

**Sygn. akt: KIO 3007/22**

**WYROK**

**z dnia 29 listopada 2022 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Irmina Pawlik**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 listopada 2022 r. przez wykonawcę Metal Expert Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka jawna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego ENEA Ciepło Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku

przy udziale wykonawcy Remak-Energomontaż Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Metal Expert Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka jawna z siedzibą w Warszawie i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający ENEA Ciepło Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Odtworzenie turbozespołu TZ4 w Enea Ciepło sp. z o.o. Oddział Elektrociepłownia Białystok” (nr ref. OZ/260/MW/U/09/22). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 10 października 2022 r. pod numerem 2022/S 195-554399. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 14 listopada 2022 r. wykonawca Metal Expert Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka jawna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec zaniechania zaproszenia Odwołującego do aukcji, w tym od uznania, że jego oferta podlega odrzuceniu z uwagi na błędne obliczenia kwot podatku VAT oraz zaniechania poprawienia omyłki. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 232 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zaproszenia Odwołującego do aukcji elektronicznej, w sytuacji gdy jego oferta nie podlegała odrzuceniu, a zatem winien wykonawca zostać zaproszony do aukcji;
2. art. 223 ust. 2 pkt 2) lub 3) ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia omyłki rachunkowej lub innej omyłki z formularza ofertowego Odwołującego w zakresie wyliczenia kwoty podatku VAT w pkt 1.2 formularza (zakres opcjonalny), w sytuacji w której oczywistym była stawka podatku VAT, jaką należy zastosować do postępowania, a jedynie uchybienie wynikało z błędnej działalności matematycznej, czyli w postaci błędnego wyliczenia kwoty podatku VAT, co stanowi oczywistą omyłkę rachunkową lub ewentualnie inną omyłką;
3. art. 226 ust. 1 pkt 10) i 5) ustawy PZP poprzez uznanie, że doszło w ofercie Odwołującego do błędu w obliczeniu ceny lub niezgodności z SWZ, w sytuacji w której uchybienie klasyfikowało się do poprawienia w trybie z art. 223 ust. 2 ustawy Pzp;
4. art. 232 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zaproszenia do aukcji elektronicznej Odwołującego w sytuacji w której zgodnie z protokołem postępowania przekazanym Odwołującemu 10 listopada 2022 r. z uwzględnieniem art. 71 ust. 1 ustawy Pzp, brak jest informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, protokół postępowania o udzielenie zamówienia prowadzony jest na bieżąco – a zatem wobec braku informacji o powodach zaniechania wezwania w protokole postępowania, niezasadnie pominięto zaproszenie do

Odwołującego do aukcji, w sytuacji w której ocena ofert pod kątem przesłanek z art. 226 ust. 1 ustawy Pzp winna nastąpić przed zaproszeniem do aukcji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyników aukcji elektronicznej i samej aukcji, nakazanie ponowienia czynności badania i oceny ofert, nakazanie zaniechania odrzucenia oferty Odwołującego i nakazanie dokonania poprawy omyłki w ofercie Odwołującego w zakresie prawidłowego wyliczenia kwoty podatków VAT w pozycji 1.2 formularza ofertowego oraz w konsekwencji w pozycji 1 formularza ofertowego, nakazanie zaproszenia do aukcji elektronicznej Odwołującego, nakazanie ponowienia aukcji elektronicznej.

Odwołujący wyjaśnił, iż nie otrzymał zaproszenia do aukcji elektronicznej. Do 8 listopada 2022 r. nie miał wiedzy, że zaproszenie do aukcji zostało wystosowane do pozostałych oferentów, jak też, że aukcja została już przeprowadzona. Odwołujący dowiedział się o przeprowadzeniu aukcji w trakcie rozmowy z jednym z pozostałych oferentów, co skutkowało niezwłocznym kontaktem z Zamawiającym. Zamawiający w korespondencji mailowej z 8 listopada 2022 r. potwierdził, że Odwołujący nie został zaproszony do aukcji. Odwołujący pozyskał również aktualny na dzień 10 listopada 2022 r. protokół postępowania, w którym brak jest informacji o fakcie zaproszenia do aukcji, jak też informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Odwołujący w takiej sytuacji, mając na uwadze art 515 ust. 3 pkt 1) ustawy Pzp, złożył niniejsze odwołanie.

Uzasadniając zarzuty nr 1-3 Odwołujący wskazał, iż w załączniku do oferty pn. Tabela odtworzenia, kwoty jednostkowe zostały podane prawidłowo w wartości netto. Co więcej również w formularzu oferty wszelkie kwoty netto zostały podane w sposób prawidłowy. Wyjaśnił, iż w formularzu oferty Odwołującego rzeczywiście doszło do omyłkowego wyliczenia wyłącznie kwot podatku VAT podanych kwot netto i to w przypadku jedynie z pozycji 1.2 formularza oferty i w konsekwencji całej ceny ofertowej (zarówno kwoty podatku VAT, jak i kwoty brutto). W przypadku jednak wszystkich kwot (netto, VAT, brutto) w zakresie zamówienia podstawowego nie doszło do żadnej omyłki. Odwołujący podniósł, że w formularzu oferty Odwołujący nie był zobowiązany do podawania w żadnym miejscu stawki podatku VAT. Formularz oferty został opracowany przez Zamawiającego. Odwołujący podkreślił, iż w pozycji 1.1 formularza oferty wyliczył prawidłowo kwotę podatku VAT oraz kwotę brutto w zakresie zamówienia podstawowego. Oczywistym przy tym też jest, że w niniejszej sprawie obowiązywała podstawowa stawka podatku VAT, czyli 23%. Wynika to m.in. również z kwot podanych przez Odwołującego w zakresie zamówienia podstawowego. Odwołujący wskazał, iż Zamawiający zna cenę netto i stawkę podatku VAT, które to zostały podane w ofercie wykonawcy. Biorąc więc pod uwagę, że Zamawiający wskazał sposób obliczenia ceny, zgodnie z którym cenę brutto należy wyliczyć poprzez dodanie do ceny

netto wartości stosownego podatku VAT, w tym przypadku prawidłową cenę brutto należy obliczyć i poprawić poprzez wykonanie działania matematycznego na podstawie danych zawartych w ofercie. W oparciu o dane dotyczące kwot zamówienia podstawowego, które nie jest dotknięte omyłkami, wynika stawka podatku VAT w wysokości 23%. Odnosnie bowiem do zamówienia opcjonalnego zastosowanie ma ta sama stawka, co nie ulega żadnym wątpliwości.

Odwołujący wskazał, iż w pozycji 1.2 formularza ofertowego podano kwotę netto 1.562.432,00 zł (prawidłowo), kwota zaś podatku VAT zamiast podanej 285.559,36 zł winna wynosić 359.359,36 zł. Kwota zaś brutto zamiast wynosić 1.847.991,36 zł winna wynosić 1.921.791,36 zł. Odwołujący dopuścił się omyłki w działaniach matematycznych. Nie istnieje bowiem stawka podatku około 18%, a kwota 285.559,36 zł stanowi mniej więcej 18% z kwoty 1.562.432,00 zł, a takiej stawki nie ma. Co więcej oczywistość stosowania stawki 23% jest bezsporna, gdyż wynika z cen i kwot podatku podanych w ofercie Odwołującego przy zamówieniu podstawowym. W konsekwencji w pozycji 1 formularza ofertowego kwota całkowita brutto winna wynosić 10.019.091,27 zł (8.097.299,91 + 1.921.791,36); podatek VAT zaś 1.873.488,61 zł (1.514.129,25 + 359.359,36). Kwoty netto wszędzie są prawidłowe. Powyższe drobne błędy stanowiły omyłkę rachunkową lub ewentualnie inną omyłkę w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.. Zamawiający jest zobowiązany przepisami ustawy Pzp do dokonywania obligatoryjnie poprawy omyłek, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzo i nie może wyłączyć, ani ograniczyć takiego obowiązku postanowieniami SWZ. Czynność poprawienia omyłek jest czynnością obowiązkową, dokonywaną na etapie badania i oceny ofert jeszcze przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty. Przepis powyższy stanowi zatem *ius cogens* i nakazuje Zamawiający dokonania poprawienia błędów kwalifikujących się do ww. kategorii.

W ocenie Odwołującego w niniejszej sprawie mamy do czynienia z omyłką rachunkową podlegającą poprawie w trybie art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, a jeżeli postanowienie 19.5 SWZ miałyby zastosowanie, to poprawienie kwot z pozycji 1 oraz pozycji 1.2 w zakresie związanym z wysokością podatku VAT za zamówienie opcjonalne, winno być poprawione nie jako „oczywista omyłka”, ale jako „inna omyłka” z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał też, że podstawa do zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest też z tego powodu, że w niniejszej sprawie przewidziana została aukcja elektroniczna, a więc poprawa omyłek i tak nie powoduje, że cena ofertowa ma charakter ostateczny, albowiem w toku aukcji następują postąpienia w zakresie cen ofert. Wobec tego nie ma istotnych zmian w treści oferty skutkujących niezgodnością „istotną” z SWZ. Odwołujący powołał się w tym kontekście na wyroki KIO w sprawie o sygn. akt KIO 1968/17 oraz KIO 489/14. Odwołujący powołał się też na komentarz "Prawo zamówień publicznych.

Komentarz", H. Nowak, M. Winiarz (red.), Warszawa 2021, s. 721-722. Podkreślił, że poprawa omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Powołał się na wyroki w sprawie KIO 987/22, KIO 2650/13 oraz na wskazania Urzędu Zamówień Publicznych z opinii pt.: "Omyłki i błędy w ofertach wykonawców - analiza na przykładzie orzecznictwa sądów okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej". Dodatkowo w kontekście marginalnej stawki VAT wskazał na sprawę KIO 430/14. Następnie Odwołujący za wyrokiem w sprawie KIO 3613/21 a contrario wskazał, że Zamawiający może w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zmienić wartości składowych ceny oferty wpisanych w pozycjach formularza oferty, gdy jest możliwe wyliczenie tych wartości na podstawie danych zawartych w ofercie lub choćby wynikających z treści oferty lub też pochodzących z treści SWZ. Z tego względu Zamawiający naruszył zarówno zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak i przepis art. 223 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a w konsekwencji także art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał na wyrok w sprawie KIO 1292/22 podkreślając, iż z uwagi na aukcję wyeliminowanie i brak poprawienia nie jest ekonomicznie uzasadnione, albowiem większa konkurencja doprowadziłaby do większej konkurencji w aukcji i zapewne do niższych cen ostatecznych.

W odniesieniu do zarzutu nr 4 Odwołujący podniósł, iż w otrzymanym po przeprowadzeniu aukcji protokole postępowania, brak jest informacji o powodach niedopuszczania do aukcji Odwołującego - stan protokołu na dzień 10 listopada 2022 r. - stosowanie do przekazanej zgodnie z art. 74 ust. 1 ustawy Pzp informacji i wersji Odwołującemu. Protokół postępowania sporządza się zaś na bieżąco, dokumentując poszczególne czynności podejmowane w postępowaniu. Protokół postępowania jest dokumentem, który ma na celu zapewnienie przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dlatego też powinny zostać w nim zawarte wszystkie istotne informacje dotyczące jego przebiegu. Powyższe tłumaczy się jako sporządzanie protokołu na bieżąco. Odwołujący wskazał na uchwałę z 13 grudnia 2019 r. (KIO/KU 76/19) oraz uchwałę z 6 lutego 2016 r. (KIO/KD 11/16). Podkreślił, że sporządzanie protokołu stanowi obowiązek zamawiającego przy udzielaniu zamówienia w każdym trybie i niezależnie od wartości zamówienia. Obowiązkiem zamawiającego jest bieżące dokumentowanie czynności podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż protokół winien odzwierciedlać krok po kroku przebieg postępowania. Protokół stanowi więc odzwierciedlenie czynności związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, rozumianego jako swego rodzaju proces, który rozpoczyna powstanie u zamawiającego potrzeby zakupu określonych usług, dostaw lub robót budowlanych, a kończy powstanie możliwości zaspokojenia tych potrzeb w następstwie podpisania umowy z podmiotem wyłonionym po zastosowaniu odpowiednich procedur. Protokół sporządza się w

trakcie postępowania, czyli wraz z dokonywaniem poszczególnych czynności. Obowiązek sporządzenia protokołu powstaje więc w chwili wszczęcia postępowania. Jednocześnie przepis, przesądzając, iż protokół powinien być prowadzony na bieżąco, wskazuje, że informacje zawierane w protokole, które odnoszą się do czynności poprzedzających wszczęcie postępowania, powinny być w nim zamieszczone niezwłocznie po wszczęciu postępowania. Odwołujący wskazał, iż ocena ofert oraz wszelkie okoliczności przed zaproszeniem do aukcji winny być wyjaśnione. Do aukcji zaprasza się bowiem wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu, a więc wynik tej oceny musi być ujawniony w protokole postępowania na dzień zaproszenia do aukcji, a tej informacji brak.

