Sygn. akt KIO/UZP 60/08

WYROK
z dnia 13 lutego 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Jolanta Markowska**

Członkowie: **Ewa Marcjoniak**
Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: **Edyta Skowrońska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie* w dniu / w ~~dniach~~* 11 lutego 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: ComArch S.A., Zakład Elektronicznej Techniki Obliczeniowej ZETO Kraków S.A., E – Studio Sp. j., Al. Jana Pawła II 39A** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, Al. Jerozolimskie 155, Warszawa** protestu ~~/ protestów~~* z dnia 31 grudnia 2007 r.

przy udziale ~~.....~~ zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego ~~.....~~ po stronie odwołującego się oraz **COMBIDATA Poland Sp. z o.o., ul. Emilii Plater 12, Sopot** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1 .oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: ComArch S.A., Zakład Elektronicznej Techniki Obliczeniowej ZETO Kraków S.A., E – Studio Sp. j., Al. Jana Pawła II 39A** i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote, zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: ComArch S.A., Zakład Elektronicznej Techniki Obliczeniowej ZETO Kraków S.A., E – Studio Sp. j., Al. Jana Pawła II 39A**

2) dokonać wpłaty kwoty 3660 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset sześćdziesiąt złotych, zero groszy) przez **Konsorcjum: ComArch S.A., Zakład Elektronicznej Techniki Obliczeniowej ZETO Kraków S.A., E – Studio Sp. j., Al. Jana Pawła II 39A** na rzecz **Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, Al. Jerozolimskie 155, Warszawa,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa procesowego

3) dokonać wpłaty kwoty ..... zł ... gr (słownie:.....) przez ..... na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,

4) dokonać zwrotu kwoty 15936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych, zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: ComArch S.A., Zakład Elektronicznej Techniki Obliczeniowej ZETO Kraków S.A., E – Studio Sp. j., Al. Jana Pawła II 39A**

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

Dnia 15.09.2007 r. w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2007/S 178-217829 ukazało się ogłoszenie Zamawiającego, którym jest Centrum Systemów Informatycznych Ochrony Zdrowia z siedzibą w Warszawie o zamówieniu publicznym na „Wytworzenie i wdrożenie Platformy udostępniania on-line przedsiębiorcom Rejestru Zakładów Opieki Zdrowotnej – eRZOZ wraz z przeniesieniem praw autorskich do oprogramowania systemu, baz danych i dokumentacji oraz 12-miesięczną usługą utrzymania „Platformy udostępniania on-line przedsiębiorcom Rejestru Zakładów Opieki Zdrowotnej – e RZOZ". W tym też dniu Zamawiający udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia na swojej stronie internetowej. Postępowanie zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 24 grudnia 2007r. Zamawiający powiadomił Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Konsorcjum firm: Combidata Poland Sp. z o.o., Prokom Software S.A. i Unizeto Technologies S.A. (zwane dalej Konsorcjum Combidata) oraz o wykluczeniu z postępowania Konsorcjum firm: ComArch S.A., Zakład Elektronicznej Techniki Obliczeniowej ZETO Kraków S.A. oraz E – STUDIO Spółka Jawna (zwane dalej Konsorcjum ComArch oraz o odrzuceniu oferty, złożonej przez Konsorcjum ComArch.

W dniu 31 grudnia 2007r. Odwołujący Konsorcjum ComArch wniósł do Zamawiającego protest na dokonane przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu czynności:

- wykluczenia Konsorcjum ComArch,
- odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum ComArch,
- zaniechania poprawienia omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny w ofercie Konsorcjum ComArch,
- zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Combidata na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp,
- wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum Combidata jako najkorzystniejszej,

Odwołujący zarzucił w proteście Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Konsorcjum ComArch z postępowania pomimo, że żaden z członków Konsorcjum nie wyrządził szkody, która nie została dobrowolnie naprawiona, a szkoda taka byłaby następstwem okoliczności, za które wykonawca ponosiłby odpowiedzialność;

- art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Konsorcjum ComArch z postępowania pomimo, że Konsorcjum to nie złożyło nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania;

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Konsorcjum ComArch, pomimo, że treść tej oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

- art. 87 ust. 2 w związku z art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. b ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny w ofercie Konsorcjum ComArch;

- art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Konsorcjum ComArch pomimo, że Konsorcjum nie zostało skutecznie i ostatecznie wykluczone z postępowania;

