

Sygn. akt: KIO 1313/20

WYROK
z dnia 13 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 czerwca 2020 r. przez wykonawcę: **KLIMATEST T. I WSPÓLNICY Spółka jawna, ul. Obrońców Poczty Gdańskiej 5C, 52-204 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Sieć Badawcza Łukasiewicz — Instytut Technologii Drewna, ul. Winiarska 1, 60-654 Poznań,**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **KLIMATEST T. I WSPÓLNICY Spółka jawna, ul. Obrońców Poczty Gdańskiej 5C, 52-204 Wrocław, i:**

 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **KLIMATEST T. I WSPÓLNICY Spółka jawna, ul. Obrońców Poczty Gdańskiej 5C, 52-204 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy **KLIMATEST T. I WSPÓLNICY Spółka jawna, ul. Obrońców Poczty Gdańskiej 5C, 52-204 Wrocław** na rzecz zamawiającego **Sieć Badawcza Łukasiewicz — Instytut Technologii Drewna, ul. Winiarska 1, 60-654 Poznań** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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 Poznaniu.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: SIEĆ BADAWCZA ŁUKASIEWICZ - INSTYTUT TECHNOLOGII DREWNA w Poznaniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „dostawę, montaż oraz uruchomienie aparatury i urządzeń laboratoryjnych dla potrzeb Zamawiającego wraz z przeszkoleniem personelu Zamawiającego”. Zamówienie zostało podzielone na 6 części. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2020/S 047-110474 w dniu 6 marca 2020 r.

Zamawiający odrzucił ofertę złożoną w Części nr 2 zamówienia przez wykonawcę KLIMATEST T. I WSPÓLNICY Spółka jawna z siedzibą we Wrocławiu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej „Pzp”, jako zawierającą błędy w obliczeniu ceny oraz w konsekwencji unieważnił postępowanie w zakresie Części nr 2 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp ze względu na brak ofert niepodlegających odrzuceniu. Informację o powyższych czynnościach Zamawiający przekazał wykonawcom w dniu 4 czerwca 2020 r.

Wykonawca KLIMATEST T. I WSPÓLNICY Spółka jawna wniósł odwołanie wobec czynności unieważnienia postępowania w zakresie Części nr 2 zamówienia, odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego oraz zaniechania czynności poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie Odwołującego i wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, że treść oferty Odwołującego nie zawiera błędów w obliczeniu ceny w rozumieniu przywołanego przepisu, zaś omyłki rachunkowe w niej występujące winny zostać skorygowane zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp;
- 2) art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie poprawy oczywistych omyłek rachunkowych w ofercie Odwołującego z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
- 3) art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp. poprzez unieważnienie postępowania, mimo że oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie Części nr 2,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego,

3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym dokonanie poprawy oczywistych omyłek rachunkowych w ofercie Odwołującego z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek i dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej w Części nr 2.

W ocenie Odwołującego, jego oferta powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza, zaś unieważnienie postępowania skutkować będzie poniesieniem przez Odwołującego szkody wyrażającej się w nieuzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

W złożonej ofercie w postępowaniu dla Części nr 2 „Komora mgły solnej z modułem suszenia gorącym powietrzem z niezbędnym wyposażeniem” – w Formularzu ofertowym przygotowanym zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ - Odwołujący podał cenę jednostkową netto w kwocie 400 860 zł, wartość VAT w wysokości 71 460 zł, cenę jedn. brutto w wysokości 472 320 zł i wartość brutto w wysokości 472 320 zł.

Zamawiający w piśmie z dnia 21 kwietnia 2020 r. wzywającym Odwołującego do złożenia wyjaśnień wskazał, że cyt. „podczas czynności badania ofert Zamawiający powziął wątpliwość w zakresie określonej wartości podatku VAT na kwotę 71.460,00 zł. Wątpliwość Zamawiającego powstała w wyniku obliczenia stawki podatku w odniesieniu do ceny netto wskazanej w formularzu ofertowym jako 400.860,00 zł. Przyjmując podstawową stawkę podatku VAT w wysokości 23%, wartość ta powinna zostać określone na kwotę 92 197,80 zł”

W odpowiedzi Odwołujący potwierdził, że oferta złożona w postępowaniu zawiera oczywiste omyłki rachunkowe opisane przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 21 kwietnia 2020 r., a mianowicie omyłkę w obliczeniu kwoty podatku VAT i w konsekwencji kwoty brutto.

Zamawiający zaniechał jednak dokonania poprawy oczywistych omyłek rachunkowych i odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, jako zawierającą błędy w obliczeniu ceny, a w konsekwencji unieważnił postępowanie w zakresie części 2 ze względu na brak ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący podniósł, że istotą sporu w przedmiotowej sprawie jest zaniechanie poprawienia przez Zamawiającego oczywistych omyłek rachunkowych w ofercie wykonawcy polegających na omyłkowym obliczeniu stawki podatku VAT i kwoty brutto. Wskazaną oczywistą omyłką rachunkową i sposób jej poprawienia przedstawił (zauważył) sam Zamawiający w piśmie z dnia 21 kwietnia 2020 r., podając prawidłową wartość podatku VAT obliczonego od podanej przez Odwołującego ceny netto. Zupełnie niezrozumiałe dla Odwołującego jest finalne odstąpienie przez Zamawiającego od poprawy oczywistych omyłek rachunkowych, a w konsekwencji za niezrozumiałe uznać należy odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Opisana sytuacja, w ocenie Odwołującego, stanowi typowy przykład „oczywistych omyłek rachunkowych”, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, które Zamawiający powinien

poprawić obliczając od kwoty netto w wysokości 400.860,00 zł wartość VAT w kwocie 92 197,80 zł, a w konsekwencji ustalając kwotę brutto na kwotę 493 057,80 zł.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, że omyłki powinny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, to jest oczywistość omyłki powinna być możliwa do ustalenia na podstawie oferty, ewentualnie może pochodzić z wyjaśnień, które zamawiający może uzyskać od wykonawcy na podstawie ustawy (tak wyrok KIO z dnia 17 kwietnia 2018 r., KIO 615/18, wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2018 r., KIO 2538/18). W przedmiotowej sprawie z taką sytuacją mamy do czynienia, to jest Zamawiający samodzielnie wykrył omyłkę rachunkową i w sposób prawidłowy w piśmie z dnia 21 kwietnia 2020 r. wskazał sposób jej poprawienia - prawidłowość czynności Zamawiającego Odwołujący potwierdził w piśmie z dnia 22 kwietnia 2020 r., nie prowadząc przy tym negocjacji dotyczących złożonej oferty. Nie ma wątpliwości, że w przedmiotowej sprawie prawidłową stawką podatku VAT możliwą do zastosowania była stawka 23%, co skutkowało powinno poprawą przez Zamawiającego oczywistych omyłek rachunkowych w sposób opisany w odwołaniu.

Zamawiający wniósł na rozprawie o oddalenie odwołania. Wskazał, że w piśmie z dnia 21 kwietnia 2020 r. zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienie, co potwierdza, że miał wątpliwości w zakresie sposobu obliczenia ceny oferty, w tym w szczególności co do przyjętej stawki VAT do obliczenia ceny brutto. Podkreślił, że wskazana w ofercie Odwołującego wartość podatku VAT nie stanowi ani 23%, ani 8% od ceny netto. Zamawiający stwierdził, że przyjęte przez Odwołującego w ofercie działanie arytmetyczne do obliczenia ceny brutto jest wykonane prawidłowo, tj. cena netto + kwota VAT stanowi cenę brutto oferty. Zamawiający wskazał, że w przedmiotowej sytuacji nie można mówić o oczywistej omyłce rachunkowej. Zamawiający w treści SIWZ nie określił obowiązującej w postępowaniu stawki podatku VAT. Zamawiający podkreślił, że nie mógł poprawić oczywistej omyłki rachunkowej, gdyż nie miał wiedzy, co składa się na elementy przedmiotu zamówienia, i w konsekwencji - przyjęte przez Odwołującego stawki podatku VAT do wyliczenia wartości tego podatku. Jak wyjaśnił Odwołujący na wezwanie z 21 kwietnia 2020 r., oferta zawiera oczywistą omyłkę przy obliczeniu podatku VAT, co, w ocenie Zamawiającego, stanowi błąd w obliczeniu ceny, który nie kwalifikuje się do poprawy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba ustaliła, co następuje:

W SIWZ – rozdział X. Opis sposobu obliczenia ceny w pkt 1 Zamawiający wskazał, że „Cena oferty musi zostać obliczona w następujący sposób: NETTO+VAT= BRUTTO”.

W złożonej przez Odwołującego ofercie na Część nr 2 zamówienia „Komora mgły solnej z modułem suszenia gorącym powietrzem z niezbędnym wyposażeniem” w Formularzu ofertowym (Załącznik nr 2 do SIWZ) — Odwołujący podał cenę jednostkową netto w kwocie 400 860 zł, wartość podatku VAT w wysokości 71 460 zł, cenę jednostkową brutto w wysokości 472 320 zł i wartość brutto w wysokości 472 320 zł.