Zamawiający w dniu 23 listopada 2022 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 1) ustawy Pzp, ewentualnie o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego.

Uzasadniając wniosek o odrzucenie odwołania Zamawiający wskazał, iż nie dokonał w istocie jeszcze czynności w postaci powiadomienia wykonawców o odrzuceniu ofert wraz z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego podjętej decyzji. Tym samym odwołanie od czynności Zamawiającego wniesione zostało przed dokonaniem przez Zamawiającego czynności tj. przed powiadomieniem wykonawców, w tym Odwołującego o odrzuceniu ofert zgodnie z art. 253 ust. 1 ustawy Pzp. Podkreślenia wymaga, że czytając całość zarzutów i żądań odwołania, w przeświadczeniu Zamawiającego istota odwołania sprowadza się do zakwestionowania czynności, która formalnie nie miała jeszcze miejsca. Tym samym uzasadnione okolicznościami wątpliwości budzi w przekonaniu Zamawiającego możliwość realnego skorzystania przez Wykonawcę ze środków ochrony prawnej co do czynności jaka de facto nie została jeszcze dokonana.

Odnosząc się do zarzutów nr 1-3 odwołania Zamawiający wskazał m.in., iż ma obowiązek zaprosić do udziału w aukcji jedynie tych spośród wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu. Tym samym nie ulega wątpliwości, że działanie Zamawiającego w postaci zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej, także w przypadku stosowania procedury odwróconej jak w niniejszym postępowaniu, winna poprzedzać weryfikacja ofert pod kątem wystąpienia lub nie przesłanek do ich odrzucenia. Powyższy obowiązek w pełni koresponduje z dyspozycją przepisu art. 227 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający następnie powołał się na pkt 19.4.-19.5. SWZ i podniósł, iż nie podał stawki należnego podatku VAT, pozostawiając tym samym przedmiotowy element ceny jako leżący wyłącznie w gestii wykonawcy element cenotwórczy oferty, który każdy z oferentów winien w sposób zgodny z prawem i prawidłowy ustalić, wyliczyć i wskazać w treści oferty. Zamawiający opisał także konstrukcję formularza ofertowego oraz obowiązki wykonawcy związane z jego wypełnieniem. Podkreślił, iż oferent zobligowany był do wyliczenia i podania ceny łącznej

oferty ze wskazaniem wartości netto, samodzielnego ustalenia i zastosowania poprawnej stawki podatku VAT i w jej następstwie, ustalenia i podania wysokości (kwotowo) podatku VAT dla całego przedmiotu zamówienia wraz ze wskazaniem wartości brutto oferty (pkt 1 formularza ofertowego), a także z uwzględnieniem – dodatkowo - ich odrębnego określenia w ramach oferty dla zakresu podstawowego (pkt 1.1. f Formularza „Oferta”) i dla zakresu opcjonalnego (pkt 1.2. Formularza „Oferta”). Zamawiający wyjaśnił, iż przed podjęciem decyzji o przeprowadzeniu aukcji oraz przed zaproszeniem oferentów do udziału w niej zbadał wszystkie złożone oferty, w tym ofertę Odwołującego, pod kątem zaistnienia ewentualnych przesłanek do odrzucenia ofert. Zamawiający przywołał treść Formularza „Oferta” złożonego przez Odwołującego. Dodał też, że w ramach Tabel jakie wypełniali oferenci na potrzeby ustalenia ceny oferty (wskazania kosztów i cen poszczególnych pozycji prac składających się łącznie na przedmiot umowy obejmujący zakres podstawowy i zakres opcjonalny prac) oferenci operowali kwotami netto. Tym samym z treści zapisów Tabeli stanowiącej załącznik do oferty możliwa do zweryfikowania i ustalenia przez Zamawiającego była jedynie cena netto całego przedmiotu umowy z uwzględnieniem ceny netto prac odrębnie w zakresie podstawowym i odrębnie w zakresie opcjonalnym.

Zamawiający wskazał następnie, iż właściwą stawką podatku VAT w ramach przedmiotu zamówienia winna być w ocenie Zamawiającego stawka podstawowa tj. stawka 23%. W razie zastosowania przez Odwołującego właściwej stawki podatku VAT, cena oferty Odwołującego winna dla poszczególnych pozycji z oferty wyglądać następująco: cena ofertowa za całość przedmiotu zamówienia: netto 8.145.602,66 zł, brutto 10.019.091,27 zł (a jest 9.945.291,27 zł), podatek VAT 1.873.488,61 zł (a jest 1.799.688,61 zł) , (pkt 1 oferty) , w tym: cena za zakres podstawowy: netto 6.583.170,66 zł , brutto 8.097.299,91 zł , podatek VAT powinno być i jest 1.514.129,25 (pkt 1.1. oferty), cena za zakres opcjonalny: netto 1.562.432,00 zł, brutto 1.921.791,36 zł (a jest 1.847.991,36 zł), podatek VAT 359.359,36 zł (a jest 285.559,36 zł) ( pkt 1.2. oferty).Porównanie wysokości kwot należnego podatku VAT wyliczonego przez Odwołującego w ramach złożonej oferty – co do ceny łącznej oferty (pozycja nr 1 oferty) jak i ceny oferty w zakresie prac opcjonalnych ( pkt 1.2. oferty), prowadzi do wniosku, że ustalając stawkę podatku VAT w ich zakresie oferent zastosował nie tylko nieprawidłową stawkę podatku VAT, lecz także- na co należy zwrócić uwagę- stawkę podatku VAT nieznaną prawu a mianowicie stawkę 18,2765944 % VAT dla punktu 1.2. Formularza „Oferta” oraz stawkę 22,09398966 % VAT dla punktu 1 Formularza „Oferta”. Zamawiający podniósł, iż oferent zastosował nieprawidłową i nieznaną w istocie prawu stawkę podatku VAT w zakresie ceny łącznej oferty ( pkt 1 Formularza „Oferta”) oraz w zakresie ceny oferty co do prac opcjonalnych (pkt 1.2. Formularza „Oferta”). Fakt zastosowania w ramach jednego z elementów ceny tj. w zakresie ceny za zakres

podstawowy, stawki podatku VAT podstawowej tj. 23% i wyliczenia tego elementu ceny prawidłowo, w ocenie Zamawiającego pozostawało bez wpływu na konieczność dokonania oceny oferty jako zawierającą błąd w ustaleniu ceny, a nie jak chce Odwołujący, oczywistą omyłkę rachunkową lub inną omyłkę.

Zamawiający poparł swoje wywody orzecznictwem Sądu Najwyższego, Izby oraz poglądami przedstawicieli doktryny. Zamawiający podkreślił, iż nie określił w dokumentacji postępowania stawki podatku VAT. Tym samym co do zasady – wnioskując zgodnie z interpretacją wyrażoną przez Sąd Najwyższy - w ogóle nie może dojść do wystąpienia innej omyłki w rozumieniu przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający powołał także orzecznictwo dotyczące problematyki oczywistej omyłki rachunkowej, w szczególności wyrok z dnia 13 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1313/20. Zamawiający wskazał, iż wobec popełnionych przez Odwołującego błędów nie był uprawniony ani zobowiązany do podjęcia działań o jakich mowa w art. 223 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp, jak również działań przewidzianych w art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Zważywszy na rodzaj popełnionego przez Odwołującego błędu, w okolicznościach faktycznych i prawnych niniejszej sprawy Zamawiający mógł podjąć jedynie jedną decyzję, a mianowicie dokonać oceny wstępnej oferty Odwołującego jako zawierającą błąd w ustaleniu ceny. Za zasadnością przyjętego przez Zamawiającego stanowiska i działania jak wyżej przemawia dodatkowo stanowisko pracownika Odwołującego przedstawione w korespondencji mailowej z dnia 08.11.2022r. skierowanej do Zamawiającego, a z którego jednoznacznie wynika, że powodem błędów w ofercie jest przygotowanie przez Odwołującego oferty w ostatniej chwili zaś podana przez oferenta stawka podatku VAT , wyliczona wysokość podatku VAT i ceny brutto zostały omyłkowo wskutek błędu i pośpiechu oferenta zaczerpnięte z kalkulacji wykonanej w ramach innego postępowania. W ocenie Zamawiającego symptomatyczne jest, iż Odwołujący jako dowód w sprawie do odwołania załączył niepełną korespondencje mailową, całkowicie pomijając wiadomość e-mail o jakiej mowa powyżej. W przeświadczeniu Zamawiającego istotnym jest, że oświadczenie takiej a nie innej treści zostało złożone przez przedstawiciela Odwołującego umocowanego do działania w niniejszym postępowaniu tj. pracownika Odwołującego. Treść wiadomości e-mail dodatkowo potwierdza, że nie sposób mówić o omyłce arytmetycznej bowiem stawkę VAT jak i będące jej wynikiem wartości kwoty podatku VAT wskazane w ofercie, Odwołujący jak sam oświadczył, przekopiował z innej kalkulacji tyczącej się zupełnie innego postępowania bądź co najmniej innej wersji wyliczeń niż ostatecznie przyjęta na potrzeby składanej oferty. Nie zmienia to jednak istoty sprawy, bowiem potwierdza, że Odwołujący konstruując ofertę wskutek braku należytej staranności złożył ofertę zawierającą błąd w ustaleniu ceny, nie zaś oczywistą omyłkę rachunkową lub



inną omyłkę, do poprawienia których Zamawiający byłby zobligowany na gruncie obowiązującej ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu nr 4 Zamawiający wskazał w szczególności, iż zobligowany jest do działania w zgodzie także z innymi normami ustawy Pzp, w tym w szczególności z art. 253 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym w ocenie Zamawiającego, do czasu wyboru najkorzystniejszej oferty treść jawnie dostępnego protokołu z postępowania nie może zawierać informacji do podania, których Zamawiający na podstawie innych przepisów ustawy jest uprawniony i zobowiązany dopiero na konkretnie wskazanym przez ustawodawcę etapie postępowania. celem bieżącego odnotowywania i dokumentowania poszczególnych czynności podejmowanych w toku prowadzonego postępowania, niezależnie od prowadzenia i uzupełnienia protokołu z postępowania, przy uwzględnieniu ograniczeń jakie w istocie nakłada na Zamawiającego regulacja art. 253 ustawy Pzp, czynności dokumentowane są m.in. w postaci protokołów z posiedzeń Komisji Przetargowej. W ramach protokołów z posiedzeń Komisji Przetargowych Zamawiający m.in. dokumentuje przebieg postępowania jak i podjęcie określonych czynności w toku postępowania, o których zaistnieniu jak i treści, może powiadomić dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty. Informacja o wstępnej ocenie ofert, w tym oferty Odwołującego dokonana na podstawie i w zgodzie z przepisem art. 232 ust. 1 ustawy Pzp, jak również zakwalifikowaniu oferty Odwołującego jako podlegającej odrzuceniu zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp wobec braku możliwości zastosowania w tym wypadku art. 223 ust. 2 pkt 2) i pkt 3) PZP, zawarta została właśnie w protokole Komisji Przetargowej. Protokoły Komisji Przetargowych stanowią w istocie załączniki do protokołu z postępowania, co z kolei implikuje po stronie Zamawiającego w ich zakresie działanie zgodne z dyspozycją przepisu art. 74 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania. Zamawiający wskazał, iż na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mając na uwadze powołane regulacje prawne, działając w zgodzie z zasadą równego traktowania wykonawców, nie był uprawniony ani zobowiązany do udostępnienia Odwołującemu treści protokołu z postępowania zawierającego informację o odrzuceniu oferty Odwołującego wraz z podaniem podstawy prawnej jak i faktycznej podjętej decyzji, jak również nie był uprawniony ani zobowiązany do powiadomienia Odwołującego w inny sposób o odrzuceniu czy też zakwalifikowaniu jego oferty do odrzucenia oraz uzasadnieniu takiej decyzji i działania Zamawiającego. W przekonaniu Zamawiającego działanie przeciwne do podjętego przez Zamawiającego tj. udostępnienie Odwołującemu protokołu z postępowania na obecnym etapie postępowania uzupełnionego o informację o odrzuceniu i podstawach odrzucenia oferty Odwołującego, stanowiłoby działanie sprzeczne z dyrektywą wyrażoną w

przepisie art. 253, art. 74 ust. 2 ustawy Pzp oraz naruszałoby podstawową zasadę postępowania z art. 16 ustawy Pzp, tj. zasadę prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wszystkich wykonawców.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Remak-Energomontaż Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie.

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Odwołującego wykonawcy ZRE Katowice Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach, stwierdzając, iż brak jest po jego stronie interesu w rozstrzygnięciu postępowania na korzyść Odwołującego.

Zgodnie z art. 525 ust. 3 ustawy Pzp wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron. Warunkiem dopuszczenia do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika jest zatem posiadanie interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść tej strony, do której się przystępuje.

W przedmiotowym przypadku zakresem odwołania objęto wyłącznie czynności i zaniechania Zamawiającego odnoszące się do sytuacji Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Odwołujący podjął działania zmierzające do obrony własnej oferty i umożliwienia mu udziału w aukcji elektronicznej i ubiegania się o zamówienie. Odwołujący zakresem żądań objął przede wszystkim nakazanie Zamawiającemu dokonania poprawy omyłki w ofercie Odwołującego w zakresie prawidłowego wyliczenia kwoty podatków VAT w formularzu ofertowym oraz nakazanie Zamawiającemu zaproszenia go do aukcji elektronicznej Odwołującego. Interes wykonawcy ZRE Katowice S.A. niewątpliwie nie materializuje się w tym, aby jego bezpośredni konkurent mógł ubiegać się o zamówienie. Przystępujący swój interes w rozstrzygnięciu postępowania odwoławczego na korzyść Odwołującego upatrywał wyłącznie w tym, że musiałyby to się wiązać z nakazaniem Zamawiającemu unieważnienia przeprowadzonej aukcji elektronicznej, w której wykonawcy ZRE Katowice S.A. nie udało się zaoferować najkorzystniejszej ceny. Jak wskazano w piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia do postępowania *„uwzględnienie odwołania doprowadzi do powtórzenia aukcji elektronicznej, a tym samym Przystępujący ponownie*

*będzie miał możliwość wygrania postępowania.”* W ocenie składu orzekającego tego rodzaju sytuacja, w której wykonawca - nie posiadając w istocie realnego interesu w tym, by Odwołujący mógł ubiegać się o zamówienie - wykorzystuje fakt wniesienia odwołania przez swojego konkurenta, aby mieć możliwość ponownego udziału w aukcji, która być może tym razem zakończyłaby się dla niego korzystnym wynikiem, nie mieści się w pojęciu interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której się przystępuje, o którym mowa w art. 525 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Za niezasadny Izba uznała wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy. Przesłanka ta dotyczy sytuacji, kiedy postępowanie prowadzone jest z wyłączeniem przepisów ustawy Pzp, tj. sytuacji, kiedy przepisów tej ustawy w ogóle się nie stosuje. Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy Pzp, co wskazano we wstępnej części uzasadnienia. Art. 528 ust. 1 ustawy Pzp nie obejmuje swoim zakresem przypadku wskazywanego przez Zamawiającego, tj. wniesienia odwołania przed poinformowaniem wykonawcy o czynności odrzucenia jego oferty z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego.

Następnie Izba uznała, iż Odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i nakazania Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, poprawienia oferty Odwołującego i zaproszenia go do aukcji elektronicznej, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego. Izba uwzględniła również treść korespondencji mailowej prowadzonej przez Odwołującego z Zamawiającym w dniu 8 listopada 2022 r.

Przedmiotem zamówienia, zgodnie z pkt III Części 1 SWZ – Instrukcja dla Wykonawców, jest wykonanie w Elektrociepłowni Białystok w latach 2022-2023 prac odtworzeniowych turbiny V63 wraz z generatorem BRUSCH 81H 592782/2 i urządzeniami pomocniczymi, w tym: a) zawory odcinające; b) zawory regulacyjne; c) układ przepływowy;

d) generator; e) układ olejowy; f) obracarkę; g) urządzenia pomocnicze; h) aparaturę AKPiA. Zakres prac odtworzeniowych przewiduje realizację tzw. remontu kapitalnego turbozespołu TZ4.

W pkt 19.1 IDW wskazano, iż cenę Oferty stanowi wartość wyrażona w PLN, którą Zamawiający jest zobowiązany przy założeniu pełnej realizacji Przedmiotu Zamówienia zgodnie z zakresem określonym we Wzorze Umowy (Część 2 SWZ). Cena oferty powinna być obliczona przez Wykonawcę jako suma kolumn: „Cena jednostkowa (PLN netto)” dla poszczególnych prac, które są określone w Tabeli pod nazwą: „Zakres prac odtworzeniowych TZ4\_2022\_2023” (Załącznik nr 2 do Formularza „Oferta”) Wykonawca zobowiązany jest wypełnić wszystkie rubryki Załącznika nr 2 do Formularza „Oferta”. Zamawiający poinformował, iż ceny jednostkowe wskazane przez Wykonawcę w wypełnionym Załączniku nr 2 do Formularza „Oferta” będą podstawą rozliczeń w ramach Umowy jako załącznik nr 1 – 2 do Umowy (Część 2 SWZ).

Dalej w pkt 19.3 IDW wskazano, iż w Formularzu „Oferta” należy podać cenę oferty: 19.3.1. łącznie z podatkiem VAT (brutto), 19.3.2. stawkę podatku VAT, 19.3.3. kwotę podatku VAT, 19.3.4. bez podatku VAT (netto). Zgodnie z pkt 19.4 prawidłowe ustalenie podatku VAT należy do obowiązków Wykonawcy zgodnie z przepisami Ustawy o podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowym. W pkt 19.5 IDW Zamawiający wskazał, iż nie uzna za oczywistą omyłkę i nie będzie poprawiał błędnie ustalonego podatku VAT.

Zgodnie z pkt 21.1. IDW po dokonaniu oceny Ofert, w celu wyboru Najkorzystniejszej Oferty zostanie przeprowadzona aukcja elektroniczna, jeżeli złożone będą co najmniej 2 Oferty niepodlegające odrzuceniu (art. 227 ust. 1 Ustawy). W pkt 21.1.3 wskazano, iż Zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich Wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu (art. 232 ust. 1 Ustawy). Za dzień przekazania zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej uważa się dzień wysłania zaproszenia z komputera Zamawiającego.

Zamawiający we wzorze formularza „Oferta” wymagał podania przez wykonawców w pkt 1 za wykonanie przedmiotu zamówienia kwoty brutto, kwoty podatku VAT oraz kwoty netto z rozbiem w pkt. 1.1 i 1.2 na zakres podstawowy i zakres opcjonalny.

W postępowaniu wpłynęły trzy oferty: Odwołującego, Przystępującego oraz wykonawcy ZRE Katowice S.A. Odwołujący w treści formularza „Oferta”) podał dla poszczególnych pozycji oferty następujące kwoty: cena ofertowa za całość przedmiotu zamówienia: netto 8.145.602,66 zł , brutto 9.945.291,27 zł, podatek VAT 1.799.688,61 zł, (pkt 1 oferty), w tym: cena za zakres podstawowy: netto 6.583.170,66 zł , podatek VAT 1.514.129,25 zł, brutto 8.097.299,91 zł (pkt 1.1. oferty), cena za zakres opcjonalny: netto 1.562.432,00 zł , podatek

VAT 285.559,36 zł, brutto 1.847.991,36 zł (pkt 1.2. oferty). Wskazane ceny netto były zgodne z cenami wynikającymi z załączonej do oferty Tabeli „Zakres prac odtworzeniowych TZ4\_2022\_2023.”

Zamawiający w protokole posiedzenia Komisji powołanej do przygotowania i przeprowadzenia postępowania z dnia 28 października 2022 r. zawarł ustalenia wynikające z dokonanej przed aukcją elektroniczną oceny ofert. Znalazły się tam m.in. ustalenia dotyczące stwierdzonych w ofercie Odwołującego błędów. Następnie w dniu 31 października 2022 r. Zamawiający zaprosił dwóch wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej, którą przeprowadzono w dniu 4 listopada 2022 r. Zamawiający nie zaprosił do udziału w aukcji Odwołującego. Po aukcji Zamawiający prowadził dalszą procedurę związaną z kwalifikacją podmiotową wykonawcy, którego ofertę oceniono najwyżej.

W międzyczasie, w dniu 8 listopada 2022 r., Odwołujący wysłał do Zamawiającego (tj. do osoby uprawnionej do kontaktów z wykonawcami zgodnie z pkt 13.8 IDW) wiadomość e-mail o treści „(...) *prośba o informację dlaczego Metal Expert nie dostał zaproszenia na aukcję elektroniczną dotyczącą remontu bloku TZ4 W EC Białystok. Czy nasza oferta znowu nie spełniała Państwa wymagań*”. W odpowiedzi Odwołujący otrzymał następujące informacje: „*Niestety Państwa oferta zawiera błędy w formularzu ‘Oferta’. Błędnie został obliczony podatek VAT w zakresie prac opcjonalnych, co rzutuje na błędną cenę brutto za zakres opcjonalny. Powyższy błąd powoduje błędnie obliczony podatek VAT i wartość brutto łącznie za zakres podstawowy i opcjonalny.*” Odwołujący w odpowiedzi podziękował za informację, wskazując, iż „*tak to jest, jak się kończy ofertę po nocach – spisaliśmy kwoty brutto nie z tej kalkulacji co trzeba.*” Następnie w dniu 9 listopada 2022 r. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami.

Izba ustaliła, iż na moment zamknięcia rozprawy Zamawiający nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

**Izba zważyła, co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba uznała za stosowne odniesienie się do twierdzeń Zamawiającego o przedwczesności odwołania opartych na okoliczności, iż Zamawiający nie dokonał jeszcze czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nie poinformował wykonawców o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Należy zauważyć, iż na gruncie ustawy Pzp wykonawca jest uprawniony do

zaskarżenia każdej niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz każdego zaniechania czynności, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy (por. art. 513 pkt 1 i 2 ustawy Pzp). W zakresie tych czynności, co do których ustawa Pzp przewiduje po stronie zamawiających określone obowiązki informacyjne (np. wybór oferty najkorzystniejszej), odwołanie w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, należy wnieść w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia (por. art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). W innym przypadku odwołanie, zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.

Zakresem zaskarżenia w przedmiotowej sprawie objęto przede wszystkim dwa zaniechania Zamawiającego – zaniechanie zaproszenia Odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej (co wiązać się musiało z uznaniem, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu) oraz zaniechanie poprawienia omyłki w formularzu „Oferta” złożonym przez Odwołującego. Odwołujący o powyższym co do zasady dowiedziałby się dopiero z momentem dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, kiedy to zostałby poinformowany o uzasadnieniu faktycznym i prawnym odrzucenia jego oferty, niemniej w przedmiotowym przypadku – na skutek własnych działań – o ww. zaniechaniach, w tym o przyczynach niezaprośzenia go do aukcji elektronicznej, powziął on wiedzę wcześniej (w dniu 8 listopada 2022 r.). Odwołujący zdecydował się wnieść odwołanie wobec ww. zaniechań już na obecnym etapie postępowania, aby uniknąć sytuacji, w której po wyborze oferty najkorzystniejszej jego twierdzenia uznane zostałyby za spóźnione. Odwołujący wnosząc odwołanie w terminie wynikającym z art. 515 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, liczonym od momentu kiedy powziął wiedzę o przyczynach niezaprośzenia go do aukcji elektronicznej i zaniechania poprawienia błędów w jego ofercie, działał w celu ochrony własnych interesów, dochowując należytej staranności. Wszelkie wymogi formalne wniesienia odwołania zostały w przedmiotowej sprawie spełnione. Jednocześnie Izba stwierdziła, iż Odwołujący, wnosząc odwołanie, był w stanie w pełni zidentyfikować okoliczności, które stały się przyczyną niezaprośzenia go do aukcji elektronicznej, co potwierdza treść odwołania i co pokazał także przebieg rozprawy – strony wdały się w spór merytoryczny co do tego, czy konkretny błąd w ofercie Odwołującego stanowi omyłkę możliwą do poprawienia, czy też błąd w obliczeniu ceny. W tej sytuacji odwołania nie sposób uznać za przedwczesne i winno ono, w ocenie składu orzekającego, podlegać merytorycznemu rozpoznaniu, zgodnie z wolą Odwołującego i w oparciu o takie okoliczności stanu faktycznego, jakie zostały ustalone na obecnym etapie

postępowania o udzielenie zamówienia.

Przechodząc do oceny zarzutów odwołania Izba uznała, iż nie zasługują one na uwzględnienie.

Odnosząc się w sposób łączny do zarzutów nr 1-3 dotyczących zaniechania poprawienia omyłek w ofercie Odwołującego i zaniechania zaproszenia go do aukcji elektronicznej, Izba stwierdziła, iż w przedmiotowym przypadku nie mamy do czynienia z omyłką wskazaną w art. 223 ust. 2 pkt 2 ani w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a Zamawiający prawidłowo uznał, że brak jest możliwości poprawienia błędów w ofercie Odwołującego.

Zgodnie z art. 223 ust. 2 zamawiający poprawia w ofercie: 1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Izba stwierdziła, iż Odwołujący w formularzu „Oferta” w pkt 1.2 wskazał cenę netto za realizację zakresu opcjonalnego, która odpowiadała cenie netto wynikającej z Tabeli „Zakres prac odtworzeniowych TZ4\_2022\_2023” - 1 562 432,00 zł. Następnie podał kwotę podatku (285 559,36 zł) oraz cenę brutto (stanowiącą sumę ceny netto i kwoty podatku VAT) 1 847 991,36 zł. Analiza tych danych wskazuje, iż doszło do podania w ofercie nieprawidłowej kwoty podatku VAT oraz ceny brutto za realizację zakresu opcjonalnego. Relacja ceny netto do ceny brutto wskazuje, iż podana kwota podatku VAT odpowiadałaby stawce nieznanej w obrocie prawnym (ponad 18%). W konsekwencji doszło także do błędnego wskazania w pkt 1 formularza „Oferta” całkowitej ceny brutto oraz łącznej kwoty podatku VAT za zakres podstawowy i opcjonalny. Prawidłowo podana została wyłącznie całkowita cena netto. Relacja ceny całkowitej netto do ceny całkowitej brutto wskazuje, iż podana kwota podatku VAT również odpowiadałaby stawce nieistniejącej w obrocie prawnym (ponad 22%).

Zgodnie z ugruntowanymi poglądami doktryny i orzecznictwa, z oczywistą omyłką rachunkową mamy do czynienia wtedy, gdy w ofercie znajdują się błędy wynikające z nieprawidłowego dokonania pewnych obliczeń. Oczywiste omyłki rachunkowe to błędy powstałe na skutek niezamierzonego działania wykonawcy w działaniach arytmetycznych, które naruszają stosowanie reguł matematycznych. Z tego rodzaju błędami nie mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie. Błąd w ofercie Odwołującego nie był wynikiem nieprawidłowego matematycznego działania, czyli nieprawidłowego arytmetycznego sumowania, przemnożenia czy podzielenia określonych wartości. Przeprowadzone przez Odwołującego w pkt 1.2 formularza „Oferta” działanie arytmetyczne zostało wykonane

prawidłowo - cena netto za zakres opcjonalny + wskazana kwota VAT łącznie dawały cenę brutto za zakres opcjonalny. Również w pkt 1 formularza „Oferta” suma ceny całkowitej netto (obejmującej zakres podstawowy i opcjonalny) oraz łącznej kwoty podatku VAT odpowiadała wskazanej cenie całkowitej brutto. Błąd w ofercie Odwołującego nie był omyłką rachunkową – jak sam przyznał w korespondencji mailowej z dnia 8 listopada 2022 r. był on wynikiem „przeniesienia kwot brutto nie z tej kalkulacji co trzeba” (przy czym nie umknęło uwadze Izby, że Odwołujący załączając przedmiotową korespondencję jako dowód w sprawie, przedstawił jedynie jej fragment, bez ww. odpowiedzi wskazującej na przyczyny błędu w ofercie). Skoro zatem nieprawidłowe podanie kwoty podatku VAT i kwoty brutto za zamówienie opcjonalne było wynikiem przeniesienia danych z innej kalkulacji (czyli kalkulacji odnoszącej się do innych niż przedmiotowe zamówienie założeń), to należy stwierdzić, że Odwołujący obliczył cenę za realizację tego zakresu zamówienia w sposób błędny.

O tym, że błąd Odwołującego miałby być omyłką w działaniach matematycznych, nie świadczy też wskazana w odwołaniu okoliczność, że stawka podatku VAT ok. 18% nie istnieje. Stanowisko Odwołującego można byłoby uznać za prawidłowe wyłącznie w sytuacji, gdyby właściwa do zastosowania stawka podatku VAT została wskazana przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia. Wtedy możliwe byłoby wyliczenie kwoty podatku VAT oraz ceny brutto za zakres opcjonalny (a w konsekwencji łącznej kwoty brutto i ceny całkowitej brutto) poprzez wykonanie poprawnego działania matematycznego. W przedmiotowym przypadku jedyną prawidłową zmienną, jaką Zamawiający dysponował w oparciu o pkt 1.2 formularza „Oferta”, była cena netto za zakres opcjonalny. Wobec braku innych zmiennych (prawidłowej kwoty podatku VAT lub prawidłowej kwoty brutto) nie jest możliwe dokonanie jakiegokolwiek arytmetycznego działania. Nie można w takiej sytuacji też mówić o oczywistości omyłki. Oczywistość omyłki rachunkowej powoduje, że dla przeciętnego człowieka nie budzi wątpliwości, że wynik określonego działania matematycznego został określony wadliwie, a omyłkę da się poprawić tylko w jeden sposób. Aby dokonać poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej, zamawiający powinien mieć w treści oferty oraz SWZ wszelkie informacje umożliwiające jednoznaczne ustalenie faktu, że w sposób błędny przeprowadzono w ofercie działanie matematyczne. Takich informacji w oparciu o treść oferty Odwołującego Zamawiający nie był w stanie uzyskać. Poprawienie oferty Odwołującego wymagałoby samodzielnego ustalenia przez Zamawiającego właściwej dla zakresu opcjonalnego stawki VAT i dokonania w oparciu o tę wiedzę przeliczenia kwot wskazanych przez Odwołującego w ofercie, co byłoby w ocenie Izby nieakceptowalne z perspektywy zasady równego traktowania wykonawców i stojące w sprzeczności z postanowieniami SWZ.

