

WYROK

z dnia 18 sierpnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 sierpnia 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę **Comarch Spółka akcyjna w Krakowie**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Centrum e-Zdrowia w Warszawie** przy udziale wykonawcy **Holo4Med Spółka akcyjna w Białymstoku**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Comarch Spółka akcyjna w Krakowie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Comarch Spółka akcyjna w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2302/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum e-Zdrowia w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest świadczenie usług utrzymania i rozwoju Systemu DOM.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 roku, poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 4 sierpnia 2023 r. wykonawca Comarch Spółka akcyjna w Krakowie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego, niezgodnych z przepisami ustawy P.z.p., podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia tj.:

- 1) zaniechania poprawienia oferty odwołującego, a tym samym naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p.
- 2) czynności odrzucenia oferty odwołującego, a tym samym naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy P.z.p.
- 3) wyboru oferty Holo4Med, a tym samym naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy P.z.p.,
- 4) zaniechania wyboru oferty odwołującego, a tym samym naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy P.z.p.

co doprowadziło również do naruszenia art. 16 pkt 1 - 3 ustawy P.z.p. poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty i proporcjonalny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Holo4Med,
- 2) nakazanie zamawiającemu powtórzenia badania i oceny oferty odwołującego,
- 3) nakazanie zamawiającemu poprawienia oferty odwołującego w sposób opisany w uzasadnieniu odwołania,
- 4) nakazanie zamawiającemu wyboru oferty odwołującego,
- 5) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocników.

Odwołujący wskazał, iż miał i w dalszym ciągu ma interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ jest podmiotem zdolnym do jego wykonania, posiadającym w tym zakresie odpowiednie kompetencje i doświadczenie, a także złożył ofertę w postępowaniu, która bezzasadnie została odrzucona przez zamawiającego, co odwołujący zarzuca zamawiającemu. Oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert.

Odwołujący wskazał, iż po jego stronie istnieje możliwość poniesienia szkody, która to szkoda jest skutkiem naruszenia przepisów ustawy P.z.p. przez zamawiającego. Wskutek naruszenia przepisów ustawy P.z.p. zamawiający wybrał drugą ofertę Holo4Med (konkurencyjną). W rezultacie w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy wskazanych w treści odwołania, odwołujący może ponieść szkodę polegającą na braku uzyskania

przedmiotowego zamówienia. Uwzględnienie odwołania otwiera odwołującemu szansę na uzyskanie zamówienia i osiągnięcie zysku.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 16 sierpnia 2023 roku wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości;
2. obciążenie kosztami postępowania odwołującego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Holo4Med Spółka akcyjna w Białymstoku (dalej także: przystępujący). Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania z uwagi na uchybienie terminowi do jego wniesienia, a w przypadku oddalenia tego wniosku – o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług utrzymania i rozwoju Systemu DOM”, którego przedmiotem jest utrzymanie i rozwój Systemu DOM poprzez: a) zapewnienie przez Wykonawcę Zasobów w ramach chmury publicznej w ilości i rodzaju niezbędnym dla utrzymania Systemu na Tenancie; b) świadczenie Usługi Utrzymania Systemu: a. na Tenancie oraz b. aplikacjach mobilnych wchodzących w skład Systemu; c) świadczenie Usługi Rozwoju; d) świadczenie Usługi Autoryzacji; e) przeprowadzenie Szkoleń.

Zamawiający nie określił w dokumentach zamówienia prawidłowej stawki podatku VAT.

Dowód: SWZ

W dniu 9 maja 2023 r. zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej informację z otwarcia ofert, zgodnie z którą w dniu 9 maja 2023 roku o godzinie 11:30 przeprowadzono komisyjne otwarcie ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu i ustalono, że do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 9 maja 2023 roku do godziny 11:00 złożono dwie oferty:

- 1) ofertę nr 1 – odwołującego – na kwotę 19 361 040,12 zł,
- 2) ofertę nr 2 – przystępującego – na kwotę 19 925 246,30 zł.

Dowód: informacja z dnia 9 maja 2023 roku

W dniu 16 czerwca 2023 r. przystępujący złożył do zamawiającego pismo odnośnie do stwierdzonych przez niego nieprawidłowości w Formularzu cenowym Comarch S.A. dotyczące wyceny przez Comarch S.A. usługi zapewnienia zasobów w chmurze publicznej Tenantu. Przystępujący wskazał na 2 możliwe sposoby interpretacji oferty:

a. Comarch wpisał cenę netto zamiast brutto przy aktualnym kursie 1 EUR = 4,66 PLN i w ogóle nie doliczył podatku VAT.

b. Comarch przyjął kurs 1 EUR do 1 PLN 1 EUR = 3,7886 PLN – co po dodaniu podatku VAT daje kwotę 4,6600 z wskazaną w ofercie.

Dowód: pismo z dnia 16 czerwca 2023 roku

W dniu 20 czerwca 2023 r., działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p., zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zawartym w piśmie przystępującego, tj. usługi zapewnienia zasobów w chmurze publicznej Tenantu, w terminie do 23 czerwca 2023 roku.

Dowód: pismo z dnia 20 czerwca 2023 roku

W dniu 23 czerwca 2023 r. odwołujący w odpowiedzi na ww. wezwanie poinformował, iż:

(...) omyłkowo w tabeli formularza ofertowego w kolumnie „cena jednostkowa brutto” oraz w kolumnie „wartość brutto” dla tych wyżej wskazanych pozycji Wykonawca ujął (wpisał) kwoty netto. Na potrzeby złożenia oferty, Wykonawca prawidłowo skalkulował wartość usługi i prawidłowo ustalił podatek od towarów i usług (VAT), to jednak na końcu, uzupełniając formularz ofertowy, omyłkowo zamiast ceny jednostkowej brutto wpisał cenę jednostkową netto dla tych pozycji (co przełożyło się także na omyłkowe wyliczenie ich wartości brutto).

Wobec omyłki, Załącznik nr 1 do Formularza ofertowego powinien podlegać poprawieniu przez Zamawiającego a konsekwentnie zmianie powinna ulec także kwota łączna dla zamówienia podstawowego i zamówienia opcjonalnego, a także suma całkowita (RAZEM) formularza oferty

– zgodnie z poniższą informacją:

Zamówienie podstawowe:

Opis: „Wynagrodzenie za zużycie z tytułu zapewnienia Zasobów na chmurze publicznej Tenantu”, cena jednostkowa brutto: 5,7318 zł, zapotrzebowanie: 51000, wartość brutto: 292 321,80 zł.

Łącznie: 7 453 170,24 zł

Zamówienie opcjonalne:

Opis: „Wynagrodzenie za zużycie z tytułu zapewnienia Zasobów na chmurze publicznej Tenantu”, cena jednostkowa brutto: 5,7318 zł, zapotrzebowanie: 51000, wartość brutto: 292 321,80 zł.

Łącznie: 12 017 193,48 zł

Razem: 19 470 363,72 zł

Omyłka w podaniu kwoty 4,6600 zł jako ceny jednostkowej brutto widoczna jest na pierwszy rzut oka.

Zamawiający zobligował wykonawców – a to zgodnie z pouczeniem zawartym Załączniku nr 1 – do przeliczania tej usługi w oparciu o wartości 1 EUR, co było czynnikiem sprzyjającym popełnieniu omyłek przy wypełnianiu formularza.

Oczywistym jest, że jednostka usługi o wartości 1 EUR to kwota około 4,6600 netto, a do tak sprzedawanej usługi dodawany jest podatek VAT. Żaden Wykonawca startujący w postępowaniu o zamówienie publiczne z zamiarem wygrania postępowania, nie złożyłby oferty innej niż wycena usługi o wartości 1 EUR + VAT.

Dlatego oczywistym jest, że wpisanie kwoty netto w pozycję, w której miała być kwota brutto jest omyłką.

Dowód: pismo z dnia 23 czerwca 2023 roku

Pismem z dnia 25 lipca 2023 roku zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy P.z.p., z uwagi na błąd w obliczeniu ceny. Zamawiający wskazał w uzasadnieniu odrzucenia, iż odwołujący zaoferował cenę jednostkową za 1 euro z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług, tj. przedstawił cenę jednostkową bez uwzględnienia podatku od towarów i usług.

Dowód: pismo z dnia 25 lipca 2023 roku

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Izba uznała za nieuzasadniony wniosek przystępującego o odrzucenie odwołania. W ocenie przystępującego, odwołujący, skoro uważał, że nieprawidłowość w jego ofercie jest omyłką, którą zamawiający obowiązany jest poprawić na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., winien był wnieść odwołanie w terminie liczonym od dnia otrzymania wezwania do złożenia wyjaśnień, tj. od dnia 20 czerwca 2023 roku, zatem odwołanie wniesione w dniu 4 sierpnia 2023 roku należy uznać za spóźnione.

W ocenie Izby stanowisko przystępującego nie zasługuje na uwzględnienie. W przypadku, w którym zachodzi możliwość poprawienia omyłki na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa, wynika z innych elementów składających się na ofertę, przy czym nie jest wykluczone, że w pewnych okolicznościach poprawienie omyłki będzie miało miejsce po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. (tak: „Prawo zamówień publicznych. Komentarz” pod red. Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, Warszawa 2021, str. 702). Zamawiający jest zatem uprawniony do wyjaśniania treści oferty wykonawcy, a o swej decyzji podjętej po dokonaniu oceny oferty oraz złożonych wyjaśnień, zawiadamia wykonawcę na podstawie art. 253 ust. 1 ustawy P.z.p. Termin do wniesienia odwołania w takim przypadku, zgodnie z art. 515 ust. 1 ustawy P.z.p., rozpoczyna swój bieg począwszy od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego, stanowiącej podstawę jego wniesienia.

Izba uznała za niezasadny zarzut zaniechania poprawienia oferty odwołującego, a tym samym naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., a także czynności odrzucenia oferty odwołującego, a tym samym naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy P.z.p.

Zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

– niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Stosownie do art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., zamawiający poprawia w ofercie wykonawcy inne omyłki (aniżeli oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe) polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 czerwca 2012 roku sygn. akt KIO 1084/12, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone powinno być w celu wyłonienia wykonawcy, który złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami zamawiającego opisanymi w s.i.w.z., a następnie uzyskał największą liczbę punktów zgodnie z kryteriami oceny ofert wskazanymi w s.i.w.z. Weryfikacji powołanych okoliczności służy procedura badania i oceny ofert, przy wykorzystaniu instrumentów, w które ustawodawca wyposażył zamawiającego, aby zagwarantować z jednej strony wykonawcom rzetelną ocenę złożonych ofert, a drugiej – zamawiającemu wybór oferty najkorzystniejszej spełniającej wyartykułowane w s.i.w.z. oczekiwania.

Stwierdzić dalej należy, że w realiach konkretnej sprawy, zanim zamawiający podejmie decyzję o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z treścią s.w.z., zobowiązany jest wszechstronnie ją zbadać bacznie, by wyjaśnić w trybie opisanym w art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. stwierdzone nieścisłości i dokonać poprawy omyłek zgodnie z dyrektywami wyrażonymi w art. 223 ust. 2 pkt 1 – 3 ustawy P.z.p. Dopiero wyczerpanie tej procedury uprawnia zamawiającego do ustalenia, że treść oferty nie odpowiada treści s.w.z., a w konsekwencji odrzucenia oferty na podstawie (vide: wyrok KIO z 29 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1514/11 z oraz wyrok KIO z 8 maja 2012 r., sygn. akt KIO 819/12).

Granice dopuszczalnej ingerencji zamawiającego w treść oferty określa przepis art. 223 ust. 2 pkt 1 – 3 ustawy P.z.p., opisujący zasady rządzące poprawianiem omyłek. W szczególności w tym kontekście wymaga komentarza art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. dotyczący poprawiania innych niż oczywiste (pisarskie i rachunkowe) omyłek polegających

na niezgodności oferty z treścią s.w.z., niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, przewidując *sui generis* procedurę doprowadzenia do zgodności treści złożonej oferty z treścią s.w.z. Powołany przepis ma charakter wyjątku od zasady, iż złożona oferta od początku powinna odpowiadać w pełni SWZ (art. 218 ust. 2 ustawy P.z.p.). Warunkiem skutecznej poprawy omyłki w ofercie odwołującego jest okoliczność, że dokonana poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty.

W rozpoznawanej sprawie wskazane wyżej warunki umożliwiające poprawienie oferty odwołującego nie zaistniały. W ocenie Izby wskazanie w ofercie wartości netto, bez doliczenia do niej odpowiedniej wartości podatku VAT, zamiast wymaganej ceny brutto, nie jest omyłką, którą zamawiający obowiązany jest poprawić na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., ale błędem w obliczeniu ceny, obligującym zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy P.z.p.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy P.z.p. zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczaniu ceny lub kosztu. Oferta zawierająca błąd w obliczeniu ceny podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy P.z.p., przy czym należy zauważyć, iż ustawodawca nie definiuje, co należy rozumieć przez pojęcie „błąd w obliczeniu ceny”. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 20 października 2011 r. sygn. akt III CZP 52/11, do błędu w obliczeniu ceny dotyczącym stawki podatku VAT dojdzie w sytuacji, gdy wykonawca przyjmie w ofercie stawkę nieprawidłową w okolicznościach, gdy zamawiający nie określi w dokumentach zamówienia prawidłowej stawki podatku VAT. Jedynie wówczas, gdy zamawiający wskazał w specyfikacji konkretną stawkę podatku VAT, kształtującą także wysokość określonej w ofercie ceny, może dojść do ewentualnego wystąpienia innej omyłki, polegającej na niezgodności przyjętej w ofercie stawki VAT ze stawką zawartą w specyfikacji. Niezgodność taka uzasadniałaby obowiązek poprawienia oferty i to tylko wówczas, gdy omyłka polegająca na takiej niezgodności nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. W sytuacji, w której zamawiający nie określił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stawki podatku VAT w ogóle nie może dojść do wystąpienia innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pr.z.p., ponieważ nie wystąpi wówczas ustawowa przesłanka niezgodności oferty ze specyfikacją, wobec braku dwóch potrzebnych do porównania elementów, niezbędnych do oceny przesłanki w postaci zaistnienia niezgodności. W tej sytuacji w rachubę wchodzi wyłącznie ocena wystąpienia błędu w obliczeniu w ofercie ceny.

W ocenie Izby sytuacja taka ma miejsce również wówczas, gdy wykonawca w ogóle nie uwzględnił podatku VAT w wartości wskazanej jako cena oferty.

W myśl art. 7 pkt 1 ustawy P.z.p., przez cenę należy rozumieć 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, nawet jeżeli jest płacona na rzecz osoby niebędącej przedsiębiorcą. Zgodnie z art. 3 ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. z 2023 r., poz. 168), w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru lub usługi podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym.

Z powyższego wynika, że nieuwzględnienie w cenie oferty podatku od towarów i usług w wymaganej wysokości oznacza, że cena została obliczona z naruszeniem art. 3 ust. 2 wskazanej wyżej ustawy, zatem została naliczona błędnie. Analogiczny pogląd wyraził Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w wyroku z dnia 27 maja 2021 roku, sygn. akt XXIII Zs 32/21.

Oddalenie wskazanych wyżej zarzutów jest równoznaczne z uznaniem za nieuzasadnione i oddaleniem pozostałych zarzutów odwołania, jako stanowiących konsekwencję zarzutów rozpoznanych wyżej.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 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:.....