

WYROK

z dnia 28 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 marca 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 marca 2018 r. przez Odwołującego: STATIMA Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego w Katowicach

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje Zamawiającemu poprawienie, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, omyłki w ofercie Odwołującego poprzez wpisanie jako wartości prowizji wartości: 14,49593495934959 %.
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego 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 Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego w Katowicach (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Windykacja należności pochodzących z tytułu nałożonych opłat dodatkowych za jazdę bez ważnego biletu środkami komunikacji miejskiej KZK GOP” (dalej jako „Postępowanie”). Wartość ww. zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20 lutego 2018 r. pod nr 520228-N-2018.

I. W dniu 13 marca 2018 r. wykonawca STATIMA Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego podjętych w Postępowaniu, polegających na:

1. niezgodnym z przepisami prawa odrzuceniu oferty Odwołującego, na podstawie uznania, że popełnił błąd w obliczeniu ceny, mimo iż takiego błędu nie ma w ofercie;
2. niezgodnym z przepisami prawa odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na niegodność treści tej oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej także jako „SIWZ”), mimo iż oferta pozostaje zgodna z treścią SIWZ lub ewentualnie, a ewentualną omyłkę dostrzeżoną przez Zamawiającego, a polegającą na niewskazaniu prowizji netto, należy zakwalifikować jako możliwą do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;
3. zaniechaniu poprawienia w treści oferty Odwołującego innej omyłki, mimo iż wszystkie dane do jej poprawienia wynikają z treści oferty, a sama treść oferty nie uległaby żadnej istotnej zmianie, poza uzupełnieniem wartości netto, możliwej do wyliczenia bez ingerencji w treść oferty;
4. zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie treści złożonej oferty, skoro Zamawiający powziął wątpliwości co do świadomości danych wpisanych przez Odwołującego do oferty;
5. zaniechaniu dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, mimo iż oferta ta jest najkorzystniejszą ofertą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, zgodnie z kryteriami oceny ofert wskazanymi w SIWZ przez Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty, mimo iż Zamawiający powziął wątpliwość co do świadomości Odwołującego wpisywania określonych danych w ofercie, co wynika z treści informacji o odrzuceniu oferty, z jednoczesnym wskazaniem, że takie wyjaśnienia nie stanowiłyby niedozwolonych negocjacji wobec skonkretyzowanego stanowiska Odwołującego wyrażonego w ofercie;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo iż w ofercie zawarte są wszelkie dane wymagane w SIWZ a oferta skonstruowana została w sposób obrazujący wszystkie elementy istotne z punktu widzenia treści oferty;
3. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie dokonania poprawienia innej omyłki polegającej na wpisaniu przez samego Zamawiającego wartości prowizji netto, mimo iż w treści oferty zawarte są wszystkie dane umożliwiające dokonanie takiej czynności, a kwota brutto oferty po dokonaniu takiej czynności nie uległaby zmianie;
4. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo iż w ofercie zawarte są wszelkie dane, a cena skalkulowana została w oparciu o wszystkie składniki i zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.
5. art 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego mimo, iż oferta tego wykonawcy jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w Postępowaniu i niepodlegających odrzuceniu.
6. w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z prowadzeniem Postępowania sprzecznie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, poprzez nieuprawnione niekorzystne traktowanie Odwołującego, którego oferta nie powinna zostać odrzucona, a w konsekwencji wybór oferty najkorzystniejszej sprzecznie z przepisami ustawy Pzp.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
2. dokonania poprawienia innej omyłki poprzez wpisanie samodzielnie wartości netto prowizji w wysokości: 14,49593495934959 % zgodnie z przeliczeniem podanym w uzasadnieniu odwołania oraz w samej informacji Zamawiającego o odrzuceniu oferty;
3. dokonania ponownego badania i oceny oferty Odwołującego;
4. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego oraz zastępstwa prawnego na posiedzeniu i rozprawie.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący w szczególności wskazał, co następuje:

W dniu 8 marca 2018 roku Zamawiający poinformował Odwołującego o dokonaniu czynności odrzucenia jego oferty w Postępowaniu. Z takim działaniem nie sposób się zgodzić. Oferta

Odwołującego nie powinna podlegać odrzuceniu. Odnosząc się do szczegółowych powodów odrzucenia oferty wskazanych w piśmie Zamawiającego stwierdzić należy co następuje.

