

WYROK

z dnia 1 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Dagmara Gałczewska-Romek**

Członkowie: **Przemysław Dzierzędzki**

Izabela Kuciak

Protokolant: **Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 marca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lutego 2013 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Outworking sp. z o.o. sp.k., Outworking APT sp. z o.o. 7 sp.k., Outworking APT sp. z o.o. 10 sp.k. Techno-Service S.A, 61-502 Poznań, ul. Langiewicza 2/10**, w postępowaniu prowadzonym przez **Sąd Okręgowy Warszawa-Praga, 00-898 Warszawa, al. Solidarności 127**,

przy udziale **wykonawcy E.J. B....., prowadzącej działalność gospodarczą p.n. Work Temps, 02-548 Warszawa, ul. Grażyny 15 lok. 201**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności poprawienia omyłki rachunkowej w ofercie odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

2. kosztami postępowania obciąża **Sąd Okręgowy Warszawa-Praga, 00-898 Warszawa, al. Solidarności 127** i

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Outworking sp. z o.o. sp.k., Outworking APT sp. z o.o. 7 sp.k., Outworking APT sp. z o.o. 10 sp.k. Techno-Service S.A, 61-502 Poznań, ul. Langiewicza 2/10** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Sądu Okręgowego Warszawa-Praga, 00-898 Warszawa, al. Solidarności 127** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Outworking sp. z o.o. sp.k., Outworking APT sp. z o.o. 7 sp.k., Outworking APT sp. z o.o. 10 sp.k. Techno-Service S.A, 61-502 Poznań, ul. Langiewicza 2/10** kwotę **18 567 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Warszawa-Praga**.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 339/13

Uzasadnienie

Zamawiający - Sąd Okręgowy Warszawa - Praga w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, którego przedmiotem jest „Świadczenie usługi pracy tymczasowej na rzecz Sądu Okręgowego Warszawa – Praga”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 17 lutego poz. 15434-2013-PL.

W dniu 15 lutego odwołujący - konsorcjum Outworking sp.z o.o. sp.k., Outworking APT sp. z o.o. 7 sp.k., Outworking APT sp. z o.o. 10 sp.k. oraz Techno-Service S.A. wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na poprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej oraz wyborze najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp przez dokonanie poprawki w sytuacji, gdy w ofercie odwołujących nie występowała oczywista omyłka rachunkowa,
2. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. przez wybór oferty innej niż najkorzystniejsza cenowo.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz:

1. nakazanie uchylenia czynności poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie Odwołujących,
2. nakazanie dokonania ponownej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty Odwołujących,
3. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego,
4. zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu uzasadnionych oraz udokumentowanych kosztów udziału w postępowaniu, w tym kosztów zastępstwa.

Odwołujący nie zgodził się z decyzją zamawiającego z dnia 6 lutego 2013 roku o wyborze oferty najkorzystniejszej z ceną 706.243,60 zł brutto oraz o poprawieniu w ofercie odwołującego omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Wskazał, że zaferował cenę 682.017,20 zł brutto. W piśmie z dnia 6 lutego 2013 roku zamawiający dokonał poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w ten sposób, że: cenę netto zmienia z 610.582,95 zł na 496.408,90 zł, kwotę podatku VAT zmienia z 71.434,25 zł na 140 484,08 zł, cenę brutto zmienia z 682.017,20 na 751.017,03 zł. W ocenie odwołującego, orzeczenie Sądu

Najwyższego z dnia 20.10.2011 r. (III CZP 52/11), które powołał zamawiający w decyzji z dnia 6 lutego, zapadło na gruncie odmiennych okoliczności faktycznych, dotyczy bowiem sytuacji, w której w ofercie podano nieprawidłową, niezgodną z prawem stawkę podatku od towarów i usług. W przedmiotowej sprawie, podnoszona przez Zamawiającego nieprawidłowość nie dotyczy jednak przyjętej stawki VAT. Wyjaśnił, że sformułował swoją ofertę w sposób świadomy, zgodny z prawem i postanowieniami siwz. W ofercie wskazano cenę netto i brutto., podano również stawkę podatku VAT w wysokości 23% bowiem usługi będące przedmiotem przetargu opodatkowane są stawką podstawową. Celem spełniania warunków przetargu i wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia, Odwołujący zawiązali konsorcjum. Dwóch spośród konsorcjantów nie jest podatnikami podatku od towarów i usług na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 11.03.2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. 2011 Nr 177 poz. 1054 ze zm.) - korzysta ze zwolnienia tzw. „podmiotowego”. Wobec faktu, iż owi konsorcjanci mieli również wykonywać przedmiot zamówienia i fakturować z tego tytułu zamawiającego, zmuszeni byli uwzględnić tę okoliczność w ofercie. Przywołać wystarczy tu choćby wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku z dnia 09.02.2010 (I SA/Gd 930/09), który stwierdził, że podatnik zwolniony podmiotowo albo przedmiotowo, nie jest uprawniony, ani też zobowiązany do wystawienia faktur VAT z naliczonym podatkiem. Niemożność naliczenia podatku znalazła w ofercie odzwierciedlenie w zmniejszonej kwocie podatku VAT. Formularz ofertowy przygotowany przez zamawiającego wymagał wskazania stawki i kwoty podatku VAT. Jego forma nie pozwalała ponadto na zaprezentowanie kwot podatku w rozbiu na poszczególnych konsorcjantów. Odwołujący zaplanowali więc podział prac i zgodnie z nim udział konsorcjantów będących podatnikami VAT, a tym samym kwotę naliczonego podatku VAT w całym zamówieniu. Wyniosła ona sumę 71.434,25 zł. Dalej w ofercie, Odwołujący podali stawki jednostkowe na poszczególne stanowiska pracy. Zaprezentowane w ofercie wyliczenia są spójne i prawidłowe. Odwołujący przedstawił w formie tabelarycznej wyliczenia cen jednostkowych przypadających dla poszczególnych członków konsorcjum, z którego wynika, że wyłącznie Outworking spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. ma możliwość naliczenia podatku. Odwołujący powołał orzecznictwo KIO oraz sądów okręgowych, z których wynika, że omyłka może być zatem uznana za oczywistą, gdy jest widoczna na pierwszy rzut oka, bezsporna, niebudząca wątpliwości. W przedstawionym stanie rzeczy, nie wystąpiły przesłanki pozwalające Zamawiającemu na uznanie występowania oczywistej omyłki rachunkowej i poprawienia jej. Zdaniem odwołującego, w świetle przywołanych przez niego orzeczeń, bezsprzecznie należy uznać, iż w ofercie Odwołujących nie znalazła się oczywista omyłka. Cena ofertowa obliczona była w sposób prawidłowy i spójny. Pozostawała w matematycznej relacji do zaprezentowanych cen jednostkowych. Nie wystąpiła więc cecha oczywistości i bezsporności omyłki. Po wtóre zaoferowana cena i sposób jej wyliczenia był świadomym wyborem Odwołujących, którzy działali w granicach

prawa i zgodnie z zapisami siwz. Nie można wobec tego mówić o przypadkowości i sprzeczności z wolą wykonawcy, które to atrybuty są również niezbędną kwalifikacją oczywistej omyłki. Po trzecie wreszcie, ingerencja Zamawiającego całkowicie zniekształciła ofertę Odwołujących, co jak wskazują powyższe orzeczenia jest niedopuszczalne.

Ponadto podniósł, że oferta składa się z trzech kwot (netto, brutto i VAT). Dalsza kalkulacja cenowa obejmuje 10 kwot stawek jednostkowych. Całość oferty zawiera więc łącznie 13 kwot. Zamawiający dokonał poprawy wszystkich 13 kwot. W typowej sytuacji poprawienie oczywistej omyłki rachunkowej polega na modyfikacji błędnego wyniku działania arytmetycznego, przy pozostawieniu niezmienionej „lewej” strony równania. W niniejszej sprawie Zamawiający dokonał zmiany każdej liczby znajdującej się w ofercie Odwołujących. W takiej sytuacji nie sposób odtworzyć, w wyniku jakiego działania Zamawiający ustalił prawidłowe jego zdaniem ceny w ofercie. Poprawka zastosowana w niniejszej sprawie nosi wszelkie cechy dowolności. Po za tym jeżeli ani cena brutto oferty, ani jej cena netto nie są zgodne z tymi ustalonymi przez Odwołujących doszło do rażącej zmiany treści ich oświadczenia woli.

Powołał także orzecznictwo KIO, z którego wynika, że jeżeli występuje więcej niż jeden sposób poprawienia błędu to nie stanowi on oczywistej pomyłki. Działania Zamawiającego spowodowały zupełne zniekształcenie oferty Odwołujących. Skutek taki jest niedopuszczalny w ramach poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej, a wystąpił dlatego, że poprawiono ofertę, która omyłki nie zawierała. W orzecznictwie ponadto wskazuje się, że w razie powzięcia przez zamawiającego wątpliwości w zakresie prawidłowości w obliczeniu ceny jego uprawnieniem ale i do pewnego stopnia obowiązkiem jest zwrócenie się do wykonawcy o udzielenie niezbędnych wyjaśnień (por. KIO 2070/12, KIO 2069/12, KIO 1309/12). Zamawiający nie skorzystał z możliwości aby ustalić rzeczywistą wolę Odwołujących, zamiast tego dyskrejonalnie poprawił ofertę, istotnie zmieniając jej treść.

Reasumując, wskazał, że w wyniku niezgodnej z przepisami czynności poprawienia omyłki, nie doszło do wyboru oferty najkorzystniejszej z punktu widzenia ceny. Zwycięska oferta jest o ponad 24 tys. zł wyższa od oferty odwołujących, stanowi to naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. W tym stanie rzeczy, zdaniem odwołującego zasadne jest powtórzenie czynności wyboru ofert z uwzględnieniem oferty odwołujących w jej właściwym brzmieniu.

Do postępowania odwoławczego zgłosił w dniu 18 lutego 2013 roku przystąpienie wykonawca E.J. B....., prowadząca działalność gospodarczą p.n. Work Temps po stronie zamawiającego.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz mając na uwadze stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

Odwołujący złożył ofertę z ceną brutto 682 017,20 zł. Na formularzu oferty, zgodnie z wymaganiami zamawiającego podał łączną wartość netto 610 582, 95 zł, podatek VAT 71 434,25 zł według stawki 23 %. Podał także, zgodnie ze wzorem formularza ofertowego, stawkę miesięczną brutto za jednego pracownika oraz tzw. „dniówkę” i stawkę miesięczną brutto za wszystkie etaty a także stawkę umowną brutto za wszystkie etaty w okresie 15 miesięcy odpowiednio dla stanowisk pomocnika biurowego (18 etatów) oraz dla stanowisk pomocnika asystenta (23 etaty).

Pismem z dnia 6 lutego 2013 roku zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Biznes Partner Sp. z o.o. z ceną 706 243,60 zł oraz o poprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, w ten sposób, że cenę netto zmienił z 610 582,95 zł na 496 408,90 zł, kwotę VAT z 71 434,25 zł na 140 484,08 oraz ceną brutto z kwoty 682 017,20 zł na kwotę 751 017,03 zł.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, wymienione w art. 189 ust. 1 ustawy Pzp a odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania. Ponadto na skutek naruszenia przepisów ustawy Pzp odwołujący może doznać uszczerbku w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Zdaniem Izby, w rozpatrywanym stanie faktycznym nie można mówić o zaistnieniu oczywistej omyłki rachunkowej, o jakiej mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Przepis ten obliguje zamawiającego do poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych wraz z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Przy czym dla zastosowania dyspozycji przywołanego przepisu istotnym jest oczywistość omyłki rachunkowej. Izba wielokrotnie w orzecznictwie podkreślała, że omyłką rachunkową jest widoczny, niezamierzony błąd rachunkowy popełniony przez wykonawcę, który polega na uzyskaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego, w szczególności błędnego zsumowania, odjęcia czy mnożenia poszczególnych pozycji. Oczywistość omyłki polega na tym, że zamawiający może ją poprawić samodzielnie, bez ingerencji ze strony wykonawcy, a jej poprawa jest widoczna na pierwszy rzut oka i nie budzi żadnych wątpliwości.

W zaistniałym stanie faktycznym, nawet gdyby przyjąć za słuszne stanowisko zamawiającego, że usługi, będące przedmiotem zamówienia winny być przez odwołującego objęte jednolitą stawką podatku 23% VAT, to zależnie od przyjęcia za prawidłową wartości netto czy wartości brutto podanej w ofercie, zamawiający może otrzymać różny wynik, co przesądza o tym, że omyłka ta nie ma charakteru oczywistego. Ponadto nie można mówić o oczywistej omyłce, w sytuacji, gdy jak twierdzi odwołujący, cenę oferty sformułował w sposób świadomy i zamierzony.

Zdaniem Izby w rozpatrywanym stanie faktycznym, w ogóle nie mamy do czynienia z omyłką czy błędem w obliczeniu ceny oferty. Przepis art. 23 ust. 1 i 2 ustawy dopuszcza możliwość wspólnego ubiegania się wykonawców o udzielenie zamówienia. Jednocześnie przepisy ustawy Pzp nie określają zasad współpracy oraz sposobu rozliczania się wykonawców w ramach wspólnego złożenia oferty. Sfera kształtowania stosunków między konsorcjantami jest sprawą wewnętrzną konsorcjum i pozostaje w wyłącznej gestii członków konsorcjum. Każdy z konsorcjantów ma prawo realizować przedmiot zamówienia samodzielnie, bowiem na każdym z członków konsorcjum, zgodnie z zasadą solidarnej odpowiedzialności, wynikającej z art. 141 ustawy Pzp, spoczywa odpowiedzialność za należyte wykonanie zamówienia publicznego. Odwołujący złożył ofertę, działając w ramach konsorcjum składającego się z czterech podmiotów: Outworking sp.z o.o. sp.k., Outworking APT sp. z o.o. 7 sp.k., Outworking APT sp. z o.o. 10 sp.k. oraz Techno-Service S.A. Izba przyjęła za wiarygodne wyjaśnienia złożone przez odwołującego, z których wynika, że dwóch z konsorcjantów nie jest podatnikami podatku od towarów i usług i korzysta ze zwolnienia podmiotowego, wynikającego z art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 11.03 2004 o podatku od towarów i usług (Dz. U 2011, Nr 177, poz. 1054 ze zm.). Przepis ten zwalnia od podatku od towarów i usług podatników, u których wartość sprzedaży opodatkowanej nie przekroczyła łącznie w poprzednim roku podatkowym kwoty 150 000 zł. Podkreślenia wymaga, że zamawiający co do zasady, nie kwestionował tak w toku rozprawy, jak i w złożonej odpowiedzi na odwołanie, istnienia podmiotowego zwolnienia podatkowego w odniesieniu do kilku członków konsorcjum. Wskazywał jedynie, że na etapie oceny ofert nie miał wiedzy o zastosowaniu w odniesieniu do członków konsorcjum zwolnienia podmiotowego, o którym mowa w art. 113 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług, bowiem okoliczność ta nie została w ogóle wskazana w treści oferty a zamawiający nie był związany zawiadomieniem odwołującego z dnia 31 stycznia 2013 roku, dostarczonym 6 lutego, w którym odwołujący wskazał istnienie okoliczności zwolnienia podmiotowego. Pismo to zamawiający pozostawił bez rozpoznania, bowiem wpłynęło ono po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Powołując się na ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, należy wskazać, że zamawiający na każdym etapie postępowania o zamówienie publiczne, w sytuacji powzięcia

informacji o okolicznościach, które mogły mieć wpływ na wydane przez niego decyzje, może doprowadzić do unieważnienia błędnie podjętej decyzji.

Izba uznała za prawidłowe wyjaśnienia odwołującego złożone w treści odwołania, poparte rozbiciem cen przypadających na poszczególnych konsorcjantów, z których wynika, że jedynie Outworking sp. z o.o. Sp.k. nalicza podatek 23 % VAT i będzie ona świadczyć usługi w zakresie 18 etatów pomocnika urzędnika oraz 5 etatów pomocnika asystenta. Dwóch konsorcjantów świadczących usługi w zakresie 18 etatów pomocnika asystenta podlega zwolnieniu podmiotowemu, o którym mowa w art. 113 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług i wykonując te usługi, nie nalicza podatku VAT. Stąd prawidłowym jest podanie w ofercie odwołującego podatku VAT 23 % w wysokości 71 434, 25 zł jako podatku naliczonego wyłącznie od usług wykonywanych przez Outworking Sp. z o.o. Sp. k.

Mając na uwadze powyższe oraz uwzględniając treść art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, który obliguje Izbę do wzięcia pod uwagę przy wydaniu wyroku stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....