

**WYROK**

**z dnia 28 października 2021 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodnicząca: Danuta Dziubińska**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 października 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 września 2021 r. przez wykonawcę **T-Mobile Polska Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Jagielloński w Krakowie**

przy udziale wykonawcy **Orange Polska Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie;**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **T-Mobile Polska Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od wykonawcy **T-Mobile Polska Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego **Uniwersytet Jagielloński w Krakowie** kwotę 4 105,06 zł (słownie: cztery tysiące sto pięć złotych sześć groszy) w tym 3 600 zł 00 gr tytułem uzasadnionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, 17 zł tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa oraz 488,06 zł tytułem zwrotu kosztów związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Uniwersytet Jagielloński (dalej: „Zamawiający”) prowadzi na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) dalej: „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wyłonienie Wykonawcy usług telekomunikacyjnych w zakresie łączności GSM dla Uniwersytetu Jagiellońskiego, w tym Uniwersytetu Jagiellońskiego - Collegium Medicum w Krakowie, numer referencyjny: 80.272.152.2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 4 sierpnia 2021 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych po numerem 2021 /BZP 00136755/01.

21 września 2021 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez Orange S.A. i dokonaniu poprawy omyłek rachunkowych w ofercie wykonawcy T-Mobile Polska S.A. (dalej: „Odwołujący”), który z zachowaniem terminu ustawowego wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp przez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z przepisami ustawy oraz naruszający zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności oraz przejrzystości;
- 2) art. 223 ust. 2 pkt 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp przez nieprawidłowe zastosowanie ww. przepisów i dokonanie poprawienia w ofercie T-Mobile oczywistej omyłki rachunkowej w sposób nieprawidłowy i nieracjonalny, co doprowadziło do zwiększenia ceny oferty T-Mobile do kwoty 5.034.956.723,04 zł brutto, jak również poprzez zaniechanie prawidłowego poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej, oddającego rzeczywistą wolę T-Mobile w zakresie zaoferowanej ceny tj. wykonania działania matematycznego polegającego na podzieleniu wartości wskazanych w kolumnach 4 tabel C1, C2, C3 i C4 Załącznika nr 2 do formularza oferty „Szczegółowa kalkulacja cenowa” przez ilości określone w kolumnach 3 („mnożnik”);
- 3) ewentualnie - art. 223 ust. 1 Pzp przez zaniechanie jego zastosowania w sytuacji, gdy Zamawiający - jak wynika z okoliczności sprawy - miał wątpliwości w jaki sposób poprawić omyłkę, a w związku z tym, powinien wezwać Odwołującego do udzielenia wyjaśnień oferty.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) dokonania powtórnej czynności badania i oceny oferty,
- 3) unieważnienia czynności poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej z 7 września 2021 r., a także unieważniania zmiany konsekwencji rachunkowych dokonanej poprawki;
- 4) dokonania poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w sposób racjonalny, wynikający z uzasadnienia odwołania, tj. poprzez podzielenie wartości wskazanych w kolumnach 4 tabel C1, C2, C3 i C4 Załącznika nr 2 do formularza oferty „Szczegółowa kalkulacja cenowa” przez ilości określone w kolumnach 3 („mnożnik”);
- 5) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że poprawienie oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie wykonawcy powinno być racjonalne. Dzięki poprawieniu omyłki, cena oferty wykonawcy powinna odzwierciedlać jego rzeczywiste zamiary, zmniejszone na skutek omyłki. Samo pojęcie omyłki wskazuje, iż pozycja która ma zostać poprawiona powinna być wypełniona inaczej. Poprawienie oczywistej omyłki rachunkowej nie może prowadzić więc do wykreowania treści oferty, której wykonawca nigdy by nie złożył, ze względu na jej oderwanie od rzeczywistego poziomu cen wykonania zamówienia, którego dotyczy.