- art. 89 ust. 1 kt 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Konsorcjum ComArch pomimo, że oferta ta nie zawiera omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny, których nie można poprawić na podstawie art. 88 ustawy Pzp, ani też błędów w obliczeniu ceny;

- art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Combidata pomimo, że treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

- art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Combidata pomimo, że oferta ta zawiera omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, których nie można poprawić na podstawie art. 88 ustawy Pzp oraz błędy w obliczeniu ceny;

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł w proteście o:

1. unieważnienie wykluczenia Konsorcjum ComArch,
2. poprawienie omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny w ofercie Konsorcjum ComArch,
3. unieważnienie odrzucenia oferty Konsorcjum ComArch,
2. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, złożonej przez Konsorcjum Combidata,
3. odrzucenie oferty Konsorcjum Combidata na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp,
4. dokonanie ponownej oceny ofert,
5. dokonanie wyboru oferty Konsorcjum ComArch jako najkorzystniej.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący argumentował zarzuty, podnosząc że:

1. Zamawiający nie wykazał, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy SBŻ-II było skutkiem okoliczności, zawinionych przez ComArch, co jest warunkiem wykluczenia wykonawcy zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Nie wykazał także związku przyczynowego pomiędzy faktem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia a powstaniem szkody. O powstaniu szkody nie przesądza fakt zapłacenia przez ComArch

kary umownej, będącej skutkiem odstąpienia od umowy SBŻ-II, ponieważ obowiązek zapłaty kary umownej nie był uzależniony od wystąpienia winy, po którejkolwiek ze stron umowy. Ponadto strony zawarły porozumienie, na mocy którego zrzekły się wszelkich roszczeń, wynikających z umowy. Porozumienie zawarto w październiku 2007r., ale jego warunki wynegocjowano w sierpniu 2007 r., co wskazuje, że do faktycznego zawarcia porozumienia doszło w sierpniu 2007r. Oznacza to, że szkoda została naprawiona przed datą wszczęcia przedmiotowego postępowania. Zamawiający, który był stroną Porozumienia, w prowadzonym następnie postępowaniu o zamówienie publiczne, oddalił protest, w którym jeden z wykonawców podniósł identyczny zarzut wobec ComArch S.A., wskazując, że nie zachodzą przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

2. Pismem z dnia 06.11.2007r. Zamawiający wezwał Konsorcjum ComArch na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku posiadania doświadczenia w zakresie wykonania co najmniej 2 projektów, polegających na wdrożeniu systemu LMS, w tym przynajmniej 1 dla min. 30 tys. użytkowników. Na tę czynność Konsorcjum ComArch wniosło protest dnia 14.11.2007r., który w dniu 23.11.2007r. został uwzględniony przez Zamawiającego. Rozstrzygniecie protestu stało się ostateczne w rozumieniu przepisu art.182 ust. 2 ustawy Pzp. W tej sytuacji wykluczenie Konsorcjum ComArch z postępowania jest nieuprawnione.

3. Zamawiający nie uzasadnił odrzucenia oferty Konsorcjum ComArch na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. a także w sposób nieuzasadniony odrzucił ofertę Konsorcjum ComArch powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ponieważ Konsorcjum ComArch nie zostało skutecznie wykluczone z udziału w niniejszym postępowaniu.

4. Odrzucenie oferty Konsorcjum ComArch z powodu podania w formularzu ofertowym dwóch cen za wykonanie zamówienia jest bezpodstawne, ponieważ w niniejszym postępowaniu cena jest ceną ryczałtową, a w związku z tym omyłki rachunkowe w jej obliczeniu powinny zostać poprawione w trybie art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. b ustawy Pzp.

5. Konsorcjum Combidata dokonało zmiany w treści formularza cenowego w stosunku do wzoru, określonego w siwz, poprzez dodanie nowego wiersza, co świadczy o niezgodności treści oferty z treścią siwz.

6. Oferta Konsorcjum Combidata zawiera błąd w obliczeniu ceny, polegający na zastosowaniu nieistniejącej stawki podatku od towarów i usług w wysokości 1 830 326,96. Stanowi to omyłkę w obliczeniu ceny, której nie można poprawić na podstawie art. 88 ustawy Pzp. W miejscu, w którym należało wskazać stawkę podatku VAT (w %) Konsorcjum Combidata wskazało stawkę, która nie odpowiada żadnej obowiązującej stawce VAT.

W dniu 04.01.2008r. Konsorcjum Combidata zgłosiło przystąpienie do postępowania wszczętego w wyniku wniesienia protestu.

W dniu 10.01.2008 r. (pismem z dnia 09.01.2008r.) Zamawiający oddalił protest.

W zakresie oddalenia pierwszego zarzutu. Podniesionego w proteście Zamawiający stwierdził, że z uwagi na fakt, że przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte 11 września 2007r (data publikacji ogłoszenia w TED 15.09.2007r.), a naprawienie szkody, wynikłej z nienależytego wykonania umowy na dostawę oprogramowania do Systemu Bezpieczeństwa Żywności SBŻ II, nastąpiło 12 listopada 2007r., uznać należy, że członek protestującego Konsorcjum w ciągu ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania wyrządził szkodę nie wykonując zamówienia, a szkoda ta nie została dobrowolnie naprawiona do dnia wszczęcia przedmiotowego postępowania. Zamawiający oparł się na dokumentacji sprawy i informacjach uzyskanych od strony ww. umowy - Fundacji „Fundusz Współpracy" (pismo z dnia 14 grudnia 2007r.). Fakt, iż niewykonanie umowy było następstwem okoliczności, za które ponosi winę członek Konsorcjum, potwierdza w szczególności treść korespondencji pomiędzy Fundacją „Fundusz Współpracy" a ComArch S.A., dotycząca wyznaczenia dodatkowego terminu na realizację umowy, wezwania do wykonania umowy, poinformowania ComArch SA o konieczności rozwiązania umowy z winy wykonawcy, w przypadku niedotrzymania dodatkowego terminu realizacji umowy oraz odstąpienia od umowy ze skutkiem natychmiastowym. Wypowiedzenie umowy przez Fundację „Fundusz Współpracy" nastąpiło na podstawie art. 16.2 pkt 2 umowy z dnia 30.10.2005r. w brzmieniu „Zamawiający może odstąpić od umowy ze skutkiem natychmiastowym w następujących przypadkach [...] Wykonawca pomimo pisemnego wezwania ze strony Zamawiającego, określającego termin usunięcia stwierdzonych naruszeń, nie wykonuje Umowy zgodnie z warunkami umownymi lub w rażący sposób zaniedbuje lub narusza zobowiązania umowne". Oświadczenie to zostało uznane przez strony za skuteczne w Porozumieniu z dnia 31.10.2007r. W dniu 12 listopada 2007r. firma ComArch SA dokonała zapłaty kwoty wskazanej w Porozumieniu, zatem ten dzień należy uznać za moment naprawienia szkody. Zamawiający wskazał także na związek przyczynowy pomiędzy działaniem ComArch SA, a wyrządzoną szkodą Beneficjentowi umowy - Głównemu Inspektorowi Sanitarnemu, który poniósł koszty na realizację projektu, które w związku z koniecznością odstąpienia od umowy w trybie natychmiastowym i niezrealizowaniu jej postanowień, naraziły Beneficjenta na szkodę.

Odnośnie zarzutu, dotyczącego wykluczenia z postępowania Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający wyjaśnił, że uwzględnienie protestu z dnia 14 listopada 2007r. na czynność wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, nie jest równoznaczne z uznaniem przez Zamawiającego, że wykonawca spełnia warunki. Zamawiający uwzględnił protest, gdyż uznał, że przekroczył dyspozycję przepisu art. 25 ustawy Pzp, wzywając wykonawcę do uzupełnienia dokumentów, w sytuacji, gdy podstawą wykluczenia jest przepis art. 24 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem zamawiający podejmuje decyzję o wykluczeniu

wykonawcy nie na podstawie dokumentów, złożonych w postępowaniu, lecz na podstawie także innych środków dowodowych oraz przekroczył dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – ponieważ zamawiający nie może zwracać się do wykonawcy o uzupełnienie dokumentów, gdy jego oferta podlega odrzuceniu mimo uzupełnienia dokumentów. W ocenie Zamawiającego, informacje podane przez Konsorcjum ComArch w oświadczeniach, przedłożonych w celu potwierdzenia spełniania warunku zrealizowania dwóch projektów LMS w tym jednego dla min. 30 000 użytkowników są nieprawdziwe. Umowa zrealizowana na rzecz Ministerstwa Nauki i Informatyzacji nie obejmowała w ogóle projektu LMS, na co wskazuje treść umowy i załączników do umowy, natomiast umowa z Narodowym Bankiem Polskim dotyczyła projektu LMS dla grupy 20 000 osób, a więc mniejszej liczby osób niż wymagał tego Zamawiający w siwz.

Odnośnie odrzucenia oferty ComArch w trybie art. 89 ust.1 pkt 2, 5 i 6 ustawy Pzp zamawiający stwierdził, że oferta została odrzucona, ponieważ: jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny. Zgodnie z zapisem rozdziału V siwz pkt 1 w zw. z zapisem zawartym w zdaniu drugim części II i V formularza ofertowego, podana cena brutto w obu tych częściach formularza powinna być tożsama. W ocenie Zamawiającego, Konsorcjum ComArch podając dwie różne ceny za realizację przedmiotu zamówienia w formularzu ofertowym w pkt II i pkt V, złożyło ofertę której treść nie odpowiada treści siwz. Ponadto w ocenie Zamawiającego faktycznie Odwołujący zawarł w jednym dokumencie więcej niż jedną ofertę, co jest niezgodne z art. 82 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto podanie dwóch różnych cen w pkt II i V formularza należy traktować jako wskazanie dwóch różnych cen za wykonanie przedmiotu zamówienia. Rozbieżność ta nie stanowi oczywistej omyłki pisarskiej ani omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny, które Zamawiający mógł poprawić w trybie art. 87 ust. 2 w zw. z art. 88 ustawy Pzp.

Zamawiający wyjaśnił, że zawiadomił Odwołującego zgodnie z art. 24 ust. 3 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp o wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odnośnie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Combidata na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wobec zmiany obowiązkowej treści formularza ofertowego, Zamawiający stwierdził, że dodanie prze wykonawcę jednego dodatkowego wiersza w tabeli, nie stanowi o niezgodności treści oferty z treścią siwz, ponieważ nie stanowi niezgodności z wymaganiami merytorycznymi określonymi w specyfikacji, a jedynie niezgodność z określoną formą.

W odniesieniu do zarzutu, dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Combidata wobec faktu, że oferta ta zawiera omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, których

nie można poprawić na podstawie art. 88 ustawy Pzp zamawiający uznał, że cena oferty podana przez Konsorcjum Combidata w pkt 2 formularza ofertowego jest ceną całkowitą oferty za wykonanie zamówienia. Fakt, że wykonawca, w formularzu cenowym, podał zamiast stawki VAT jej wartość pieniężną, świadczy o tym, że Konsorcjum złożyło ofertę niezgodną z formą a nie z treścią siwz. Kwota VAT została wyliczona prawidłowo, w prawidłowej wysokości 22 %.

Od rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego w dniu 15.01.2008 r. Konsorcjum ComArch wniosło odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym Odwołujący podtrzymał zarzuty i wnioski zawarte w proteście.

W dniu 24.01.2008 r. Konsorcjum Combidata wniosło do Prezesa UZP zgłoszenie przystąpienia do postępowania po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza, w oparciu o dokumentację akt sprawy oraz wyjaśnień stron, złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:
Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała za uzasadnione wykluczenie Konsorcjum ComArch z postępowania publicznego udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy w ciągu ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, a szkoda ta nie została dobrowolnie naprawiona do dnia wszczęcia postępowania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności. Niewykonanie i nienależyte wykonanie zamówienia należy interpretować, uwzględniając przepisy Kodeksu cywilnego, dotyczące niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania w rozumieniu art. 471 K.c. Wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nastąpić może, gdy spełnione są następujące przesłanki: wykonawca nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie publiczne, na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia zamawiający poniósł szkodę, wyrządzenie szkody nastąpiło w ciągu 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania, wykonawca nie naprawił dobrowolnie wyrządzonej szkody do dnia wszczęcia postępowania oraz niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia jest następstwem okoliczności za które wykonawca ponosi odpowiedzialność. Do okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność zalicza się w szczególności wynikające z niezachowania należytej staranności tj. okoliczności zawinione przez dłużnika (wina

umyślna lub nieumyślna) chyba, że w umowie ta odpowiedzialność została ograniczona lub rozszerzona.

Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu, co nastąpiło 15.09.2007r. Członek Konsorcjum ComArch – firma ComArch S.A. realizując zamówienie publiczne na rzecz zamawiającego Fundacja „Fundusz Współpracy" nie wywiązała się z zobowiązań, wynikających z zawartej w dniu 30 listopada 2005r. (z terminem realizacji do 30 czerwca 2006r.) umowy SBŻ-II, co nie było kwestionowane przez strony. Potwierdza to również m.in. pismo z dnia 18 czerwca 2007r., którym Fundacja Fundusz Współpracy odstąpiła od umowy ze skutkiem natychmiastowym na podstawie art. 16 ust. 2 pkt 2 umowy w brzmieniu „Zamawiający może odstąpić od umowy ze skutkiem natychmiastowym w następujących przypadkach […] Wykonawca pomimo pisemnego wezwania ze strony Zamawiającego, określającego termin usunięcia stwierdzonych naruszeń, nie wykonuje umowy zgodnie z warunkami umownymi lub w rażący sposób zaniedbuje lub narusza zobowiązania umowne". W dniu 31 października 2007r. pomiędzy Skarbem Państwa reprezentowanym przez UKIE, reprezentowanym przez Fundację Fundusz Współpracy a ComArch SA zostało zawarte porozumienie. Zgodnie z treścią porozumienia ComArch SA zobowiązał się do zapłaty kwoty 245 000 zł, „tytułem dobrowolnego naprawienia szkody z tytułu niewykonania umowy" (§ 2 ust. 1 pkt 2 porozumienia) która „zawiera należność z tytułu kary umownej za odstąpienie, określonej w art. 16.7 umowy". Art. 16.7 umowy przewidywał zaś prawo poszkodowanego do naliczenia kary umownej w wysokości 15 % całkowitej wartości umowy oraz prawo do dochodzenia dodatkowego odszkodowania na zasadach ogólnych. Uzgodniona kwota 245 000 zł przewyższa kwotę należnej kary umownej, a wobec tego należy uznać ze obejmuje ona także dodatkowe odszkodowanie za poniesioną przez Beneficjenta szkodę. Fakt zapłaty kary umownej oraz odszkodowania został potwierdzony w treści złożonego przez Odwołującego na rozprawie do akt spawy pisma Fundacji Fundusz Współpracy z dnia 4 lutego 2008r. Naprawienie szkody nastąpiło, poprzez zapłatę kwoty wskazanej w porozumieniu, w dniu 12 listopada 2007r. tj. bezsprzecznie po dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że za dobrowolne naprawienie szkody należy uznać moment wynegocjowania tj. uzgodnienia warunków porozumienia, co nastąpiło według Odwołującego w sierpniu 2007r. lub w październiku 2007r. Za moment naprawienia szkody należy bowiem uznać moment zapłaty kary umownej oraz odszkodowania z tytułu szkody poniesionej przez poszkodowanego. W powyższym stanie faktycznym Izba uznała, że zostały spełnione przesłanki zastosowania przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1 ponieważ Odwołujący wprawdzie dokonał dobrowolnego naprawienia szkody lecz nie uczynił tego przed datą wszczęcia przedmiotowego postępowania.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje, mające wpływ na wynik postępowania. Fakt złożenia nieprawdziwej informacji zmieniłby rezultat postępowania. Stwierdzenie przez zamawiającego złożenia nieprawdziwej informacji może wynikać z różnych źródeł, w tym pozyskanych w wyniku samodzielnie przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego lub np. od innych wykonawców, na skutek złożonych protestów. Zamawiający ma obowiązek weryfikować oświadczenia składane przez wykonawców w toku postępowania, zwłaszcza w sytuacjach, gdy składane przez wykonawcę dokumenty, które mają potwierdzać treść oświadczeń nie w pełni lub niejednoznacznie tę treść potwierdzają.

