

WYROK

z dnia 3 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lutego 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 lutego 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. J..... K..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J..... K..... Przedsiębiorstwo Usług Leśnych i Sprzedaży Drewna, ul. Lipowa 7/2, 62-053 Pecna; 2. S..... K..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą S..... K..... Usługi Leśne, ul. Lipowa 7/2, 62-053 Pecna,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Wolsztyn, ul. Bohaterów Bielinka 29, 64-200 Wolsztyn,**

orzeka:

1) uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

- unieważnienie czynności - wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty odwołującego,**
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert niepodlegających odrzuceniu z uwzględnieniem oferty odwołującego;**

2) kosztami postępowania obciąża zamawiającego Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Wolsztyn, ul. Bohaterów Bielinka 29, 64-200 Wolsztyn i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. J..... K..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J..... K..... Przedsiębiorstwo Usług Leśnych i Sprzedaży**

Drewna, ul. Lipowa 7/2, 62-053 Pecna; 2. S..... K..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą S..... K..... Usługi Leśne, ul. Lipowa 7/2, 62-053 Pecna - tytułem wpisu,

2.2. zasądza od zamawiającego Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Wolsztyn, ul. Bohaterów Bielinka 29, 64-200 Wolsztyn, na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. J..... K..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J..... K..... Przedsiębiorstwo Usług Leśnych i Sprzedaży Drewna, ul. Lipowa 7/2, 62-053 Pecna; 2. S..... K..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą S..... K..... Usługi Leśne, ul. Lipowa 7/2, 62-053 Pecna, kwotę **18 634 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset trzydzieści cztery złote zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907, z późn. zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Poznaniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Wolsztyn - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Usługi w zakresie gospodarki Leśnej Nadleśnictwa Wolsztyn w 2014 roku”, znak sprawy: SA-2710-4/13.

I. Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1. J..... K..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J..... K..... Przedsiębiorstwo Usług Leśnych i Sprzedaży Drewna, 2. S..... K..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą S..... K..... Usługi Leśne - wniósł na podstawie art. 180 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie „Pzp”, odwołanie od niezgodnej z przepisami Pzp czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w pakiecie nr 10, zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisów Pzp:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 6 przez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na uznanie, że oferta odwołującego zawiera błędy w obliczeniu ceny polegające na przyjęciu niewłaściwej stawki podatku od towarów i usług, na skutek nie uwzględnienia przez zamawiającego, że niezgodność oferty odwołującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej w skrócie „SIWZ”, jest spowodowana inną omyłką niepowodującą istotnej zmiany treści oferty odwołującego oraz zaniechanie zastosowania przepisów Pzp wskazanych w punktach poniżej;
- 2) art. 87 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie poprawienia w ofercie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty;
- 3) art. 7 ust. 1 Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców oraz stosowanie nieuczciwej konkurencji, przez zaniechanie poprawienia oferty odwołującego;
- 4) art. 18 Pzp przez niezgodne z prawem przeprowadzenie postępowania, w szczególności poprawianie innych oczywistych omyłek niezgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 bez zawiadomienia wykonawców o dokonanych poprawkach;
- 5) art. 92 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 2 w związku z art. 91 ust. 1 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem zarzucanych w odwołaniu przepisów obowiązującego prawa.

W świetle powyższych zarzutów, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz czynności wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Leśne w składzie Zakład Usług Leśnych „KNK” s. c. L. K....., A. K..... oraz Zakład Usług Leśnych J..... H..... oraz MH FOREST M..... H.....;
- 2) dokonania powtórzenia czynności zamawiającego polegających na badaniu oferty odwołującego z uwzględnieniem poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian treści oferty odwołującego, przez poprawienie omyłkowo wskazanej stawki podatku VAT z 8% na 23% dla czynności TRANS-REM, TRANS-ŚMI i TRANS-PAR i niezwłoczne zawiadomienie o poprawce odwołującego;
- 3) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty odwołującego;
- 4) zasądzenie kosztów wpisu i opłaty od pełnomocnictwa oraz kosztów zastępstwa pełnomocnika według norm przypisanych.

W zakresie wykazania spełniania przesłanek uzasadniających wniesienie odwołania i zachowania ustawowego terminu na jego wniesienie, odwołujący podał następującą argumentację. W wyniku odrzucenia oferty odwołującego na podstawie bezpodstawnie przywołanej przesłanki art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, zamawiający naraził na uszczerbek interes *prawny* odwołującego ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Zważywszy na fakt, że oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu na podstawie przesłanek art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, wskazał, iż interes *prawny* odwołującego we wniesieniu odwołania jest bezsprzeczny. Odwołanie zostało wniesione w dniu 13 lutego 2014 r., w terminie przewidzianym w art. 182 ust. 1 Pzp, kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 13 lutego 2014 r. z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 Pzp.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał.

Pismem z dnia 31 stycznia 2014 r. przesłanym odwołującemu pocztą, zamawiający zawiadomił wykonawców o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w zakresie pakietu nr 10 (leśnictwo Huta) - Konsorcjum Leśne w składzie Zakład Usług Leśnych „KNK” s.c. L.K....., A.K....., Zakład Usług Leśnych J..... H....., MH FOREST M..... H..... oraz o odrzuceniu oferty odwołującego.

Odrzucając ofertę odwołującego, zamawiający powołał się na zaistnienie okoliczności, które zdaniem zamawiającego uprawniają go do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, tj. oferta odwołującego zawiera błędy w obliczeniu ceny, za które należy uznać przyjęcie niewłaściwej stawki podatku od towarów i usług, zwanego podatkiem VAT.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty zamawiający wskazał, że odwołujący nie zastosował się do opisów rozdziału XV SIWZ dot. stosowania stawek podatku VAT, w którym zamawiający wskazał, że zgodnie z jego wiedzą należy stosować 8% stawkę podatku VAT z wyjątkiem czynności: GRODZ-SN, ROZGRODZ, REM-GRODZ, TRANS-ŚCI, TRANS-BIW, TRANS-PAR, dla których należy zastosować 23% stawkę podatku VAT.

W rozdziale XV SIWZ zamawiający wskazał, że „W cenie oferty należy uwzględnić podatek od towarów i usług (VAT) zgodnie z obowiązującymi aktualnie stawkami dla poszczególnych czynności. Zgodnie z wiedzą zamawiającego należy stosować 8% stawkę podatku VAT z wyjątkiem czynności: GRODZ-SN, ROZGRODZ, REM-GRODZ, TRANS-ŚCI, TRANS-BIW, TRANS-PAR, dla których należy zastosować 23% stawkę podatku VAT”.

Pismem z dnia 8 stycznia 2014 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień celem ustalenia, czy jego oferta zawiera rażąco niską cenę. W tym samym piśmie zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 do wskazania podstawy zastosowania obniżonej stawki podatku VAT (8%) dla czynności: TRANS-REM, TRANS-ŚMI i TRANS-PAR, zamiast stawki podstawowej 23 %.

W piśmie z dnia 16 stycznia 2014 r., w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, odwołujący wskazał m.in. podstawę zastosowania przez niego stawki 8% VAT dla wymienionych czynności. Odwołujący obliczył podatek VAT dla każdej z czynności wg. obowiązujących stawek, opierając się na posiadanej przez odwołującego w tym zakresie m.in. interpretacji, błędnie oceniając, że w takiej wysokości stawki podatku VAT przyjęte zostały prawidłowo i zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Odwołujący zapoznał się z treścią SIWZ, jednakże formularz cenowy, w którym należało wpisać stawki podatku VAT, wypełniał już w późniejszym czasie. Formularz cenowy był odrębnym załącznikiem do SIWZ, w którym zamawiający nie określił wysokości stawek VAT dla poszczególnych czynności i pozostawił pola określające stawkę VAT-u, jako puste. Ponadto, opis zamawiającego nie był jednoznaczny, gdyż wg. zdania pierwszego, w cenie oferty należy uwzględnić podatek od towarów i usług (VAT) zgodnie z obowiązującymi aktualnie stawkami dla poszczególnych czynności, a następnie zamawiający w zdaniu drugim wskazał, że wg. jego wiedzy jest to stawka 8% z wyjątkiem kilku wymienionych z nazwy czynności, dla których należy

zastosować 23 % stawkę podatku VAT, co może w ocenie odwołującego być różnie i odmiennie interpretowane przez wykonawców.

Odwołujący w tym samym czasie (koniec listopada, początek grudnia) przygotowywał również oferty dla pięciu innych Nadleśnictw, tj. Konstantynowo, Grodzisk, Lubniewice, Wolsztyn i Mieszkowice. W Nadleśnictwach tych, dla spornych czynności, zastosowano faktycznie stawki VAT w wysokości 8%, które uzasadnione były m.in. sposobem realizacji prac przedstawionym przez odwołującego w piśmie z dnia 16 stycznia 2014 r. przesłanym zamawiającemu w tym postępowaniu.

W swoim piśmie odwołujący odniósł wyjaśnienia do zarzutu rażąco niskiej ceny wskazując, że opisał sposób realizacji zamówienia taki, jaki przyjął również w złożonych przez niego ofertach w innych nadleśnictwach, tzn. podstawienie kontenera i transport po drogach leśnych.

