

Sygn. akt: KIO/UZP 1685/09

WYROK
z dnia 15 stycznia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Małgorzata Stręciwiłk**

Członkowie: **Klaudia Szczytowska – Maziarz**

Ryszard Tetzlaff

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Tomasza Górę, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Dekarski Tomasz Góra, ul. Wierzbowa 6, 63-630 Rychtal** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Rychtal, Urząd Gminy, ul. Rynek 1, 63-630 Rychtal**, protestu z dnia 20 października 2009 r.

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,**
2. **kosztami postępowania obciąża Gmina Rychtal, Urząd Gminy, ul. Rynek 1, 63-630 Rychtal i nakazuje:**
 - 1) **zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez Gmina Rychtal, Urząd Gminy, ul. Rynek 1, 63-630 Rychtal;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Gmina Rychtal, Urząd Gminy, ul. Rynek 1, 63-630 Rychtal** na rzecz **Tomasza Góry, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Dekarski Tomasz Góra, ul. Wierzbowa 6, 63-630 Rychtal** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zwrotu kosztów postępowania odwoławczego zaliczonych z kwoty wpisu oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **5 556 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Gmina Rychtal, Urząd Gminy, ul. Rynek 1, 63-630 Rychtal**.

U z a s a d n i e n i e

Tomasza Góra, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Dekarski Tomasz Góra w Rychtalu, (dalej „Odwołujący”), złożył protest i odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: „*Remont dachu w budynku Gimnazjum w Rychtalu*”, prowadzonym na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), (dalej: „*ustawa Pzp*”) przez Gminę Rychtal (dalej: „*Zamawiający*”). Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 11 sierpnia 2009 r. (nr ogłoszenia: 274420).

W dniu 15 października 2009 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez Zakład Ogólnobudowlany w Kępnie oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp z powodu błędnie obliczonego VAT-u.

Na tę czynność Zamawiającego Odwołujący w piśmie z dnia 20 październik 2009 r. z datą wpływu do Zamawiającego 21 października 2009 r., złożył protest. W proteście tym wskazał na naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 6 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu złożonego protestu wskazał, że w treści swojej oferty zastosował prawidłową stawkę podatku VAT (22%), a jedynie błędnie - o 2 grosze - wyliczył kwotę

podatku VAT, co było skutkiem zaokrąglania przez program kosztorysujący i jest wynikiem omyłki rachunkowej. Wskazuje, że takiej nieprawidłowości nie należy traktować w kategoriach błędu w obliczeniu ceny, a jedynie w kategoriach omyłki rachunkowej, której zaistnienie nie skutkuje odrzuceniem oferty, a jedynie koniecznością jej poprawienia w treści oferty. Podkreślił, że katalog omyłek rachunkowych nie jest zamknięty i mieści się w nim sytuacja błędnego obliczenia kwoty VAT. Powyższe wypełnia dyspozycja przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Powołał się w tym zakresie na orzecznictwo KIO, sądów okręgowych oraz stanowisko UZP.

Podnosząc zarzuty i wskazując na powyższą argumentację protestu Odwołujący zażądał:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty;
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu;
- 4) dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Odwołującego.

Protest został przez Zamawiającego literalnie odrzucony, ale *de facto* oddalony po merytorycznym rozpatrzeniu zarzutów z protestu, pismem z dnia 29 października 2009 r., doręczonym Odwołującemu w tej samej dacie.

W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający podniósł, że w ofercie Odwołującego zaoferowano wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę netto: 56 518,02 zł, od której to kwoty Odwołujący wyliczył podatek VAT w wysokości: 12 433,98 zł, ustalając tym samym cenę brutto na kwotę: 68 952,00 zł. Tymczasem Zamawiający sprawdzając ważność przedmiotowej oferty ustalił, że Odwołujący podał błędną wartość podatku VAT (powinno być: 12 433,96 zł), a tym samym błędną wartość brutto oferty (powinno być: 68 951,98 zł).

Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem, iż w ofercie Odwołującego popełniono omyłkę rachunkową. Jego zdaniem poprawienie oczywistych omyłek rachunkowych związanych z obliczeniem podatku VAT mogłoby nastąpić, jeżeli byłyby one konsekwencją rachunkową dokonanych poprawek, a nie błędnym przyjęciem stawki VAT. Zamawiający ocenił bowiem ów błąd w ofercie Odwołującego jako wyliczenie VAT-u powyżej 22% stawki podatku, co skutkuje koniecznością odrzucenia oferty. Zamawiający powołał się w tym zakresie na orzecznictwo KIO.

Od rozstrzygnięcia protestu Odwołujący w dniu 4 listopada 2009 r. (data nadania w placówce pocztowej operatora publicznego) złożył odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, podtrzymując w nim podniesione zarzuty, żądania i argumentację. Kopia odwołania w tej samej dacie została przekazana Zamawiającemu.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron, zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu oraz w odwołaniu, jak też złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania oraz że wypełniono przesłankę interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, pozwalającą na merytoryczne rozpoznanie odwołania. Potwierdzenie się podnoszonych w odwołaniu zarzutów pozwoliłoby Odwołującemu na uzyskanie niniejszego zamówienia, z racji złożenia przez niego najkorzystniejszej cenowo oferty przy cenie jako jedynym kryterium oceny ofert przyjętym w SIWZ.

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania zarzutów podniesionych w odwołaniu, skład orzekający Izby uznał, że zarzuty te potwierdziły się.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania załączonej do akt niniejszej sprawy, w tym przede wszystkim z treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień SIWZ i oferty Odwołującego oraz protokołu postępowania (druk ZP – 2), jak również z oświadczeń i stanowisk stron postępowania złożonych w toku postępowania z użyciem środków ochrony prawnej na piśmie oraz stanowiska Odwołującego złożonego ustnie do protokołu.

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający Izby uznał, że brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego.

Zamawiający załącznikiem nr 2 do SIWZ określił wzór formularza ofertowego wykonawcy w niniejszym postępowaniu. W formularzu tym wymagał określenia następujących elementów ceny ofertowej, która stanowiła jedyne kryterium oceny ofert:

- 1) cena netto (określona cyfrowo w zł i w ujęciu słownym);
- 2) podatek VAT (określony w zł);
- 3) cena brutto (określona cyfrowo w zł i w ujęciu słownym).

W pkt XII SIWZ w opisie sposobu obliczenia ceny ofertowej Zamawiający wskazał, że cena musi być podana w PLN cyfrowo i słownie z wyodrębnieniem należnego podatku VAT – jeżeli występuje i należy ją przedstawić na formularzu ofertowym.

Odwołujący w swojej ofercie, na formularzu ofertowym, według wzoru Zamawiającego określił następujące wartości w kolejnych elementach ceny:

- | | |
|----------------|---------------|
| 1) cena netto | 56 518,02 zł; |
| 2) podatek VAT | 12 433,98 zł; |
| 3) cena brutto | 68 952,00 zł. |

Powyższe ustalenia w treści oferty Odwołującego wskazują na popełnienie tam omyłki rachunkowej przez wykonawcę przy obliczeniu kwoty podatku VAT od ustalonej ceny netto za realizację przedmiotu zamówienia. Kwota 22% podatku VAT od ceny netto zamówienia powinna bowiem wynosić: 12 433,96 zł, a nie – jak wskazano w ofercie: 12 433, 98 zł. Powyższa omyłka z kolei skutkowałą błędnym zsumowaniem ustalonej kwoty VAT-u z ceną netto, dając - zamiast kwoty 68 951,98 zł - błędną kwotę: 68 952,00 zł.

Wskazane ustalenia faktyczne, poczynione również przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu, wskazują – w ocenie Izby - na konieczność poprawienia - w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp - omyłki rachunkowej w wyliczeniu kwoty VAT-u i jej konsekwencji w postaci wyliczenia ceny brutto.

W ocenie składu orzekającego Izby brak było podstaw do uznania w niniejszej sprawie, że w ofercie Odwołującego popełniony został błąd w obliczeniu ceny skutkujący odrzuceniem oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Za taki błąd nie może być uznana sytuacja, w której od podanej ceny netto - co do której prawidłowości brak jest jakichkolwiek wątpliwości - obliczony jest podatek w stawce 22% - co do której również, biorąc pod uwagę zakres przedmiotu zamówienia brak jest wątpliwości prawidłowości jej zastosowania - z błędem wynoszącym 2 grosze (zamiast kwoty: 12 433, 96 zł wpisano: 12 433,96 zł). Powyższe mogło być wynikiem stosowanego systemu zaokrągleń, bowiem obliczenie kwoty VAT-u od ceny netto, przy przyjęciu większej ilości miejsc po przecinku wynosi: 12 433,9644.

Powyższe nie może być traktowane w kategoriach błędu w obliczeniu ceny, a jedynie jako omyłka rachunkowa.

Przez błąd w obliczeniu ceny rozumiany w kontekście przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp należy bowiem rozumieć sposób obliczenia ceny dokonany merytorycznie w sposób niezgodny ze szczególnymi wymogami Zamawiającego określonymi

w postanowieniach SIWZ oraz ewentualnie w odrębnych przepisach prawa. Najczęstszym w praktyce przykładem błędu w obliczeniu ceny jest określenie w ofercie wykonawcy stawki podatku VAT przyjętej w sposób niezgodny z obowiązującymi przepisami prawa (ustawa o podatku VAT), czy też odmienny od przewidzianej stawki VAT przez samego zamawiającego w SIWZ. W niniejszej sprawie nie mamy do czynienia z taką sytuacją. Sam Zamawiający nie ma wątpliwości, że w zakresie niniejszego przedmiotu zamówienia zastosowanie znajduje stawka 22% VAT. Taka stawka została też przyjęta przez Odwołującego w jego ofercie. Ujawniona nieprawidłowość dotyczyła wyłącznie wyliczenia kwoty podatku VAT, a nie ustalenia błędnej stawki tego podatku.

Mamy zatem w tym przypadku do czynienia – jak wskazano powyżej – z omyłką rachunkową w sposobie wyliczenia kwoty VAT-u oraz z konsekwencją tej omyłki (podanie ceny brutto), co podlega poprawieniu przez Zamawiającego, bez konieczności wyrażania w tym przedmiocie zgody przez wykonawcę.

Biorąc pod uwagę powyższe i zgromadzony w sprawie materiał dowodowy skład orzekający Izby stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przywoływanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Powyższe naruszenie ma wpływ na wynik postępowania, tj. wybór oferty najkorzystniejszej, bowiem, jak wynika z protokołu postępowania oraz z informacji o wynikach postępowania, z dwóch złożonych w postępowaniu ofert oferta Odwołującego jest ofertą najtańszą, a w postępowaniu cena stanowiła jedyne kryterium oceny ofert.

Uwzględniając powyższe Izba działając na podstawie art. 191 ust. 1 oraz ust. 1a ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego - stosownie do jego wyniku - orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.), w tym również co do uzasadnionych kosztów Odwołującego w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika, ograniczając ich wysokości do kwoty określonej w przepisach przywołanego rozporządzenia.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Kaliszu.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....