W stanie faktycznym przedmiotowej sprawy stawka podatku VAT nie została przez



Zamawiającego określona w SWZ, co oznacza, że obowiązek przyjęcia prawidłowej stawki podatku VAT i obliczenie wartości tego podatku spoczywał na wykonawcy (znajduje to potwierdzenie w pkt 19.4 IDW). W konsekwencji wykonawca miał obowiązek samodzielnego ustalenia właściwej stawki podatku VAT, a następnie podania w formularzu „Oferta” ceny netto (za zakres podstawowy i zakres opcjonalny), kwoty podatku VAT oraz ceny brutto. Nie jest zasadne powoływanie się przez Odwołującego na okoliczność, iż w formularzu „Oferta” nie trzeba było podać stawki podatku VAT oraz negowanie z tego względu orzecznictwa przywołanego przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Prawdą jest, że wykonawcy podawali jedynie kwotę podatku VAT, niemniej podana wysokość tej kwoty siłą rzeczy powinna być determinowana przyjętą przez wykonawców stawką podatku VAT (stanowić ona powinna co do zasady iloczyn ceny netto oraz stawki podatku). Ewentualnie przyjętą stawkę VAT (w przypadku nieprawidłowego podania jej kwoty) można byłoby wywodzić w oparciu o wysokość ceny brutto i jej relacji do ceny netto, jednak przy założeniu, że obie te ceny podano prawidłowo. Na gruncie oświadczenia wykonawcy zawartego w pkt 1.2 formularza „Oferta” nie da się wywieść okoliczności, że zamiarem Odwołującego było przyjęcie podstawowej stawki podatku VAT (23%). Oceny tej nie zmienia fakt, że Odwołujący przyjął taką stawkę dla zamówienia podstawowego, jak i to, że inni wykonawcy taką właśnie stawkę przyjęli. Brak jest bowiem możliwości jednoznacznego zrekonstruowania oświadczenia woli wykonawcy w odniesieniu do zakresu opcjonalnego. Przy czym na marginesie należy dodać, że Odwołujący – poza wskazaniem w treści odwołania, iż „oczywistym jest, że dla zakresu opcjonalnego obowiązywała podstawowa stawka podatku VAT” szerzej tej kwestii nie rozwinął.

Z podobnych względów nie sposób także uznać, że błąd w ofercie Odwołującego stanowi inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Po pierwsze Odwołujący nie pokusił się o wyjaśnienie, o jakiej niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia jest tu mowa, skoro Zamawiający w SWZ nie określił stawki podatku VAT, jaką należało przyjąć. Po drugie podkreślić należy, że przepis ten nie pozwala na poprawienie omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia w sposób prowadzący do rekonstrukcji czy uzupełnienia oświadczenia woli wykonawcy. Jak wskazano powyżej, Odwołujący w pkt 1.2 formularza „Oferta” posłużył się dwoma nieprawidłowymi elementami kalkulacji ceny – kwotą brutto oraz kwotą podatku VAT, co już samo w sobie uniemożliwia ustalenie, jakie oświadczenie woli zamierzał złożyć wykonawca. Błąd ten był wynikiem niedochowania należytej staranności w obliczeniu ceny oferty, którą zamiast obliczyć z uwzględnieniem cen netto wyliczonych w Tabeli „Zakres prac odtworzeniowych TZ4\_2022\_2023” oraz prawidłowej stawki podatkowej, przedstawiono

nieprawidłowo, przenosząc dane z niewłaściwej kalkulacji. Rekonstrukcja oświadczenia woli Odwołującego byłaby możliwa wyłącznie w oparciu o założenie, że Odwołujący zamierzał przyjąć właściwą dla niniejszego postępowania stawkę podatku VAT. Niemniej (jak opisano już powyżej), skoro w świetle postanowień IDW to na wykonawcach spoczywał obowiązek kalkulacji ceny z uwzględnieniem prawidłowej stawki podatku VAT, to nie jest możliwe zastąpienie Odwołującego przez Zamawiającego w tej czynności. Odwołujący obliczając cenę oferty za zakres opcjonalny pomylił się przepisując dane z innej kalkulacji i błąd ten nie może być konwalidowany, ponieważ brak jest danych, które pozwalałyby jednoznacznie zrekonstruować zamiar Odwołującego w zakresie przyjętej dla zakresu opcjonalnego stawki podatku VAT. Skutki niedochowania należytej staranności w tym zakresie podczas wypełniania formularza ofertowego obciążają wyłącznie Odwołującego.

Izba nie podzieliła także stanowiska Odwołującego, jakoby poprawienie błędów w ofercie nie miało istotnego charakteru, ponieważ dla realizacji zamówienia i wzajemnych rozliczeń istotna była cena netto, a cena ofertowa nie miała charakteru ostatecznego z uwagi na przewidzenie przez Zamawiającego aukcji elektronicznej. Wskazać należy, iż nawet w przypadku, gdy Zamawiający przewidzi w SWZ możliwość przeprowadzenia aukcji elektronicznej, to nie oznacza to, że cena oferty nie będzie miała charakteru ostatecznego – po pierwsze do aukcji może w ogóle nie dojść, jeśli nie zostanie złożona odpowiednia liczba ofert niepodlegających odrzuceniu, po drugie zaś wykonawca nie ma obowiązku składania podczas aukcji postąpień. Ponadto, zgodnie z postanowieniami Rozdziału XX IDW, ocenie w kryteriach oceny ofert podlegały ceny brutto za zakres podstawowy oraz za zakres opcjonalny, a nie ceny netto. Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, iż uchybienie Odwołującego miało istotne znaczenie w kontekście oferowanego świadczenia.

Za bezzasadny Izba uznała zarzut nr 4 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 232 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zaproszenia Odwołującego do aukcji elektronicznej w sytuacji, w której zgodnie z protokołem postępowania przekazanym Odwołującemu, brak jest informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Należy wskazać, iż w przypadku, gdy Zamawiający nie dokonał jeszcze wyboru oferty najkorzystniejszej i nie zawiadomił wykonawców o odrzuceniu oferty Odwołującego z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego, to informacja taka nie będzie odzwierciedlona w protokole postępowania. Nie oznacza to jednak, jak zdaje się wywodzić Odwołujący, że Zamawiający nie dokonał czynności oceny ofert przed zaproszeniem wykonawców do aukcji elektronicznej. Dokumenty zamówienia przekazane Izbie przez Zamawiającego wskazują na okoliczność przeciwną - znajduje się w nich protokół z posiedzenia Komisji powołanej do przygotowania i przeprowadzenia postępowania z dnia 28 października 2022 r., w którym zawarto ustalenia wynikające z dokonanej przed aukcją

elektroniczną oceny ofert, w tym ustalenia dotyczące stwierdzonych w ofercie Odwołującego błędów. Niemniej zgodnie z art. 74 ust. 2 ustawy Pzp załączniki do protokołu postępowania (a takim jest wspomniany protokół z posiedzenia Komisji) udostępnia się wykonawcom co do zasady dopiero po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania. Izba stwierdziła, iż Odwołujący z zakresu informacji zawartych w protokole postępowania wywodzi brak dokonania przez Zamawiającego określonych czynności, co nie ma jednak potwierdzenia w okolicznościach stanu faktycznego sprawy. Na powyższe zwrócono uwagę w odpowiedzi na odwołanie, niemniej Odwołujący do przedmiotowego zarzutu podczas rozprawy w ogóle się nie odniósł. Jednocześnie Odwołujący nawet nie wskazał, jaki wpływ na wynik postępowania, miałby mieć ewentualny brak odnotowania w protokole postępowania określonych czynności.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....