

WYROK

z dnia 15 października 2012 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski
Magda Grabarczyk
Marek Koleśnikow**

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 października 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 października 2012 r.

przez wykonawcę: **Technika Sanitarna spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Miasta Gdyni – Zarząd Dróg i Zieleni, Gdynia**

przy udziale wykonawcy: **J..... K..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.T.H.U. JAGAN J..... K....., Rumia** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: Technikę Sanitarną sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: Technikę Sanitarną sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od odwołującego: Techniki Sanitarnej sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu na rzecz zamawiającego: Gminy Miasta Gdyni – Zarządu Dróg i Zieleni kwotę**

Sygn. akt KIO 2111/12

756 zł 60 gr (słownie: siedemset pięćdziesiąt sześć złotych sześćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony obejmujących koszty dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg i Zieleni w Gdyni (jednostka budżetowa Gminy Miasta Gdyni) – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na *usługi polegające na oczyszczaniu zimowym i pozimowym dróg na terenie miasta Gdyni w rejonie I – część CI, EI* (oznaczenie sprawy EZP.271.25.2012).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane jako obligatoryjne w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 27 lipca 2012 r. pod nr 2012/S_143-239680, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej (www.zdiz.gdynia.pl), na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 4.883.671,13 zł, co stanowi równowartość 1.214.964,46 euro.

24 września 2012 r. (pismem z tej daty) Zamawiający przekazał faksem Odwołującemu – Technice Sanitarnej sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu – informację o wyborze jako najkorzystniejszej w części 1 (rejon CI) oraz części 2 (rejon EI) oferty złożonej przez P.T.H.U. JAGAN J..... K..... z Rumi. Z treści zawiadomienia wynikało także, że w obu tych częściach zamówienia w wyniku poprawienia omyłki rachunkowej uległa zmianie cena tej oferty (część 1 – z 882.057,44 zł na 916.433,84 zł; część 2 – z 1.520.303,64 zł na 1.598.040,93 zł).

3 października 2012 r. (pismem z 2 października 2012 r.) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie przepisów ustawy pzp:

1. Art. 87 ust. 2 pkt 2 – przez nieuprawnione dokonanie przez Zamawiającego poprawienia błędu w obliczeniu ceny ofertowej, którego nie można zakwalifikować jako oczywistej omyłki rachunkowej.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 6 – przez zaniechanie odrzucenia oferty, która w związku z zamieszczonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisem sposobu wyliczenia ceny (art. 36 ust. 1 pkt 12) obarczona jest ewidentnym błędem w obliczeniu ceny ofertowej.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w obydwu zadaniach.
2. Powtórzenia czynności oceny ofert oraz odrzucenia oferty złożonej na zadania CI i EI przez P.T.H.U. JAGAN J..... K..... z Rumii.
3. Powtórzenia czynności wyboru oferty i uznania za najkorzystniejszą w obydwu zadaniach oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący nadto sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniające wniesienie odwołania.

Odwołujący podał, że w postępowaniu wyodrębnione zostały 2 zadania, przy czym Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych. W rozdziale 12 s.i.w.z. Zamawiający jednoznacznie opisał sposób wyliczenia ceny ofertowej: po pierwsze – dla każdego z zadań częściowych wykonawca miał ustalić ceny jednostkowe netto oraz wpisać je do odpowiedniego formularza cenowego; po drugie – ceny jednostkowe z formularzy cenowych należało podstawić do algorytmu, odpowiedniego dla każdego z zadań, wyliczając w ten sposób cenę netto; po trzecie – do ceny netto należało doliczyć podatek VAT według obowiązujących stawek, co miało prowadzić do uzyskania ceny brutto podlegającej ocenie. Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający nie podał w s.i.w.z. stawki podatkowej, jaką należało zastosować.

Odwołujący wskazał, że w ofercie złożonej przez Wykonawcę JAGAN zaoferowane zostały następujące ceny brutto: dla zadania CI – 882.057,44 zł, dla zadania EI – 1.520.303,64 zł. Jak zaznaczył Odwołujący, w żadnym przypadku podane ceny nie są wynikiem działań matematycznych z zastosowaniem cen jednostkowych z formularzy ofertowych oraz algorytmów ustalonych i podanych przez Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego gdyby Wykonawca zastosował się do opisanego sposobu obliczenia ceny ofertowej, to, uwzględniając zaproponowane ceny jednostkowe oraz obowiązującą stawkę 8% podatku VAT, ceny ofertowe musiałyby wynosić: dla zadania CI – 916.433, 84 zł, a dla zadania EI – 1.598.040,93 zł.

Ustawa pzp nie podaje definicji pojęcia *oczywistej omyłki rachunkowej*. Odwołujący stwierdził, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej oczywistą omyłką rachunkową jest widoczny, niezamierzony błąd rachunkowy popełniony przez wykonawcę (Odwołujący podał tu przykładowo wyrok z 21 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 20/09). Popełniona omyłka rachunkowa może zostać uznana za mającą charakter oczywisty, gdy jest widoczna na pierwszy rzut oka, bądź jest widoczna w trakcie sprawdzania poprawności wyliczeń, została stwierdzona samodzielnie przez zamawiającego, jest bezsporna i możliwa do poprawienia bez konieczności odwoływania się do innych

Sygn. akt KIO 2111/12

dokumentów postępowania lub uzyskiwania wyjaśnień wykonawcy (Odwołujący powołał się na następujące wyroki: z 23 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 62/09; z 12 lutego 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 133/09; z 31 marca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 327/09, KIO/UZP 341/09).

W ocenie Odwołującego w przypadku Wykonawcy JAGAN nie może być mowy o zaistnieniu oczywistej omyłki rachunkowej, ponieważ z treści oferty nie wynika jednoznacznie, w którym miejscu omyłka ta została popełniona. Po pierwsze – Wykonawca mógł nie zastosować się do wskazań Zamawiającego i wyliczyć cenę ofertową bez stosowania wymaganego algorytmu. Po wtóre – nie można także wykluczyć, że do wyliczenia ceny ofertowej Wykonawca zastosował inną niż obowiązująca stawkę VAT. Poprawienie omyłki przez Zamawiającego, dla której to czynności konieczne było uprzednie uzyskanie wyjaśnień Wykonawcy, zdaniem Odwołującego przesądza o braku cechy oczywistości omyłki, co skutkuje brakiem możliwości jej poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 2 pzp i obowiązkiem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 12 pzp s.i.w.z. musi zawierać co najmniej opis sposobu obliczenia ceny. Zdaniem Odwołującego przepis ten jest kluczowy dla ustalenia właściwego znaczenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp, *nie tylko ze względu na możliwe rzeczowe i celowościowe powiązanie zakresów ich normowania, ale także w związku z tożsamością użytych w nich wyrażen językowych*. Przepisy te łączą zarówno pojęcie *obliczenie*, jak też *cena*, ale również identyczne i występujące jedynie w tych miejscach ustawy pzp frazeologiczne powiązanie tych dwóch pojęć, czyli *obliczenie ceny*. W świetle powyższego treści s.i.w.z. należy przypisać możliwość określeniażądanego sposobu obliczenia ceny, względem którego należy następnie oceniać prawidłowość cen ofertowych i na podstawie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp odrzucać oferty zawierające błędy w obliczeniu ceny.

Opis sposobu obliczenia ceny to nic innego jak wskazanie przez zamawiającego w s.i.w.z. sposobu, algorytmu (ciągu określonych czynności), zgodnie z którym wykonawca obowiązany jest postępować, aby na końcu otrzymać cenę oferty. W sytuacji, gdy wykonawca obliczając cenę swojej oferty nie zastosował się do sposobu obliczenia ceny opisanego w s.i.w.z. i otrzymał cenę ofertową inną niż w przypadku postępowania zgodnie z instrukcjami zamawiającego, mamy do czynienia z ewidentnym błędem w wyliczeniu ceny skutkującym koniecznością odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp. (Odwołujący powołał się tu na wyroki Izby: z 4 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 2746/10 oraz z 28 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 95/11).

W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonał poprawienia ceny ofertowej

bezpodstawnie uznając, że mamy do czynienia z oczywistą omyłką rachunkową. Tymczasem wystąpił ewidentny błąd w obliczeniu ceny, którego, po pierwsze – nie dało się stwierdzić na pierwszy rzut oka, a po wtóre – nie dało się poprawić samodzielnie przez Zamawiającego, bez konieczności odwoływania się do innych dokumentów postępowania lub uzyskiwania wyjaśnień wykonawcy. Zamawiający najpierw zwrócił się do Wykonawcy JAGAN z pytaniem o rodzaj zastosowanej stawki podatku VAT, a następnie, po uzyskaniu tej informacji, dokonał poprawienia ceny, wyliczając ją według cen jednostkowych podanych w formularzach cenowych, z zastosowaniem narzuconego algorytmu. Zdaniem Odwołującego było to nieuprawnione, ponieważ nie można wykluczyć, że Wykonawca JAGAN zastosował nieprawidłową stawkę podatku VAT.

Jak dalej wywiódł Odwołujący, obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie oceny ofert, w tym m.in. pod względem prawidłowości przyjętych przez wykonawców przy obliczeniu ceny stawek VAT. Wynika to z dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt. 6 pzp, który nakazuje zamawiającemu odrzucenie ofert zawierających błąd w obliczeniu ceny, za który uznać należy przyjęcie niewłaściwej stawki VAT. Stanowisko to potwierdził Sąd Najwyższy w dwóch uchwałach z dnia 20 października 2011 r. w sprawach o sygn. akt III CZP 52/11 i III CZP 53/11. Sąd Najwyższy – po rozpoznaniu zapytania Sądu Okręgowego w Koninie, czy określenie w treści oferty wykonawcy błędnej stawki podatku VAT oraz obliczenie w oparciu o tę stawkę, podatku VAT, jako składnika ceny brutto, stanowi błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w przepisie art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy pzp i jest podstawą do odrzucenia oferty – udzielił pozytywnej odpowiedzi na to pytanie. Tym samym Sąd Najwyższy potwierdził, że zamawiający ma uprawnienie do weryfikacji zaoferowanej ceny pod kątem ustalenia, czy nie zawiera ona błędu w obliczeniu ceny w zakresie określenia właściwej stawki VAT.

Według Odwołującego obowiązek taki aktualizuje się również na gruncie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Pomimo braku wymogu wskazania przyjętej przez wykonawcę stawki VAT w formularzu ofertowym, obowiązek badania oferty pod kątem ewentualnego błędu w obliczeniu ceny jest możliwy do dochowania na podstawie: wskazanych przez wykonawców w formularzach cenowych cen jednostkowych netto, określonego przez Zamawiającego algorytmu do wyliczenia ceny brutto oraz wyliczonych przez wykonawców cen brutto zamieszczonych w formularzu ofertowym. Z informacji zawartych w ofercie Zamawiający miał możliwość zweryfikowania ceny ofertowej pod kątem zastosowanej do jej wyliczenia stawki podatku VAT. Zdaniem Odwołującego, jeżeli w jej wyniku okazałoby się, że wykonawca zastosował niewłaściwą, nawet nieistniejącą w rzeczywistości stawkę podatku VAT, to ten fakt przesądza o zaistnieniu błędu w obliczeniu

ceny, skutkującym obowiązkiem Zamawiającego odrzucenia takiej oferty. Odwołujący stwierdził, że analizując zaoferowane przez Wykonawcę JAGAN ceny ofertowe pod kątem zastosowanej stawki podatku VAT, nie można wykluczyć, że zastosował on do wyliczenia ceny brutto podatek VAT: w zadaniu CI – wg stawki 4%, a w zadaniu EI – wg stawki 3%. Takie fakty wynikają z cen podanych w ofercie, a udzielone w tym zakresie odpowiedzi Wykonawcy JAGAN na pytania dotyczące zastosowanych stawek, zadane przez Zamawiającego, są niewiarygodne. W ocenie Odwołującego rzeczą naturalną jest, że Wykonawca popełniwszy błąd co do zastosowanego VAT-u, będzie bronił swojej oferty, udzielając wyjaśnień mogących uratować jego obciążoną błędem ofertę.

12 października 2012 r. Zamawiający przesłał faksem odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

Zamawiający ocenił, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu wypełnili formularz oferty zgodnie z jego wymaganiami, to jest bez podania informacji o przyjętej dla obliczenia kwoty podatku VAT i wysokości stawki podatkowej. Stawka podatku VAT nie została w żaden sposób określona i narzucona w postanowieniach s.i.w.z. jako wiążąca dla wykonawców. Jednocześnie Zamawiający podniósł, że ponieważ przedmiotem oceny i porównania złożonych ofert jest cena brutto, było dla niego istotne, czy wykonawca, biorąc pod uwagę obowiązujące przepisy prawa, w sposób właściwy dokonał obliczenia ceny ofertowej, w tym zastosował prawidłową stawkę podatku VAT. Zamawiający powołał się również na to, że Sąd Najwyższy w uchwale z 20 października 2011 r. (sygn. akt III CZP 52/11) potwierdził, że z art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp wynika uprawnienie do badania, czy złożona oferta nie zawiera błędu w obliczeniu ceny polegającego na uwzględnieniu nieprawidłowej stawki podatku VAT. Zdaniem Zamawiającego, pomimo braku wymogu wskazania przyjętej przez wykonawcę stawki podatku VAT w formularzu ofertowym, badanie ofert pod kątem ewentualnego błędu w obliczeniu ceny było możliwe przez wezwanie wykonawców w trybie art. 87 ust. 1 pzp o do wyjaśnienia jaką stawkę zastosowali. Przy czym najpierw konieczne było ustalenie, jaką stawkę podatku VAT należało przyjąć dla kalkulacji ceny brutto oferty, aby następnie sprawdzić, czy podane przez wykonawców wartości brutto zostały obliczone prawidłowo. Punktem wyjścia dla ustalenia właściwej według Zamawiającego stawki podatku VAT był opis przedmiotu zamówienia, obejmujący swoim zakresem utrzymanie zimowe i sprzątnięcie pozimowe nawierzchni jezdni ulic, w szczególności oczyszczanie ze śniegu, lodu, błota oraz piasku i innych zanieczyszczeń. W ocenie Zamawiającego na gruncie przepisów podatkowych jest to zbiór usług opodatkowanych 8% stawką podatku VAT. Zamawiający dla potwierdzenia swojego stanowiska odnośnie stawki podatku VAT 12 i 17

Sygn. akt KIO 2111/12

września 2012 r. skierował do wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu wezwanie do wyjaśnienia treści złożonej oferty w zakresie zastosowanej stawki podatku VAT. Według Zamawiającego w ten sposób sprawdził oferty wykonawców i potwierdził zastosowanie przez nich właściwej stawki podatku VAT, tj. 8%.