Zamawiający pismem z dnia 21 kwietnia 2020 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień, gdyż podczas czynności badania oferty Odwołującego powziął wątpliwość w zakresie określonej przez wykonawcę wartości podatku VAT w kwocie 71.460,00 zł. Zamawiający wyjaśnił, że wątpliwość ta powstała w wyniku obliczenia podstawowej stawki podatku w odniesieniu do ceny netto wskazanej w formularzu ofertowym jako 400.860,00 zł. Przyjmując podstawową stawkę podatku VAT w wysokości 23%, wartość ta powinna zostać określona na kwotę 92 197,80 zł.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Odwołujący, pismem z dnia 22 kwietnia 2020 r., wyjaśnił, że jego oferta zawiera oczywiste omyłki rachunkowe opisane przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 21 kwietnia 2020 r., a mianowicie omyłkę w obliczeniu kwoty podatku VAT i w konsekwencji kwoty brutto, tj. ceny oferty (brutto).

Odwołujący podnosił w niniejszej sprawie, że złożona przez niego oferta zawiera oczywistą omyłkę rachunkową, polegającą na „omyłkowym obliczeniu stawki podatku VAT i kwoty brutto”. Zdaniem Odwołującego, wskazaną oczywistą omyłkę rachunkową i sposób jej poprawienia przedstawił (zauważył) sam Zamawiający w piśmie z dnia 21 kwietnia 2020 r., wskazując na ujawnione omyłki rachunkowe i sposób ich poprawienia oraz podając prawidłową wartość podatku VAT obliczonego od podanej przez Odwołującego ceny netto. Przedmiotowa sytuacja, w ocenie Odwołującego, stanowi typowy przykład „oczywistych omyłek rachunkowych”, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, które Zamawiający powinien poprawić obliczając od kwoty netto w wysokości 400.860,00 zł wartość VAT w kwocie 92 197,80 zł, a w konsekwencji ustalając kwotę brutto na kwotę 493057,80 zł.

W ustalonym powyżej stanie faktycznym, Izba zważyła, co następuje:

W ocenie Izby, nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp oraz art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że nie zawiera ona

błędu w obliczeniu ceny zaś omyłki rachunkowe w niej występujące winny zostać skorygowane zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek.

W świetle orzecznictwa, oczywista omyłka rachunkowa, możliwa do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, to omyłka matematyczna dająca się poprawić przy zastosowaniu elementarnej wiedzy z zakresu podstawowych działań matematycznych (dodawania, mnożenia). Oczywistość omyłki definiuje się jako dającą się zauważyć na pierwszy rzut oka, którą da się poprawić tylko na jeden sposób. W przypadku, gdy możliwe są co najmniej dwa sposoby poprawienia takiej omyłki, z których każdy będzie powodował inny skutek rachunkowy, nie można uznać, że mamy do czynienia z oczywistą omyłką rachunkową. Wskazać należy jednocześnie, że ustawa Prawo zamówień publicznych nakazuje przy poprawianiu oczywistej omyłki rachunkowej uwzględniać konsekwencje rachunkowe dokonywanych zmian, a to oznacza, że ustawa Pzp dopuszcza wpływ dokonanej korekty na cenę oferty. Przykładem oczywistej omyłki rachunkowej jest sytuacja, gdy pomimo zastosowania prawidłowej stawki podatku VAT zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, wyliczona wartość podatku VAT, stanowiąca wynik działania arytmetycznego (iloczynu ceny netto i stawki podatku VAT) jest nieprawidłowa, co w konsekwencji prowadzi do błędnego wyliczenia ceny brutto (tak. wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2010 r, sygn. akt: KIO/UZP 275/10).

Nie budzi wątpliwość, że aby dokonać poprawy oczywistej omyłki rachunkowej zamawiający powinien mieć wszelkie informacje umożliwiające jednoznaczne ustalenie faktu, że w sposób błędny przeprowadzono w ofercie działanie matematyczne, a prawidłowe obliczenia doprowadzą do ustalenia prawidłowej ceny oferty. Zamawiający jest zobowiązany dokonać korekty takich obliczeń i poinformować wykonawcę o tym fakcie. Wykonawca nie musi wyrazić zgody na dokonanie przez zamawiającego powyższej poprawy.

Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z 20.10.2011 r., III CZP 52/11 „określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki”. „Jeżeli jednak zamawiający, opisując w SIWZ sposób obliczenia ceny, nie zawarł żadnych wskazań dotyczących stawki podatku VAT, wówczas oferta zawierająca stawkę niezgodną z obowiązującymi przepisami podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp (uchwała SN z 20.10.2011 r., III CZP 53/11, OSNC 2012 , Nr 4 , poz. 45).”

W danym stanie faktycznym stawka podatku VAT nie została przez Zamawiającego określona w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, co oznacza, że obowiązek przyjęcia prawidłowej stawki podatku VAT i obliczenie wartości tego podatku spoczywał na wykonawcy. W konsekwencji w Formularzu ofertowym wykonawca miał obowiązek podać cenę jednostkową netto, wartość podatku VAT, cenę jednostkową brutto i wartość brutto.

Podana przez Odwołującego wartość podatku VAT w kwocie 71 460 zł nie stanowi wartości żadnej z obowiązujących stawek podatku VAT przewidzianej w ustawie, obliczonej od podanej przez wykonawcę w ofercie ceny netto, natomiast wartość podatku VAT obliczona wg stawki podstawowej, tj. 23% wynosi 92 197,80 zł. W tej sytuacji Zamawiający słusznie powziął wątpliwości co do prawidłowości obliczenia ceny oferty (brutto), czego wyrazem było wezwanie Odwołującego do wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Wątpliwości oznaczają natomiast, że jakkolwiek omyłka wystąpiła w ofercie Odwołującego, to nie była to omyłka oczywista, a tym bardziej rachunkowa. Zauważyć należy, że Odwołujący podnosił omyłkowe obliczenie wartości podatku VAT, a jednocześnie wyjaśnił na rozprawie, że wartość ta została obliczona od innej ceny jednostkowej netto, która pierwotnie była rozważana przez Odwołującego. Omyłka powyższa nie wynika zatem z błędnie przeprowadzonego przez wykonawcę działania matematycznego, ale z niedochowania należytej staranności w obliczeniu ceny oferty, która powinna zgodnie z SIWZ uwzględniać wartość podatku VAT obliczoną przez wykonawcę według prawidłowej stawki podatkowej.

Wskazać dodatkowo należy, że przeprowadzone przez Odwołującego w ofercie działanie arytmetyczne do obliczenia ceny brutto jest wykonane prawidłowo, tj. cena netto + kwota VAT stanowi łącznie cenę brutto oferty.

Stwierdzić należy zatem, że w okolicznościach niniejszej sprawy nie zachodzi przesłanka oczywistości omyłki, gdyż na podstawie treści oferty nie można ustalić, w jaki sposób powstał omawiany błąd i dokładnie na czym ten błąd polega, a tym bardziej nie można stwierdzić w sposób oczywisty, że błędna wartość podatku VAT jest wynikiem nieprawidłowo przeprowadzonego działania matematycznego. Zamawiający nie miał podstaw, aby przyjąć za wykonawcę stawkę podatku VAT, obliczyć jego wartość do obliczenia ceny oferty. Fakt, że w wezwaniu do wyjaśnień Zamawiający przedstawił wartość podatku VAT obliczoną przy stawce podstawowej 23% nie oznacza, że czynności tej mógł dokonać za wykonawcę i skorygować wartości podane w ofercie Odwołującego. Zauważyć należy, że biorąc pod uwagę treść złożonej przez Odwołującego oferty, nie wynika z niej, jaką stawkę podatku VAT Odwołujący przyjął do obliczenia ceny oferty. Takie oświadczenie nie zostało wyrażone przez wykonawcę ani w sposób bezpośredni, np. poprzez podanie stawki (co nie było wymagane zgodnie z SIWZ), ani pośrednio - z wartości podatku VAT podanej w Formularzu ofertowym. Zamawiający podkreślił na rozprawie, że nie mógł poprawić oczywistej omyłki rachunkowej, gdyż nie miał wiedzy, co składa się na elementy przedmiotu zamówienia, i w konsekwencji – jakie zostały przyjęte przez Odwołującego stawki podatku VAT do wyliczenia wartości tego podatku.

Oczywistym jest, że Zamawiający może samodzielnie ocenić, jaką stawkę podatku VAT należało przyjąć w ofercie na przedmiot zamówienia objęty Częścią nr 2 zamówienia (zawsze możliwe jest przyjęcie stawki podstawowej, tj. 23%), ale nie ma żadnych podstaw,

aby samodzielnie ustaloną stawkę zastosował w obliczeniu ceny oferty za wykonawcę. Uwzględnienie natomiast oświadczenia złożonego przez Odwołującego w ramach wyjaśnień (dodatkowe oświadczenie złożone po terminie składania ofert), dotyczącego prawidłowej stawki podatku VAT, której wartość należało podać w ofercie, stanowiłoby niedozwoloną zmianę treści złożonej oferty, o której mowa w art. 87 ust. 1 Pzp zd. drugie.

Podsumowując Izba stwierdziła, że określenie w ofercie Odwołującego ceny brutto z uwzględnieniem wartości podatku VAT w wysokości nie odpowiadającej prawidłowej stawce tego podatku, stanowi błąd w obliczeniu ceny, przy czym brak jest przesłanek wystąpienia omyłki, możliwej do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp.

W konsekwencji nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, poprzez unieważnienie postępowania w Części nr 2 zamówienia, ponieważ oferta Odwołującego złożona jako jedyna w tej części zamówienia podlegała odrzuceniu.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: