

**Sygn. akt: KIO 1443/18**

**WYROK**  
**z dnia 2 sierpnia 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ernest Klauziński**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 lipca 2018 r. przez Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Blue Brain Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Krakowie i Euvic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: PKP Intercity Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, przy udziale wykonawcy Konica Minolta Business Solutions Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Blue Brain Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Krakowie i Euvic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Blue Brain Spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Krakowie i Euvic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Blue Brain Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Krakowie i Euvic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach na rzecz Zamawiającego: PKP Intercity Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych i 00/100 groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., 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 Warszawie.

**Przewodniczący:.....**

### **Uzasadnienie**

PKP Intercity Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Dostawa i wdrożenie systemu zarządzania wydrukami w PKP Intercity SA wraz z dzierżawą urządzeń drukujących, maszyn serwerowych, dostawą materiałów eksploatacyjnych oraz usługą serwisu” (numer postępowania 10/03/IT/2018), zwane dalej: „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 17 kwietnia 2018 roku pod nr 2018/S 074-165527.

W dniu 23 lipca 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Blue Brain Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Krakowie i Euvic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach (dalej Odwołujący), wnieśli odwołanie, w którym zaskarżyli niezgodne z przepisami czynności Zamawiającego i zarzucili mu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia i wybór jako najkorzystniejszej oferty, która zawiera błędy w obliczeniu ceny,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia i wybór jako najkorzystniejszej oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ,
3. art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez uznanie, że obliczenie ceny niezgodnie z zasadami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ może stanowić inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty,
4. art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie Postępowania w sposób nie zapewniający równego traktowania wykonawców biorących udział w Postępowaniu,
5. art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp przez zaniechanie unieważnienia Postępowania, mimo, że jest ono obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu,

2. odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny oferty,

względnie

3. odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako oferty niezgodnej z treścią SIWZ,
4. wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,

względnie

5. unieważnienia Postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp z uwagi na jego obarczenie niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Zamawiający zamieścił w SIWZ w Rozdziale XIV opis sposobu obliczania ceny. Zgodnie z ust. 2 tego Rozdziału wartości wymienione w ofercie, tj. kwotę netto, brutto, kwotę podatku VAT, wszystkie ceny szczegółowe w formularzu cenowym - należało podać w zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku przy zachowaniu matematycznej zasady zaokrąglania liczb: końcówki poniżej 0,5 grosza pomija się, a końcówki 0,5 grosza i wyższe zaokrągla się do 1 grosza. Zamawiający nie dopuścił przy tym oferowania ceny niższych niż 0,01 zł. Cena oferty stanowiła 80% ustanowionych kryteriów oceny ofert.

W Formularzu cenowym (Załącznik nr 2.1. do SIWZ) zamieszczona została uwaga: „Ceny umieszcza się z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, ceny nie mogą być niższe niż 0,01 zł”. Wśród pozycji cenotwórczych znalazły się również koszty wydruku/kopii strony formatu A4 czarno białej oraz kolorowej dla których należało wskazać między innymi cenę jednostkową netto wydruku/kopii 1 strony, stawkę VAT w %, wartość VAT, cenę jednostkową brutto wydruku/kopii 1 strony oraz cenę brutto wydruku/kopii wszystkich stron w okresie 48 miesięcy (przy złożeniu ilości wydruku wskazanej przez Zamawiającego).

W toku Postępowania wykonawcy kierowali do Zamawiającego pytania dotyczące treści SIWZ. Żadne z pytań i odpowiedzi nie dotyczyło zasad obliczania ceny. Wykonawcy również nie kwestionowali zasad obliczania i zaokrąglenia ceny wnosząc odwołania. Zamawiający również nie zmienił tych zasad z własnej inicjatywy.

Sposób obliczenia ceny w ofercie Przystępującego odbiegał od zasad wskazanych w SIWZ. Przystępujący częściowo zastosował inne zasady obliczeń ceny: o ile dla cen jednostkowych netto wydruku/kopii 1 strony wykonawca ten podał ceny zgodne z SIWZ (z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku), o tyle w przypadku wartości podatku VAT oraz ceny jednostkowej brutto wydruku/kopii 1 strony wykonawca ten podał ceny z dokładnością do czterech miejsc po przecinku. Doprowadziło to do określenia ceny w nieznanym

polskiemu prawu jednostkach, a także w sposób istotny wpłynęło na brak porównywalności ofert, złożonych w postępowaniu.

Zamawiający w Postępowaniu narzucił dyscyplinę budowania ceny, która nie odnosiła się do ogólnosiwiatowego standardu usług druku (o czym poniżej), ale wymagała dostosowania się do określonych w SIWZ reguł obliczenia ceny. Zgodnie z Rozdziałem XIV pkt 6 niepodanie ceny oferty w formularzu „Oferta” zgodnie ze wskazanymi przez Zamawiającego sposobem, bądź niewypełnienie któregokolwiek z pól przedmiotowego formularza oraz formularzach nr 2.1. i nr 2.2. do SIWZ, miało powodować odrzucenie oferty jako niezgodnej z SIWZ.

Zgodnie z art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. o denominacji złotego (Dz.U. Nr 84, poz. 386) jednostką pieniężną jest Złoty, który dzieli się na 100 groszy. Najmniejszą możliwą kwotę ceny stanowi zatem 1 grosz - którą zresztą Zamawiający sam wskazał w treści SIWZ jako możliwą minimalną dopuszczalną kwotę dla oferowanych cen. Art. 2 pkt 1 Pzp stanowi, że ilekroć jest mowa o cenie - należy przyjmować cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz.U. poz. 915 oraz z 2016 r. poz. 1823), która to definiuje cenę jako wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych. Zgodnie z orzeczeniem z 19 stycznia 2006 roku pod sygnaturą UZP/ZO/0-91/06 „Niedopuszczalne jest, aby rozliczenia pomiędzy stronami umowy dokonywane były w jednostkach pieniężnych niemożliwych do wyegzekwowania z powodu braku w polskim systemie monetarnym odpowiednich nominałów. Co do zasady, cena przedstawiona przez wykonawcę w ofercie, w tym wszystkie pozycje w formularzu cenowym, powinny zostać określone z dokładnością do drugiego miejsca po przecinku. Zaokrąglenie w pozycji "podatek VAT" oraz "cena jednostkowa brutto" do trzeciego miejsca po przecinku, stanowi błąd w obliczeniu ceny.”

Mimo określonego w SIWZ sposobu obliczenia cen jednostkowych i konsekwencji niezastosowania się do niego, Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę Przystępującego. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o wgląd w prowadzoną z tym wykonawcą korespondencję, w szczególności ewentualne wyjaśnienia co do treści ofert, jednak do dnia złożenia odwołania Zamawiający dokumentacji w tym zakresie nie udostępnił bez podania przyczyny. Odwołujący zatem jedynie może przypuszczać, że Zamawiający zaistniałą sytuację uznał za możliwą do usunięcia inną omyłką polegającą na niezgodności oferty z SIWZ. Jeżeli jednak nie zastosował względem oferty Przystępującego tej procedury, to wybrał ofertę niezgodną z SIWZ. Nie jest możliwe uznanie, iż wskazanie przez Przystępującego cen brutto i kwoty podatku VAT z dokładnością do czterech miejsc po przecinku jest możliwą do usunięcia inną omyłką polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, która jest dopuszczalna o ile nie powoduje istotnych zmian w treści oferty

(art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp).

Na potwierdzenie swojego stanowiska Odwołujący wskazał na orzeczenie Izby z dnia 4 grudnia 2017 roku (sygn. akt KIO 2425/17): „Dla ustalenia możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy znaczenie ma nie tyle oczywistość omyłki, ale ocena czy poprawienie owych niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty, oraz to czy stwierdzona przez zamawiającego niezgodność treści oferty z SIWZ jest wynikiem omyłki wykonawcy. Niezgodność ta nie może bowiem wynikać ze świadomego działania wykonawcy - w takim bowiem przypadku traci ona przymiot omyłki, a tym samym nie może zostać poprawiona w trybie określonym przywołanym przepisem.” Podobnie Izba orzekła w wyroku z dnia 2 marca 2017 roku (sygn. akt KIO 281/17) „Omyłką jest błąd wykonawcy przy sporządzaniu oferty nie mający celowego działania polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści.” W ocenie Odwołującego sposób sporządzenia oferty Przystępującego wskazywał na świadome działanie, dlatego odstępstwo od zasad SIWZ należało w tym przypadku zakwalifikować nie jako inną omyłkę, ale jako błąd w obliczeniu ceny skutkujący odrzuceniem oferty bez dokonywania jakichkolwiek zmian w jej treści.

Odwołujący podniósł również, że niezgodność w ofercie Przystępującego można było potraktować jako niezgodność z treścią SIWZ. W związku z powyższym, Zamawiający zobowiązany był - stosując zasadę równego traktowania wykonawców - do odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie postanowień Rozdziału XIV pkt 6, mających swoje uzasadnienie w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Działanie Zamawiającego doprowadziło do egzystencji w Postępowaniu ofert nieporównywalnych ze sobą. W wyroku z 9 marca 2017 (sygn. akt KIO 333/17) Izba stwierdziła, że „O porównywalności ofert można mówić dopiero wówczas gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównania, zostały obliczone z zachowaniem tych samych reguł. (...) Wystąpienie błędu, o którym stanowi art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych oceniać należy w kategoriach obiektywnych, a więc niezależnych od zawinienia czy motywów zachowania wykonawcy przy kształtowaniu treści oferty. Ustawowy obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny zakłada wolę ustawodawcy zapewnienia stanu porównywalności ofert, z uwzględnieniem reguł uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami zabiegającymi o uzyskanie zamówienia publicznego.” Podobnie w wyroku KIO z 19 marca 2012 roku (sygn. akt KIO 461/12) „Wykonawcy nie mogą dowolnie interpretować wymagań zamawiającego i respektować ich tylko wtedy, gdy uznają to za stosowne. Wszyscy uczestnicy postępowań przetargowych związani są ustanowionymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunkami, a i sam zamawiający nie może odstępować

od jakichkolwiek wymagań w trakcie oceny ofert. Uwzględnienie ofert, których treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i które zawierają błędy w sposobie obliczenia ceny, na równi z ofertami sporządzonymi, nie tylko odpowiednio w sposób formalny, ale również poprawnie merytorycznie, w odniesieniu do istotnych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), przez zaniechanie odrzucenia takich ofert, a pośrednio naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 tej ustawy, poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców i uczciwej między nimi konkurencji." W związku z powyższym, Zamawiający nie był uprawniony do podejmowania działań na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 bądź art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, czego zaniechał.

Ustalone przez Zamawiającego zasady obliczania ceny i obowiązek zaokrąglania ich do dwóch miejsc po przecinku w praktyce doprowadziły do podawania wartości podatku VAT w niezgodnej z przepisami kwocie, co będzie miało wpływ na cenę i rozliczenia dokonywane pomiędzy Zamawiającym a wybranym wykonawcą. Wykonawca ubiegający się o udział w Postępowaniu, który zastosował się do określonych przez Zamawiającego warunków, aby zachować zgodność z SIWZ i Pzp, musiał zaokrąglić kwotę podatku VAT oraz jednostkową kwotę brutto wydruku/kopii do dwóch miejsc po przecinku. W rozliczeniach większej ilości woluminów takie zaokrąglenie spowoduje jednak nieprawidłowość obliczeń. Z kolei wykonawca, który nie zastosował się do wymogów Zamawiającego opisanych w SIWZ i nie zaokrąglił kwoty podatku VAT i ceny jednostkowej brutto do dwóch miejsc po przecinku, w przypadku rozliczeń większej liczby woluminów będzie jednocześnie dokonywał prawidłowych pod względem podatkowo - księgowym rozliczeń z Zamawiającym. Nie jest możliwe w kontekście zachowania zasad uczciwej konkurencji, by Zamawiający traktował na tym etapie te dwie sytuacje jako zgodne z obowiązującym prawem i jednocześnie zgodne z SIWZ.

Przy podanej przez Przystępującego cenie jednostkowej netto dla wydruków czarno - białych wynoszącej 0,02 zł, kwota podatku VAT według stawki 23% to 0,0046 zł, która to - zaokrąglona zgodnie z wymogami SIWZ - powinna wynosić 0,01 zł. Cena jednostkowa brutto dla takich wydruków to 0,03 zł, a cena brutto wydruku/kopii wszystkich stron w okresie 48 miesięcy to 864 000 zł (w ofercie Przystępującego 708 480 zł). O ile ewentualnie sprostowanie takiej rozbieżności można by dopuścić dla potrzeb złożenia oferty, o tyle dla rozliczeń i wystawienia faktury VAT będzie ono nieprawdziwe. Rozliczenie wydruków/kopii zgodnie z § 5 ust. 10 wzoru umowy miało być płatne za wykonane wydruki

i kopie, obliczane każdorazowo jako suma opłat za dzierżawę urządzeń oraz sumę iloczynów ilości stron wydruków (kopii) poszczególnych rodzajów pomnożonych przez odpowiadające im stawki za poszczególne rodzaje wydruków. Stawki określone natomiast przez wykonawców w formularzu cenowym dla ce jednostkowych netto i brutto oraz kwoty podatku VAT miały być wpisane do postanowień umowy. Dla przykładu: przy wykonaniu w danym miesiącu 10 000 czarno - białych wydruków/kopii cena netto zgodnie z jednostkową ceną oferowaną przez Przystępującego wyniesie 200 zł. Gdyby przyjąć, że podatek VAT zgodnie z wartością podaną w formularzu cenowym wynosi 0,01 zł, to cena brutto jaką zobowiązany byłby zapłacić Zamawiający wyniosłaby 300 zł. Tymczasem, gdyby kierować się przepisami prawa podatkowego i obliczyć podatek według stawki 23% od kwoty 200 zł, wynagrodzenie Przystępującego wyniosłoby 246 zł. W konsekwencji rozliczenia dokonywane przez Zamawiającego z wybranym wykonawcą byłyby niezgodne z obowiązującymi przepisami podatkowymi. Zamawiający stosując przepisy podatkowe i właściwą stawkę VAT musiałby obliczać wynagrodzenie wykonawcy z zastosowaniem innych kwot niż wskazane w ofercie, albo stosując kwoty wskazane w ofercie musiałby stosować nieistniejącą w przepisach stawkę VAT. Odwołujący podnosi również, że zgodnie z § 5 ust. 2 lit c i d wzoru umowy, do jej treści wpisana zostać powinna cena netto, cena brutto oraz wartość podatku VAT w złotych tytułem wydruku/kopii 1 strony. Jeżeli oferta Przystępującego pozostałaby ofertą najkorzystniejszą, to wartość wpisana do umowy w tym miejscu - zgodna z przepisami prawa - musiałaby być inna niż cena wskazana dla tych pozycji w Formularzu ofertowym, co byłoby niedopuszczalne w przypadku zamówień publicznych i stanowiłoby zmianę ceny po terminie składania ofert.

Urządzenie drukujące w czasie eksploatacji stale zużywa materiały eksploatacyjne oraz części i elementy podlegające zużyciu. Koszt jednego wydruku składa się z kilku lub w przypadku urządzeń kolorowych nawet kilkunastu elementów, które mają wpływ na cenę. Z uwagi na to, że wytrzymałość poszczególnych składników waha się od kilku do kilkuset tysięcy stron, poszczególne elementy kosztowe mają wartości ułamkowe. Dlatego przyjętym standardem rynkowym jest podawanie ceny z dokładnością do czterech miejsc po przecinku. Standardowo koszt jednej strony zawiera każdy ze składników kosztowych, które mogą wynosić nawet poniżej tysięcznej złotego. Z uwagi na to, że przedmiotem rozliczeń pomiędzy wykonawcą, a Zamawiającym są setki tysięcy bądź miliony stron, obliczenie finalnej ceny za usługę nie powoduje potrzeby zaokrąglania składników ryczałtowych.

Obliczając cenę za jedną stronę przy koszcie jednostkowym netto np. 0,0134 zł, wykonawca biorący udział w Postępowaniu mógł zaoferować 1 grosz, co powodowałoby że kontrakt byłby nierentowny lub 2 grosze co powodowałoby, że oferta byłaby zawyżona



i niekonkurencyjna.

Dodatkowo 1 grosz netto czyli 1,23 grosza brutto, to w przyjętej metodologii obliczeń ceny (według zasad matematycznych) nadal 1 grosz brutto. Taki sam mechanizm działa w przypadku ceny 2 grosze za stronę, gdzie zmienna kosztowa netto i brutto jest równa.

Wypełniając formularz cenowy w przypadku ceny 1 grosz netto, w Załączniku 2.1. należało podać następujące wartości (dla wydruków czarno-białych):

B - Cena jednostkowa netto - 1 grosz,

C- Stawka VAT-23%

D - Wartość VAT - 0,23 grosza czyli 0

E - Cena jednostkowa brutto - 1,23 grosza czyli 1 grosz

G - Cena netto zł wydruku/kopii wszystkich stron w okresie 48 miesięcy (B x F) - 288 000 złotych netto

H - Stawka VAT - 23%

I - Wartość VAT - 66 240 tysięcy złotych

J - Cena brutto zł wydruku/kopii wszystkich stron w okresie 48 miesięcy (G+I) - 354 240 złotych brutto, przy czym wartość F - ilość stron do wydruku/kopiowania w okresie 48 miesięcy umowy była podana z góry przez Zamawiającego i wynosiła dla wydruków/kopii czarno-białych 28 800 000 stron.

Cena brutto obliczona z iloczynu ceny jednostkowej brutto (E x F), w tym formacie to wartość 288 000 tysięcy złotych brutto - równa cenie netto.

Natomiast w przypadku ceny 2 grosze netto wartości wydruków/kopii czarno-białych to:

B - Cena jednostkowa netto - 2 grosze,

C - Stawka VAT-23%

D - Wartość VAT - 0,46 grosza czyli po zaokrągleniu 0

E - Cena jednostkowa brutto - 2,46 grosza czyli 2 grosze

G - Cena netto zł wydruku/kopii wszystkich stron w okresie 48 miesięcy (B x F) - 576 000 złotych netto

H - Stawka VAT-23%

I - Wartość VAT - 132 480 tysięcy złotych

J - Cena brutto zł wydruku/kopii wszystkich stron w okresie 48 miesięcy (G+I) - 708 480 złotych brutto, przy czym wartość F - ilość stron do wydruku/kopiowania w okresie 48 miesięcy umowy była podana z góry przez Zamawiającego i wynosiła dla wydruków/kopii czarno-białych 28 800 000 stron.

Cena brutto obliczona z iloczynu ceny jednostkowej brutto (E x F), w tym formacie ma wartość 576 000 złotych brutto i jest równa cenie netto.

Biorąc pod uwagę powyższe unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp jest obligatoryjne. Zamawiający obowiązany jest do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ww. przesłanka unieważnienia postępowania składa się z koniunkcji trzech okoliczności, których łączne wystąpienie skutkuje obowiązkiem zastosowania tego przepisu.

Po pierwsze - musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania). W postępowaniu naruszenie przepisów postępowania nastąpiło na skutek zastosowania przez Zamawiającego do wykonawców którzy zastosowali się do wymogów SIWZ i tych, którzy sporządzili ofertę w inny sposób - jednakowych zasad. Zamawiający nie odrzucił, wbrew SIWZ, oferty nieodpowiadającej określonym przez niego zasadom wyceny cen jednostkowych, stwierdził - jak wynika z całokształtu okoliczności - że oferta ta zawiera inną omyłkę, a następnie tą omyłkę usunął, bądź też uznał, że oferta ta nie wymaga zmian i może zostać wybrana jako najkorzystniejsza mimo niezgodności z SIWZ.

Po drugie - wada ta ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji usunięcia „innej omyłki” jako najkorzystniejsza została wybrana oferta, której kwota podatku VAT od ceny jednostkowej wydruku/kopii czarno - białej nie wynosi 23%, tylko jest wartością zaokrągloną do dwóch miejsc po przecinku. Przy wymogu wpisania tej kwoty oraz jednostkowej ceny brutto wydruku/kopii czarno - białej do umowy, dokonywane miesięcznie rozliczenia uwzględniające rzeczywiste dokonane wydruki będzie niezgodne z przepisami podatkowymi.

Po trzecie - wada ta musi być niemożliwa do usunięcia. Wada postępowania musi mieć charakter trwały, musi rzeczywiście wystąpić i musi powodować niemożliwość zawarcia ważnej umowy. Sposób przygotowania wyceny dla cen jednostkowych określony został w SIWZ i podczas trwania Postępowania nie został on przez Zamawiającego zmieniony. W chwili złożenia przez wykonawców różnie sporządzonych ofert, w tym oferty sporządzonej niezgodnie z SIWZ, która mimo to został uznana za najkorzystniejszą w Postępowaniu, spowodowała zaistnienie okoliczności niemożności zawarcia ważnej umowy. Ważność umowy w tym przypadku nie może być interpretowana wąsko poprzez pryzmat wyłącznie przepisów Pzp, ale również przepisów określających zasady prawidłowego rozliczania zobowiązań publicznoprawnych.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone**

**oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

**Zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia i wybór jako najkorzystniejszej oferty, która zawiera błędy w obliczeniu ceny oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia i wybór jako najkorzystniejszej oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ, nie potwierdziły się.**

SIWZ zawierała szczegółowe regulacje dotyczące sposoby przygotowania oferty i obliczenia ceny. Rozdział XI. Opis sposobu przygotowania oferty, w punkcie 3 wskazywał, że oferty składane w postępowaniu zawierać mają formularz p.n. „Oferta”, według wzoru stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ, wraz z załącznikiem nr 2.1 i nr 2.2.

Załącznik nr 2.1 był to formularz cenowy. Składał się z dwóch tabel, z których pierwsza dotyczyła dzierżawy urządzeń wielofunkcyjnych kolorowych oraz dzierżawy serwera, druga zaś wydruku/kopii strony formatu A4 czarno-białej (wiersz nr 1) oraz kolorowej (wiersz nr 2). Obowiązkiem wykonawców było uzupełnienie załącznika nr 2.1 o następujące dane:

1. Cena jednostkowa netto zł wydruku/kopii 1 strony - kolumna B,
2. Stawka VAT w procentach - kolumna C,
3. Wartość VAT - kolumna D,
4. Cena jednostkowa brutto zł wydruku/kopii 1 strony,
5. Cena netto zł wydruku/kopii wszystkich stron w okresie 48 miesięcy - kolumna G,
6. Stawka VAT w procentach - kolumna H,
7. Wartość VAT - kolumna I,
8. Cena brutto zł wydruku/kopii wszystkich stron w okresie 48 miesięcy - kolumna J.

Kolumna F - Ilość stron do wydruku/kopiowania w okresie 48 miesięcy umowy została uzupełniona przez Zamawiającego. W przypadku wydruków czarno-białych Zamawiający zakładał wydruk 28 800 000 stron, w przypadku stron kolorowych – 12 000 000 stron.

Tabela zawierała instrukcję dotyczącą sposobu wyliczenia poszczególnych pozycji załącznika. Podstawą kalkulacji była cena jednostkowa netto zł wydruku/kopii 1 strony (kolumna B). W oparciu o nią wykonawcy mieli obliczyć pozostałe pozycje załącznika:

1. Wartość VAT – iloczyn liczb z kolumny B i C,
2. Cena jednostkowa brutto zł wydruku/kopii 1 strony – suma liczb z kolumny B i D,
3. Cena netto zł wydruku/kopii wszystkich stron w okresie 48 miesięcy - iloczyn liczb z kolumny B i F,
4. Wartość VAT - iloczyn liczb z kolumny G i H,
5. Cena brutto zł wydruku/kopii wszystkich stron w okresie 48 miesięcy - suma liczb z kolumny G i I.

Wartość VAT z kolumny D służyć miała wyłącznie wyliczeniu ceny jednostkowej brutto, która nie miała być podstawą żadnych dalszych obliczeń.

Rozdział XIV SIWZ - Opis sposobu obliczenia ceny ustanowił następujące zasady kalkulacji cen ofert:

1. „Cena oferty musi być podana w ofercie wg zasad określonych w niniejszej SIWZ.
2. Wymienione wartości w ofercie (kwota netto, brutto, kwota podatku VAT, wszystkie ceny szczegółowe w formularzu cenowym) należy podać w zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku przy zachowaniu matematycznej zasady zaokrąglania liczb tj. końcówki poniżej 0,5 grosza pomija się, a końcówki 0,5 grosza i wyższe zaokrągla się do 1 grosza. Nie dopuszcza się oferowania cen niższych niż 0,01 zł.
3. Cena oferty winna zawierać należny VAT. Prawidłowe ustalenie VAT należy do obowiązków Wykonawcy — zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2016 poz. 710 ze zm.).
4. Cenę należy podać w złotych polskich.
5. Cenę oferty należy wyliczyć wypełniając formularz „Oferta” stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ i „formularz cenowy” — załącznik nr 2.1. do SIWZ. Oferta winna wskazywać oferowaną cenę w sposób przewidziany w formularzu „Oferta”. Ilekroć w postanowieniach poniżej jest mowa o „cenie oferty”, należy przez to rozumieć cenę za wykonanie całości przedmiotu zamówienia.
6. Niepodanie ceny oferty w formularzu „Oferta” zgodnie ze wskazanymi przez Zamawiającego sposobem, bądź niewypełnienie któregokolwiek z pól

przedmiotowego formularza oraz formularzach nr 2.1. i nr 2.2. do SIWZ, spowoduje odrzucenie oferty jako niezgodnej z SIWZ.

7. Zamawiający nie dopuszcza przedstawienia ceny ofertowej w kilku wariantach. Nie dopuszcza się oferowania cen niższych niż 0,01 zł.”

Punkt 3 Formularza Oferty (Załącznik nr 2 do SIWZ) zawierać miał informacje na temat łącznej, maksymalnej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia tj. wartość ceny netto, wartość podatku VAT i wartość ceny brutto. Zgodnie z instrukcją zawartą we wskazanym punkcie formularza powyższe wartości miały zostać przeniesione z odpowiednich kolumn załącznika nr 2.1.. Formularz Oferty nie wymagał podawania ceny jednostkowej netto i brutto.

Zasady wypłaty wynagrodzenia z tytułu realizacji umowy uregulowane zostały w § 5 wzoru umowy. Punkty 9 i 10 tego dokumentu brzmią: „Wynagrodzenie będzie płacone Wykonawcy z dołu, w cyklu miesięcznym. Faktura wystawiona zostanie na podstawie miesięcznych protokołów odbioru okresowego, sporządzanych w terminie do 7 dni po zakończeniu danego miesiąca w całym okresie trwania Umowy. Pierwszy okres rozliczeniowy rozpoczyna się następnego dnia roboczego po dniu podpisania protokołu odbioru produkcyjnego - bez usterek, o którym mowa w § 4 Umowy, przy czym pierwsze rozliczenie będzie uwzględniało liczniki początkowe z dnia instalacji poszczególnych urządzeń drukujących. W przypadku rozpoczęcia lub zakończenia świadczenia usługi w trakcie trwania miesiąca kalendarzowego wynagrodzenie za ten miesiąc zostanie naliczone proporcjonalnie do liczby dni świadczenia usługi w danym miesiącu kalendarzowym; Zamawiający będzie płacił Wykonawcy za wykonane wydruki i kopie. Należne wynagrodzenie okresowe (miesięczne) będzie obliczone każdorazowo, jako suma opłat za dzierżawę urządzeń drukujących i serwerów, o których mowa w Załączniku nr 1 do Umowy, oraz suma iloczynów ilości stron wydruków (kopii) poszczególnych rodzajów wydruku (kopii), pomnożonych przez odpowiadające im stawki, za poszczególne rodzaje wydruków (kopii), (...) i zostanie przedstawione każdorazowo w protokole odbioru okresowego (miesięcznego).”

W przedmiotowym postępowaniu złożone zostały cztery oferty. Załącznik nr 2.1 do oferty Przystępującego, w kolumnach D i E zawierał następujące wartości:

1. Wydruk/kopia strony formatu A4 czarno-białej - wartość VAT - 0,0046 zł, cena jednostkowa brutto zł wydruku/kopii 1 strony - 0,0246 zł,
2. Wydruk/kopia strony formatu A4 kolor - wartość VAT - 0,0207 zł, cena jednostkowa brutto zł wydruku/kopii 1 strony - 0,1107 zł.

Pozostałe pozycje załącznika nr 2.1 zostały zaokrąglone do dwóch miejsc po przecinku. Zamawiający dokonał weryfikacji ofert pod względem rachunkowym i we wszystkich,

za wyjątkiem oferty Przystępującego, stwierdził wystąpienie omyłek rachunkowych i w dniu 11 czerwca 2018 r. dokonał ich poprawy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp. Zamawiający nie dokonał poprawy oferty Przystępującego przez zaokrąglenie ww. wartości do dwóch miejsc po przecinku. Nie został również poprawiony załącznik nr 2.1 do oferty Arcus Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, który to wykonawca również zaokrąglił do czterech miejsc po przecinku wartości liczbowe z kolumn D i E tabeli.

Biorąc pod uwagę przytoczone wyżej zasady kalkulacji cen ofertowych oraz zasady wypłaty wynagrodzenia z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia Izba uznała, że zaokrąglenie kwot w kolumnach D i E załącznika 2.1 oferty Przystępującego, mimo, że było niezgodne z wymogami SIWZ, to w żaden sposób nie wpłynęło na przebieg postępowania. Zamawiający powinien dokonać poprawy kwot wartości VAT i cen jednostkowych brutto wydruku/kopii 1 strony w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wskazany przepis stanowi, że „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”. Skoro SIWZ wprowadził wymóg zaokrąglenia wszystkich cen do dwóch miejsc po przecinku, to obowiązkiem Zamawiającego było egzekwowanie wprowadzonej zasady postępowania, ze względu na wynikający z art. 7 ust. 1 Pzp obowiązek prowadzenia postępowania w sposób zgodny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Treść SIWZ wiąże bowiem nie tylko wykonawców, ale również w odpowiednim zakresie zamawiającego. Mimo zaniechania przez Zamawiającego poprawy załącznika nr 2.1 do oferty Przystępującego, wybór najkorzystniejszej oferty był prawidłowy. Podanie wartości VAT i cen jednostkowych brutto zaokrąglonych do czterech, zamiast dwóch miejsc po przecinku, nie miało znaczenia dla prawidłowej kalkulacji ceny całkowitej netto i brutto oferty. Podstawą kalkulacji była cena jednostkowa netto, a ta w ofercie Przystępującego była podana w sposób zgodny z SIWZ. Weryfikacja cen całkowitych oferty była w pełni możliwa. Biorąc pod uwagę, że oferta Przystępującego była zgodna z SIWZ, a stwierdzone uchybienia nie miały wpływu na przebieg postępowania Izba stwierdziła, że zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp nie potwierdziły się. Przepisy te ustanawiają obowiązek odrzucenia z postępowania oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 (pkt 2) lub zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu (pkt 6). Biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny Izba uznała, że nie zostały wypełnione przesłanki żadnego z powyższych przepisów, więc nie zaistniały podstawy do odrzucenia oferty Przystępującego z postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że przedmiotowe zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

**Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp przez zaniechanie unieważnienia postępowania, mimo, że jest ono obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego nie potwierdził się.**

Art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp stanowi, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Argumentacja Odwołującego oparta była o twierdzenie, że w obrębie SIWZ z załącznikami istnieje wewnętrzna sprzeczność powodująca, że wykonawcy nie mogą złożyć prawidłowych ofert. Odwołujący dowodził, że zachowanie zgodne z dyspozycją Rozdziału XIV pkt 2 SIWZ, biorąc pod uwagę wysokość cen jednostkowych netto za wydruk jednej strony, będzie powodowało konieczność dokonania kalkulacji cen jednostkowych brutto w sposób sprzeczny z przepisami Ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz.U. 2017 poz. 1221) albo niezgodnie z przytoczonym postanowieniem SIWZ. W ocenie Izby argumentacja Odwołującego nie zasługiwała na uwzględnienie. Kalkulacja ceny jednostkowej brutto nie miała znaczenia dla prawidłowego ustalenia ceny całkowitej netto i brutto ofert. W związku z tym, nawet gdyby w wyniku zaokrąglenia ceny jednostkowej brutto w sposób zgodny z SIWZ doszło do sytuacji, gdy cena jednostkowa netto byłaby równa cenie jednostkowej brutto (co wystąpiłoby przy cenie jednostkowej netto równej np. 0,01 zł – cena powiększona o wartość podatku VAT to 0,0123 zł, a po zaokrągleniu 0,01 zł) to możliwe było sporządzenie prawidłowych, zgodnych z SIWZ ofert. Zasady zaokrąglenia cen przyjęte przez Zamawiającego były prawidłowe, zgodne z przepisami prawa i nie stanowiły wady postępowania w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Wobec powyższego Izba uznała, że zarzut nr 5 odwołania nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała, że oddaleniu podlega również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp. Przepis ten stanowi, że „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości”. Wobec niestwierdzenia zaistnienia przesłanek naruszenia powyższego przepisu Izba uznała

postępowanie Zamawiającego za prawidłowe i na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:.....**