W toku badania ofert Zamawiający stwierdził, że Wykonawca JAGAN popełnił błąd w obliczeniach wartości brutto, który został potraktowany jako oczywista omyłka, gdyż wpisana w ofercie kwota nie odpowiadała prawidłowej cenie brutto. Błąd nie musi być błędem *rzucającym się w oczy*, ale musi być zauważalny podczas sprawdzania obliczeń (Zamawiający powołał się w tym miejscu na wyrok Izby w sprawie o sygn. akt KIO 327/09). Z utrwalonego orzecznictwa Izby wynika, że oczywistą omyłką rachunkową jest widoczny, niezamierzony błąd rachunkowy popełniony przez wykonawcę, który polega na uzyskaniu wyniku działania arytmetycznego (tu Zamawiający powołał się na wyroki Izby w sprawach o sygn. akt: KIO/UZP 20/09 oraz KIO/UZP 133/09). Doktryna i orzecznictwo podkreśla, że jest to omyłka w przeprowadzaniu działań na liczbach, polegająca w szczególności na uzyskaniu błędnego wyniku jednego z działań matematycznych, takich jak: mnożenie, dzielenie, dodawanie czy odejmowanie, w stosunku do prawidłowo przeprowadzonego działania na podstawie właściwych danych. Zdaniem Zamawiającego oczywiste było jaka kwota odpowiadała prawidłowej cenie brutto, gdyż był to wynik prostego działania matematycznego. Z treści oferty JAGAN nie wynikało, w którym miejscu została popełniona omyłka, jednak dla Zamawiającego było *oczywiste, że błąd może tkwić w którymś ze składników wyliczenia ceny brutto (wystąpiła omyłka w sumowaniu lub mnożeniu wyliczenia ceny brutto)*. W ocenie Zamawiającego uprawniało go to do poprawienia tej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 pzp, przez wpisanie prawidłowej kwoty odpowiadającej rzeczywistemu wyliczeniu ceny brutto z cen jednostkowych formularza cenowego przy zastosowaniu wzoru określonego w rozdziale 12 s.i.w.z. Zamawiający podkreślił, że *nie dokonywał jakichkolwiek poprawek w cenach jednostkowych, składnikach, czy też w czynnikach mnożenia*, a poprawił jedynie błędnie wpisane wyniki działań arytmetycznych. Zamawiający podniósł, że z art. 87 ust. 1 pkt 2 pzp wynika, że jest zobowiązany do sprawdzenia obliczeń i poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych, a także uwzględnienia konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Zamawiający wskazał również, że ustawodawca uchylając dawny art. 88 ustawy pzp zrezygnował z określenia zamkniętego katalogu zmian w treści oferty w wyniku poprawienia omyłek, uznając, że dopuszczalność zastosowania wprowadzonego w to miejsce art. 87 ust. 2 pzp należy oceniać z uwzględnieniem konkretnych okoliczności danej sprawy.

Zamawiający powołał się na ugruntowane jego zdaniem w orzecznictwie stanowisko,

że błąd w obliczeniu ceny polega na przyjęciu nieprawidłowych danych do jej obliczenia, np. wynikający z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego, w szczególności, gdy cena została skalkulowana w sposób nieuwzględniający cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu i warunków realizacji. Z kolei w doktrynie wskazuje się tu na zastosowanie niewłaściwych jednostek miar, niewłaściwych ilości lub zakresu czynności, czy też zastosowanie niewłaściwej stawki podatku VAT. W ocenie Zamawiającego Wykonawca JAGAN przyjął podstawę wyceny zamówienia, która odpowiada opisowi przedmiotu zamówienia, a ponadto zamierzał wykonać świadczenie za ceny jednostkowe wskazane w formularzu cenowym. Ponieważ z uzyskanych wyjaśnień wynikało, że Wykonawca zastosował prawidłową stawkę podatku VAT, a Zamawiający nie żądał jej podania w formularzu ofertowym, to błędnie wyliczoną cenę oferty z prawidłową stawką VAT należało potraktować jako oczywistą omyłkę rachunkową.

Zamawiający podniósł, że błędne wyliczenie kwoty podatku VAT może być wynikiem zarówno omyłki rachunkowej, jak i wynikiem błędu w obliczeniu ceny. W tym ostatnim przypadku chodzi o sytuację, w której przy obliczeniu ceny oferty wykonawca zastosował niewłaściwą stawkę VAT (np. zamiast stawki 8% zastosował stawkę 23%). Natomiast jeżeli pomimo zastosowania prawidłowej stawki VAT (np. 8%), nieprawidłowo został obliczony wynik działania arytmetycznego (iloczyn ceny netto i stawki podatku VAT), to jest to omyłka rachunkowa. W takim przypadku brak jest podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp. Zdaniem Zamawiającego z art. 87 ust. 2 pkt 2 pzp nie wynika, że poprawienia omyłek rachunkowych nie może dotyczyć obliczenia kwoty podatku VAT. Zamawiający podsumował, że nie było dowodów wskazujących na to, że Wykonawca JAGAN popełnił błąd w obliczeniu ceny.

2 października 2012 r. Zamawiający przekazał kopię odwołania pozostałym wykonawcom. 5 października 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez P.T.H.U JAGAN J..... K..... z Rumii.

Przy braku zgłoszenia opozycji przez Strony oraz wobec dokonania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie stwierdziła podstaw do niedopuszczenia tego wykonawcy do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego w charakterze uczestnika tego postępowania (przystępującego).

W zgłoszeniu przystąpienia Przystępujący odniósł się między innymi w następujący

sposób do zarzutów odwołania:

Zdaniem Przystępującego Odwołujący błędnie i zawężająco interpretuje okoliczności, w jakich zamawiający może zastosować instytucję poprawy oczywistej omyłki rachunkowej na zasadach określonych w art. 87 ust. 2 pkt 2 pzp. W szczególności Zamawiający może tego dokonać nie tylko w sytuacji, gdy omyłka jest widoczna na pierwszy rzut oka. Zgodnie z orzeczeniem Krajowej Izby odwoławczej z 1 września 2011 r. (sygn. akt KIO 1787/11): *W odróżnieniu od oczywistej omyłki pisarskiej, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1) p.z.p. omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty, nie tylko wtedy, gdy jest widoczna na pierwszy rzut oka. Tę cechę można przypisać wytycznie omyłkom dotyczącym prostych działań na małych liczbach. Dla uznania, że omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty, wystarczający jest fakt jej ustalenia podczas sprawdzania obliczeń zgodnie z podanym przez zamawiającego sposobem obliczenia ceny oferty oraz możliwość jej jednoznacznego stwierdzenia.* W uzasadnieniu orzeczenia Izba wyraźnie wskazała, iż błędne jest przyjmowanie zawężonej wykładni określającej, co należy traktować jako oczywistą omyłkę rachunkową. Zdaniem Izby takie rozumienie tego pojęcia byłoby zaprzeczeniem idei leżącej u podstaw uchylecia dawnego art. 88 pzp i zastąpienia nowym brzmieniem art. 87 ust. 2 pzp, gdyż chodziło o możliwość szerszego, a nie węższego zastosowania instytucji oczywistej omyłki rachunkowej. Przystępujący powołał się także na podobne stanowisko zaprezentowane przez Izbę we wcześniejszym orzeczeniu z 28 września 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1978/10): *Pod pojęciem omyłki rachunkowej należy rozumieć błąd w zakresie wszystkich działań matematycznych, zwłaszcza arytmetycznych. Omyłka rachunkowa polega na uzyskaniu błędnego wyniku obliczeń. W odróżnieniu od oczywistej omyłki pisarskiej, o której mową w art. 87 ust. 2 pkt 1) p.z.p. – omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty, nie tylko wtedy, gdy jest widoczna na pierwszy rzut oka. Tę cechę można przypisać wyłącznie omyłkom dotyczącym prostych działań na małych liczbach.(...) Dla uznania, że omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty, wystarczający jest fakt jej ustalenia podczas sprawdzania obliczeń zgodnie z podanym przez zamawiającego sposobem obliczenia ceny oferty oraz możliwość jej jednoznacznego stwierdzenia.* Wreszcie Przystępujący przywołał orzeczenie z 16 sierpnia 2010 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1555/10 i KIO/UZP 1564/10): *Oczywisty charakter omyłki ma nie, tylko taka omyłka, której identyfikacja możliwa jest bez dokonywania jakichkolwiek dodatkowych ustaleń, jak i taka omyłka, której identyfikacja wynika z zastosowania zasad matematyki i logiki.*

Z powyższego Przystępujący wysnuł, wbrew twierdzeniom Odwołującego, że poprawienie omyłek rachunkowych może mieć miejsce nie tylko w sytuacji, gdy omyłka jest oczywista i widoczna na pierwszy rzut oka. Zgodnie z aksjologicznym rozumieniem

zmian wprowadzonych w pzp ustawodawca rozszerzył katalog sytuacji uprawniających Zamawiającego do poprawienia omyłki rachunkowej na zasadach określonych w dawnym art. 88 pzp o inne sytuacje, wprost w nim nie wymienione. Co więcej, nie jest zasadne twierdzenie, że oczywistość omyłki musi wynikać wyłącznie z oferty, tj. zamawiający może poprawić omyłki wyłącznie w sytuacji, gdy wszystkie dane do ich poprawienia zawarte są wprost w ofercie. Zamawiający ma obowiązek oceniać stan sprawy na podstawie całokształtu okoliczności. Przystępujący odwołał się do wyroku z 24 września 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1940/10): *„Oczywistość” omyłki winna być możliwa do ustalenia na podstawie oferty, ewentualnie (w ograniczonym zakresie) może pochodzić z wyjaśnień, które zamawiający może uzyskać od wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 p.z.p.* Przystępujący jednocześnie stwierdził, że w niniejszym postępowaniu zaszła konieczność wyjaśnienia, jak to określił, *kluczowych elementów* jego oferty w drodze wyjaśnień.

Przystępujący podał, że Zamawiający nie wymagał podania wyodrębnionej ceny netto oferty oraz podatku VAT naliczonego na jej podstawie. W efekcie cena ofertowa na poszczególne części zadania podana w ofercie nie została rozbita na wartość netto i podatek VAT. Według Przystępującego zastosowany przez Zamawiającego sposób określenia ceny w ofercie powoduje, że każdy przypadek rozbieżności pomiędzy ceną ofertową brutto a wartościami ustalonymi na podstawie obliczeń z użyciem algorytmu wskazanego przez Zamawiającego i cen jednostkowych netto – wymaga uzyskania informacji na temat zastosowanej stawki podatku VAT, co możliwe jest wyłącznie przy zastosowaniu instytucji wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 pzp. Zdaniem Przystępującego odmienne rozumowanie prowadziłoby w przedmiotowym postępowaniu do sytuacji, w której każda rozbieżność ceny ofertowej brutto z ceną uzyskaną na podstawie obliczenia cen jednostkowych netto i podatku VAT, mogłaby zostać poczytana jako zastosowanie błędnej stawki podatku od towarów i usług. Zamawiający nie mógłby obiektywnie sprawdzić, czy rozbieżność spowodowana jest oczywistą omyłką rachunkową czy błędem w obliczeniu ceny. Z uwagi na brak podstawowych danych niezbędnych do poprawienia oferty niezbędne było wezwanie Przystępującego do wyjaśnień w zakresie zastosowanej stawki VAT.

Przystępujący oświadczył, że *powodem powstania rozbieżności pomiędzy ceną brutto oferty i ceną uzyskaną wskutek poprawienia przez Zamawiającego, były błędne działania arytmetyczne na cenach jednostkowych netto.* Przystępujący oświadczył jednocześnie, że *cena ofertowa brutto wskazana w formularzu oferty Przystępującego została określona przy zastosowaniu 8% stawki podatku od towarów i usług (VAT).* Zdaniem Przystępującego za nieudowodnione należy uznać sugestie Odwołującego, jakoby Przystępujący zastosował stawki podatkowe w wysokości 3% i 4%.

Zdaniem Przystępującego ustawodawca pozostawia wyborowi Zamawiającego, czy skorzysta z możliwości wyjaśnienia treści oferty wykonawcy, czy pominię ten sposób uzyskania informacji. Jednakże z orzecznictwa wynika, że w przypadku wątpliwości co do treści oferty mogących skutkować jej odrzuceniem zamawiający obowiązany jest wezwać wykonawcę do wyjaśnień (Przystępujący przywołał tu wyroki Izby: z 27 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1248/12 oraz z 1 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1027/12) *Jednocześnie wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę w wyniku wezwania zamawiającego nie mogą być pominięte. Stanowią one oświadczenie wykonawcy, którym jest on związany na równi ze złożoną ofertą* (wyrok Izby z 24 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1096/10). Zdaniem Przystępującego oznacza to, że Zamawiający obowiązany był uwzględnić oświadczenie z 13 września 2012 r., w którym Przystępujący poświadczył, że dla kalkulacji cepy ofertowej zastosował stawkę podatku VAT w wysokości 8%.

Odrębnie Przystępujący podniósł argumentację na wypadek, gdyby jego stanowisko w zakresie zakwalifikowania popełnionych omyłek jako oczywistych rachunkowych nie zostało zaaprobowane przez Izbę. Zdaniem Przystępującego omyłki w jego ofercie alternatywnie można zaliczyć do innych omyłek polegających na niezgodności oferty z s.i.w.z., niepowodujących istotnej zmiany treści oferty, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, oraz uznać, że Zamawiający mógł dokonać ich poprawienia w trybie tego przepisu.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte odwołaniu, zgłoszeniu przystąpienia, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść

szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę z drugą w kolejności ceną, która stanowi jedyne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący w chwili wnoszenia odwołania miał zatem realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia wobec podniesienia zarzutów przeciwko zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego. Jednocześnie zaniechanie tej czynności przez Zamawiającego naraża Odwołującego na szkodę z powodu niezyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., oferty Przystępującego, a także pism Zamawiającego i wykonawców kierowanych w toku badania ofert.

Izba ustaliła, co następuje:

W rozdziale 12 s.i.w.z. Zamawiający zawarł opis sposobu obliczenia ceny oferty, która podlegała wpisaniu w formularzu oferty odrębnie dla każdej z części zamówienia. Należało ją wyliczyć w oparciu o ceny jednostkowe netto za wyszczególnionych 5 czynności składających się na przedmiot zamówienia (*sprzątanie pozimowe; dobowe utrzymanie 1 km drogi: – w warunkach pozazimowych, – zimy lekkiej, – średniej, – zimy ciężkiej i bardzo ciężkiej*). Te ostatnie miały zostać przez wykonawcę wpisane do formularza cenowego stanowiącego załącznik do formularza oferty. Ceny jednostkowe netto należało podstawić do podanych odrębnie dla obu części zamówienia szczegółowych matematycznych wzorów obliczenia wartości netto oferty za rok świadczenia usług. Wielkość wszystkich pozostałych parametrów została określona przez Zamawiającego. Następnie Zamawiający podał wzór obliczenia wartości brutto oferty, zgodnie z którym miała to być trzykrotność rocznej wartości netto + *należny podatek VAT*. Zamawiający wymagał, aby cena oferty obejmowała całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia oraz wszelkie koszty towarzyszące, konieczne do poniesienia przez wykonawcę z tytułu wykonania przedmiotu zamówienia, i uwzględniała wszystkie czynności związane z prawidłową, terminową realizacją przedmiotu zamówienia, a także należny podatek VAT, zgodnie z obowiązującymi przepisami. W formularzu tym Zamawiający nie wymagał podania w formularzu ofertowym wyodrębnionej ceny oferty netto, jak i podatku VAT naliczonego na jej podstawie.

Zamawiający dwukrotnie w toku badania ofert w ten sam sposób poprawił stwierdzone w ofercie Przystępującego omyłki rachunkowe. Po raz pierwszy nastąpiło to 29

sierpnia 2012 r. 5 września 2012 r. Odwołujący poinformował Zamawiającego, że w obliczeniu ceny oferty Przystępującego są błędy niepodlegające poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 pzp. Zamawiający 12 września 2012 r. unieważnił pierwszą czynność i wezwał Przystępującego do wyjaśnienia jaką zastosował stawkę podatku VAT dla każdej z części zamówienia. Następnie Zamawiający skierował 17 września 2012 r. analogiczne wezwanie do pozostałych wykonawców. Wszyscy wykonawcy oświadczyli, że zastosowali stawkę w wysokości 8%. Odwołujący, oprócz udzielenia takich wyjaśnień, w pismach z 18 i 21 września 2012 r. ponownie poinformował o swoim stanowisku odnośnie zaistnienia w ofercie Przystępującego błędu w obliczeniu ceny, który powoduje konieczność odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów objętych odwołaniem i podlegających rozpatrzeniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie brała pod uwagę alternatywnej argumentacji Przystępującego, który z ostrożności wskazywał na możliwość zakwalifikowania omyłek w jego ofercie jako podlegających poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Po pierwsze – z art. 185 ust. 5 pzp wynika, że stanowisko Przystępującego nie może pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami Zamawiającego, który dokonał czynności z art. 87 ust. 2 pkt 2 pzp, a w postępowaniu odwoławczym podtrzymał, że było to działanie prawidłowe. Z tego względu Izba nie wzięła również pod uwagę również innych twierdzeń Przystępującego, które pozostawały w sprzeczności ze stanowiskiem Zamawiającego. Po drugie – zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Tymczasem Odwołujący wniósł odwołanie od dokonania przez Zamawiającego czynności poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 pzp, nie podnosząc alternatywnego zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Izba rozstrzygnęła, że Zamawiający nie naruszył art. 87 ust. 2 pkt 2 pzp przez poprawienie na podstawie tego przepisu stwierdzonej w ofercie Przystępującego omyłki rachunkowej. Zostały spełnione przesłanki umożliwiające zastosowanie tego trybu poprawiania oferty: po pierwsze – rachunkowe sprawdzenie poprawności wyliczenia ceny oferty umożliwiło wykrycie zaistnienia omyłki, po drugie – na podstawie dostępnych informacji wiadomo było w jaki sposób należy prawidłowo obliczyć cenę oferty. Dla każdego z uczestników postępowania odwoławczego było oczywiste, że wpisane w formularzu oferty Przystępującego ceny brutto dla obu zadań nie stanowią prawidłowego wyniku obliczenia wyprowadzonego z cen jednostkowych netto wpisanych w formularzach cenowych. Jednocześnie, choć ani Zamawiający w s.i.w.z., ani Przystępujący w ofercie nie wskazali

stawki VAT, *de facto* nie było żadnych wątpliwości, że dla przedmiotu zamówienia wynosi ona 8%. Żadna inna stawka nie była brana pod uwagę przez któregokolwiek z wykonawców, o czym świadczy treść złożonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień. Wskazanie takiej stawki przez pozostałych wykonawców stanowiło jedynie dodatkową weryfikację prawidłowości obliczenia ceny oferty. Natomiast wyjaśnienia udzielone przez Przystępującego potwierdziły fakt błędnego obliczenia przez niego ceny oferty w obu zadaniach. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że w tych okolicznościach Zamawiający winien odrzucić ofertę Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp jako zawierającą *ewidentny*, nieusuwalny błąd w obliczeniu ceny oferty. W szczególności nie był to błąd polegający na zastosowaniu przez Przystępującego nieprawidłowej stawki VAT, w tym tzw. stawki nieistniejącej. Odwołujący sam obliczył w odwołaniu, że z wpisanych przez Przystępującego w formularzu oferty i formularzach cenowych kwot wynika stawka 4% dla jednego zadania i stawka 3% dla drugiego zadania. Jednocześnie Odwołujący nie ma jednak wątpliwości, że oba zadania dotyczą takich samych usług, które mają być świadczone w różnych dzielnicach miasta (wynika to wprost z opisu przedmiotu zamówienia). Tym samym brak jest nie tylko dowodów ale i jakichkolwiek racjonalnych przesłanek potwierdzających, że z treści oferty Przystępującego wynikała jego wola przyjęcia dla usług objętych przedmiotem zamówienia innej niż obowiązująca stawka podatku VAT w wysokości 8%. Wręcz przeciwnie, wyliczenie wskazujące, że dla każdego z zadań wychodzą dwie różne i nieznane obowiązującym przepisom podatkowym stawki, ewidentnie świadczy o popełnieniu przez Przystępującego omyłki rachunkowej przy dokonywaniu obliczenia ceny oferty. Izba zważyła, że to na Odwołującym ciążył ciężar udowodnienia twierdzenia, że Przystępujący obliczył cenę oferty z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT. Tymczasem sam Odwołujący nie jest tego pewny, gdyż alternatywnie podnosi w odwołaniu, że błąd mógł polegać na niezastosowaniu przy obliczaniu ceny wynikającego z s.i.w.z. algorytmu. W tych okolicznościach nie sposób przypisać Przystępującemu błędu w obliczeniu ceny polegającego na nieprawidłowym zastosowaniu jednej spośród istniejących stawek na skutek błędnej interpretacji przepisów podatkowych określających ich wysokość. Brak zatem podstaw do stwierdzenia zaistnienia błędu w obliczeniu ceny skutkującego koniecznością odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 2 pkt 3 pzp, który był przedmiotem analizy Sądu Najwyższego w przywołanej przez Odwołującego uchwale.

W ocenie Izby cena oferty w obu zadaniach mogła zostać poprawiona wyłącznie w sposób przyjęty przez Zamawiającego, to jest przez uznanie za prawidłowe cen jednostkowych netto i podstawienie ich do wzoru określonego w s.i.w.z. oraz przyjęcie do obliczeń niespornej dla przedmiotu zamówienia 8% stawki podatku VAT. Również w treści

odwołania taki właśnie sposób obliczenia ceny oferty Przystępującego został przedstawiony jako jedyny prawidłowy. Natomiast wbrew nowym twierdzeniom Odwołującego na rozprawie (podniesionym uprzednio w piśmie z 18 września 2012 r. skierowanym do Zamawiającego), nie było żadnych podstaw do brania pod uwagę możliwości uznania za prawidłową ceny oferty wskazanej dla obu zadań, co powodowałoby konieczność odpowiedniego przeliczenia (obniżenia) poszczególnych cen jednostkowych netto. Przeczy temu trafnie podniesiona w odwołaniu okoliczność opisaną przez Zamawiającego w s.i.w.z. obowiązującego sposobu obliczenia ceny oferty. Jak to również podkreślono w odwołaniu, został w ten sposób określony algorytm (kolejność działań), zgodnie z którym punktem wyjścia dla dalszych obliczeń są ustalone przez wykonawcę ceny jednostkowe netto. Niezależnie od tego w rozdziale 12 s.i.w.z. Zamawiający podkreślił kluczowe znaczenie tych cen, gdyż według nich na etapie realizacji umowy będzie następowało rozliczenie faktycznie wykonanych usług. Wynika z tego, że to ceny jednostkowe netto należało ustalić na takim poziomie, aby po uwzględnieniu podanych we wzorze współczynników odzwierciedlających przewidywany przez Zamawiającego zakres ilościowy przedmiotu zamówienia (liczba dni wymagających świadczenia prac danego rodzaju, długość dróg podlegających usługom, przewidywany wzrost oczyszczanej powierzchni), zawierały w sobie koszt realizacji zamówienia o takiej skali. Oznacza to, że w niniejszej sprawie bezprzedmiotowe jest wywodzenie przez Odwołującego możliwości popełnienia przez Przystępującego błędu w obliczeniu ceny, który miałby polegać na niezastosowaniu algorytmu określonego przez Zamawiającego. Odwołujący nieadekwatnie powołuje się tu na wyciągnięte z kontekstu ogólne tezy z uzasadnień wyroków Izby z 4 stycznia 2011 r. (sygn. akt KIO 2764/10) i z 28 stycznia 2011 r. (sygn. akt KIO 95/11). W niniejszej sprawie istotne jest to, że prawidłowe określenie przez Przystępującego cen jednostkowych netto jest wystarczające dla samodzielnego obliczenia przez Zamawiającego poprawnej wartości netto oferty według wzoru, gdyż wszystkie pozostałe wielkości z tego wzoru wprost wynikają z s.i.w.z.

Podsumowując: skoro znane były ceny jednostkowe netto, a stawka podatku VAT jest jedna i niesporna, to Zamawiający miał wszystkie niezbędne dane aby samodzielnie obliczyć cenę oferty i zgodnie z uzyskanym rezultatem poprawić oczywiste omyłki rachunkowe popełnione przez Przystępującego w obu częściach zamówienia. Odwołujący bezpodstawnie usiłuje doprowadzić do uniemożliwienia Zamawiającemu wyboru oferty, która po poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych jest najkorzystniejsza. Izba podziela pogląd, że aktualnie obowiązujący przepis art. 87 ust. 2 pkt 2 pzp dopuszcza możliwość poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych w szerokim zakresie, gdyż nie wyznacza zamkniętego katalogu ani co do ich rodzaju, ani co do sposobu ich poprawienia.

Sygn. akt KIO 2111/12

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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) – obciążając Odwołującego tymi kosztami, do których zaliczono uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego z tytułu kosztów dojazdu na posiedzenie w wysokości wynikającej ze złożonego na rozprawie rachunku.

Przewodniczący:

.....

.....