W ocenie Odwołującego Zamawiający nieprawidłowo zastosował art. 223 ust. 2 pkt 2 Pzp. Po dokonaniu „poprawienia” omyłki przez Zamawiającego cena oferty Odwołującego została wyznaczona na poziomie, na jakim z całą pewnością nigdy nie określiłby jej żaden z wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Jest to bowiem nie tylko cena nierynkowa w kontekście przedmiotu zamówienia, ale wręcz irracjonalna biorąc pod uwagę fakt, iż swoim poziomem jest prawie 15.000 razy zawyżona w stosunku do ceny oferty jaka była złożona przez Odwołującego, i której poziom (335.936,62 zł brutto) jest prawidłowy. Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie podstawowym o wartości nieprzekraczającej progów unijnych, a dokonał „poprawienia” omyłki w sposób, który doprowadził do zwiększenia ceny ofertowej do ponad 5 mld zł i swoimi czynnościami wyeliminował ofertę T-Mobile z postępowania. Powyższe doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy, który zaferował wyższą cenę, co nie jest korzystne z punktu widzenia interesów Zamawiającego (wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany w sposób niezgodny z przepisami Pzp).

Odwołujący stwierdził, że nie jest sporne, że w ofercie T-Mobile doszło do oczywistej omyłki, która jest widoczna na pierwszy rzut oka. Odwołujący przy przenoszeniu wartości do wzoru formularza cenowego (załącznik nr 2 do formularza oferty) udostępnionego przez Zamawiającego omyłkowo przepisał do kolumny drugiej („cena netto”) tabel C1 - C4 wartości z kolumny 4 stanowiące ogólny koszt dla usług po przeliczeniu przez mnożnik wskazany we wzorze dokumentu. W efekcie ceny wskazane w kolumnie 2 i 4 formularza Szczegółowej

Kalkulacji Cenowej były identyczne. Zamawiający dostrzegł, że w ofercie T-Mobile doszło do omyłki, jednak wybrał błędny kierunek działań matematycznych. Zamawiający przemnożył bowiem wartości wskazane w kolumnie 2 tabel C1-C4 przez ilości określone w kolumnie 3 („mnożnik”) i dokonał modyfikacji wartości wpisanych w kolumnie. Po przesłaniu przez Zamawiającego informacji o poprawieniu omyłki, T-Mobile sprzeciwił się takiemu postępowaniu i poinformował Zamawiającego, że jego sposób poprawienia omyłki był błędny. Prawidłowe działanie Zamawiającego powinno być odwrotne, tzn. Zamawiający powinien podzielić wartości wpisane do kolumny 4 tabel C1-C4 przez ilości określone we wzorze dokumentu w kolumnie 2. Takie działanie oddaje intencję, co do oświadczenia woli złożonego w ofercie i nie prowadzi do zmiany ceny ofertowej, która jest prawidłowa. Sposób poprawienia omyłki dokonany przez Zamawiającego doprowadził do wypaczenia intencji wykonawcy. Zamawiający powinien uznać, że wartości określone w kolumnie 4 tabel Szczegółowej Kalkulacji Cenowej są prawidłowe nie powinny budzić wątpliwości. Poziom ceny ustalony na ich podstawie jest racjonalny i odpowiada poziomowi cen, dla których Zamawiający prowadzi postępowanie (wartość szacunkowa została ustalona poniżej progów unijnych), jak również poziomowi cen wyznaczonego przez średnią arytmetyczną cen ofert.

Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający powinien dokonać poprawienia omyłek rachunkowych z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, jednak powinien wybrać rozsądny sposób podejmowania czynności. Podzielenie wartości z kolumny 4 tabel przez ilości z kolumny 2 również jest prostym działaniem matematycznym odpowiadającym zakresowi art. 223 ust. 2 pkt 2 Pzp i jednocześnie nie prowadzi do zmiany finalnej ceny ofertowej określonej w formularzu ofertowym, w szczególności nie prowadzi do modyfikacji ceny do nierealnego poziomu ponad 5 mld zł. Przepis art. 223 ust. 2 pkt 2 Pzp nie określa jakich cen ma dotyczyć omyłka, to oznacza, że jest możliwe poprawienie na podstawie ww. przepisu cen jednostkowych, jeżeli dane umożliwiające zastosowanie art. 223 ust. 2 pkt 2 Pzp zostały zawarte w ofercie.

W przypadku powzięcia wątpliwości, co do prawidłowości przygotowania przez Odwołującego Szczegółowej Kalkulacji Cenowej Zamawiający, przed zastosowaniem art. 223 ust. 2 pkt 2 Pzp Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty. Dzięki temu Odwołujący mógłby wyjaśnić Zamawiającemu sposób obliczenia ceny.

W ocenie Odwołującego poziom ceny ofertowej wskazanej w formularzu jego oferty był prawidłowy, a sposób poprawienia omyłki przez Zamawiającego był niedopuszczalny, gdyż doprowadził nie do jej poprawienia a do wyeliminowania oferty, która powinna być w świetle ustalonych w SWZ kryteriów oceny ofert najkorzystniejsza.

Pismem z 22 października 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał, że zgodnie z postanowieniami rozdziału XII ust. 8 pkt 3 SWZ Wykonawca był zobowiązany do dołączenia do oferty indywidualnej kalkulacji ceny oferty, uwzględniającej wymagania i zapisy SWZ. W postępowaniu złożono dwie oferty: tj. przez Orange Polska S.A. z ceną 462 971,90 zł i T-Mobile Polska S.A. z ceną 335 936,62 zł. W załączniku nr 2 do oferty złożonej przez T-Mobile kolumna nr 2 (cena netto) i kolumna nr 4 (koszt miesięczny – cena netto x mnożnik) jest tożsama. Oznacza to, że Wykonawca w kosztach oferty nie uwzględnił mnożnika wskazanego w kolumnie nr 3. Wobec powyższego Zamawiający dokonał przeliczenia oferty i w kolumnie 4 wskazał prawidłowy iloczyn wartości wskazanych w kolumnie 2 i 3. Ze stanowiskiem Zamawiającego nie zgodził się Wykonawca T-Mobile S.A., który w piśmie z 7 września 2021 r. wskazał, że przy przygotowaniu oferty nastąpiła omyłka edytorska – polegająca na tym, że „przy przenoszeniu danych z exela do word źle skopiowały się kolumny i w cenach jednostkowych pojawiły się sumy netto zamiast cena jednostkowa (ta sama kwota co w kolumnie 3)”. Wykonawca wskazał przy tym, że jeżeli Zamawiający chciał poprawić omyłkę rachunkową powinien to zrobić następująco: „trzecia kolumna dzielona przez drugą – wtedy otrzymałby ceny jednostkowe za poszczególne usługi”.

Odnosząc się do zarzutów odwołania Zamawiający wskazał, że odwołanie jest bezzasadne. W ocenie Zamawiającego oczekiwana przez Odwołującego ingerencja w treść oferty jest niedopuszczalna, gdyż doprowadziłaby do zmiany poszczególnych elementów cenowych składających się na ofertę Wykonawcy. Stosownie do treści postanowień art. 223 ust. 2 pkt 2 Pzp Zamawiający jest uprawniony i zobowiązany do poprawienia w ofercie oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Jako omyłki rachunkowe definiuje się takie błędy w ofercie, które wynikają z błędnego dokonania obliczeń rachunkowych, matematycznych. Jak wskazuje J. Jarnicka w komentarzu do art. 223 PZP (red. Jaworska 2021, wyd. 2/J. Jarnicka, Legalis 2021), poprawieniu podlegają nie tylko omyłki rachunkowe, które widoczne są na pierwszy rzut oka. Czasami w celu zidentyfikowania, czy wykonawca rzeczywiście popełnił oczywistą omyłkę rachunkową, konieczne jest wykonanie różnego rodzaju obliczeń, które wskażą zamawiającemu, w którym miejscu wykonawca popełnił omyłkę. Ważne jest jednak, że zamawiający powinien mieć pewność, w jaki sposób poprawić omyłkę rachunkową. Tym samym w sytuacji, gdy możliwe jest poprawienie omyłki na kilka sposobów, co wpływa np. na cenę oferty, zamawiający nie może decydować o tym, w jaki sposób poprawić omyłkę. Wówczas konieczne może okazać się odrzucenie oferty ze względu na błąd w obliczeniu ceny. Co do zasady nie jest również możliwe poprawienie omyłek rachunkowych wskutek

prowadzonych wyjaśnień, ponieważ pozbawiałoby to owe omyłki przymiotu oczywistości. Przepis nakłada obowiązek uwzględnienia po poprawieniu omyłki rachunkowej konsekwencji rachunkowych, co skutkuje koniecznością poprawienia wszystkich wartości w ofercie, na które wpływ miało poprawienie omyłki. Jeżeli zatem Wykonawca wskazuje, że omyłka rachunkowa powinna być poprawiona w inny sposób, to traci ona przymiot oczywistości. Gdyby zatem przyjąć, że rację ma Wykonawca to jego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 10, gdyż zawiera błąd w obliczeniu ceny, którego nie można poprawić. Wbrew twierdzeniom Wykonawcy niedopuszczalne byłoby wezwanie T-Mobile S.A. do złożenia w tym zakresie dodatkowych wyjaśnień, gdyż doprowadziłoby to do modyfikacji treści oferty. Wykonawca wprost bowiem w treści odwołania wskazuje, że treść kalkulacji powinna być inna, niż dołączona do oferty.

Z zachowaniem wymogów ustawowych wykonawca Orange Polska S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego stając się jego uczestnikiem.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie odwołania, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron, ustaliła i zważyła co następuje:**

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego w/w przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Na skutek nieprawidłowego zastosowania w stosunku do oferty Odwołującego przepisu art. 223 ust. 2 pkt 2 Pzp doszło do zniekształcenia oświadczenia woli Odwołującego. W wyniku dokonanej poprawki, cena oferty Odwołującego za wykonanie zamówienia została zwiększona do 5.034.956.723 04 zł brutto podczas, gdy prawidłowa cena oferty to 335.936,62 zł brutto (cena wynikająca z formularza ofertowego). Po dokonaniu poprawienia omyłki cena oferty Odwołującego stała się absurdalnie wysoka, co doprowadziło do przyznania w jedynym kryterium oceny ofert, jakim jest cena 0 pkt, w sytuacji, gdy oferta T-Mobile powinna być uznana za najkorzystniejszą. Objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą więc do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego polegającej na uniemożliwieniu uzyskania zamówienia.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania miałby szansę uzyskać zamówienie i osiągnąć korzyści z tym związane.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Zgodnie z rozdziałem XIV pkt 1 SWZ zawierającym opis sposobu obliczenia ceny: „1. *Cenę ofert należy podać w złotych polskich i wyliczyć na podstawie indywidualnej kalkulacji uwzględniając podatki, opusty, upusty, itp., których Wykonawca zamierza udzielić oraz wszelkie koszty związane z realizacją umowy.*”

Stosownie do rozdziału XV SWZ jako jedyne kryterium oceny ofert została podana cena-100%.

W załączniku nr 2 do oferty - *Szczegółowa kalkulacja cenowa* zostały przedstawione cztery tabele zawierające szczegółową kalkulację tj. C1- Cena eksploatacji telefonów komórkowych, C2 - Mobilny dostęp do Internetu, C3 - Bramka SMS, C4 - Usługa M2M. Każda z nich zawiera cztery kolumny: pierwsza odnosi się do parametru wskazanego przez Zamawiającego, zaś kolejne zawierają odpowiednio: cenę netto, mnożnik (określony przez Zamawiającego), cenę netto x mnożnik oraz podsumowanie wartości z czwartej kolumny.

Projektowane postanowienia umowy zawierają m.in. treści:

„§1 Przedmiot umowy

1. Przedmiotem niniejszej Umowy jest świadczenie usług telekomunikacyjnych w zakresie łączności GSM dla Uniwersytetu Jagiellońskiego, w tym Uniwersytetu Jagiellońskiego – Collegium Medicum, z siedzibą w Krakowie.

(...)

4. Wykonawca świadczy usługi telekomunikacyjne w Sieci Telekomunikacyjnej Wykonawcy na rzecz Zamawiającego zgodnie z:

4.1. Regulaminem Świadczenia Usług Telekomunikacyjnych w sieci telekomunikacyjnej GSM 900/1800 i UMTS przez \_\_\_\_\_ - stanowiącym Załącznik nr 1 do niniejszej umowy.

4.2. Cennikiem usług telekomunikacyjnych głosowych GSM wynikającym z oferty złożonej przez Wykonawcę w ramach niniejszego zamówienia oraz dla usług nie ujętych w Specyfikacji Warunków Zamówienia, a świadczonych przez Wykonawcę, stanowiącym Załącznik nr 2 do niniejszej umowy.



4.3. Cennikiem usług mobilnego dostępu do Internetu wynikającym z oferty złożonej przez Wykonawcę w ramach niniejszego zamówienia, stanowiącym Załącznik nr 3 do niniejszej umowy.

4.4. Cennikiem usługi „Bramka SMS” wynikającym z oferty złożonej przez Wykonawcę w ramach niniejszego zamówienia, stanowiącym Załącznik nr 4 do niniejszej umowy.

4.5. Cennikiem usługi M2M wynikającym z oferty złożonej przez Wykonawcę w ramach niniejszego zamówienia, stanowiącym Załącznik nr 5 do niniejszej umowy.

5. Wartość niniejszej umowy określona na podstawie oferty wykonawcy wynosi kwotę netto ..... PLN, co po doliczeniu należnej stawki podatku od towarów i usług VAT w wysokości...% daje kwotę brutto \_\_\_\_\_ PLN (słownie: \_\_\_\_\_).

6. Faktyczna wartość końcowa umowy wynikać będzie z wystawianych comiesięcznie faktur, obliczanych na podstawie cenników zawartych w Załącznikach nr 2, 3, 4 i 5 do niniejszej umowy.

7. Wykonawca gwarantuje niezmienność wartości (cen) netto przez cały okres trwania umowy. Zmiana wynagrodzenia Wykonawcy określonego ust. 5 niniejszego paragrafu umowy wymaga zwarcia przez Strony pisemnego aneksu.

(...)

## § 8

1. Za wykonane usługi telekomunikacyjne wymienione w §3, §4, §6 i §7 Zamawiający będzie uiszczał opłaty zgodnie z cenami zawartymi odpowiednio:

1.1 w cenniku usług telekomunikacyjnych głosowych wynikających z oferty złożonej przez Wykonawcę w ramach niniejszego zamówienia oraz usług nie ujętych w Specyfikacji Warunków Zamówienia a świadczonych przez Wykonawcę, stanowiącym Załącznik nr 3 do umowy,

1.2 w cenniku usług mobilnego dostępu do Internetu stanowiącym Załącznik nr 4 do umowy,

1.3 w cenniku usługi „Bramka SMS” stanowiącym załącznik nr 6 do umowy,

1.4 w cenniku usługi M2M,

1.5 w cenniku Wykonawcy w przypadku skorzystania z usług nie opisanych w Umowie i warunkach niniejszego postępowania stanowiącym Załączniki nr 8.

2. Miesięczna opłata abonamentowa będzie płaćna z góry, a opłata za usługi telekomunikacyjne z dołu.

3. Podstawą zapłaty będą faktury miesięczne wystawiane przez Wykonawcę z załączonymi bilingami rozmów i dokładną specyfikacją usług dla poszczególnych numerów, w szczególności ze wskazaniem daty aktywacji / deaktywacji usługi. Zamawiający dopuszcza dostarczanie bilingów wyłącznie w formie elektronicznej.

(...)

Załączniki:

Załącznik nr 1 - Regulamin Świadczenia Usług GSM

Załącznik nr 2 - Cennik Usług Głosowych GSM

Załącznik nr 3 - Cennik Usług Mobilnego Dostępu do Internetu

Załącznik nr 4 - Cennik usługi „Bramka SMS”

Załącznik nr 5 - Cennik usług M2M

Załącznik nr 6 – Publiczny cennik wykonawcy (dla usług nie ujętych w SIWZ) Załącznik nr 7 - Wzór umowy o Świadczenie Usług Telekomunikacyjnych”

W Formularzu oferty Odwołujący wskazał m.in., że oferuje cenę łączną za całość przedmiotu zamówienia (tj. suma cen wykazanych w załączniku nr 2 do formularza oferty, tj. C1+C2+C3+C4) za łączną kwotę netto 273 119,20 zł (słownie: dwieście siedemdziesiąt trzy tysiące sto dziewiętnaście złotych i dwadzieścia groszy), co po doliczeniu podatku VAT w wysokości 23%, daje kwotę brutto 335 936,62 zł (słownie: trzysta trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych i sześćdziesiąt dwa grosze).

We wszystkich czterech tabelach szczegółowej kalkulacji ceny oferty Odwołującego w kolumnie drugiej (cena netto) i kolumnie czwartej (cena netto x mnożnik) zostały podane takie same ceny.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega oddaleniu. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty odwołania, w granicach których Izba orzeka.

Stosownie do art. 237 ust. 1 i 2 Pzp: *Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. 2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.* Zgodnie z art. 17 ust. 2 Pzp: *2. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

Art. 16 pkt 1-3 stanowi: *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.*

W myśl art. 223 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 Pzp 1. *W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. 2. Zamawiający poprawia w ofercie: (...) 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek (...).*

Odwołanie zostało wniesione wobec dokonanej przez Zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, która w ocenie Odwołującego była wynikiem nieprawidłowego badania i oceny oferty Odwołującego oraz poprawienia przez Zamawiającego omyłek rachunkowych w ofercie Odwołującego, w wyniku czego cena tej oferty z najniższej stała się najwyższą w postępowaniu.

Zważywszy na treść zarzutów odwołania, w tym okoliczność, iż Odwołujący nie kwestionuje uznania przez Zamawiającego, że w jego ofercie pojawiły się nieprawidłowości, które podlegały poprawie jako omyłki rachunkowe, oraz to, że Zamawiający nie odrzucił oferty Odwołującego z uwagi na błąd w obliczeniu ceny, przedmiotem rozpoznania Izby jest spór dotyczący sposobu poprawienia omyłek rachunkowych w ofercie Odwołującego.

Na wstępie zauważenia wymaga, że poprawie przez zamawiającego podlegają oczywiste omyłki rachunkowe, przez które rozumie się błędy, powstałe na skutek niezamierzonego działania wykonawcy w działaniach arytmetycznych, które naruszają stosowanie reguł matematycznych. Oczywistość omyłki występuje, gdy dla przeciętnego człowieka nie budzi wątpliwości, że wynik określonego działania matematycznego został określony w sposób wadliwy, a omyłki da się poprawić tylko w jeden sposób. Dla poprawienia takich omyłek nie jest istotna ich liczba, jak też ich znaczenie dla wysokości zaoferowanej przez wykonawcę ceny.

Przechodząc na grunt analizowanego postępowania wskazania wymaga, że sposób obliczenia ceny oferty został określony w SWZ, gdzie jak wynika z powyżej przedstawionych ustaleń, zostało wskazane, iż powinna ona być wyliczona na podstawie indywidualnej kalkulacji. Z kolei z indywidualnej kalkulacji wynika, że wykonawcy mieli wstawić w niej zaoferowaną cenę netto (kolumna 2.) oraz wynik przemnożenia tej ceny przez mnożnik określony przez Zamawiającego w kolumnie 4. Nadto jak wynika z projektowanych

postanowień umowy za wykonane usługi telekomunikacyjne Zamawiający będzie uiszczał opłaty zgodnie z cenami zawartymi w cennikach, stanowiących załączniki nr 2, 3, 4 i 5 do umowy, które, jak wynika z ich analizy, zawierają dane z tabel nr C1, C2, C3 i C4 z oferty w zakresie parametru i ceny netto. Podstawą zapłaty będą faktury miesięczne wystawiane przez Wykonawcę z załączonymi bilingami rozmów i dokładną specyfikacją usług dla poszczególnych numerów, w szczególności ze wskazaniem daty aktywacji lub deaktywacji usługi.

Powyższe oznacza, że kluczowe znaczenie w postępowaniu miała treść oświadczenia woli wykonawcy w zakresie zaoferowanej ceny netto, a więc treść kolumny 2. tj. indywidualnej kalkulacji w każdej tabeli (C1,C2,C3, C4). Miała ona bowiem znaczenie nie tylko dla określenia ceny ofert, celem możliwości ich porównania i oceny w kryterium oceny ofert (treść kolumny 4. była bowiem przewidziana jako wynik przemnożenia ceny netto przez mnożnik, a suma wartości z tej kolumny z każdej tabeli służyła do określenia ceny oferty), ale też dla rozliczenia stron w trakcie realizacji umowy.

W związku z tym w ocenie Izby za uzasadnione treścią SWZ i przewidzianą w niej kolejnością działań matematycznych było przyjęcie przez Zamawiającego, że poprawie podlegają wartości z kolumny 4. Tym bardziej, że na podstawie oferty nie było możliwe inne ustalenie miejsca popełnienia błędu przez Odwołującego.

Zauważenia wymaga, że w reakcji na dokonaną przez Zamawiającego poprawę oferty, Odwołujący podał, że chodziło o błąd edytorski, polegający na błędnym przeniesieniu kwot z arkusza kalkulacyjnego, jednocześnie nie kwestionując istnienia w jego ofercie oczywistej omyłki rachunkowej i domagając się jej poprawienia w odmienny sposób, tj. w miejsce przewidzianego w SWZ przemnożenia ceny netto przez mnożnik, dokonania dzielenia, czyli podzielenia kwot z kolumny 4., które miały być wynikiem mnożenia przez mnożnik podany przez Zamawiającego. Taki sposób poprawy oferty Odwołującego jest przez niego wskazywany także w rozpatrywanym odwołaniu, jako jedyny właściwy ze wskazaniem argumentacji, że sposób poprawy zastosowany przez Zamawiającego doprowadził do radykalnego podwyższenia ceny jego oferty, której wysokość nie była objęta jego zamiarem. Na rozprawie Odwołujący stwierdził, że problem w jego ofercie polega na tym, że w 2. kolumnie tabel podał wynik mnożenia zamiast wyniku dzielenia, co jest jego zdaniem na pierwszy rzut oka dostrzegalne, błąd ten ma charakter systemowy dotyczy bowiem wszystkich tabel, a Zamawiający był w stanie go zauważyć i zauważył, ale dokonał poprawy w sposób wadliwy.

W ocenie Izby nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego.

Po pierwsze, stanowisko to wskazuje na brak konsekwencji Odwołującego. Z jednej strony bowiem twierdzi, że chodzi o błąd edytorski, a z drugiej, że o omyłkę rachunkową, nadto oczywistą, a więc jako oczywistą omyłkę w działaniach arytmetycznych, które naruszają stosowanie reguł matematycznych. Odwołujący podkreśla zdecydowane podwyższenie ceny jego oferty na skutek poprawy dokonanej przez Zamawiającego i stwierdza, że omyłka miała charakter systemowy, bowiem dotyczyła wszystkich tabel, pomijając, że do takiego podwyższenia doszło jedynie w tabelach C2-C4, natomiast w tabeli C1 doszło w wyniku tej poprawy do zmniejszenia ceny.

Po drugie, jakkolwiek można zgodzić się z Odwołującym, że w wyniku poprawy dokonanej przez Zamawiającego cena jego oferty uzyskała wielkość przekraczającą progi unijne i trudno przyjąć, że w postępowaniu podprogowym taki był zamiar Wykonawcy, to jednak nie może umknąć uwadze, że zwiększenie ceny nie dotyczy ceny eksploatacji telefonów komórkowych (tabela C1).

Po trzecie, jak wyżej zostało wskazane, w postępowaniu nie chodzi o cenę ryczałtową dla której ceny jednostkowe z tabel C1-C4 byłyby jedynie pomocniczą informacją dla Zamawiającego, zaś istotna byłaby jedynie całkowita cena oferty. Sposób obliczenia ceny podany w SWZ, jak też projektowane postanowienia umowy wskazują, że Wykonawca ma świadczyć usługi zgodnie z cennikami stanowiącymi załącznik do umowy, które odpowiadają cenom netto z każdej tabeli tj. C1-C4. Oznacza to, że treści w nich zawarte mają zastosowanie nie tylko przy ocenie ofert, gdzie cena jest jedynym kryterium oceny, ale też przy rozliczeniu umowy.

Po czwarte, argumentacja Odwołującego pokazuje, że poprawa mogłaby nastąpić na dwa sposoby, tj. ten oparty na postanowieniach SWZ, który został zastosowany przez Zamawiającego, oraz inny, polegający na przyjęciu, że to cena podana w kolumnie 4. tabeli, gdzie miał być podany wynik mnożenia jest właściwa, a w konsekwencji na odwróceniu działań matematycznych, jakie winni przeprowadzić wykonawcy. Nie chodzi zatem jedynie o inny wariant poprawy prowadzący do tego samego wyniku, lecz o dwa zdecydowanie różne sposoby poprawy, skutkujące zdecydowanie różnymi wynikami.

Nie można zatem zgodzić się z Odwołującym, że powinno być oczywistym, że poprawa omyłki powinna nastąpić poprzez podzielenie wielkości z kolumny 4. przez mnożnik z kolumny 3. i wynik takiego dzielenia wstawić do kolumny 2. jako cenę netto, ponieważ nie wynika to z SWZ. Nadto oznaczałoby to zmianę oświadczenia woli wykonawcy wyrażonego w ofercie odnośnie ceny netto za poszczególne usługi, które w tabeli C1 uległyby one zwiększeniu, a nie jest oczywistym, że taka była wola Wykonawcy, jedynie w pozostałych tabelach uległyby zmniejszeniu.

Nie można także podzielić stanowiska Odwołującego, że Zamawiający powinien wystąpić do niego w tym zakresie o wyjaśnienia w trybie przewidzianym w art. 223 ust. 1 Pzp.

Jak wyżej wskazano dla przyjęcia, że Zamawiający jest zobowiązany do poprawy oferty zawierającej nieprawidłowości przy obliczeniu ceny, a nie jej automatyczne odrzucenie np. z uwagi na błąd w obliczeniu ceny, jest stwierdzenie przez niego, że wystąpiła oczywista omyłka rachunkowa i wie jakie działania na liczbach zostały wykonane przez wykonawcę nieprawidłowo, a w konsekwencji, jak ją poprawić. Istnienie po stronie Zamawiającego wątpliwości, wbrew stanowisku Odwołującego, wskazywałoby na brak charakteru oczywistości omyłki.

Powyższe wskazuje, że nie potwierdziły się zarzuty dotyczące naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp, jak też naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp. Zauważenia również wymaga, że Odwołujący nie wykazuje na czym miałyby polegać naruszenie przez Zamawiającego zasad określonych w art. 16 Pzp np., że Zamawiający w analogicznej sytuacji w tym postępowaniu inaczej postąpił wobec innego wykonawcy.

W konsekwencji, nie potwierdziły się zarzuty dotyczące wyboru najkorzystniejszej oferty. Odwołujący nie stawia zarzutu, że np. oferta wybrana jako najkorzystniejsza podlega odrzuceniu, a jedynie wskazuje, że zawiera wyższą cenę, niż cena wskazana przez niego w formularzu oferty przed poprawą omyłki dokonaną przez Zamawiającego. Jak wyżej wskazano, nie potwierdziły się zarzuty dotyczące niewłaściwego dokonania przez Zamawiającego poprawy omyłek uznawanych przez Strony za omyłki rachunkowe podlegające poprawie. W związku z tym w wyniku poprawy dokonanej przez Zamawiającego cena oferty Odwołującego zdecydowanie wzrosła, znacznie przekraczając cenę oferty wybranej jako najkorzystniejsza. Jak wyżej ustalono jedynym kryterium oceny ofert jest cena. Zamawiający dokonał zatem wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z przyjętym w SWZ kryterium oceny ofert.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie nie stwierdzono zarzucanego przez Odwołującego naruszenia przepisów Pzp, które miałyby wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. W analizowanej Izba oddaliła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Odwołujący, który został obciążony kosztami postępowania, na które składał się uiszczony przez niego wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego o opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, a takżei koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie i rozprawę.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. a, b i d rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....