Po ponownym przeanalizowaniu dokumentów dotyczących postępowania, w wyniku wezwania zamawiającego, odwołujący zorientował się co do swojej omyłki.

W związku z powyższym, odwołujący w piśmie z dnia 16 stycznia 2014 r. udzielił zamawiającemu odpowiedzi w zakresie objętym ściśle wezwaniem zamawiającego z 8 stycznia 2014 r., natomiast w e-mailu z dnia 16 stycznia 2014 r. godz. 14:50, wysłanym na adres Wolsztyn@zielonagora.lasv.gov.pl, w nawiązaniu do wyjaśnień zawartych w piśmie wskazał, że jeżeli w ofercie została zastosowana błędna stawka podatku VAT, zamawiający zobligowany jest do jej poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, powołując się na uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 52/11 oraz 53/11.

Odwołujący uznał, że zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę odwołującego wywodząc z ze złożonych wyjaśnień, że zastosowanie 8% stawki podatku VAT zamiast 23 % nie było wynikiem omyłki, lecz w pełni świadomego działania odwołującego.

Odwołujący wskazał, że ustawodawca na gruncie Pzp nie określił, co należy rozumieć pod pojęciem innej omyłki. Kierując się wykładnią językową, omyłkę należy rozumieć jako spostrzeżenie, sąd niezgodny z rzeczywistością, niesłuszny postępek, błąd, pomyłka (Słownik języka polskiego Państwowe Wydawnictwo naukowe tom drugi, s. 519). Błędna interpretacja innej omyłki przez zamawiającego, a także brak należytego wyjaśnienia okoliczności sprawy, spowodowało odrzucenie oferty odwołującego i zaniechanie przez zamawiającego poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z treścią SIWZ w zakresie przyjętej stawki podatku VAT. Sąd Najwyższy w przywołanej uchwale z dnia 20 października 2011 r. sygn. akt III CZP 52/11 zaznaczył, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych (art. 87 ust. 2 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 6) określają ustawowe przesłanki i zakres

obowiązku dokonywania oceny ofert przez zamawiającego. Zamawiający zobowiązany jest albo do poprawienia w ofercie m.in. innej omyłki spełniającej przesłanki określone w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i niezwłocznego zawiadomienia o tym wykonawcy, którego oferta została poprawiona, albo do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, jeżeli oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny lub jeśli wykonawca niezwłocznie zawiadomiony o poprawieniu oferty, w terminie trzech dni od dnia tego zawiadomienia, nie zgodził się na poprawienie innej omyłki.

W uchwale z dnia 20 października 2011 r. Sąd Najwyższy również stwierdził, że jeżeli zamawiający w SIWZ, w części dotyczącej sposobu obliczenia ceny, wskazał stawkę podatku VAT, wówczas kontrola oferty sprowadza się do poprawienia oferty, jeżeli poprawienie nie spowodowałoby istotnych zmian w treści oferty. Nieokreślenie przez zamawiającego w SIWZ w sposobie obliczania ceny żadnych wskazań dotyczących stawki podatku VAT, powoduje odrzucenie oferty wykonawcy zawierającej stawkę podatku VAT niezgodną z obowiązującymi przepisami na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6.

Zamawiający w toku oceny ofert stwierdził, że dla trzech pozycji dotyczących czynności TRANS-PAR, TRANS-ŚMI, TRANS-REM, odwołujący zastosował inną niż określona w SIWZ stawkę podatku VAT. Zamawiający posiadał pewność, co do prawidłowej stawki podatku VAT, gdyż sam wskazał wysokość tej stawki w SIWZ, jako 23%. Zamawiający stwierdziwszy w tym zakresie rozbieżność dotyczącą oferty odwołującego, powinien był poprawić błędnie wskazaną stawkę podatku VAT i niezwłocznie zawiadomić odwołującego, który mógłby wówczas nie zgodzić się na poprawienie omyłki. Żądanie zamawiającego, w kontekście wyjaśnienia rażąco niskiej ceny do wskazania podstawy zastosowania obniżonej stawki podatku VAT, spowodowało, że odwołujący nieświadom błędnej oceny stanu faktycznego, niezgodnego z rzeczywistością, odpowiedział ściśle na wezwanie zamawiającego. W nawiązaniu do wyjaśnień odwołujący już w treści e-maila z dnia 16 stycznia 2014 r. niejako z „ostrożności” wskazał wprost, że jeśli w ofercie została zastosowana błędna stawka podatku VAT, a zamawiający określił jakie powinny zostać zastosowane stawki podatku VAT, to ofertę powinien poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3, jeżeli poprawienie nie spowodowałoby istotnych zmian treści oferty. Odwołujący w dobrej wierze, nieświadom swojej omyłki, co do nieprawidłowej wysokości stawki podatku VAT zastosowanej do spornych czynności, wypełnił formularz cenowy stanowiący odrębny załącznik, w którym stawki podatku nie zostały przez zamawiającego wskazane. W tym zakresie odwołujący tak jak w innych postępowaniach, omyłkowo kierował się m.in. interpretacją dyrektora Izby Skarbowej, ponadto przyjął też sposób realizacji zamówienia (podstawienie kontenera na śmieci i transport na terenie leśnym do czasu ostatecznego wywozu śmieci), uzasadniający

pozostawanie przy przyjętej stawce podatku VAT w wysokości 8%. Odwołujący wskazał, że nie bez znaczenia jest przekonanie odwołującego, że to na nim spoczywa obowiązek ustalenia prawidłowej wysokości stawki podatku VAT, chociaż przygotowując ofertę faktycznie sądził, że kieruje się opisem dotyczącym wysokości stawki podatku VAT wskazanym przez zamawiającego w SIWZ.

Formularz cenowy, na podstawie, którego odwołujący obliczył cenę zamówienia, stanowiący odrębny załącznik do SIWZ, nie zawierał stawki podatku VAT, rubryka ta podlegała uzupełnieniu przez wykonawców, co mogło generować dodatkowe omyłki przy jego wypełnianiu. Jak wskazano wyżej, odwołujący w tym samym czasie przygotowywał również oferty na takie same usługi dla pięciu innych nadleśnictw, gdzie stawka podatku VAT dla czynności „towarzyszących” jest określana w takiej samej wysokości jak dla usługi podstawowej, tj. 8%. Na marginesie odwołujący wskazał, że takie stanowisko w podejściu do ustalania wysokości stawki podatku VAT dla prac „towarzyszących” wchodzących w skład usługi podstawowej, jest ugruntowane w praktyce organów podatkowych, jak również literaturze poświęconej temu zagadnieniu. Przygotowywanie w krótkim czasie kilku ofert zawsze będzie obarczone wyższym ryzykiem powstania potencjalnej omyłki, błędu w składanych ofertach, co miało miejsce w przypadku odwołującego. Ustawodawca mając na uwadze również specyfikę rynku zamówień publicznych i mnogość prowadzonych postępowań często o skomplikowanym przedmiocie zamówienia, dopuścił możliwość poprawienia omyłek wynikających niejednokrotnie z dużej ilości postępowań, w których biorą udział wykonawcy w celu utrzymania się na tak mocno konkurencyjnym rynku.

Zamawiający wzywając odwołującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie wskazał wprost na rozbieżność pomiędzy SIWZ a ofertą odwołującego w zakresie podatku VAT, wzywając jedynie do określenia „podstawy zastosowania preferencyjnej 8% stawki VAT, zamiast stawki podstawowej 23%”. Zamawiający nie wskazał w piśmie z dnia 8 stycznia 2014 r., że jest to stawka niezgodna z opisami SIWZ, mimo posiadanej wiedzy, co do jej prawidłowej wysokości, którą sam określił.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 kwietnia 2013 r., KIO 665/13 LexPolonica nr 5991486 wskazała, że *„nie można wywieść z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, że omyłka oznacza wyłącznie przypadki tzw. niezawinionego błędu. Można co najwyżej przyjąć, że chodzi o błąd niezamierzony w tym sensie, że składający oświadczenie woli objęte ofertą zamierza i chce złożyć je zgodnie z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, ale w rezultacie składa ofertę niezgodną z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, nie zdając sobie z tego sprawy. Jako właściwy punkt wyjścia należy przy tym przyjąć założenie, że wykonawca składa ofertę w dobrej wierze z zamiarem ukształtowania jej treści w sposób odpowiadający treści Specyfikacji Istotnych*

Warunków Zamówienia, zmierzając w ten sposób do uzyskania zamówienia publicznego. W konsekwencji w zasadzie każdą rozbieżność pomiędzy treścią oferty a treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia należy uznać za omyłkę, chyba że zamawiający ma podstawy do przypisania wykonawcy świadomego celowego złożenia oświadczenia woli sprzecznego merytorycznie z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia”.

Zamawiający nie miał podstaw, by przyjąć, że odwołujący świadomie i celowo złożył ofertę sprzeczną z treścią SIWZ. Nieprawidłowa stawka podatku dotyczyła tylko trzech pozycji, zamawiający łatwo mógł ocenić, że poprawienie stawki podatku VAT z 8% na 23% pozostanie bez wpływu na wynik postępowania tzn. kolejność ofert wykonawców biorących udział w postępowaniu, gdyż oferta odwołującego nadal pozostałaby najtańsza. Różnica w cenie oferty odwołującego ze stawką 8% w spornych trzech pozycjach w stosunku do ceny oferty odwołującego po poprawieniu wysokości stawki podatku VAT w pozycjach TRANSPAR, TRANS- ŚMI, TRANS-REM na 23%, wyniosłaby jedynie 312 złotych! Przy tak nieznaczonej różnicy w cenie oferty, omyłka w zastosowaniu odmiennej stawki VAT nie miała istotnego znaczenia dla treści oferty odwołującego i powinna zostać poprawiona przez zamawiającego. Intencją ustawodawcy przy wprowadzaniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp było zniwelowanie formalizmu występującego na gruncie ustawy. W orzecznictwie Izby podkreślono, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty z najniższą ceną lub oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia (oferty najkorzystniejszej ekonomicznie - wyrok Izby z 23 marca 2011 r., KIO 522/11, Informator Urzędu Zamówień Publicznych 5/2011). Jednocześnie czynność poprawienia oferty ma charakter obligatoryjny i zamawiający nie miał prawa uchylić się od jej wykonania. Zaniechanie przez zamawiającego poprawienia omyłki uznać należy za działanie w sposób oczywisty sprzeczne z prawem oraz jego własnym interesem. W konsekwencji zamawiający wybrał ofertę ponad 100 tys. złotych droższą od oferty odwołującego, która została odrzucona. Wybrany wykonawca zaoferował cenę oferty w wysokości 415.124,879 zł brutto, cena oferty odwołującego po poprawieniu omyłki wyniosłaby 278.681,34 zł brutto. W tej sytuacji zamawiający nie kierował się zasadniczym celem, jakim jest wybór najkorzystniejszej cenowo oferty, a postępowanie swoje ograniczył do podjęcia formalnych czynności i swobodnej oceny ich wyniku, nie zmierzając do ustalenia faktycznych okoliczności powodujących omyłkę w ofercie odwołującego.

Biorąc pod uwagę okoliczności sprawy, nie można uznać, że oferta odwołującego zawierała błąd w obliczeniu ceny, gdyż odwołujący omyłkowo pod wpływem błędu wskazał niewłaściwą stawkę podatku VAT. Działaniu odwołującego nie można również przypisać cech celowej i

świadomej manipulacji ceną oferty za pomocą stawki podatku VAT, gdyż jak wskazał wyżej, omyłka odwołującego nie miała istotnego znaczenia dla treści jego oferty. Błędna stawka podatku VAT dotyczyła zaledwie 3. pozycji z pośród czynności określonych w 34 pozycjach załącznika cenowego. Różnica w cenie oferty odwołującego była niewielka, a jej poprawienie spowodowałoby wzrost ceny oferty o 0,11% w stosunku do wartości pierwotnej ceny zaoferowanej przez odwołującego. Działanie odwołującego, jakkolwiek nieświadome, nie mogło więc prowadzić do manipulacji ceną w celu uzyskania zamówienia. Poprawienie przez zamawiającego omyłki nie naruszałoby zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Oferta odwołującego po poprawieniu omyłki byłaby porównywalna z ofertami złożonymi przez pozostałych wykonawców. Ponadto, zamawiający w adekwatnej do sytuacji odwołującego sprawie, w ofercie złożonej w tym samym postępowaniu przez konsorcjum firm reprezentowane przez pełnomocnika Włodzimierza Nawrockiego (lider konsorcjum Zakład Usług Leśnych „SILWAN” s.c., oferta nr 10 pakiet nr 11) poprawił błąd w stawce podatku VAT z 8% na 23% jako inną oczywistą omyłkę, bez potrzeby wyjaśnień. Informacja w tym zakresie została zawarta w protokole z badania ofert (ostatnia strona) sporządzonym przez komisję przetargową zamawiającego oraz widoczna jest na formularzu ofert złożonym przez ww. wykonawcę, gdzie naniesiono zmiany w tym zakresie. Zamawiający odmiennie potraktował odwołującego i nie poprawił jego omyłki dotyczącej wskazania niewłaściwej stawki podatku VAT, a jego ofertę odrzucił, przez co naruszył art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający nie poinformował również wykonawców o poprawieniu innej omyłki.

W świetle powyższego, zaniechanie poprawienia innej omyłki w ofercie odwołującego skutkowało odrzuceniem jego oferty i utratą możliwości uzyskania zamówienia publicznego. Odwołujący zauważył, że oferta odwołującego przy przyjętym kryterium cenowym (100%) uzyskalaby najwyższą liczbę punktów oraz status oferty najkorzystniejszej.

Biorąc pod uwagę, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, to na zamawiającym, spoczywa ciężar sfinalizowania postępowania i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w sposób nienaruszający przepisów Pzp. Zamawiający w sposób nieuzasadniony dla odwołującego i sprzeczny z wymaganiami prawnymi, przyjął przesłankę odrzucenia oferty, co bezpośrednio pozbawia odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia.

W tym stanie faktycznym odwołujący uznał, że wniesienie odwołania jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

II. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, wniósł o: 1) oddalenie odwołania w całości; 2) zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym zwrot kosztów zastępstwa przed KIO według przedstawionej na rozprawie faktury.

W uzasadnieniu pisma zamawiający wskazał następującą argumentację.

Zamawiający zaprzeczył wszystkim twierdzeniom odwołującego zawartym w odwołaniu wprost przez niego nieprzyznanym. Nie zgodził się z zarzutami, że w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów Pzp:

- 1) art. 89 ust 1 pkt 6 przez odrzucenie oferty odwołującego z powodu uznania, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny;
- 2) art. 87 ust. 2 pkt 3 przez zaniechanie poprawienia w ofercie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty;
- 3) art. 7 ust. 1 przez nierówne traktowanie wykonawców oraz stosowanie nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie poprawienia oferty odwołującego;
- 4) art. 92 ust. 1 pkt 1 i 2 w związku z art. 91 ust. 1 przez odrzucenie oferty odwołującego oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem zarzucanych w odwołaniu przepisów prawa;
- 5) art. 18 w związku z art. 87.

Ponadto zamawiający zwrócił uwagę, że odwołujący nie ma interesu *prawnego* w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, aby kwestionować czynności zamawiającego w tych pakietach, na które nie składał oferty, a konkretnie w pakiecie nr 11.

Zamawiający wskazał również, że kopia odwołania wpłynęła do zamawiającego 14 lutego 2014 r.

W ocenie zamawiającego działania podjęte w toku prowadzonego postępowania są zgodne z przepisami prawa.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający uznał, że odrzucenie oferty odwołującego było w pełni uzasadnione i konieczne. Zarówno opis okoliczności faktycznych, istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, jak i ich ocena prawna, zdaniem zamawiającego jest inna, niż przedstawił ją odwołujący.

Zamawiający podniósł, że na etapie wnoszenia odwołania odwołujący nie negocjował, że zastosował niewłaściwą stawkę podatku VAT w cenie oferty, jednakże zdaniem odwołującego, zamawiający zobowiązany był poprawić niewłaściwą stawkę VAT w trybie określonym w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał, że istota sporu polega na ustaleniu, czy w okolicznościach faktycznych sprawy zachowanie odwołującego było inną omyłką podlegającą poprawieniu w trybie ustawy. Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 52/11 „Określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp).” Zamawiający wskazał, że konsekwencją błędu w ustaleniu ceny jest odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Natomiast w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki, polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Zamawiający podniósł, że ma również obowiązek badać wysokość stawki VAT, zaś ceny ofertowe muszą być obliczone z zastosowaniem tych samych stawek VAT w celu zapewnienia równego traktowania wykonawców i porównywalności ofert.

W zakresie sposobu obliczenia ceny, zamawiający wskazał, że w dziale XV SIWZ zawarł następujący opis sposobu obliczenia ceny: „2. W cenie oferty należy uwzględnić podatek od towarów i usług (VAT) zgodnie z obowiązującymi aktualnie stawkami dla poszczególnych czynności. Zgodnie z wiedzą Zamawiającego należy stosować 8% stawkę podatku VAT z wyjątkiem następujących czynności: GRODZ-SN, ROZGRODZ, REM-GRODZ, TRANS-RE, TRANS-ŚMI, TRANS-ŚCI, TANS-BIW, TRANS-PAR, dla których należy zastosować 23% stawkę podatku VAT.” Dla pakietu nr 10, a zatem części zamówienia, w zakresie której wniesiono odwołanie, ze wskazanych powyżej czynności, przewidziano do wykonania czynności REM-GRODZ, TRANS-REM, TRANS-ŚMI, TRANS-PAR. „3. Wykonawca oblicza cenę (z VAT) oferty na podstawie wypełnionego formularza cenowego (załącznik Nr 11 a-m do SIWZ) zawierającego stawki jednostkowe, ceny netto i brutto za poszczególne pozycje (usługi) wchodzące w skład pakietu (zamówienia), który będzie stanowił załącznik do oferty i następnie wynik ten wpisuje cyfrowo i słownie do formularza oferty (załącznik Nr 1 do SIWZ). Cena ofertowa pakietu brutto = suma cen jednostkowych brutto usług wchodzących w skład pakietu (zamówienia), gdzie - Cena jednostkowa brutto - iloczyn stawki jednostkowej netto i ilości jednostek obmiaru powiększony o obowiązującą stawkę podatku od towarów i usług (VAT) dla poszczególnych czynności.” Dowód: SIWZ (rozdział XV).

Zamawiający prowadzi postępowanie na usługi z zakresu gospodarki leśnej podzielone na czternaście pakietów. Odwołujący złożył ofertę dotyczącą jednego pakietu, a mianowicie pakietu nr 10 - to jest usług z zakresu gospodarki leśnej w leśnictwie Huta. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w tym pakiecie, w tym w zakresie czynności oznaczonych

symbolami REM-GRODZ, TRANS-REM, TRANS-ŚMI i TRANS-PAR, został zawarty w Załączniku Nr 15j do SIWZ, zaś opis czynności, co do których, zdaniem zamawiającego, w ofercie podano niewłaściwą stawkę VAT, mieści się w punkcie III, ppkt 16 i 19 oraz w punkcie IV ppkt 20 Załącznika Nr 15j do SIWZ.

Opis przedmiotu zamówienia, w aspekcie czynności wchodzących w jego skład i mających wpływ na obliczenie ceny, został skorelowany z formularzem cenowym stanowiącym Załącznik Nr 11a-m do SIWZ. Dowód: Załączniki Nr 15j do SIWZ oraz nr 11a-m do SIWZ.

Zamawiający zwrócił uwagę, że ani w formularzu ofertowym, ani we wzorze umowy, zamawiający nie wskazał konkretnych stawek podatku VAT. Dowód: wzór umowy - Załącznik Nr 12 a oraz formularz ofertowy Załącznik Nr 11 a-m do SIWZ.

Zdaniem zamawiającego, analiza powyższych opisów wskazuje, że wbrew twierdzeniom odwołującego, zamawiający nie określił w SIWZ stawki VAT, bowiem sformułowania „według wiedzy Zamawiającego” nie można utożsamiać z narzuceniem stawki podatku VAT lub wskazaniem we wzorze obliczenia ceny konkretnej stawki VAT. Sposób wypełnienia formularza cenowego był ujęty w sposób zrozumiały w SIWZ. Bez znaczenia jest przy tym okoliczność, że, jak podkreśla odwołujący w uzasadnieniu odwołania, odwołujący wypełniał w późniejszym terminie formularz cenowy. Zamawiający podkreślił, że ani do opisów specyfikacji, ani do poszczególnych części zamówienia składającego się z 14 pakietów, żaden z wykonawców nie wniósł zapytania. Ponadto, żaden z czterech wykonawców, składających oferty w pakiecie nr 10 nie miał wątpliwości, co do sposobu obliczenia ceny. Wątpliwości takich, na etapie składania oferty nie miał również odwołujący. Dowód: dokumentacja z postępowania, oferty złożone w pakiecie nr 10.

Wykonawcy zobowiązani byli uwzględnić podatek od towarów i usług zgodnie z aktualnie obowiązującymi przepisami, zaś dla kwestionowanych przez odwołującego czynności, zawężonych do czynności transportowych, podatek ten powinien zostać określony w stawce podstawowej 23% i to niezależnie od tego, czy usługa transportowa byłaby wykonywana bezpośrednio przez wykonawcę, czy też byłaby wykonywana przez podwykonawcę, gdyż stroną umowy jest wykonawca i on musiałby wykazać podatek w prawidłowej wysokości. Powyższe uwagi dotyczące określenia prawidłowej stawki podatku VAT w realiach niniejszej sprawy, czynione są jedynie na marginesie, gdyż, jak już wskazano, prawidłowa stawka podatku VAT na etapie postępowania odwoławczego jest niesporna między stronami. Zamawiający wskazał również, że dysponował interpretacją podatkową w zakresie określenia stawki VAT dotyczącej czynności grodzenia, natomiast nie dysponował

interpretacją podatkową dotyczącą czynności transportowych. Dowód: uzasadnienie odwołania, interpretacja podatkowa w zakresie czynności grodzienia.

Nie ulega wątpliwości, że odwołujący w Formularzu cenowym oferty w zakresie czynności określonych, jako TRANS-REM, TRANS-ŚMI, TRANS-PAR zastosował nieprawidłową, obniżoną stawkę 8% VAT, zamiast stawki podatku w podstawowej wysokości, to jest w wysokości 23%. W tym stanie rzeczy oferta odwołującego obarczona była błędem w obliczeniu ceny. Przy czym dla stwierdzenia błędu nie jest istotne, z jakiego powodu wystąpił błąd, co jednoznacznie wynika z ukształtowanej linii orzecznictwa, zapoczątkowanej cytowaną już uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. w sprawie III CZP 52/11. W tym stanie rzeczy argumenty odwołującego, że w tym samym czasie przygotowywał kilka ofert w różnych przetargach prowadzonych przez różne jednostki organizacyjne Lasów Państwowych, nie ma znaczenia prawnego. Co więcej, w wyroku z dnia 24 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 54/13, Krajowa Izba Odwoławcza zajęła stanowisko, że „o prawidłowej stawce VAT nie może przesądzać treść SIWZ pochodzącej z innego postępowania.” Natomiast odwołujący w wyjaśnieniach złożonych w formie pisemnej dnia 16 stycznia 2014 r. argumentował, że w innych Nadleśnictwach stosowano inne stawki VAT dla usług transportowych. Zamawiający nie badał owych innych opisów SIWZ, jednakże, jak już podkreślono, nie mają one znaczenia dla przedmiotowego postępowania. Z daleko posuniętej ostrożności zamawiający zwrócił jednakże uwagę, że w przypadku, gdyby uznano, iż stawka VAT została przez zamawiającego określona w SIWZ, w stanie faktycznym sprawy nie zachodziły żadne przesłanki, aby czynność odwołującego w zakresie podania nieprawidłowej stawki podatku VAT dla czynności TRANS-REM, TRANS-ŚMI, TRANS-PAR, uznać za inną omyłkę w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, kwalifikującą się do poprawienia przez zamawiającego. Zamawiający podkreślił, że przepisy dotyczące możliwości poprawiania innych omyłek zostały wprowadzone do ustawy Pzp, aby zapobiec odrzucaniu ofert z uwagi na niewielkie błędy, które nie mogły być korygowane w trybie poprawiania oczywistych omyłek pisarskich lub rachunkowych. Zamawiający podkreślił, że nieprawidłowości oferty niestanowiące omyłki, a będące celowym, chociażby wynikającym z niewiedzy działaniem człowieka, nie mogą być poprawione (tak np. KIO w wyroku z dnia 18 maja 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 780/10). Tak więc w przypadku, gdy nieprawidłowości zawarte w ofercie nie mają charakteru niezamierzonego, inaczej mówiąc przypadkowego, a są efektem celowego działania oferenta, nie można poprawić oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Podobnie Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 29 stycznia 2010 r., sygn. akt XII Ga 429/09 (OSG 2010, Nr 7). Zamawiający zwrócił również uwagę na uzasadnienie Krajowej Izby Odwoławczej zawarte w wyroku z dnia 17 stycznia

2013 r., sygn. akt KIO 3/13, w którym Izba odniosła się do sytuacji, gdy we wzorze umowy stanowiącej załącznik do SIWZ, zamawiający określił stawkę podatku VAT, a odwołujący się wykonawca podał niewłaściwą stawkę VAT, ale z uwagi na świadome wskazanie przez oferenta innej stawki VAT niż wymagał zamawiający, oferta wykonawcy nie kwalifikowała się do poprawienia innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Świadomość wykonawcy w cytowanym powyżej przypadku, Izba wywodziła między innymi z postępowania się przez wykonawcę indywidualną interpretacją podatkową. Przenosząc wskazane rozważania do stanu faktycznego tej sprawy, zamawiający stwierdził, że zastosowanie przez odwołującego 8% stawki podatku VAT dla czynności w skrócie nazywanych transportowymi przy obliczeniu ceny oferty, miało charakter czynności świadomych i zamierzonych. Do takich wniosków prowadzi analiza wyjaśnień pisemnych wykonawcy z dnia 16 stycznia 2014 r., złożonych w trybie art. 87 ustawy Pzp (w orzeczeniu z dnia 25 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1331/13, Izba zwróciła uwagę, że ewentualne poprawienie omyłki przez zamawiającego można poprzedzić wyjaśnieniami wykonawcy złożonymi w trybie art. 87 ust. 1 Pzp). Odwołujący obszernie wskazał, że na zastosowanie stawki VAT w wysokości 8% wpływ miało szereg czynników, do których zaliczają się: zamiar wywozu śmieci przez wynajętą specjalistyczną firmę, dysponowanie interpretacją dyrektora Izby Skarbowej z dnia 15.06.2011 r. (interpretacja wydana dla potrzeb innego postępowania i w innym stanie faktycznym), uznaniem przez wykonawcę, iż transport ma charakter czynności pomocniczej do wykonania usługi podstawowej, a nadto stawkami podatkowymi stosowanymi w innych Nadleśnictwach. Dowód: pisemne wyjaśnienia odwołującego z dnia 16.01.2014 r. W tym stanie rzeczy brak było podstaw do uznania czynności wykonawcy w zakresie określenia stawki podatku od czynności TRANS-REM, TRANS-ŚMI i TRANS-PAR, za inną omyłkę kwalifikującą się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja odwołującego, jakoby nieprawidłowością było działanie zamawiającego, polegające na tym, że w jednym piśmie wezwano do złożenia wyjaśnień w kilku różnych kwestiach. Ustawa Pzp nie zawiera w tym względzie żadnych ograniczeń, tak więc zamawiający nie naruszył w tym zakresie wymagań ustawy. Odnosząc się do zarzutu odwołującego, że w kolejnych wyjaśnieniach przesłanych e-mailem, odwołujący powołuje się na omyłkę i wskazuje na konieczność poprawienia omyłki przez zamawiającego, zamawiający stwierdził: nawet gdyby uznać, że wyjaśnienia złożone e-mailem stanowią część oferty, to niczego one do sprawy nie wnoszą. Jednakże zamawiający uważa, że w realiach prowadzonego postępowania, wyjaśnień złożonych e-mailem zamawiający w ogóle nie powinien brać pod uwagę, z powodu zastrzeżenia formy pisemnej dla składania wyjaśnień, określonej w SIWZ. W doktrynie wskazuje się, że zarówno żądanie wyjaśnień, jak i ich udzielenie powinno mieć taką formę, jaka została dopuszczona przez zamawiającego

na podstawie art. 27 ust. 1 ustawy Pzp (tak Jerzy Pieróg w Komentarzu do ustawy Prawo zamówień publicznych C.H. Beck, wydanie 12). Dowód: rozdział VIII SIWZ.

Zamawiający dodał, że w orzecznictwie KIO podkreśla się, iż wyjaśnienia składane przez wykonawcę w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, są dla wykonawcy wiążące tak samo, jak oferta (tak KIO w wyroku w sprawie KIO/UZP 200/09). Dodatkowo obowiązujące przepisy nie pozwalają na wycofanie się ze złożonych wyjaśnień, gdyż byłoby to uznane za niedopuszczalne prowadzenie negocjacji w rozumieniu art. 87 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp, co próbuje wykazać odwołujący (tak KIO w wyroku z dnia 20.01.2009 r., sygn. akt KIO/UZP 11/09).

Reasumując tę część rozważań zamawiający stwierdził, że oferta odwołującego zawierała błąd w obliczeniu ceny niekwalifikujący się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zarzuty naruszenia przez zamawiającego wskazanego powyżej artykułu, a nadto art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, w ocenie zamawiającego nie potwierdziły się.

Odnosząc się do bezzasadności zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp w związku z art. 91 ust. 1 przez odrzucenie oferty odwołującego oraz dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem zarzucanych w odwołaniu przepisów obowiązującego prawa, zamawiający wskazał, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, ale również oferty sporządzonej zgodnie z przepisami prawa oraz postanowieniami SIWZ. W tym aspekcie zamawiający zgodził się z odwołującym, że zamawiający jest zobowiązany dążyć do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w sposób nienaruszający przepisów Pzp. Jednakże w rozpoznawanej sprawie naruszeniem tych przepisów byłoby poprawienie w ofercie odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 Pzp - błędu polegającego na świadomym zastosowaniu 8% stawki podatku VAT dla czynności wymagających opodatkowania stawką 23 % VAT. Tym samym zamawiający naruszyłby zasadę równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 Pzp przez dopuszczenie do oceny oferty podlegającej odrzuceniu, na równi z ofertami sporządzonymi prawidłowo. Zamawiający zwrócił ponadto uwagę na fakt, że odwołujący eksponuje, że poprawienie stawki VAT w jego ofercie nie powodowałoby istotnych zmian w treści oferty w porównaniu do treści SIWZ, a konkretnie nawet po poprawieniu stawki VAT w kilku pozycjach formularza ofertowego z 8% na 23% i tak nie wpłynęłoby to na pozycję odwołującego, gdyż jego oferta i tak byłaby najtańsza. Odwołujący pominął jednak obowiązującą regulację prawną, konkretnie fakt, że dla dokonania czynności, przewidzianej w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp wymagane jest łączne spełnienie dwóch przesłanek, to jest, po pierwsze, wystąpienie omyłki, który to fakt nie miał miejsca w przypadku oferty

odwołującego, a nadto przesłanki, że poprawienie omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Wobec braku przesłanki do zaistnienia omyłki, rozważanie wystąpienia drugiej ze wskazanych przesłanek jest całkowicie bezprzedmiotowe.

W zakresie zarzutów naruszenia art. 7 i art. 18 Pzp przejawiającego się w poprawieniu przez zamawiającego omyłki w ofercie konsorcjum reprezentowanego przez Włodzimierza Nawrockiego w pakiecie nr 11 oraz rzekomym niepowiadomieniu wykonawców o poprawieniu omyłki, zamawiający zaprzeczył twierdzeniom odwołującego i zwrócił uwagę, że odwołujący nie ma interesu *prawnego*, aby kwestionować czynności zamawiającego w tych pakietach, na które nie składał oferty. Zamawiający podkreślił, że spośród czternastu pakietów, z jakich składało się postępowanie o udzielenie zamówienia, wykonawca złożył ofertę jedynie na pakiet numer 10, natomiast kwestionuje również czynności zamawiającego w pakiecie numer 11. W wyroku z dnia 15 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2865/12, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że wobec podziału zamówienia na części odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia tylko na tę część zamówienia, na którą złożył ofertę. Zgodnie z treścią art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwestia badania interesu we wniesieniu środka ochrony prawnej dotyczy momentu wniesienia odwołania, gdyż odwołanie jest środkiem ochrony prawnej skierowanym na zmianę sytuacji wykonawcy, polegającym na możliwości uzyskania zamówienia w danym postępowaniu. Jednak niezależnie od tego i dla wykazania bezzasadności zarzutów odwołującego we wskazanym powyżej zakresie, zamawiający zwrócił uwagę, że okoliczności, w jakich doszło do poprawienia omyłki konsorcjum reprezentowanego przez W..... N....., były zgoła odmienne niż sytuacja odwołującego. Mianowicie konsorcjum, jako wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia złożyli oferty na pakiety nr 7, 9, 10 i 11. We wszystkich pakietach w zakresie usług grodzenia zastosowali prawidłowy VAT. Natomiast w pakiecie nr 11, pomimo tożsamyh warunków wykonywania usługi, wpisali nieprawidłową stawkę VAT, a zatem w tychże okolicznościach była podstawa do uznania, że doszło do omyłki podlegającej poprawieniu. Nie znajduje również uzasadnienia zarzut nie poinformowania konsorcjum firm, których oferta została poprawiona, o czynności poprawienia oferty. Dowód: oferty złożone w pakiecie nr 11 z potwierdzeniem zawiadomienia konsorcjum reprezentowanego przez W..... N..... .

Reasumując przedstawione rozważania, zamawiający wniósł i wywiódł, jak na wstępie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpoznaniu odwołania na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

I. Odwołujący spełnia przesłanki, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, skutkujące uprawnieniem do wniesienia odwołania od czynności odrzucenia oferty odwołującego w pakiecie nr 10, z powodu błędu w obliczeniu ceny przez zastosowanie podatku VAT w stawce 8%, zamiast wskazanej przez zamawiającego 23%, od czynności TRANS-REM, TRANS-ŚMI i TRANS-PAR. Jest wykonawcą, który złożył ofertę najtańszą w postępowaniu, znacznie tańszą od oferty najdroższej, wybranej jako najkorzystniejsza, co uzasadnia interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody, będącej następstwem czynności zamawiającego niezgodnej z przepisami Pzp.

II. Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że odwołujący nie ma interesu, w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, w kwestionowaniu czynności zamawiającego odnoszących się do oceny ofert w pakietach, na które odwołujący nie złożył oferty i w tym zakresie nie był wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 Pzp. Argumentacja odwołującego zamieszczona na str. 8 odwołania odnosząca się do poprawienia stawki VAT z 8% na 23% w ofercie nr 10 w pakiecie 11, jako *innej oczywistej omyłki*, bez potrzeby żądania wyjaśnień od wykonawcy, została przedstawiona, jako informacja o odmiennej ocenie oferty odwołującego przez niepoprawienie omyłki w jego ofercie w postaci niewłaściwej stawki podatku VAT i w konsekwencji odrzucenie oferty odwołującego, co stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp. Stanowisko odwołującego zostało ocenione w tym kontekście.

III. Izba uwzględniła odwołanie stosownie do treści art. 192 ust. 2 Pzp, uznając, że przedstawione w postępowaniu odwoławczym okoliczności uzasadniały obowiązek zamawiającego poprawienia stawki podatku VAT w ofercie odwołującego, w trzech spornych zakresach czynności dotyczących usług transportowych, z 8% na 23 %, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, w świetle interpretacji przepisów Pzp przedstawionej w uchwałach Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 52/2011 i 53/2011 i przyjętej linii orzeczniczej.