W punkcie 11.2 SIWZ Zamawiający wskazuje sposób obliczenia oceny oferty, stanowiącej jedno z kryteriów oceny ofert. Bardzo wyraźnie wskazuje, że przyjęta do oceny oferty będzie cena oferty brutto. Również w załączniku nr 1 do SIWZ stanowiącym formularz ofertowy w punkcie 2 Wykonawcy oferując cenę za wykonanie usługi powinni podać cenę oferty brutto. Tak podana cena stanowić ma dla Zamawiającego punkt wyjścia dla przyznania punktów w celu oceny oferty i wybrania tej najkorzystniejszej.

Kwota 488.855,81 zł wskazana w punkcie 2 oferty Odwołującego jest bez wątpienia ceną oferty brutto, na co Odwołujący wskazał wpisując ją w konkretne miejsce formularza ofertowego. Nie ma podstaw do twierdzenia, że Odwołujący popełnił błędy w obliczeniu, a cena oferty brutto wynosi 601.292,65 zł - jak wskazał to w uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający. Już w tym miejscu należy wskazać, że w zakresie powyższego stanowiska Zamawiającego wyrażonego w informacji o odrzuceniu oferty, iż nie miał on wiedzy, czy wartość brutto wyraźnie wskazana w ofercie, jest wartością brutto, Zamawiający mógł skorzystać z instytucji żądania wyjaśnień do oferty, gdzie potwierdził by stanowisko podane w formularzu ofertowym. Nie ma jednak wątpliwości, że podane wartości zarówno co do prowizji, jak i co do ceny ofertowej są wartościami brutto, albowiem w tym zakresie złożone zostało jednoznaczne stanowisko w treści formularza ofertowego. Nie jest ono rozbieżne bądź niejednoznaczne. Odwołujący poświadczając sporządzoną ofertę podpisem osoby upoważnionej potwierdza, iż treści oraz wyliczenia w niej zawarte są starannie skalkulowane, na skutek czego jest nimi związany.

Zarzut Zamawiającego, iż oferta zawiera błędy w obliczeniu i w związku z tym na podstawie art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp powinna zostać odrzucona jest zupełnie nietrafiony i niczym nieuzasadniony. Zamawiający wymagał podania kwoty prowizji w punkcie 1 oferty, nie posługując się sformułowaniem prowizja netto czy brutto, jednocześnie wskazać należy, że niezależnie od tego w którym momencie zostanie doliczony do wartości netto podatek VAT, kwota finalna ceny ofertowej brutto będzie taka sama. Wysokość prowizji jest niezbędna do obliczenia ceny oferty według wzoru wskazanego w punkcie 11.2 SIWZ. Wzór ten przewiduje ustalenie ceny oferty netto, a potem ceny brutto poprzez powiększenie jej o podatek od towarów i usług. Odwołujący dokonując obliczeń ceny oferty skorzystał z przedstawionego wzoru podstawiając pod współczynnik prowizji wartość 17,83 % brutto, ujmując w tej wartości 23 % podatku VAT. Takie działanie pozostaje z resztą w zgodzie z treścią umowy i zamysłem Zamawiającego w odniesieniu do rozliczeń na etapie realizacji umowy. W treści § 5 ust. 2 wzoru wskazano przecieź, że rozliczenie będzie odbywało się na podstawie wartości wskazanej w § 4 ust. 1 powiększonej o podatek VAT.

Odwołujący powołał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej przedstawione w uzasadnieniu wyroku z dnia 13 grudnia 2012 roku (sygn. sprawy KIO 2647/12), zgodnie z którym „Bezwzględna przyczyną odrzucenia oferty, o której mowa w art 89 ust 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) jest każdy inny błąd w obliczeniu ceny niż oczywista omyłka rachunkowa podlegająca poprawieniu na podstawie art 87 ust 2 pkt 2 tej ustawy. Błędem takim w szczególności będzie zastosowanie niewłaściwych jednostek miary, niewłaściwych ilości zakresu czynności, które trzeba wykonać w trakcie realizacji zamówienia, czy przyjęcie nieprawidłowej, niezgodnej z SIWZ podstawy do obliczenia zaoferowanej ceny. Błąd w rozumieniu omawianego przepisu jest więc błędem co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, a nie wadliwie od strony „technicznej” wykonaną czynnością obliczenia ceny.”

Mając na względzie wyliczenia podane w ofercie i przyjęcie - w ślad za jednoznacznym oświadczeniem Odwołującego, że wartość 17,83 % jest wartością brutto, dla ustalenia wartości netto prowizji należało od wartości 17,83 % odjąć 23 %, mówiąc krótko potraktować wartość 17,83 % jako wartość brutto, jako wartość prowizji netto powiększoną o 23 %. Czynność taka została przeprowadzona przez Zamawiającego przy przygotowywaniu się do formułowania informacji o odrzuceniu, albowiem sam Zamawiający policzył zgodnie z wszelkimi zasadami logiki wartość netto prowizji na poziomie - 14,49593495934959 %. Czynność taka była zatem możliwa do zrealizowania, a jedynym problemem Zamawiającego był brak przekonania, iż Wykonawca w sposób świadomy podał kwoty brutto już na poziomie prowizji, co nie znajdowało żadnego uzasadnienia w treści oferty.

Zamiar wskazania kwoty prowizji jako kwoty powiększonej o wartość podatku jednoznacznie i nie pozostawiając żadnych wątpliwości pokazał dodając słowo brutto, a także obliczając na tej podstawie cenę oferty - również brutto. Zamawiający przyjął tę wartość brutto ceny ofertowej podając ją w informacji z otwarcia ofert.

Odwołujący przedstawił w ofercie kwotę prowizji w wysokości 17,83 %, wskazując jednoznacznie, iż ma na myśli prowizję brutto - która po przeprowadzeniu prostego rachunku i odliczeniu 23 % od wskazanej wartości daje wysokość prowizji netto - 14,49593495934959 %, która to kwota zgodnie z opisem sposobu obliczenia ceny z pkt. 11.2 SIWZ stanowiła podstawę obliczenia całkowitej ceny brutto. Podstawiając tak ustaloną prowizję do wzoru podanego w SIWZ otrzymamy kwotę netto 397 443,75 zł. Stawka VAT w wysokości 23 % obliczona od tej wartości wynosi 91412,06. Suma tych wartości daje kwotę brutto podaną w ofercie Odwołującego. Nie można zatem mówić o jakimkolwiek błędzie w obliczeniu ceny, bowiem Odwołujący użył wszystkich składników podanych przez Zamawiającego a wymaganych do obliczenia ceny oferty brutto, zmieniając jedynie kolejność mnożenia.

Z tego samego powodu również zarzut związany z odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt. 2 ustawy Pzp, tj. nieodpowiadaniem treści SIWZ poprzez wskazanie wartości prowizji brutto jest niepoprawny, gdyż zamiar Odwołującego wskazania prowizji brutto został uwidoczniiony w sposób jednoznaczny i nie spowodował żadnych błędów w obliczeniach, prowadząc do prawidłowego wskazania ceny oferty brutto, stanowiącej kryterium, które Zamawiający brał pod uwagę przy ocenie ofert w Postępowaniu. Nie można również mówić, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ z uwagi na brak podania wartości netto prowizji, bowiem wartość ta wynika z przeliczenia podanego wyżej i jest możliwa do ustalenia przez samego Zamawiającego po dokonaniu prostego przeliczenia w oparciu o wszystkie dane podane w ofercie Odwołującego. Twierdzenie Zamawiającego, jakoby próba wyjaśnienia i poprawienia ewentualnej omyłki byłaby naruszeniem art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp, w kontekście postawienia zarzutu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ jest zupełnie bezzasadne, albowiem Zamawiający dokonał przeliczenia w informacji o odrzuceniu oferty i uzyskał wszystkie dane co do których uznaje obecnie, że nie da się ich wywnioskować i wyciągnąć z treści samej oferty.

Odwołujący powołał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej przedstawione w uzasadnieniu wyroku z dnia 1 czerwca 2012 roku (sygn. sprawy KIO 1012/12), zgodnie z którym „Art. 87 ust 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) znajdzie zastosowanie w sytuacji gdzie oczywistym, łatwym i obiektywnie możliwym do stwierdzenia jest nie tylko sam fakt popełnienia omyłki, ale również sposób jej poprawienia. Jednak popełnienie przez przystępującego omyłki, nie będącej oczywistą omyłką pisarską nie prowadzi do uznania, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 tej ustawy. Stwierdzenie, że omyłka popełniona przy obliczeniu ceny oferty nie stanowi oczywistej omyłki pisarskiej (ani oczywistej omyłki rachunkowej) nie prowadzi do automatycznego przyjęcia, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny, lecz przede wszystkim aktualizuje obowiązek zamawiającego do zbadania możliwości poprawy oferty na podstawie art 87 ust 2 pkt 3 ustawy o zamówieniach publicznych. Zamawiający może odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust 1 pkt 6 dopiero po ustaleniu, że błąd w cenie oferty ma charakter nieusuwalny. Skoro niezamierzone błędne wskazanie jednego ze składników ceny nie ma znaczenia dla ceny całej oferty oraz zakresu oferowanego świadczenia, to podlega obowiązkowej poprawie na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych.”

II. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie pismem z dnia 22 marca 2018 r. wnosząc o jego oddalenie w całości.

III. Nie zostało zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a zatem na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp podlegało rozpoznaniu w całości.

Izba stwierdziła, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z tym przepisem wykonawcy przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, jeżeli ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby Odwołujący wykazał spełnienie powyższych przesłanek, co nie było też sporne.

W poczet materiału dowodowego Izba zaliczyła dokumentację Postępowania przekazaną przez Zamawiającego, na podstawie której dokonała następujących ustaleń:

W Postępowaniu jako kryteria oceny ofert Zamawiający wskazał: cenę oferty (60 %) oraz termin płatności (40%) – pkt 13.1 SIWZ.

Sposób obliczenia ceny został przez Zamawiającego wskazany w pkt 11.2 SIWZ:

„11.2. Do obliczenia ceny oferty należy zastosować poniższy wzór:

Con = 280000 x 163,20 zł x 0,06 x „P”, gdzie:

Con – Cena oferty netto,

280000 – liczba spraw podlegających windykacji w ciągu realizacji umowy,

163,20 zł – średnia kwota windykowana jednej opłaty dodatkowej,

0,06 – przyjęty przez Zamawiającego do obliczenia ceny oferty wskaźnik ściągальności spraw.

Do obliczenia łącznej ceny oferty należy podać wartość prowizji „P” (w %).

Następnie należy pomnożyć wartość „P” przez pozostałe wielkości wg wzoru.

Tak obliczona wartość stanowi cenę oferty netto. **Ceną oferty brutto (Cob)** jest cena oferty netto powiększona o podatek od towarów i usług (VAT) według stawki 23%.

Cena oferty brutto (Cob) będzie przyjęta do oceny ofert.”

Zgodnie z § 4 ust. 1 wzoru umowy za czynności będące przedmiotem Umowy, Wykonawcy będzie przysługiwało wynagrodzenie w formie prowizji w wysokości ... % wartości jednostkowych zwindykowanych kwot wynikających z przekazanych spraw, które faktycznie

wpłynęły na konto Zamawiającego w czasie obowiązywania Umowy. Zgodnie z § 4 ust. 3 wzoru umowy wartość netto wynagrodzenia za wykonanie prac określonych umową wynikająca z oferty Wykonawcy wynosi zł (słownie:), plus należny podatek VAT według obowiązującej stawki. Zgodnie z § 5 ust. 1 wzoru umowy wynagrodzenie, o którym mowa w § 4 ust. 1 będzie płatne miesięcznie na podstawie faktury VAT przekazanej przez Wykonawcę do dnia 15 (piętnastego) następnego miesiąca, która zostanie sporządzona na podstawie raportu przekazanego przez Zamawiającego opisanego w § 2 ust. 4 umowy. Zgodnie z § 5 ust. 2 wzoru umowy wynagrodzenie, o którym mowa w § 4 ust. 1 powiększone zostanie o podatek VAT według obowiązującej stawki tego podatku na dzień wystawienia faktury.

Pkt 1 i 2 formularza ofertowego zostały przez Zamawiającego sformułowane w sposób następujący:

„1. Oferujemy wykonanie usługi objętej zamówieniem za wynagrodzeniem w formie prowizji w wysokości ... % wartości jednostkowych zwindykowanych kwot, które faktycznie wpłyną na konto Zamawiającego w czasie obowiązywania umowy, której wzór stanowi Załącznik nr 5 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ).

2. Oferujemy wykonanie usługi objętej zamówieniem za cenę:

cena oferty (brutto) zł

(słownie:).”

Ww. punkty formularza ofertowego zostały przez Odwołującego wypełnione w następujący sposób:

„1. Oferujemy wykonanie usługi objętej zamówieniem za wynagrodzeniem w formie prowizji w wysokości **17,83%** brutto wartości jednostkowych zwindykowanych kwot, które faktycznie wpłyną na konto Zamawiającego w czasie obowiązywania umowy, której wzór stanowi Załącznik nr 5 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ).

2. Oferujemy wykonanie usługi objętej zamówieniem za cenę:

cena oferty (brutto) **488.855,81 zł** (słownie: czterysta osiemdziesiąt osiem tysięcy osiemset pięćdziesiąt pięć złotych 81/100).”

Pismem z dnia 8 marca 2018 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty. Uzasadniając ww. decyzję Zamawiający wskazał, co następuje:

„Zgodnie z pkt 11.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) Wykonawca do obliczenia ceny oferty miał podać wartość prowizji „P” (w %). Ponadto, zgodnie z formularzem stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ — Formularz ofertowy - Wykonawca w pkt 1 oferty miał

wskazać wysokość wynagrodzenia w formie prowizji w procentach wartości jednostkowych zwindykowanych kwot, które faktycznie wpłyną na konto Zamawiającego w czasie obowiązywania umowy. Istotnym jest, że Zamawiający w całej SIWZ, jak i w załącznikach do niej, nie posługiwał się pojęciem wysokości (procentowej) prowizji brutto. Co więcej, w pkt 11.2 SIWZ wyraźnie wskazano, że wielkości podane we wzorze ($Con \ 280000 \times 163,20zł \times 0,06 \times „P”$) należy pomnożyć przez wartość „P” i tak obliczona wartość stanowi cenę oferty netto oraz że ceną oferty brutto (Cob) jest cena oferty netto powiększona o podatek od towarów i usług (VAT) według stawki 23%, którą to Wykonawca miał wpisać w pkt 2 oferty. Wykonawca w swej ofercie w pkt 1 w sposób nieuprawniony podał prowizję w wysokości 17,83% brutto wartości jednostkowych zwindykowanych kwot, które faktycznie wpłyną na konto Zamawiającego w czasie obowiązywania umowy. Jeśli Wykonawca miał wątpliwości co do podania wysokości prowizji, to mógł w trybie art. 38 ust. 1 ustawy PZP złożyć wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ a nie samodzielnie dokonywać zmian w treści Formularza ofertowego. Wskazanie w ofercie wysokości prowizji brutto spowodowało błędne wyliczenie ceny oferty. Gdyby błędnie przyjąć, że Wykonawca chciał zaoferować prowizję 17,83% a słowo „brutto” omyłkowo wpisał do swej oferty, to wówczas cena oferty (brutto), zgodnie z podanym przez Zamawiającego opisem sposobu obliczenia ceny w pkt 11.2 SIWZ, musiałaby wynosić 601292,65 zł (brutto). Gdyby natomiast błędnie przyjąć, że Wykonawca prawidłowo obliczył cenę oferty (brutto), którą podał w pkt 2 oferty, tj. 488.855,81 zł, to wówczas należałoby założyć, że Wykonawca omyłkowo wpisał prowizję w wysokości 17,83%, a prawidłowa prowizja musiałaby wynosić 14,49593495934959%. Ewentualna próba wyjaśnienia powyższego stanu narażałaby Zamawiającego na zarzut niedopuszczalnych negocjacji dotyczących ceny złożonej oferty, Tym samym Zamawiający naruszyłby art 87 ust. 1 ustawy Pzp. Co więcej, Zamawiający nie mógł również poprawić powyższych niezgodności oferty jako innych omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż jak wykazano wyżej, Zamawiający nie jest w stanie samodzielnie ustalić, czy Wykonawca chciał zaoferować cenę oferty (brutto) wskazaną w pkt 2 oferty, czy może chciał otrzymywać wynagrodzenie w formie prowizji wskazanej w pkt 1 oferty.

Wobec powyższego, Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy Kancelaria Statima S.A. z siedzibą w Katowicach na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ (podano wartość prowizji „brutto”), a Zamawiający nie mógł poprawić treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ponadto, Zamawiający odrzucił ofertę ww. Wykonawcy na podstawie art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp, gdyż zawiera błędy w obliczeniu ceny (oferty) - cena brutto oferty od prowizji 17,83% wynosi 601.292,65 zł, a nie jak podał Wykonawca 488.855,81 zł.”

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

1. Podstawa odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej błędem w obliczeniu ceny jest każdy inny niż omyłka rachunkowa błąd w obliczeniu ceny, polegający na przyjęciu niewłaściwych danych do jej obliczenia, wynikający np. z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego. O błędzie w obliczeniu ceny można mówić, jeżeli cena oferty jest obliczona w sposób niezgodny z przepisami powszechnie obowiązującymi (jak np. zastosowanie niewłaściwej stawki podatku VAT) lub ze sposobem obliczenia ceny określonym przez zamawiającego w SIWZ.

Zgodnie ze wskazaniem Zamawiającego zawartymi w treści SIWZ (pkt 11.2 SIWZ) cenę oferty należało obliczyć mnożąc liczbę 280.000 [liczba spraw podlegających windykacji w ciągu realizacji umowy] przez kwotę 163,20 [średnia kwota windykowana jednej opłaty dodatkowej] przez liczbę 0,06 [przyjęty przez Zamawiającego wskaźnik ściągальności spraw] przez wartość prowizji „P” (w %). Wynik tego działania matematycznego stanowił cenę oferty netto (Con), a powiększony o wartość podatku od towarów i usług (VAT) według stawki 23% (wskazanej w treści SIWZ przez Zamawiającego) – cenę oferty brutto (Cob), stanowiącą kryterium oceny ofert, którą należało wpisać w pkt 2 formularza ofertowego. Nie ulega zatem wątpliwości, iż sposób obliczenia ceny przez Odwołującego w pewnym zakresie odbiegał od sposobu obliczenia ceny wskazanego przez Zamawiającego w SIWZ. Odwołujący kwotę podatku VAT uwzględnił już na etapie określenia wartości prowizji (czemu dał wyraz w pkt 2 formularza ofertowego), co skutkowało tym, iż już wynik pierwszego działania matematycznego stanowił cenę oferty brutto (Cob).

Okoliczność odmiennego sposobu obliczenia ceny przez Odwołującego nie może jednak stanowić podstawy do odrzucenia jego oferty jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny, albowiem w przypadku oferty Odwołującego z takim błędem nie mamy do czynienia. Warunkiem koniecznym ustalenia ziszczenia się podstawy odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, jest stwierdzenie, że doszło do popełnienia przez wykonawcę tego rodzaju błędu, który skutkuje tym, iż cena podana w ofercie jest ceną nieprawidłową. W odniesieniu do oferty Odwołującego wymagałoby to zatem stwierdzenia, iż odmiennosc sposobu obliczenia ceny przez Odwołującego (polegająca na uwzględnieniu wartości podatku VAT już na etapie ustalenia wartości prowizji) skutkowałą tym, iż cena oferty (Cob), wskazana w pkt 2 formularza ofertowego, jest ceną nieprawidłową (błędną) w tym znaczeniu, że byłaby to kwota inna, gdyby Odwołujący ściśle zastosował się do sposobu obliczenia ceny wskazanego w SIWZ. Z takim jednak przypadkiem nie mamy do czynienia w analizowanym

stanie faktycznym. Zastosowana przez Odwołującego odmiennosc sposobu wyliczenia ceny nie ma znaczenia dla ustalenia jej ostatecznej wartosci, co wynika wprost z zasady matematycznej, jaka jest przemienosc mnozenia. Zastosowanie tej zasady skutkowało połączaniem dwóch etapów obliczenia ceny, wskazanych przez Zamawiającego w SIWZ, w jedno działanie matematyczne (1 etap), jednakże nie skutkowało otrzymaniem innego wyniku, jakim jest kwota stanowiąca cenę oferty.

Cena oferty (brutto) podana przez Zamawiającego w formularzu ofertowym to **488.855,81 zł**. A zatem cena kwoty netto, bez uwzględnienia wartosci podatku od towarów i usług, wynosi **397.443,75 zł**.

Wartosc prowizji zostala przez Odwołującego podana jako wartosc brutto, tj. uwzględniająca wartosc procentowa odpowiadającą stawce podatku VAT. Wartosc prowizji, bez uwzględnienia ww. wartosci procentowej (wynoszącej 23% i podanej wprost w treści SIWZ – 11.2, przedostatni akapit *in fine*), wynosi 14,49593495934959 %. Jeżeli wartosc tą podstawic do wzoru podanego przez Zamawiającego w SIWZ $[280000 \times 163,20 \text{ zł} \times 0,06 \times „P”]$ to otrzymamy kwotę stanowiąca cenę oferty netto. W wyniku dokonania takiego działania matematycznego $[280000 \times 163,20 \text{ zł} \times 0,06 \times 14,49593495934959 \text{ \%}]$ otrzymujemy wynik: 397 443,7463414633, tj. po zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku - **397.443,75 zł**. Po powiększeniu tej kwoty o wartosc podatku od towarów i usług [stawka 23%] otrzymujemy kwotę **488.855,81 zł**, tj. cenę oferty brutto.

Dokonane przez Odwołującego uproszczenie w sposobie obliczenia ceny (polegające na uwzględnieniu wartosci procentowej odpowiadającej stawce podatku VAT na wcześniejszym etapie niż wskazany przez Zamawiającego w SIWZ) nie skutkowało zatem błędem w obliczeniu ceny. Wyklucza to możliwość uznania, iż zaistniała podstawa odrzucenia oferty Odwołującego, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

2. Podstawa odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

Nie ulega wątpliwości, iż wartosc prowizji zostala przez Odwołującego podana w formularzu ofertowym w sposob niezgodny z SIWZ, tj. jako prowizja brutto, czyli uwzględniająca wartosc procentowa odpowiadającą stawce podatku VAT, wynoszącej 23%. Skład orzekający podziela stanowisko Zamawiającego, że takie wskazanie przez Odwołującego wartosci prowizji było nieprawidłowe. Prowizja stanowi bowiem wartosc procentowa – nie występuje zatem ani prowizja netto ani prowizja brutto. Posługiwanie się takimi pojęciami stanowi duże uproszczenie. Dopiero bowiem kwota wynagrodzenia obliczona przy zastosowaniu określonej prowizji może być kwotą netto (bez uwzględniania wartosci podatku VAT) lub kwotą brutto (uwzględniającą wartosc podatku VAT). Podanie przez Odwołującego wartosci prowizji jako „prowizji brutto” stanowi niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków

zamówienia. Jest to jednak niezgodność, która powinna zostać przez Zamawiającego poprawiona na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący podał wartość prowizji jako prowizję brutto, uwzględniającą wartość procentową odpowiadającą stawce podatku VAT – 17,83%. W związku z tym poprawienie zaistniałej niezgodności z SIWZ powinno polegać na wpisaniu w pkt 1 formularza ofertowego ww. wartości prowizji bez uwzględnienia wartości procentowej odpowiadającej stawce podatku VAT, jaka została wskazana przez Zamawiającego w treści SIWZ (23%), tj. wartości prowizji wynoszącej: 14,49593495934959 %. Wartość ta jest zatem możliwa do ustalenia na podstawie danych zawartych w ofercie („prowizja brutto” wskazana w pkt 1 formularza ofertowego oraz kwota stanowiąca cenę brutto wskazana w pkt 2 formularza ofertowego) oraz danych zawartych przez Zamawiającego w treści SIWZ (23% stawka podatku VAT, pozostałe dane jakie należy podstawić do wzoru służącego do obliczenia ceny oferty). Poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Nie doprowadzi do zmiany ceny oferty netto ani ceny oferty brutto, stanowiącej kryterium oceny ofert. Zmianie nie ulegnie nawet oferowana przez Odwołującego wartość prowizji – zostanie ona jedynie wyrażona w treści oferty w sposób poprawny, tj. bez uwzględnienia w jej wysokości wartości procentowej odpowiadającej stawce podatku VAT. W związku z tym, takie działanie Zamawiającego nie może być również uznane za sprzeczne z normą zawartą w art. 87 ust. 1 zd. drugie ustawy Pzp.

Poprawienie wartości prowizji wskazanej przez Odwołującego w punkcie 1 formularza ofertowego należy zatem uznać za uzasadnione na gruncie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. W konsekwencji nie wystąpi podstawa odrzucenia oferty wskazana przez ustawodawcę w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 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, ze zm.), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: