługi Stowarzyszonej obowiązującej w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu, wyrażonej w złotych (przeliczonej według kursu NBP z dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu) (pkt. 12.2 s.i.w.z.). Pojęcie „Produktu” zostało zdefiniowane w pkt. 1.9.11 s.i.w.z. jako licencje, aktualizacja licencji i subskrypcji oprogramowania, które Wykonawca Umowy odsprzedaje na podstawie Umowy, natomiast pojęcie „Usługi Stowarzyszonej” w pkt. 1.9.15 s.i.w.z. zostało zdefiniowane jako dowolne usługi świadczone przez specjalistów będących pracownikami Producenta lub spółek będących w 100% jego własnością. Wszyscy wykonawcy w swoich ofertach zaoferowali te same produkty firmy (...). Zgodnie z ww. cytowanymi postanowieniami s.i.w.z., oznacza to, iż w przypadku każdego z wykonawców określenie ceny miało nastąpić w odniesieniu do sugerowanych cen jednostkowych tych samych produktów, określonych w cenniku firmy (...) obowiązującego w dniu 21 lipca 2017 r. (data publikacji ogłoszenia o zamówieniu), przeliczonej na złote polskie według kursu NBP z tego samego dnia. Ceny, w odniesieniu do których nastąpić miało obliczenie ceny oferty były więc jednakowe dla wszystkich wykonawców i określone sztywno.

Powyższe prowadzi do wniosku, iż stwierdzenie czy wykonawca zaoferował w stosunku do ww. cen sztywnych upust czy też marżę, było możliwe na podstawie prostego porównania ceny oferty z ww. cenami sztywnymi. Jeżeli więc cena oferty okazałaby się wyższa, oczywistym byłoby, iż wykonawca oferuje marżę. Jeżeli natomiast niższa – oczywiste jest, iż oferowany jest upust. Na podstawie takiego prostego porównania zamawiający mógł pozyskać wszelkie niezbędne informacje pozwalające mu na zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy P.z.p. i poprawienie innej omyłki. Wykonawca wyraził wprost zgodę na dokonanie korekty. Podnieść także należy, iż korekta omyłki nie prowadziła do jakiegokolwiek (w tym również istotnej) zmiany treści oferty. W kontekście oferowanego upustu czy marży znaczenie ma bowiem wyłącznie cena oferty, a ta nie została żaden sposób zmodyfikowana. Zawarta w innej części formularza ofertowego deklaracja o zaoferowaniu upustu czy marży miała walor wtórny względem ceny oferty. Z powyższego względu, całkowicie bezzasadny wydaje się zatem zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy P.z.p.

Zamawiający zauważył, że odwołujący nie sformułował w odwołaniu zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy P.z.p., a jego formułowanie na obecnym etapie postępowania byłoby spóźnione.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców A. P. i C. z uwagi na podanie ceny w sposób odmienny od wymaganego przez zamawiającego w rozdziale 12.2 s.i.w.z. oraz zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców A. P. i C. jako zawierających błąd w obliczeniu ceny poprzez wskazanie jako ceny oferty wartości niezgodnej z definicją ceny określoną przez zamawiającego w rozdziale 12.2 s.i.w.z., zamawiający wskazał, iż odwołujący opiera oba powyższe zarzuty na całkowicie błędnym rozumieniu pojęcia ceny oferty, nieznajującym żadnego uzasadnienia ani w postanowieniach s.i.w.z., ani w przepisach ustawy P.z.p., całkowicie bezpodstawnie próbując utożsamiać pojęcie ceny oferty z pojęciem upustu.

Zamawiający zwrócił uwagę, że postanowienia s.i.w.z. oraz załączonego do s.i.w.z. wzoru umowy wprost rozróżniają pojęcie ceny oferty i pojęcie upustu. W myśl zarówno pkt. 12.2 s.i.w.z. (sposób obliczenia ceny) jak i 5 ust. 1 wzoru umowy, upust nie stanowi sam w sobie ceny, a jedynie stanowi jedną z podstaw do jej obliczenia.

W dalszej kolejności zamawiający wskazał, iż dla potrzeb postępowań o udzielenie zamówienia publicznego ustawodawca zdefiniował cenę jako wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący zobowiązany jest zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę (art. 2 pkt. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz.U. poz. 915 oraz z 2016 r. poz. 1823 ze zm.)). Przepis ten ma charakter powszechnie obowiązujący. Tak sformułowanej definicji w żaden sposób nie odpowiada wartość upustu. Wartości upustu można użyć w przedmiotowym postępowaniu jedynie do ustalenia ceny ostatecznej, poprzez pomniejszenie o tę wartość sumy cen sztywnych. Nie będzie to jednak w żadnym wypadku wartość, którą zamawiający zobowiązany będzie kiedykolwiek zapłacić za wykonane dostawy. Nie wynika to w szczególności z postanowień załączonego do SIWZ wzoru umowy.

Zamawiający stwierdził, że na podstawie rozdz. 12.2 i 13.1 s.i.w.z. oraz § 5 ust. 1 wzoru umowy, jak i również powszechnie obowiązujących przepisów prawa wykonawcy zobowiązani byli podać w formularzu ofertowym cenę oferty rozumianą jako łączną wartość oferowanych produktów, po uwzględnieniu zaoferowanego upustu. Dokładnie w taki sposób postąpił zresztą sam odwołujący, podając tę wartość w polu „cena oferty brutto” formularza ofertowego. Wszyscy wykonawcy, którzy złożyli ofertę w przedmiotowym postępowaniu rozumieli więc pojęcie ceny oferty i sposób jej obliczenia dokładnie tak samo.

Zamawiający stwierdził, że postanowienia s.i.w.z. i załączników powinny być interpretowane łącznie, przy uwzględnieniu powszechnie obowiązujących przepisów ustawy P.z.p., oraz przede wszystkim przy uwzględnieniu ich podstawowej funkcji, jaką jest wybór oferty najkorzystniejszej w rozumieniu w art. 2 pkt. 5 ppkt a ustawy P.z.p., a nie wybiórczo, jak uczynił to odwołujący, jak się wydaje wyłącznie na użytek uzasadnienia niniejszego odwołania.

Postanowienia s.i.w.z. należy także interpretować z punktu widzenia celu, dla którego mają służyć, a więc z punktu widzenia porównania ofert złożonych w postępowaniu. Sposób tego porównania określa rozdz. 13.1 s.i.w.z. Zgodnie z tym postanowieniem, za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta z najniższą ceną. Tożsamą definicję oferty najkorzystniejszej zawiera również art. 2 pkt. 5 ppkt a ustawy P.z.p.. Tak więc po pierwsze, podstawianie do tego wzoru wartości upustu, jak chciałby wykonawca, przeczyłoby temu, albowiem oznaczałoby, iż największą ilość punktów uzyskałaby oferta z najniższą wartością upustu (a więc oferta najdroższa). Po drugie, podstawianie do tego wzoru, tak jak chciałby odwołujący, innych wartości w przypadku zaoferowania produktów (...) (wartość upustu), a jeszcze innych wartości w przypadku produktów równoważnych (wartość ceny pomniejszonej o upust) prowadziłoby do całkowitej nieporównywalności ofert. Zważyć bowiem należy, iż w powoływanym przez odwołującego postanowieniu pkt. 12.2 s.i.w.z. wprost wskazano, iż „dla produktów równoważnych Wykonawca jest zobowiązany wskazać cenę ryczałtową powiększoną o marżę lub pomniejszoną o opust”. W przypadku produktów równoważnych, innych niż (...)u, nie ma żadnych wątpliwości, iż wykonawcy zobowiązani byli podać cenę pomniejszoną o upust, a nie wartość samego upustu.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca A. P. Spółka Akcyjna w W.. Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z Rozdz. 12.2 s.i.w.z., „Cena ofertowa brutto podana przez Wykonawcę w ofercie obliczona zostanie poprzez przemnożenie sugerowanej ceny jednostkowej danego Produktu/Usługi Stowarzyszonej obowiązującej w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu, wyrażonej w złotych (przeliczonej według kursu NBP z dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu) przez oferowany opust lub dodanie kwoty marży, powiększenie otrzymanych cen jednostkowych o wartość podatku VAT (23%) oraz przemnożenie tak otrzymanych cen

jednostkowych przez podane w formularzu produktowym stanowiącym załącznik nr 2a do siwz ilości i ich zsumowanie. Dla produktów równoważnych Wykonawca jest zobowiązany wskazać cenę ryczałtową powiększoną i marżę lub pomniejszoną o opust.

Zgodnie z pkt. 13.1 s.i.w.z., Zamawiający dokona oceny ofert, które nie zostały odrzucone, na podstawie kryterium najniższej ceny - waga kryterium 100%, wg następującego wzoru:

$$\text{Najniższa cena brutto} \times 100$$
$$\text{Cena brutto oferty badanej}$$

Uzyskane punkty zostaną zaokrąglone do dwóch miejsc po przecinku (pkt 13.2 s.i.w.z.)

Przyjmuje się, że 1% wagi kryterium 1 pkt i tak zostanie przeliczona liczba punktów (pkt 13.3 s.i.w.z.).

Za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która uzyska najwyższą liczbę punktów w kryterium najniższej ceny (pkt 13.4 s.i.w.z.).

Załącznikiem nr 2 do s.i.w.z. był formularz oferty, zawierający m. in. pkt. 2 i 3 w brzmieniu:

„2. Oferujemy udzielenie opustu/marży od ceny netto Produktu lub Usługi Stowarzyszonej wynikającej z cennika Producenta w wysokości% przez cały okres obowiązywania Umowy.

3. Cena ofertowa brutto wynosi: zł, obliczona poprzez przemnożenie sugerowanej ceny jednostkowej danego Produktu/Usługi Stowarzyszonej obowiązującej w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu, wyrażonej w złotych (przeliczonej według kursu NBP z dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu) przez oferowany opust lub dodanie kwoty marży, powiększenie otrzymanych cen jednostkowych o wartość podatku VAT (23%) oraz przemnożenie tak otrzymanych cen jednostkowych przez podane w formularzu produktowym stanowiącym załącznik nr 2a do SIWZ ilości i ich zsumowanie. Dla produktów równoważnych Wykonawca jest zobowiązany wskazać cenę ryczałtową powiększoną o marżę lub pomniejszoną o opust”.

W postępowaniu oferty złożyli trzej wykonawcy – odwołujący, przystępujący oraz C. Sp. z o.o. w W.. Wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu zaoferowali te same produkty (...). Przystępujący wpisał w pkt. 3 cenę oferty brutto w wysokości 4.527.369,71 zł,

a w punkcie 2 - wartość 20,47%. Cena wykonawcy C. wynosiła 4.553.945,90. Wykonawca C. zaoferował opust w wysokości 18,50%,

W pkt. 2 wykonawcy obowiązani byli wykreślić sformułowanie „opust” lub „marży” w zależności od tego, czy zdecydowali się udzielić opustu czy też doliczyć marżę do zaoferowanej ceny. Przystępujący we wskazanym punkcie nie dokonał żadnego skreślenia. Zamawiający uznał to za oczywistą omyłkę i dokonał jej poprawienia poprzez wykreślenie sformułowania „marży”.

Pismem z dnia 15 września 2017 roku zamawiający poinformował wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez przystępującego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba uznała za niezasadny zarzut wyboru oferty niezgodnie z przyjętymi przez zamawiającego kryteriami. Jedynym kryterium w tym postępowaniu była cena. Izba ustaliła, że zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę z najniższą ceną.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, jakoby w przedmiotowym postępowaniu zamawiający określił cenę jako zaoferowany przez danego wykonawcę opust. Zamawiający w żadnym miejscu specyfikacji nie wskazał definicji ceny obowiązującej w tym konkretnym postępowaniu. Zarówno w rozdz. 12.2 s.i.w.z., jak i w pkt. 3 formularza ofertowego zamawiający określił jedynie sposób, w jaki należy obliczyć zaoferowaną cenę. Literalna wykładnia tychże postanowień wskazuje, że wykonawcy, w celu obliczenia ceny oferty, winni byli dokonać operacji matematycznej, polegającej bądź na przemnożeniu sugerowanej ceny przez zaoferowany opust, bądź na doliczeniu marży, doliczeniu podatku VAT, przemnożenia cen jednostkowych przez ilości i ich zsumowanie. Wskazane postanowienia s.i.w.z. w żadnym miejscu nie stanowią, iż ceną oferty jest zaoferowany opust.

Tym samym Izba nie dopatrzyła się nieprawidłowości w ocenie złożonych ofert względem przyjętych przez zamawiającego kryteriów. Cena zaoferowana przez przystępującego, obliczona zgodnie z ustanowionymi przez zamawiającego zasadami, była

ceną najniższą spośród wszystkich złożonych ofert. Argumentacja odwołującego, iż ceną miał być w istocie zaoferowany opust, nie znajduje uzasadnienia w świetle wskazanych w s.i.w.z. zasad dotyczących obliczenia ceny oferty.

Z uwagi na powyższe Izba uznała za niezasadne również zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty przystępującego oraz wykonawcy C. z powodu niezgodności ich treści z treścią s.i.w.z. oraz z uwagi na istniejące w tych ofertach błędy w obliczeniu ceny. Izba podtrzymuje w tym zakresie argumentację wskazaną wyżej.

Izba uznała za bezzasadny zarzut dotyczący negocjacji treści oferty A. P. w ramach wyjaśniania treści oferty. Odwołujący nie wykazał, że takie negocjacje miały miejsce, natomiast zamawiający oraz przystępujący zaprzeczyli, że do jakichkolwiek negocjacji doszło. Dokumentacja przetargowa nie zawiera żadnych dokumentów wskazujących na prowadzenie jakichkolwiek negocjacji przez zamawiającego i przystępującego.

W zakresie zarzutu dotyczącego nieuprawnionego poprawienia oferty przystępującego w sposób wykraczający poza dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., Izba w pełni podziela stanowisko zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie. Wszyscy wykonawcy w swoich ofertach zaoferowali te same produkty firmy (...), co oznacza, iż w przypadku każdego z wykonawców określenie ceny miało nastąpić w odniesieniu do sugerowanych cen jednostkowych tych samych produktów, określonych w cenniku firmy (...) obowiązującego w dniu 21 lipca 2017 r. (data publikacji ogłoszenia o zamówieniu), przeliczonej na złote polskie według kursu NBP z tego samego dnia. Ceny, w odniesieniu do których nastąpić miało obliczenie ceny oferty były więc jednakowe dla wszystkich wykonawców i określone sztywno. Prowadzi to do wniosku, iż stwierdzenie czy wykonawca zaoferował w stosunku do ww. cen sztywnych upust czy też marżę, było możliwe na podstawie prostego porównania ceny oferty z ww. cenami sztywnymi. Jeżeli więc cena oferty okazałaby się wyższa, oczywistym byłoby, iż wykonawca oferuje marżę. Jeżeli natomiast niższa – oczywiste jest, iż oferowany jest upust. Na podstawie takiego prostego porównania zamawiający mógł pozyskać wszelkie niezbędne informacje pozwalające mu na zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy P.z.p. i poprawienie innej omyłki.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....