Izba uznała, że w przypadku stwierdzenia złożenia oświadczeń zawierających nieprawdziwe informacje zamawiający nie ma obowiązku wzywania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń. Zamawiający żądał w specyfikacji przedłożenia wykazu wykonanych usług, potwierdzającego zrealizowanie dwóch projektów, polegających na wdrożeniu systemu LMS przy czym przynajmniej jednego dla min. 30 tys. użytkowników. W załączniku nr 3 do oferty Konsorcjum ComArch złożyło wykaz, obejmujący wykonanie m.in. dwóch projektów, zgodnie z wymogiem zamawiającego na rzecz: Ministerstwa Nauki i Informatyzacji oraz Narodowego Banku Polskiego. Zamawiający podjął postępowanie sprawdzające, w wyniku którego ustalił, że projekt zrealizowany na rzecz Ministerstwa Nauki i Informatyzacji nie obejmował prac polegających na wdrożeniu systemu LMS, co wynika z treści umowy i załączników do umowy (przekazane zamawiającemu w dniu 21 listopada 2007r. przez Departament Informatyzacji MSWiA). Projekt zrealizowany na rzecz NBP zgodnie z treścią umowy przewidywał 20 tys. użytkowników (pismo Dyrektora Departamentu Komunikacji Społecznej NBP z dnia 20 listopada 2007r.). Zamawiający na podstawie dokumentów pozyskanych od odbiorców projektów ustalił, że Konsorcjum ComArch złożyło nieprawdziwe informacje w oświadczeniu załączonym do oferty, co stanowi podstawę wykluczenia wykonawcy zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba nie zgodziła się z argumentacją Odwołującego, że w świetle uwzględnienia przez Zamawiającego protestu Konsorcjum ComArch z 14 listopada 2007r.,dotyczącego czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów, wykluczenie Konsorcjum ComArch na podstawie art. 24 ust.2 pkt 2 jest bezprawne. Należy zauważyć, że Zamawiający nie wykluczył Konsorcjum ComArch z powodu nie złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku lecz z powodu złożenia oświadczenia zawierającego nieprawdziwe informacje. Uzasadnienie wykluczenia zostało zawarte w zawiadomieniu z dnia 21 grudnia 2007r.

Odwołujący ani w proteście ani w odwołaniu nie odniósł się do okoliczności wskazanych przez zamawiającego jako podstawa wykluczenia. Należy uznać, że takie działanie Odwołującego w zasadzie skutecznie uniemożliwiło zamawiającemu zweryfikowanie podjętej decyzji i ewentualne uwzględnienie protestu w tym zakresie. Dopiero na rozprawie

Odwołujący powołał się na aneks do umowy na mocy którego liczba użytkowników systemu zrealizowanego na rzecz NBP została zwiększona do 300 000. Odwołujący się nie udowodnił jednak że projekt zrealizowany na rzecz Ministerstwa Nauki i Informatyzacji obejmował system LMS, co stanowiło warunek, który zgodnie ze specyfikacją powinny spełniać oba projekty.

Izba rozpoznała także pozostałe zarzuty zawarte w odwołaniu, choć w wyniku uznania przez Izbę zasadności wykluczenia Odwołującego, rozstrzyganie w zakresie zarzutów dotyczących odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz oferty złożonej przez Konsorcjum Combidata nie ma to wpływu na treść rozstrzygnięcia w przedmiocie nn. odwołania.

Zamawiający odrzucił ofertę, złożoną przez Konsorcjum ComArch na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp uznając, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji.

Izba stwierdziła, że zamawiający w rozdz. V siwz wskazał, że cenę oferty należy podać w formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik nr 1 do siwz. W części II formularza ofertowego pt. „Cena oferty" należało podać cenę całkowitą brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia, wyrażoną liczbą i słownie. W części V formularza ofertowego, pt. „formularz cenowy", zamawiający wymagał podania ceny netto, stawki podatku VAT oraz ceny brutto za przedmiot zamówienia, określony w rozdziale II siwz, z wyodrębnieniem w podanej cenie elementu, odnoszącego się do 12-miesięcznej usługi utrzymania, obejmującej w szczególności prowadzenie szkoleń elektronicznych dla min. 30 tys. użytkowników. Zatem cena brutto, podana w części II formularza ofertowego powinna być tożsama z ceną brutto, podaną w części V formularza ofertowego – formularz cenowy. Konsorcjum ComArch podało w części II formularza ofertowego cenę brutto (słownie i liczbą) za przedmiot zamówienia w kwocie 4 607 927,80 zł, a w części V formularza cenę brutto za przedmiot zamówienia w kwocie 3 143 927,80 zł. Oznacza to, że wykonawca podał dwie różne wartości jako cenę za realizację przedmiotu zamówienia. Poprawienie którejkolwiek z podanych kwot oznaczałoby ingerencję w treść oferty, powodującą niedopuszczalną zmianę jej treści. Zamawiający nie jest uprawniony do poprawienia oferty, gdy wykonawca podał w ofercie dwie różne ceny za realizację przedmiotu zamówienia

Izba uznała, że Zamawiający nie był uprawniony do poprawienia tego błędu jako omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny na podstawie art. 87 ust. 2 w związku z art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. b ustawy Pzp na mocy którego zamawiający poprawia omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny [...] w przypadku oferty z ceną ryczałtową za cały przedmiot zamówienia albo jego część (cena ryczałtowa)[...] jeżeli cena ryczałtowa podana liczbą nie odpowiada cenie ryczałtowej podanej słownie, przyjmuje się za prawidłową cenę ryczałtową podaną słownie). W przypadku oferty Konsorcjum ComArch formularz ofertowy zawiera dwie ceny, z których jedna podana zgodnie słownie i liczbą, natomiast druga cena nie jest zgodna ani z ceną

podaną wcześniej liczbą ani też z tą ceną podaną słownie. Izba uznała, że w tej sytuacji nie mamy do czynienia z omyłką rachunkową, którą można poprawić w myśl art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. b ustawy Pzp. .Zgodnie z ustalonym orzecznictwem, żaden błąd w podanej cenie oferty nie może być traktowany jako oczywista omyłka (wyrok SO w Warszawie z dnia 11.09.2002r. sygn. akt VCa 1019/02).

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut, że oferta złożona przez Konsorcjum ComArch została odrzucona zanim wykonawca został skutecznie wykluczony z postępowania. Zgodnie z art. 92 ust 1 ustawy Pzp zamawiający zawiadamia jednocześnie wszystkich wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, o ofertach odrzuconych oraz o wykonawcach wykluczonych. Zatem wykluczenie i odrzucenie oferty, złożonej przez wykonawcę wykluczonego następuje na tym samym etapie postępowania, faktycznie w tym samym momencie. Należy zważyć, że ofertę taką z mocy prawa (art. 24 ust. 4 ustawy Pzp) uznaje się za odrzuconą. Zastosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp powinno mieć raczej miejsce w przypadku udzielania zamówień w trybach dwuetapowych, gdy wykluczenie wykonawcy następuje na etapie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 kt 6 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, których nie można poprawić na podstawie art. 88 lub błędy w obliczeniu ceny.

Izba nie uznała za uzasadniony zarzutu, dotyczącego bezprawnego zaniechania odrzucenia oferty, złożonej przez Konsorcjum Combidata na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp.

Aby uznać treść oferty za niezgodną z treścią specyfikacji i na tej podstawie dokonać odrzucenia oferty, należy wykazać niezgodność, która dotyczy merytorycznej zawartości oferty. Uchybienia, dotyczące formy oferty nie skutkują niezgodnością z treścią siwz, do czasu, gdy nie powodują zmiany treści oświadczenia woli, wyrażonego w ofercie. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie obejmuje swoją dyspozycją uchybień formalnych oferty w stosunku do siwz.

W świetle powyższych rozważań, w ocenie Izby, wprowadzenie przez Konsorcjum Combidata dodatkowego wiersza w tabeli „formularz cenowy", w którym nastąpiło dodatkowe wyszczególnienie ceny za składową część przedmiotu zamówienia, nie zmienia zawartości merytorycznej oferty, a zatem nie stanowi niezgodności treści oferty z treścią siwz.

Ponadto Izba podzieliła stanowisko Departamentu Prawnego UZP, wyrażone w opinii z dnia 28 stycznia 2008 r., iż w sytuacji, gdy zamawiający żąda podania stawki VAT w procentach, a wykonawca zamieszcza kwotę wyliczonego podatku VAT wraz z ceną netto i brutto, nie ma podstaw do odrzucenia takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Dodatkowo należy stwierdzić, że podanie stawki VAT w postaci wyliczonej kwoty podatku VAT nie stanowi błędu w obliczeniu ceny ani też omyłki rachunkowej, uzasadniającej odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 6 ustawy Pzp.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że w toku przygotowania lub przeprowadzenia przedmiotowego postępowania nastąpiło naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezachowanie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Biorąc za podstawę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art.191 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655).

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie*~~ - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**

Przewodniczący:

……

Członkowie:

……

……

* *niepotrzebne skreślić*