

WYROK
z dnia 31 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek

Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś
Grzegorz Mazurek

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31.10.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe OZ-BUD Sp. z o.o., 53-609 Wrocław, ul. Fabryczna 20** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Wrocław, Zarząd Inwestycji Miejskich, 53-135 Wrocław, ul. Januszowicka 15a** protestu z dnia **19 września 2008 r.**

przy udziale **Przedsiębiorstwa Budowlanego INTER-SYSTEM Sp. z o.o., 50-203 Wrocław, ul. Dmowskiego 17b** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1 oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe OZ-BUD Sp. z o.o., 53-609 Wrocław, ul. Fabryczna 20 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe OZ-BUD Sp. z o.o., 53-609 Wrocław, ul. Fabryczna 20;**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwo Budowlano-Uslugowe OZ-BUD Sp. z o.o., 53-609 Wrocław, ul. Fabryczna 20;**

U z a s a d n i e

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *budowę sali gimnastycznej wraz z aulą w XII Liceum Ogólnokształcącym przy Pl. Orłąt Lwowskich 21 we Wrocławiu* (numer referencyjny NZ/362-70/XII-LO/08), ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11 lipca 2008 r. nr 1, pozycja 157917.

W dniu 7 sierpnia 2008 r. Zamawiający powołując się na treść art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. a ustawy Pzp poprawił omyłkę rachunkową, na którą to czynność Odwołujący się wyraził zgodę w dniu 8 sierpnia 2008 r., a pozostali wykonawcy jej nie oprotestowali. Pomimo tego, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego się na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp., jako zawierającą błąd w obliczeniu ceny, przyznając jednocześnie, iż przy wcześniejszej czynności działał pod wpływem błędu. Wobec czynności dokonanych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w dniu 12 września 2008 r. polegających na odrzuceniu oferty OZ-BUD Sp. z o.o. i wyborze oferty INTER SYSTEM Sp. z o.o., protest do Zamawiającego wniósł Wykonawca, którego ofertę odrzucono.

Wnoszący protest zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. a, art. 89 ust. 1, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 84 § 1 i 2 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp. Odwołujący się, za błędne uznał twierdzenie Zamawiającego, że zastosowana została zła stawka podatku VAT. Przyznał, iż w swojej ofercie zawarł kwoty netto wynagrodzenia, kwoty podatku VAT, kwoty brutto należności za usługi oraz kwotę całkowitego wynagrodzenia (cenę ryczałtową). W ocenie Odwołującego, Zamawiający zobowiązany był zastosować się do art. 88 ust. 1 pkt 3 lit a ustawy Pzp. i przyjąć, iż prawidłowo została podana cen ryczałtowa (wartość brutto). W konsekwencji, poprawieniu podlegać powinny wszystkie te elementy przedstawionego w ofercie równania matematycznego, którego wynik stanowi cena, z wyjątkiem całkowitej ceny brutto. Poprawienie omyłki rachunkowej polegać więc będzie na koniecznej zmianie na prawidłową ceny netto lub brutto za jedną sztukę oraz wartość netto. Na tej podstawie, Zamawiający nie miał podstaw wyłączenia z zastosowania art. 88 ust. 1 pkt 3 lit a ustawy Pzp., kwoty podatku VAT. Ponadto, Zamawiający w specyfikacji nie wprowadził rygору odrzucenia oferty w

przypadku ustalenia niewłaściwej stawki podatku VAT, co nie uprawniało go do odrzucenia oferty na skutek błędnej stawki podatku VAT. Zamawiający był zobowiązany do poprawienia omyłki rachunkowej na podstawie art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. a ustawy Pzp., a uchylenie tej czynności było bezskuteczne na gruncie przepisów KC. W stanie faktycznym sprawy, Zamawiający, który złożył wiążące oświadczenie o poprawieniu omyłki rachunkowej, nie miał możliwości uchylenia się od skutków prawnych, a czynność odrzucenia oferty Odwołującego się nosi znamiona bezskutecznej czynności prawnej. Zamawiający dokonując czynności odrzucenia oferty powołał się na przyczynę błędu i jego źródło. Zdaniem Odwołującego się, na gruncie norm Prawa zamówień publicznych nie może być mowy o błędach w cenie poprawionej przez samego Zamawiającego, a poprawiona oferta nie może podlegać odrzuceniu. Zatem, po wyrażeniu zgody na poprawienie omyłki rachunkowej, Zamawiający zobowiązany był do rozstrzygnięcia przetargu na podstawie art. 91 ust. 1 Pzp dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej spośród wszystkich ofert, włącznie z poprawionymi. Wybierając ofertę INTER SYSTEM, Zamawiający naruszył art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. a, art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a dokonując wyboru w zakresie zadania nr 2 oferty niespełniającej wymogi treści siwz, również art. 89 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący się wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i ponowne dokonanie wyboru oferty.

Zamawiający oddalił protest w całości pismem z dnia 29 września 2008 r. doręczonym Odwołującemu się faksem w tym samym dniu i potwierdzonego pisemnie w dniu 2 października 2008 r.

Dokonując uchylenia się od skutków prawnych oświadczenia złożonego Wykonawcy w przedmiocie poprawienia omyłki rachunkowej, Zamawiający wskazał, iż działał pod wpływem błędu istotnego, tj. składając je w mylnym przekonaniu, że jest to omyłka rachunkowa, a nie błąd w obliczeniu ceny. Błąd ten dotyczy także treści czynności prawnej, tj. podstawy oświadczenia w przedmiocie poprawienia omyłki rachunkowej. Wykonawca wiedział o błędzie, a nawet jeśli nie, to mógł z łatwością go zauważyć, przy czym dla skuteczności oświadczenia o uchyleniu się od skutków prawnych złożonego oświadczenia woli, nie ma to znaczenia, bowiem nie jest to czynność odpłatna. Zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem, zastosowanie niewłaściwej stawki podatku VAT należy traktować, jako błąd w obliczeniu ceny inny niż omyłka rachunkowa. Art. 88 Pzp odnosi się do poprawienia omyłek rachunkowych, podczas gdy nieprawidłowo wyliczony VAT jest błędem w obliczeniu ceny, prowadzącym do odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy. Brak zapisu specyfikacji o podstawie odrzucenia oferty w przypadku niewłaściwej stawki podatku VAT, nie może wykluczać powołania się na przesłankę wynikającą z przepisów ustawy. W przedmiotowym postępowaniu zostały złożone cztery oferty, trzy z nich podlegały odrzuceniu

z powodu zastosowania niewłaściwej stawki podatku VAT. Zamawiający dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej nie naruszył art. 91 ust. 1 ustawy pzp.

Odwołanie nadane zostało do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 3 października 2008 r., a jego kopia przekazana została Zamawiającemu w tym samym dniu. W uzupełnieniu stanowiska przedstawionego w proteście, Odwołujący się wskazał, iż Zamawiający bez żadnego oparcia w stanie faktycznym twierdzi, że OZ-BUD podał niewłaściwą stawkę podatku VAT, ponieważ w ofercie podana została wartość podatku VAT wyrażona w złotych polskich, a nie procentowo. Przyjęcie w ofercie ceny ryczałtowej będzie skutkowało każdorazowo zastosowaniem jednego ze sposobów poprawienia omyłek określonych w art. 88 ust. 1 pkt 3 ustawy. Konsekwencją treści przepisów powołanego artykułu jest zastosowanie całkowitego wyłączenia możliwości określenia błędu w obliczeniu ceny w przypadku, gdy cenę określono za cały przedmiot zamówienia albo jego część (cena ryczałtowa). W takiej sytuacji samo obliczenie ceny zostaje pominięte w ocenie oferty na mocy dyrektywy określonej w art. 88 ust. 1 pkt 3 a ustawy Pzp, nakazującej zamawiającemu przyjęcie ceny ryczałtowej za prawidłową bez względu na sposób jej obliczenia. W efekcie, zamawiający może odrzucić ofertę wykonawcy wyłącznie w przypadku, gdy cena nie została określona jako ryczałtowa i na podstawie innego przepisu nie ma możliwości usunięcia skutków takiego błędu, w szczególności poprawienia omyłki rachunkowej powstałej przy mnożeniu lub sumowaniu składników oferty. Zamawiający w sposób naruszający art. 5 kc dokonał czynności w postępowaniu, uznając najpierw wystąpienie oczywistej omyłki rachunkowej, a następnie dokonując samodzielnych obliczeń rachunkowych w celu wykazania błędnej w jego ocenie stawki podatku VAT.

W dniu 20 października 2008 r. na piśmie przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosiło Przedsiębiorstwo Budowlane INTER-SYSTEM Sp. z o.o.

Na podstawie oryginału dokumentacji, stanowisk stron oraz uczestnika postępowania, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Istota sporu w przedmiotowej sprawie sprowadza się do ustalenia, czy zastosowanie błędnej stawki podatku VAT stanowi omyłkę rachunkową, która podlega poprawieniu w trybie art. 88 ustawy, czy też jest błędem w obliczeniu ceny, skutkującym odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Poza sporem pozostaje okoliczność, iż podana w ofercie cena brutto została obliczona z zastosowaniem niewłaściwej dla zadania nr 2 stawki podatku VAT 22 %. W toku rozprawy strony zgodnie przyznały, iż prawidłową jest stawka

7%. Różnica stanowisk sprowadzała się natomiast do kwestii, czy podanie w formularzu oferty podatku VAT kwotowo, ma znaczenie z punktu widzenia stwierdzenia wystąpienia omyłki rachunkowej, czy też błędu w obliczeniu ceny oferty, będącej ceną ryczałtową. Dodatkowym zagadnieniem wymagającym rozpoznania przez Izbę, jest skuteczność odrzucenia oferty Odwołującego się w kontekście wcześniejszego oświadczenia Zamawiającego, o uznaniu wystąpienia omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny.

Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia ofertę należało sporządzić na formularzu oferty stanowiącym wzór nr 1 do siwz (pkt IX ppkt 4 siwz). Jednocześnie w pkt XI pkt 1 Zamawiający zaznaczył, iż cena ma charakter ceny ryczałtowej. Zamawiający nie wymagał dołączenia do oferty kosztorysów na podstawie, których wykonawcy dokonywali wyceny ceny ofertowej, przyjmując, że podana w ofercie cena ryczałtowa będzie uznana za prawidłową bez względu na sposób jej obliczenia (pkt XI ppkt 6 siwz). Zgodnie z wzorem oferty wykonawcy byli zobowiązani podać cenę netto, podatek VAT (%/PLN) oraz cenę brutto za całość zamówienia, a także w rozbiciu na poszczególne zadania. W specyfikacji zastrzeżono konieczność złożenia oferty na całość zamówienia (pkt II pkt 5 siwz), obejmującego budowę hali (zadanie 1) oraz pielęgnację zieleni (zadanie 2).

W ofercie Odwołującego się podane zostały następujące wartości: cena netto 6.960.303,28 zł., podatek VAT 1.531.266,72 zł., cena brutto 8.491.570,00 zł. (strona 1 oferty). Podana kwota podatku VAT obejmowała kwotę podatku obliczonego dla zadania 2 według stawki 22 % VAT ($103.496,49 * 22\% = 22.769,23$). Strony zgodnie oświadczyły, iż usługi pielęgnacyjne zieleni podlegają zaklasyfikowaniu wg PKWiU do grupy 01.41.12., jako usługi związane z zagospodarowaniem terenów zielonych, które zaliczane są do usług w zakresie rolnictwa, opodatkowanych stawką podatku VAT 7 %.

Dla dokonania oceny prawidłowości czynności Zamawiającego, koniecznym jest dokonanie rozróżnienia omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny, o których mowa w art. 88 ustawy, od błędu w obliczeniu ceny, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp. Oba terminy dotyczą sposobu obliczenia ceny, a różnicę należy sprowadzić do przyczyn zaistniałej niezgodności. W przypadku omyłki rachunkowej zachodzi niezgodność w wyniku rachunku matematycznego, w stosunku do prawidłowo przeprowadzonego działania na podstawie właściwych danych. Natomiast, w przypadku błędu niezgodność ta będzie wynikiem przyjęcia nieprawidłowych danych dla obliczenia ceny. Rozróżnienie obu terminów ma zasadnicze znaczenie dla ustalenia skutków, jakie niosą one za sobą dla złożonej oferty. W przypadku omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny ustawa nakłada na Zamawiającego obowiązek jej poprawienia w sposób określony w art. 88 ustawy pzp. Natomiast każdy błąd w obliczeniu ceny obligatoryjnie skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp.

W ocenie składu orzekającego, Odwołujący się w sposób błędny przyjmuje, że w przypadku ceny ryczałtowej nie może zachodzić podstawa do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, gdyż konieczne jest w każdym przypadku zastosowanie art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. a ustawy Pzp i przyjęcie za prawidłową cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia. W stanie faktycznym sprawy Odwołujący się przyjął niewłaściwą stawkę podatku VAT dla zadania 2, określając kwotę należnego podatku w wysokości 22.769,23 zł. Odwołujący nie popełnił omyłki rachunkowej polegającej na podaniu nieprawidłowego wyniku rachunkowego. Wykonawca przyjął niewłaściwą stawkę podatku VAT, zatem cena zawiera błąd w jej obliczeniu, którego nie można poprawić na podstawie art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. a ustawy Pzp, a tym samym oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Zamawiający nie mógł w takim stanie faktycznym, nawet w przypadku ceny ryczałtowej, dokonywać zmiany poszczególnych elementów składowych, tak aby uzyskać w efekcie wynik końcowy odpowiadający cenie oferty brutto. Działania te prowadziłyby bowiem do zmiany stawki, jaką przyjął Wykonawca dokonując obliczenia ceny, na prawidłową, gdy tymczasem to na Wykonawcy ciąży obowiązek prawidłowego naliczenia należnego podatku. Skład orzekający podkreśla, iż Wykonawca nie popełnił omyłki w obliczeniu podanej przez niego kwoty podatku VAT, gdyż wynik rachunku matematycznego jest prawidłowy, natomiast nieprawidłowa jest stawka podatku VAT, którą Wykonawca przyjął, jako podstawę obliczenia kwoty. Nie można również zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, jakoby podanie kwoty podatku VAT, zamiast stawki określonej procentowo, wykluczało możliwość wystąpienia błędu w obliczeniu ceny. Niezależnie od sposobu przedstawienia zastosowanej stawki podatku VAT, kwotowo, czy też procentowo, nie ma wątpliwości, iż Odwołujący się przyjął niewłaściwą stawkę podatku VAT dla obliczenia ceny oferty brutto. Ponieważ Wykonawca podał kwotę podatku VAT, Zamawiający dokonał wyliczenia stawki przyjętej dla obliczenia ceny oferty brutto. Czynności tej nie można stawiać zarzutu naruszenia art. 5 k.c., gdyż Zamawiający był zobowiązany ustalić, czy nie zachodzi przesłanka do odrzucenia oferty wskazana w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Okoliczności tej nie zmieniło działanie Zamawiającego, który pierwotnie ocenił zaistniały stan faktyczny, jako wypełniający przesłankę omyłki rachunkowej i wezwał Odwołującego się do wyrażenia zgody na jej poprawienie na podstawie art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. a ustawy Pzp. Czynność ta nie może uzasadniać bezskuteczność odrzucenia oferty Odwołującego się, a w konsekwencji dokonania wyboru tej oferty, jako najkorzystniejszej. Oferta zawierająca błąd w obliczeniu ceny nie może być wybrana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a dokonanie wyboru takiej oferty dokonane byłoby z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, który nakłada na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty. W sposób analogiczny należy dokonać oceny wyboru oferty złożonej przez Przystępującego do postępowania odwoławczego. Dokonując wyliczenia ceny oferty

brutto, Wykonawca ten jako jedyny zastosował prawidłową stawkę podatku VAT dla zadania 1 i 2. Zamawiający nie miał zatem podstaw do odrzucenia jego oferty, która jako jedyna prawidłowa mogła być wybrana w niniejszym postępowaniu.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*