IV. Podstawę rozstrzygnięcia Izby stanowiły następujące ustalenia faktyczne i ich ocena prawna.

Zamawiający zobligowany przepisem art. 36 ust. 1 pkt 12 Pzp, opisał w SIWZ, rozdział XV, pkt 2, sposób obliczenia ceny oferty, przedstawiając w pierwszej kolejności zobowiązanie wykonawców do uwzględnienia w cenie oferty podatku od towarów i usług (VAT) zgodnie z obowiązującymi aktualnie stawkami dla poszczególnych czynności.

W następnym zdaniu wskazał, że zgodnie z jego wiedzą należy stosować 8% stawkę podatku VAT z wyjątkiem czynności, m.in. TRANS-REM, TRANS-ŚMI i TRANS-PAR (czynności stanowiących przedmiot odwołania), dla których należy zastosować 23% stawkę podatku VAT („W cenie oferty należy uwzględnić podatek od towarów i usług (VAT), zgodnie z obowiązującymi aktualnie stawkami dla poszczególnych czynności. Zgodnie z wiedzą Zamawiającego należy stosować 8% stawkę podatku VAT z wyjątkiem następujących czynności: GRODZ-SN, ROZGRODZ, REM-GRODZ, TRANS-REM, TRANS-ŚMI, TRANS-ŚCI, TRANS-BIW, TRANS-PAR, dla których należy zastosować 23% stawkę podatku VAT.”).

Potwierdzenie stanowiska o wskazaniu przez zamawiającego w SIWZ obowiązku zastosowania stawki 23% wynika, obok jednoznacznego opisu zamieszonego w rozdziale XV SIWZ, również z opisu czynności zamieszczonych w załączniku nr 15j do SIWZ (opis szczegółowy prac - leśnictwo Huta) - akcentowanych na rozprawie, protokołach z czynności komisji przetargowej, m.in. z 7 i 31 stycznia 2014 r. oraz zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszych ofert (pismo z 31.01.2014 r.), w którym zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty odwołującego wskazał, że: „(...) Wykonawcy nie zastosowali się do zapisów rozdziału XV SIWZ dot. stosowania stawek podatku VAT. (...) Wykonawcy w zakresie czynności określonych, jako: TRANS-REM, TRANS-ŚMI, TRANS-PAR zastosowali 8% stawkę podatku VAT zamiast wskazanej przez Zamawiającego 23% stawki podatku VAT”.

W dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przedstawionej przez zamawiającego została zamieszczona opinia prawna z dnia 24.01.2014 r., w której w związku ze złożonymi przez odwołującego wyjaśnieniami z dnia 16.01.2014 r. i uwzględnieniu faktu, że zamawiający określił stawkę VAT w postępowaniu, zalecono rozważenie poprawienia oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający zwrócił uwagę - z daleko posuniętej ostrożności, na wypadek, gdyby Izba uznała, że jednak zamawiający określił w SIWZ stawkę VAT - na przesłankę uzasadniającą odrzucenie oferty, tj. brak znamion omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w czynności odwołującego, wskazującej 8% podatek VAT (str. 5 pisma zamawiającego z dnia 27 lutego 2014 r., złożonego na posiedzeniu Izby).

Odwołujący zastosował w ofercie stawkę podatku VAT dla wskazanych trzech spornych czynności 8%, zamiast 23%.

Na wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, wystosowane przez zamawiającego (druga część pisma z dnia 8 stycznia 2014 r. o treści: „(...) Zamawiający - wobec stwierdzenia zastosowania przez Wykonawców w ofercie preferencyjnej 8% stawki podatku VAT dla czynności: TRANS-REM, TRANS-ŚMI i TRANS-PAR, zamiast stawki podstawowej (23%) - na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wzywa Wykonawców do wyjaśnienia treści oferty tj. wskazania podstawy zastosowania obniżonej stawki podatku VAT.”), odwołujący podał w wyjaśnieniach zamieszczonych w piśmie z dnia 16 stycznia 2014 r., obok elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (zgodnie z równoczesnym wezwaniem w trybie art. 90 ust. 1 Pzp), że: „W przypadku czynności: TRANS-REM, TRANS-ŚMI i TRANS-PAR zastosowaliśmy stawkę 8 % ze względu na szereg czynników wymienionych poniżej: • na terenie Leśnictwa Huta zostanie podstawiony kontener, w którym będą składowane śmieci do momentu ich wywozu przez wynajętą specjalistyczną firmę. W związku z czym transport ich będzie wykonywany tylko na terenie leśnym; • interpretację Dyrektora Izby Skarbowej (w Bydgoszczy) ITPP1/443-454/11/IK z dnia 15.06.2011 r.; która mówi, że: „świadczone usługi na rzecz Nadleśnictwa, pomimo ich odrębnej klasyfikacji, przy założeniu, że stanowią usługę, składającą się z różnych czynności pomocniczych niezbędnych do wykonania usługi podstawowej, winny być opodatkowane stawką VAT właściwą dla usługi głównej - 8%”; • w opisie przedmiotu zamówienia nie było precyzyjnie określone, że transport będzie wykonywany po drogach publicznych. Należy również zauważyć, że czynności TRANS-REM, TRANS-ŚMI i TRANS-PAR są elementem składowym całego pakietu nr 11 polegającego na wykonaniu usługi z zakresu gospodarki leśnej, co w świetle interpretacji Izby Skarbowej ITPP1/443-454/11/IK z dnia 15.06.2011 r. należy traktować, jako czynności pomocnicze do wykonania usługi podstawowej; • stawki podatkowe dotyczące transportu stosowane w innych Nadleśnictwach.

W związku z powyższymi czynnikami oraz różnymi stanowiskami w zakresie wysokości stawki podatku VAT od transportu stosowanego w usługach z zakresu gospodarki leśnej, stwierdziliśmy, że najlepszym rozwiązaniem będzie postawienie kontenera na terenie leśnictwa, do którego będą składowane śmieci, a wywozem ich będzie się zajmować zewnętrzna wyspecjalizowana Firma. W takiej sytuacji nie będzie wątpliwości, co do wysokości stosowanej stawki podatku VAT.”

W dalszych wyjaśnieniach przekazanych zamawiającemu drogą elektroniczną w tym samym dniu, odwołujący wskazał: „W nawiązaniu do wyjaśnień odnośnie zastosowania podatku VAT w wysokości 8 %, dla czynności: TRANS-REM, TRANS-ŚMI i TRANS-PAR chcielibyśmy również zauważyć, że w przedmiotowym przypadku, jeśli zamawiający stwierdzi, że została

zastosowana błędna stawka podatku VAT, powinien zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP poprawić ofertę, jako błąd w obliczeniu ceny.

Zamawiający w SIWZ dziale nr XV sposób obliczania ceny pkt 2 (str. 23 SIWZ) określił, jakie powinny zostać zastosowane stawki podatku VAT, w związku z czym jeśli w ofercie została zastosowana błędna stawka podatku VAT, zamawiający jest zobligowany do poprawienia jej na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Mówi o tym uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2001 sygn. akt III CZP 52/11 oraz 53/11.”

W dalszej części wyjaśnień odwołujący zacytował sentencję uchwały III CZP 52/11 oraz istotną część jej uzasadnienia, podkreślając obowiązek zamawiającego w dokonaniu oceny poprawności przedstawionych przez wykonawców cen w zakresie zastosowania stawki podatku VAT i doprowadzenia do porównywalności ofert, w zakresie zaproponowanej ceny. Wskazał przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nakładający na zamawiającego obowiązek poprawienia oferty w zakresie obliczenia ceny, w przypadku wystąpienia innej omyłki polegającej na niezgodności przyjętej w ofercie stawki podatku VAT ze stawką zawartą w SIWZ. Wskazał, że przypadek taki może wystąpić jedynie wówczas, gdy zamawiający wskazał w SIWZ konkretną stawkę podatku VAT, o ile omyłka polegająca na takiej niezgodności nie powoduje istotnych zmian treści oferty. Natomiast w sytuacji, gdy zamawiający nie określił w SIWZ stawki podatku VAT, wówczas nie występuje inna omyłka w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, z uwagi na fakt, że w takim przypadku brak jest ustawowej przesłanki niezgodności oferty z SIWZ. W przypadku, gdy zamawiający nie określił w SIWZ konkretnej stawki podatku VAT, przyjęcie w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT jest równoznaczne z błędem w obliczeniu zawartej w ofercie ceny, polegającym na wadliwym doborze przez wykonawcę elementu mającego wpływ na obliczenie wysokości zaoferowanej ceny. W takim przypadku znajduje zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, skutkujący odrzuceniem oferty zawierającej cenę obliczoną z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT (błąd w obliczeniu ceny).

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego (pismo z dnia 31.01.2014 r.), podając uzasadnienie: „Oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, gdyż oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny, za które należy uznać przyjęcie niewłaściwej stawki podatku od towarów i usług zwanym dalej podatkiem VAT (podobnie Sąd Najwyższy w uchwałach z dnia 20 października 2011 r. w sprawach o sygn. akt III CZP 52/11 i III CZP 53/11). Wykonawcy nie zastosowali się do zapisów rozdziału XV SIWZ dot. stosowania stawek podatku VAT: *„Zgodnie z wiedzą Zamawiającego należy stosować 8% stawkę podatku VAT z wyjątkiem następujących czynności: GRODZ-SN, ROZGRODZ, REM-GRODZ, TRANS-REM, TRANS-ŚMI, TRANS-ŚCI, TRANS-BIW, TRANS-PAR, dla których*

należy zastosować 23% stawkę podatku VAT". Zdaniem Zamawiającego usługi transportu, o których mowa wyżej pozostają w relacji jedynie komplementarności z usługami z zakresu gospodarki leśnej na terenie leśnictwa Huta, nie stanowią zaś usługi pomocniczej do usług z zakresu gospodarki leśnej w takim znaczeniu, iż wykonanie usługi gospodarki leśnej jest ściśle związane z koniecznością wykonania również usługi transportowej.

W ofertach złożonych na pakiet Huta tylko ww. Wykonawcy złożyli ofertę ze stawkami podatku VAT różniącymi się od tych, jakie określił Zamawiający w SIWZ. W badanej ofercie stwierdzono, że w Formularzu cenowym oferty - załącznik nr 11j do SIWZ, Wykonawcy w zakresie czynności określonych jako: TRANS-REM, TRANS-ŚMI, TRANS-PAR zastosowali 8% stawkę podatku VAT zamiast wskazanej przez Zamawiającego 23% stawki podatku VAT. Wobec zaistniałej rozbieżności Zamawiający w dniu 08.01.2014 r. znak SA-2710-4/13 zwrócił się do Wykonawców o jej wyjaśnienie. W złożonych na tę okoliczność wyjaśnieniach (pismo z dnia 16.01.2014 r.) Wykonawcy wykazali, iż zastosowanie 8% stawki podatku VAT było efektem szeregu czynników, do których zaliczyli określony przez siebie sposób wykonania usługi, tj. składowanie śmieci do kontenera podstawionego, a następnie ich wywóz przez specjalistyczną firmę, okoliczność, iż transport będzie wykonywany tylko na terenie leśnym, uznanie usługi transportowej, jako czynności pomocniczej do usługi podstawowej oraz interpretację Dyrektora Izby Skarbowej ITPP1/443-454/11/K z dnia 15.06.2011 r. Z przedłożonej przez Wykonawców interpretacji podatkowej nie wynika, aby wydana została ona dla tych Wykonawców, a nadto stan faktyczny, będący podstawą jej wydania, jest inny niż stan faktyczny niniejszej sprawy.

Ponadto, Zamawiający nie jest adresatem dyspozycji art. 14 b § 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (...) i nie jest związany stanowiskiem zawartym w indywidualnej interpretacji podatkowej, o której mowa w art. 14 a-d przywołanej ustawy (tak KIO w wyroku z dnia 17 stycznia 2013 r. w sprawie KIO 3/13, LEX nr 1271715).

Tak więc z wyjaśnień złożonych przez Wykonawców wynika, że zastosowanie 8% stawki podatku VAT zamiast 23% nie było wynikiem omyłki, lecz w pełni ich świadomego działania. Stąd też nie wystąpiły przesłanki do poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Mając powyższe na uwadze, Zamawiający - na podstawie obowiązujących przepisów oraz zaistniałego stanu faktycznego - zobligowany był odrzucić ofertę."

Sąd Najwyższy w uchwałach z dnia 20 października 2011 r., III CZP 52/2011 i III CZP 53/2011 orzekł, że określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli nie ma ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych).

W uzasadnieniach uchwał Sąd wskazał, że:

- 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 Pzp, 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;
- jeżeli jednak zamawiający, opisując w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposób obliczania ceny, nie zawarł żadnych wskazań dotyczących stawki podatku VAT, wówczas oferta zawierająca stawkę niezgodną z obowiązującymi przepisami podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, o porównywalności ofert bowiem można mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównania, zostały obliczone z zachowaniem tych samych reguł. Oferta zawierająca niezgodną z obowiązującymi przepisami stawkę podatku VAT, wpływającego na wysokość ceny brutto, niewątpliwie zaburza proces porównywania cen i musi być kwalifikowana, jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny.

Przedstawione okoliczności świadczą, że zamawiający zamieścił w SIWZ wskazania dotyczące stawki podatku VAT, zobowiązujące wykonawców do zastosowania stawki 23% dla spornych usług transportowych, w części właściwej dla takiego opisu, a mianowicie w rozdziale XV Opis sposobu obliczenia ceny. Faktu tego nie zmieniają podnoszone w toku postępowania odwoławczego okoliczności, że takiego opisu zamawiający nie zamieścił w załączniku do SIWZ - Formularz cenowy oferty - załącznik nr 11j do SIWZ oraz w § 7 ust. 1 projektu umowy określającym wynagrodzenie wykonawcy. Opis zamieszczony we wskazanej części SIWZ odpowiada obowiązkowi zamawiającego wynikającemu z art. 36 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Zatem, zamawiający był zobowiązany do oceny oferty odwołującego w kontekście możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Przepis ten stanowi: 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.

Istotę sporu stanowiło ustalenie, czy zastosowanie stawki 8%, zamiast 23%, jest inną omyłką polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w sytuacji, gdy drugi człon przepisu - czy omyłka nie stanowi istotnej zmiany treści oferty - był bezsporny.

Przy ocenie wskazanych przesłanek, wobec braku ustawowych definicji omyłek, w tym innych omyłek i istotności zmiany treści oferty, Izba uwzględniła orzecznictwo sądowe i arbitrażowe, w szczególności wydane w okresie po dacie podjęcia przywoływanych uchwał Sądu Najwyższego, które były skutkiem czynności mających na celu uzyskanie ujednoczonej interpretacji przepisów Pzp, w zakresie oceny ofert z zastosowaniem podatku VAT.

W rozstrzygnięciach odnoszących się do rozpoznawanego zagadnienia lub przywoływanych w postępowaniu odwoławczym, orzeczono następująco.

1. W wyroku z dnia 18 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2822/12; KIO 2864/12), teza: „Dla ustalenia stawki VAT istotne znaczenie ma przedmiot robót, a nie sposób określenia tego przedmiotu w umowie. Postanowienia umowne nie mają waloru kształtującego właściwą stawkę VAT.”

2. Z wielokrotnie przywoływanego przez zamawiającego wyroku z dnia 17 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 3/13, wynikają inne okoliczności faktyczne niż wskazywane, które przesądziły o orzeczeniu Izby. Istotę sporu w przywołanej sprawie stanowiło rozstrzygnięcie, czy odwołujący miał możliwość zaoferowania dwóch stawek podatkowych - 8% i 23%.

Izba uwzględniła stanowisko odwołującego, że „Zamawiający nie określił ani w formularzu ofertowym, ani w SIWZ jednej stawki podatku VAT, której wykonawcy mieliby użyć do obliczenia ceny oferty. Takie stanowisko nie zostało również zawarte w odpowiedzi na pytanie nr 39 (*prawdopodobnie dotyczące postanowień SIWZ*), gdzie zamawiający w sposób wymijający odpowiedział, iż nie jest on uprawniony do dokonywania wiążącej interpretacji w zakresie stawki podatku VAT, pomimo tego, że odpowiedzią na to pytanie mógł rozwiązać wszelkie wątpliwości w tym zakresie.”

Izba uznała: „Niewątpliwym jest, że w pkt 2 ust. 1 projektu umowy zamawiający wskazał, iż stawka podatku VAT winna wynosić 23%, cyt. „Wynagrodzenie obejmuje podatek VAT w wysokości 23%”.

Podstawę oddalenia odwołania przez nieuwzględnienie zarzutu odwołującego w tej części, stanowiło uznanie Izby, że „(...) odwołujący powołując się na posiadaną indywidualną interpretację podatkową, w sposób świadomy zaoferował w ofercie cenę ofertową zawierającą dwie stawki podatkowe, podatku VAT 8 i 23%. Zastosowanie tych dwóch stawek, zdaniem Izby, wynikało raczej z przyczyn mających na celu umożliwienie mu zaoferowania (przypuszczalnie - na tym etapie postępowania) jak najniższej ceny, umożliwiającej mu uzyskanie zamówienia. Tym samym zaoferowanie w ofercie dwóch stawek podatkowych było działaniem świadomym odwołującego, a nie wynikiem błędu, jak w trakcie rozprawy próbował interpretować, dlatego też w tej sprawie brak było podstaw do

poprawy zaoferowanej 8% stawki VAT-u, jako innej omyłki w trybie art. 89 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.”

3. W wyroku z dnia 16 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2423/12, Izba orzekła: „Zamawiający określając w siwz sposób obliczenia ceny nie podał, jaką stawkę podatku od towarów i usług wykonawcy mają zastosować, zatem zastosowanie nieprawidłowej stawki podatku nie może być oceniane w kategoriach niezgodności treści oferty z treścią siwz, ale jako niezgodność z obowiązującymi przepisami, która skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 P.z.p.”

4. W wyroku z dnia 4 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2836/12; KIO 2842/12, Izba uznała: Czynność poprawienia stawki podatku VAT może mieć miejsce jedynie wówczas, jeśli zamawiający wskazał w SIWZ konkretną stawkę podatku VAT. W takiej sytuacji może mieć zastosowanie przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp (uchwała S.N. III CZP 52/11). Jeżeli jednak zamawiający opisując w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposób obliczenia ceny, nie zawarł żadnych wskazań dotyczących stawki podatku VAT, wówczas oferta zawierająca stawkę niezgodną z obowiązującymi przepisami, podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp (uchwała S.N. III CZP 53/11).

5. W wyroku z dnia 5 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1202/13, Izba orzekła: „Przepisy ustawy Pzp nie zawierają definicji omyłek, o których stanowią przepisy art. 87 ust. 2 pkt 1-3 i błędów w obliczeniu ceny oferty - art. 89 ust. 1 pkt 6, dla potrzeb postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Definicje tych pojęć oraz interpretacje, stosowne do okoliczności sprawy, wywodzą się w większości przypadków z poprzedniego stanu prawnego obowiązującego przed 24 października 2008 r., w którym wyszczególniono - oczywiście omyłki pisarskie oraz omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny - art. 87 ust. 2 Pzp i zobowiązano zamawiających do poprawiania omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny w sposób wskazany w art. 88 Pzp oraz błędy w obliczeniu ceny - art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

W ocenie Izby, w przeciwieństwie do omyłek uregulowanych aktualnie w art. 87 ust. 2 pkt 1-3 Pzp, błąd w obliczeniu ceny oferty, do którego ma zastosowanie przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, nie jest *de facto* błędem rachunkowym, lecz błędem polegającym na wadliwym doborze przez wykonawcę poszczególnych elementów mających wpływ na właściwe obliczenie ceny - tak m.in. opracowanie: Jerzy Baehr, Tomasz Czajkowski, Włodzimierz Dzierżanowski, Tomasz Kwieciński, Waldemar Łysakowski, Prawo zamówień publicznych, komentarz pod redakcją Tomasza Czajkowskiego, wydanie trzecie, stan prawny na 1 stycznia 2008 r., Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2007, str. 307.

6. W wyroku z dnia 21 grudnia 2012 r., sygn. akt KIO 2695/12, Izba orzekła: „Konieczne staje się badanie prawidłowości stawek VAT podawanych w ofertach wykonawców. Jednak takiemu badaniu i jego wynikom, należy nadawać możliwie najbardziej racjonalny wymiar i

znaczenie, łagodząc stanowisko, według którego dla kwalifikacji błędu w obliczeniu ceny nie ma znaczenia geneza, wymiar czy skala stwierdzonego uchybienia.”

7. W wyroku z dnia 23 kwietnia 2009 r., sygn. akt XII Ga 102/09 Sąd Okręgowy w Krakowie orzekł (przed podjęciem uchwał): „1. Kwalifikator „istotnych zmian”, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., należy odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty. 2. Ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To co, w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty, nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia.”

8. W przywoływanym przez zamawiającego wyroku z dnia 29 stycznia 2010 r., sygn. akt XII Ga 429/09, Sąd Okręgowy w Krakowie (także przed podjęciem uchwał) orzekł: „Artykuł 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu „omyłki”. Z założenia zatem umyślne zastosowanie w ofercie materiału całkowicie odmiennego od projektu nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 87 Pzp.”

9. W wyroku z 21 maja 2008 r., sygn. akt XII Ga 151/08, Sąd Okręgowy w Gdańsku orzekając (również przed podjęciem uchwał) w przedmiocie oczywistej omyłki pisarskiej, w końcowej części uzasadnienia wyroku wskazał na projekt nowelizacji Pzp (numer druku 471 - ze stron internetowych Sejmu i Senatu), zmieniającej przepis art. 87 ust. 2 Pzp, w którym podano: (...) „Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2 ustawy. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami”.

10. W Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych nr 8/2013, opracowanie pt. Kontrola udzielania zamówień publicznych, Przykłady naruszenia dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stwierdzone w toku kontroli Prezesa Urzędu zamówień współfinansowanych ze środków UE zakończonych w latach 2011-2013, w przykładzie 3-KU/8/11 (str. 11-13), przedstawiono - na podstawie orzecznictwa - stanowisko: „(...) należy także zauważyć, że w przypadku wątpliwości zamawiającego, czy niezgodność oferty z treścią siwz ma charakter

omyłki, czy też świadomego oświadczenia woli wykonawcy oferującego zamawiającemu element przedmiotu zamówienia, którego nie wymagał, zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp może zostać poprzedzone wyjaśnieniami, o których stanowi ust. 1 powołanego przepisu, zmierzającymi do ustalenia rzeczywistej treści oferty oraz charakteru i rodzaju, czy samej potrzeby wprowadzenia ewentualnych zmian w jej treści. Zawarte w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp pojęcie „innej omyłki” nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie jako błąd techniczny w sposobie sporządzenia oferty, pominięcie lub pomylenie określonych wyrażeń czy wartości, czy wszelkich innych powstających bez świadomości ich wystąpienia przeoczeń i braków prowadzących do niezgodności oferty ze specyfikacją. Omyłka wykonawcy w przygotowaniu oferty może wynikać z jego błędnego przekonania, co do wymaganego sposobu wykonania zamówienia i wyrażenia powyższego w ofercie. Wykonawca sporządza ofertę z pełną świadomością, co do celowości i kształtu jej poszczególnych zapisów, jednakże mylnie nie zdaje sobie sprawy ze stanu jej niezgodności z treścią siwz. Tego typu błędy wykonawcy, pod warunkiem ich „nieistotności”, również winny być poprawiane w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ostatecznym momentem weryfikacji omyłki, tj. zmiany przekonania wykonawcy, co do poprawności jego oferty, jest wywołujące określone skutki prawne zawiadomienie o dokonanej poprawie omyłki i brak wyrażenia sprzeciwu, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, niezależnie od wcześniej składanych deklaracji w tym przedmiocie (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 sierpnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 959/09).”

Izba, oceniając stan sprawy ustalony w toku postępowania dowodowego, z uwzględnieniem przedstawionej linii orzeczniczej i interpretacji przepisów Pzp, uznała, że wskazanie w ofercie odwołującego stawki podatku VAT 8%, zamiast 23% dla czynności: TRANS-REM, TRANS-ŚMI i TRANS-PAR, kwalifikowało się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

Zamawiający wskazując w SIWZ stawkę podatku VAT, jaką należy zastosować dla spornych czynności, uprawniony był do poprawienia oferty bez uzyskiwania wyjaśnień odwołującego, co wynika z przywołanego przepisu (poprawienie omyłki bez udziału wykonawcy i niezwłoczne zawiadomienie o tym wykonawcy, którego oferta została poprawiona).

W razie wątpliwości, był również uprawniony do żądania wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, zgodnie z dyspozycją przepisu - uprawnienie nieograniczone, co do zakresu żądanych wyjaśnień, jak również nieograniczone do jednokrotności tej czynności. Jedyne ograniczenie ustawowe, to zakaz prowadzenia z wykonawcą negocjacji dotyczących

złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 artykułu, dokonywania jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Zastosowanie przepisu lub zaniechanie jego zastosowania, nie stanowi podstawy do formułowania roszczeń wykonawcy z tego tytułu.

Wyjaśnienia odwołującego z dnia 16.01.2014 r. (udzielone w określonym terminie i z zachowaniem formy wymaganej w SIWZ), zamawiający powinien ocenić z uwzględnieniem uzupełnienia przesłanego w tym dniu drogą elektroniczną, gdyż brak jest racjonalnych przesłanek całkowitego pominięcia uzupełnienia, przesłanego tą drogą, by zachować wskazany przez zamawiającego termin.

Treść wyjaśnień wskazuje na ewentualne zastosowanie praktykowanej przez odwołującego formy wykonywania tego typu usługi oraz dotychczasowe doświadczenie w stosowaniu stawki podatku VAT 8% zamiast 23%, wynikające również z indywidualnych interpretacji podatkowych, różniących się w zależności od pytającego podmiotu i treści zapytania. W przeciwieństwie do ustaleń w sprawie KIO 3/13 przywołanej przez zamawiającego, w tym przypadku wyjaśnienia złożone po ujawnieniu cen ofert, nie potwierdzają by odwołujący przez zastosowanie stawki 8% zamiast 23%, dążył w ten sposób do uzyskania zamówienia.

Okoliczności przedstawione w wyjaśnieniach odpowiadają okolicznościom wskazanym w orzecznictwie, które uzasadniają uznanie innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, z uwzględnieniem niezawężającej interpretacji tego unormowania. Nieistotność omyłki, wobec różnicy w cenie oferty z zastosowaniem właściwej stawki podatku VAT, wskazanej przez odwołującego jako kwoty 312 zł, została w istocie przyznana przez zamawiającego.

Wobec wykazania przez odwołującego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez nie zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, co w konsekwencji skutkuje naruszeniem art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 Pzp, Izba uznała, że zostały spełnione przesłanki uwzględnienia odwołania. W tej sytuacji Izba uznała za uzasadnione powtórzenie czynności badania i oceny ofert niepodlegających odrzuceniu, z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 2 i 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zasądzając na rzecz odwołującego kwotę 18 634 zł 00 gr, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu (15 000 zł), wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł) i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa (34 zł), na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

Przewodniczący: