

**Sygn. akt: KIO 1190/20**

**WYROK  
z dnia 3 lipca 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lipca 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 czerwca 2020 r. przez Odwołującego – **H. A.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Usługowa „ADAMS” H. A., Jankowo-Dolne 11c, 62-200 Gniezno w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Wielospecjalistyczny Szpital Miejski im. J. Strusia z Zakładem Opiekuńczo-Lecznicznym SP ZOZ**, ul. Szwajcarska 3, 61-285 Poznań

**orzeka:**

- 1 Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – H. A. (FHU „ADAMS H. A.) i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2 zasądza od Odwołującego – Huberta Adamskiego (FHU „ADAMS” H. A.) na rzecz Zamawiającego – Wielospecjalistyczny Szpital Miejski im. J. Strusia z Zakładem Opiekuńczo-Lecznicznym SP ZOZ w Poznaniu kwotę 3.600,00 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Poznaniu**.

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 1190/20**

### **Uzasadnienie**

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Wielospecjalistyczny Szpital Miejski im. J. Strusia z Zakładem Opiekuńczo-Lecznicznym SP ZOZ w Poznaniu na *dostawę warzy obranych* – nr postępowania WSM/DZP/381-3876/2020, ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 6 maja 2020 r., pod numerem 537521-N-2020, w wobec czynności podjętych na poprawie omyłek rachunkowych w ofercie Wykonawcy D. G. (GACEK Hurtownia Owoców i Warzyw, Wynajem domków letniskowych D. G.), wybranej wadliwie jako najkorzystniejsza, Wykonawca H. A. wniósł w dniu 1 czerwca 2020 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1190/20).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp poprzez nieprawidłowe poprawienie omyłki w ofercie Wykonawcy D. G. „GACEK” Hurtownia Owoców i Warzyw Wynajem Domków Letniskowych D. G. (dalej jako „GACEK”);
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty „GACEK”;
- 3) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór najkorzystniejszej oferty, która podlega odrzuceniu;
- 4) art. 7 ust.1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania (w związku z naruszeniem wymienionych przepisów ustawy Pzp).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności poprawienia omyłki rachunkowej w ofercie „GACEK” oraz unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty „GACEK”, ponownego badania ofert i dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający poinformował o czynnościach stanowiących podstawę zarzutów w dniu 26 maja 2020r.- informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Uzasadnienie zarzutów.

Zamawiający wskazał, jako najkorzystniejszą ofertę droższą od oferty Odwołującego – co wynika z informacji z otwarcia ofert, w której podano wysokość zaoferowanych cen: 123.422,40 zł (oferta Odwołującego) oraz 150.109,20 zł. (oferta „GACEK”).

Zamawiający pismem z dnia 15 maja 2020r. poprawił w ofercie „GACEK” na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, jako oczywistą omyłkę rachunkową wartość zamówienia brutto, zmieniając wartość brutto w pięciu z sześciu pozycji formularza ofertowego. Konsekwencją poprawienia omyłki stało się poprawienie wartości zamówienia brutto na kwotę łączną 122.947,20 zł., co zmieniło wynik postępowania. Z pisma Zamawiającego nie wynika na czym polegały omyłki rachunkowe oraz dlaczego Zamawiający uznał je za oczywiste. Odwołujący może jedynie domyślać się powodu poprawienia omyłek, gdyż Zamawiający dokonał poprawienia wartości brutto bez korekty wartości netto, co ma wskazywać na wprowadzenie w ofercie innej stawki podatku VAT.

Błędne zastosowanie stawki podatku VAT nie stanowi omyłki rachunkowej, ale jest błędem w obliczeniu ceny, co potwierdza opinia Prezesa UZP przywołana w odwołaniu, jak i orzecznictwo sądowe, w tym orzeczenie Sądu Najwyższego prezentowane w uchwale z dnia 20 października 2011r., sygn. akt III CZP 52/11 oraz uchwale z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 53/11. Odwołujący wskazał na orzecznictwo Izby dotyczące tej kwestii.

Działanie Zamawiającego stanowiło niedopuszczalną ingerencję w treść oświadczenia Wykonawcy „GACEK” i spowodowało istotną zmianę w treści oferty.

Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp gdyż nie odrzucił oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny, dokonując jego poprawienia jako oczywistej omyłki rachunkowej. Powyższe czyni wybór oferty najkorzystniejszej nieprawidłowym i naruszającym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

**Zamawiający** na posiedzeniu złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie jako bezzasadnego. Zamawiający wskazując na zasady obliczenia ceny określone w załączniku nr 1 do siwz (formularz ofertowy/formularz asortymentowo-cenowy) uznał, iż Wykonawca GACEK popełnił oczywistą omyłkę rachunkową w kolumnie 9 - wartość zamówienia brutto (z VAT) w pozycjach nr 1, 3, 4, 5 i 6, co w konsekwencji doprowadziło do podania błędnej wartości w pozycji OGÓŁEM. W ofercie przyjęto prawidłową stawkę podatku VAT w wysokości 8 %, prawidłowo obliczono również cenę jednostkową brutto, która odpowiada cenie jednostkowej netto powiększonej o 8% VAT oraz wartość z kolumny 7. Wykonawca miał świadomość jak prawidłowo wypełnić formularz, gdyż w poz. nr 2 nie popełnił omyłki w kolumnie 9. Powyższe wskazywać ma na oczywisty charakter omyłki rachunkowej w obliczeniu wartości brutto pozycji asortymentowych nr 1, 3, 4, 5 i 6.

**Stanowisko Izby.**

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Ponieważ odwołaniem objęte zostały czynności Zamawiającego, które doprowadziły do korekty oferty konkurencyjnej i jej wyboru Odwołujący ma interes w tym, aby kwestionować prawidłowość tych czynności zamykających Wykonawcy drogę do uzyskania przedmiotu zamówienia i jego realizacji.

W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania odwołania.

W oparciu o przedłożoną dokumentację postępowania, w tym treść siwz (załącznik nr 1), ofertę GACEK oraz informację z dnia 15.05.2020 r. Izba ustaliła stan faktyczny sprawy w zakresie objętym zarzutami.

Zgodnie z pkt XX siwz w cenie oferty brutto należało uwzględnić ewentualne upusty, koszty ubezpieczenia, podatku VAT, zwrotu i utylizacji odpadów opakowaniowych oraz wszystkie inne nie wymienione, niezbędne do realizacji zamówienia. Wykonawca zobowiązany został do wypełnienia formularza ofertowego/formularza asortymentowo – cenowego i określenia w nim ceny netto, wartości podatku VAT oraz ceny brutto.

Zamawiający opracował wzór formularza oferty (załącznik nr 1 do siwz). W formularzu przewidziano dla każdej z sześciu pozycji asortymentowych kolumny do wypełnienia: cena jednostkowa netto, cena jednostkowa brutto, wartość zamówienia netto (bez VAT), stawka % VAT, wartość zamówienia brutto (z VAT). W załączniku pod tabelą Zamawiający zamieścił opis sposobu obliczenia ceny, wskazując m.in. iż w kolumnie „Cena jednostkowa brutto” (nr 6) – należy podać cenę jednostkową z kolumny 5 powiększoną o stawkę podatku VAT, obliczoną do drugiego miejsca po przecinku wg zasad arytmetycznych; w kolumnie „Stawka % VAT” (kolumna nr 8) – należy podać stawkę procentową podatku VAT zgodnie z przepisami obowiązującymi na dzień przygotowania oferty. W kolumnie „Wartość zamówienia brutto (z VAT)” (kolumna nr 9) - należało podać wartość netto zamówienia podaną w kol. 7 powiększoną o stawki procentowe podatku VAT z kol nr 8.

W postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców: Odwołujący oraz wybrany „GACEK” z cenami podanymi na otwarciu ofert w wysokości: 123.422,40 zł. oraz 150.109,20 zł. Jedynym kryterium oceny ofert była cena (pkt XXI siwz).

Pismem z dnia 15 maja 2020 r. Zamawiający poinformował Wykonawcę „GACEK” o poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Ustawy oczywistych omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny. Zamawiający skorygował w pozycjach: 1, 3, 4, 5, 6 wartość zamówienia brutto, tj.;

- poz. 1 z wartości 97.200,00 na 73.872,00 zł.;
- poz. 3 z wartości 17.010,00 na 15.120,00 zł.;
- poz. 4 z wartości 12.960,00 na 12.150,00 zł.;
- poz. 5 z wartości 10.108,80 na 9.331,20 zł.;
- poz. 6 z wartości 3.326,40 na 2.970,00 zł.

Konsekwencją korekty omyłek było poprawienie wartości zamówienia brutto ogółem przez jej obniżenie do kwoty 122.947,20 zł.

Wykonawca „GACEK” w kolumnie stawka VAT dla poz. 1, 3, 4, 5 i 6 wskazał 8 %, natomiast wartość brutto tych pozycji z kol. 9 prezentowała inną kwotę niż wynikająca z powiększenia wartości netto zamówienia podanej w kol 7 o stawkę procentową podatku VAT.

Czynności Zamawiającego doprowadziły do ustalenia rankingu ofert, wskazującym jako najkorzystniejszą ofertę „GACEK”.

**Uwzględniając ten stan Izba uznała, iż zarzuty formułowane wobec Zamawiającego nie potwierdziły się.**

Jak wynika z argumentów podniesionych w odwołaniu, Odwołujący wnioski co do naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 Ustawy wywodził z założenia, iż korekta treści oferty GACEK polegająca na poprawieniu wartości brutto bez korekty wartości netto, miała wskazywać na wprowadzenie w ofercie innej stawki podatku VAT. Na podstawie takiego założenia Odwołujący wskazywał, iż błędne zastosowanie stawki podatku VAT nie stanowi omyłki rachunkowej, ale jest błędem w obliczeniu ceny, co powinno prowadzić do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Ustawy.

Odnosząc się do tak postawionego zarzutu Izba uznała, iż Odwołujący nieprawidłowo ocenił stan faktyczny występujący w sprawie. Przede wszystkim Wykonawca w sposób dowolny przyjął założenie co do przyczyny błędu wskazując, iż miał on swoje źródło w zastosowaniu w ofercie innej stawki podatku VAT. W tym zakresie należało mieć na uwadze okoliczność bezsporną, jaką było wskazanie w formularzu ofertowym, dla wszystkich pozycji asortymentowych, prawidłowej stawki podatku VAT, tj. 8%, którą Wykonawca GACEK w

sposób poprawny zastosował we wszystkich pozycjach do wyliczenia wartości w kolumnie nr 6 – cena jednostkowa brutto (obliczoną do drugiego miejsca po przecinku), a w pozycji nr 2 również do obliczenia wartości zamówienia brutto (kolumna nr 9). Nie było spornym ustalenie, iż prawidłową stawką podatku VAT była wskazana w kolumnie nr 8 stawka 8%.

Stosując się do sposobu obliczenia ceny oferty podanego w formularzu ofertowym Zamawiający miał podstawę do tego, aby skorygować błędne wyniki działania arytmetycznego dla kolumny nr 9, w której należało podać wartość netto zamówienia podaną w kol. 7 powiększoną o stawki procentowe podatku VAT z kol. 8. Skoro w siwz zamieszczono opis działania matematycznego, to w sposób oczywisty można sprawdzić poprawność wyników tego działania w ofercie, a następnie je skorygować na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Ustawy, jako oczywistą omyłkę rachunkową. Co istotne w sprawie, Wykonawca GACEK podał prawidłową stawkę podatku VAT – 8%, stąd czynności Zamawiającego sprowadzały się wyłącznie do sprawdzenia poprawności wyników działań matematycznych. Zamawiający nie zmienił żadnej składowej koniecznej do wyliczenia wartości zamówienia brutto (z VAT). Nie budziło wątpliwości to, że omyłka miała miejsce przy wyliczeniu wartości zamówienia brutto i miała charakter matematyczny. Wykonawca nie tylko prawidłowo określił stawkę podatku VAT, ale również prawidłowo ją zastosowała do wyliczenia ceny jednostkowej brutto wszystkich pozycji asortymentowych. Nie było zatem podstaw do przyjęcia, iż przy wyliczeniu wartości brutto pozycji należałoby przyjąć inną stawkę VAT niż podana w ofercie. Zamawiający mógł samodzielnie dokonać sprawdzenia poprawności wyliczeń w oparciu o dane z oferty stosując działanie matematyczne.

Poprawienie omyłek rachunkowych doprowadziło jedynie do przywrócenia spójności oferty i nie zmieniało istotnych dla ustalenia ceny składowych, tj. ceny jednostkowej netto oraz stawki podatku VAT. Za wyrokiem z dnia 11.05.2017 r., sygn. akt KIO 835/17 należy wskazać, iż *w pojęciu „oczywistej omyłki rachunkowej” mieszczą się takie sytuacje, w których działanie arytmetyczne dotknięte jest błędem. Oczywistość tej omyłki powoduje, że dla przeciętnego człowieka nie budzi wątpliwości, że wynik określonego działania matematycznego został określony wadliwie. Powodem tej wadliwości jest omyłka w wykonywaniu obliczeń lub w sposobie przeprowadzenia działania matematycznego.* Rozwijając to stanowisko można dodać, iż nie pozbawia oczywistości omyłki rachunkowej to, że dla stwierdzenia jej wystąpienia konieczne jest sprawdzenie poprawności wyniku działania. Inaczej ujmując tą kwestię, nie można sprowadzać oczywistości omyłki rachunkowej wyłącznie do tych sytuacji, gdy na pierwszy rzut oka zauważalny jest błąd w wyniku działania arytmetycznego. Takie podejście oznaczałoby, iż w zasadzie jedynie przy działaniach na liczbach całkowitych i jednocyfrowych byłoby możliwe uznanie błędu za oczywisty. W praktyce przepis ten nie miałby w zasadzie zastosowania, nawet przy tak

prostym działaniu arytmetycznym, jak ustalenie wartości/ceny jednostkowej brutto, gdzie konieczne jest uwzględnienie stawek procentowych. W ocenie Izby dopuszczenie takiej wykładni pozbawiałoby znaczenia przepisu, który został wprowadzony do ustawy, jako narzędzie służące jedynie do korekty omyłek wynikających z działań matematycznych, a nie korekty oświadczenia woli wykonawcy.

Odnosząc się natomiast do informacji Zamawiającego z dnia 15.05.2020 r. Izba mając na uwadze treść art. 87 ust. 2 Ustawy uznała, iż brak szczegółowego wyjaśnienia sposobu, w jaki Zamawiający ustalił poprawny wynik działania matematycznego, nie wpływa na skuteczność czynności. Należy zauważyć, iż ustawodawca nie uznał za konieczny element informacji - przedstawienie szczegółowego uzasadnienia dla poprawienia w ofercie omyłek, w tym omyłek rachunkowych. Jednocześnie mając na uwadze, iż tylko w odniesieniu do innych omyłek polegających na niezgodności oferty z siwz (pkt 3) zachodzi konieczność wyrażenia zgody przez wykonawcę na poprawienie tego rodzaju omyłki, pod rygorem odrzucenia oferty, zawiadomienie kierowane do wykonawcy, którego oferta została poprawiona nie musi zawierać szczegółowego wyjaśnienia podstaw poprawienia omyłek rachunkowych. Z uwagi na przyczynę omyłki, jaką jest niepoprawny wynik działania matematycznego, ustalenie sposobu korekty staje się oczywiste dla każdego i poddaje się kontroli.

W świetle powyższego Izba uznała, iż czynność poprawienia wartości brutto oferty GACEK mieściła się w dyspozycji normy wskazanej w podstawie, tj. art. 87 ust. 2 pkt 2 Ustawy i oddaliła w całości odwołanie. Dalsze zarzuty, jako stanowiące konsekwencję zarzutu podstawowego nie mogły wpłynąć na ocenę zasadności żądań Odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 w 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. ze zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis oraz koszty Zamawiającego poniesione w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika w wysokości ustalonej na podstawie rachunku złożonego przed zamknięciem rozprawy.

**Przewodniczący:** .....