

Sygn. akt: KIO 1436/12

WYROK

z dnia 23 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marzena Teresa Ordysińska**
Ewa Sikorska
Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: **Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lipca 2012r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 lipca 2012r. przez wykonawcę Henryka Lisa, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą HENRYK LIS FOX SYSTEM, ul. Łętowskiego 20, 40-648 Katowice w postępowaniu prowadzonym Komunalny Zakład Gospodarki Mieszkaniowej, ul. Grażyńskiego 5, 40-126 Katowice,

przy udziale wykonawcy Impel Cleaning Sp. z o. o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża HENRYKA LISA prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą HENRYK LIS FOX SYSTEM, ul. Łętowskiego 20, 40-648 Katowice i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Henryka Lisa, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą HENRYK LIS FOX SYSTEM, ul. Łętowskiego 20, 40-648 Katowice tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Henryka Lisa, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą HENRYK LIS FOX SYSTEM, ul. Łętowskiego 20, 40-648 Katowice na rzecz Komunalnego Zakładu Gospodarki Mieszkaniowej, ul. Grażyńskiego 5, 40-126 Katowice, kwotę 3 860 zł 00 gr słownie: (trzy tysiące osiemset sześćdziesiąt złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Katowicach.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

I. Komunalny Zakład Gospodarki Mieszkaniowej w Katowicach (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest świadczenie usług utrzymania terenów zewnętrznych w nieruchomościach oraz utrzymania czystości i porządku w budynkach zarządzanych przez KZGM w Katowicach - rejon EB-1.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 3 lutego 2012 r., poz. 2011/S 37686-2012i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 7 lipca 2012 r. Henryk Lis, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą HENRYK LIS FOX SYSTEM w Katowicach (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zakwestionował prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej w części 2 postępowania i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. art. 7 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami, tj: IMPEL CLEANING Sp. z o.o.;
3. art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zastosowanie przepisu przy braku istnienia ustawowej przesłanki „niezgodności oferty ze SIWZ” i poprawienie omyłek w ofertach wykonawców: Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych Jacek Wieczorek (dalej „ Z.U.K.T.Z Jacek Wieczorek”), AGRO-SERVICE Piotr Kulak (dalej „AGRO-SERVICE”), IMPEL CLEANING Sp. z o.o. (dalej ”IMPEL”), wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DGP CLEAN PARTNER Sp. z o.o. w konsorcjum, P.U. AGAS Krystyna Głowniak (dalej ”P.U. AGAS”);
4. art. 89 ust 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia ofert, których treść nie odpowiada treści SIWZ, złożonych przez wykonawców: Z.U.K.T.Z Jacek Wieczorek, AGRO-SERVICE, IMPEL, Konsorcjum DGP DOZORBUD, P.U. AGAS;
5. art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców, w których występują błędy w obliczeniu ceny (Z.U.K.T.Z Jacek Wieczorek, AGROSERVICE, IMPEL, Konsorcjum DGP DOZORBUD,

P.U. AGAS).

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił skutecznie wykonawca Impel Cleaning Sp. z o. o. we Wrocławiu, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą w części 2 postępowania (dalej: Przystępujący, IMPEL).

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Zamawiający dokonał poprawienia „omyłki” błędnego metrażu powierzchni poprzez przyjęcie do obliczenia wartości usługi miesięcznej netto, prawidłowej, zgodnej z treścią SIWZ wielkości powierzchni wynoszącej 318 910,90 m². Zamawiający identycznie postąpił wobec wszystkich ofert zakwestionowanych odwołaniem, a dalej w treści odwołania, mechanizm poprawiania omyłek Odwołujący przedstawił na przykładzie oferty Przystępującego.

Po poprawieniu w trybie art. 87 ust 2 pkt. 3 Prawa zamówień publicznych jedynie błędu w metrażu powierzchni i wyliczeniu nowej, prawidłowej wartości usługi miesięcznej netto, w dalszym ciągu pozostawała błędna miesięczna kwota podatku VAT (3 919,77 zł – zgodnie z wartością podaną w ofercie) oraz błędna miesięczna wartość usługi brutto (52 916,90zł – zgodnie z wartością podaną w ofercie). W następstwie Zamawiający w celu poprawienia błędnej i obliczenia właściwej miesięcznej kwoty podatku VAT dokonał samodzielnie ustalenia stawki podatku VAT (w ofercie podatek VAT podany był kwotowo, a nie określony procentowo), być może – przypuszcza Odwołujący w odwołaniu – w oparciu o pierwotnie złożoną ofertę firmy IMPEL, domniemując stawkę podatku VAT ze stosunku miesięcznej kwoty podatku VAT do miesięcznej wartości usługi netto, bądź też ustalając stawkę podatku VAT w oparciu o przepisy podatkowe. Albowiem – zauważał Odwołujący – w treści SIWZ brak jest określenia stawki podatku VAT. Następnie po powyższym ustaleniu stawki podatku VAT, Zamawiający w celu wyeliminowania błędu w obliczeniu ceny oferty, dokonał przeliczenia i zmiany „wielkości miesięcznej kwoty podatku VAT” oraz „miesięcznej wartości usługi brutto” i w konsekwencji obliczenia ceny ofertowej w oparciu o nieujawnioną w treści SIWZ, domniemaną stawkę podatku VAT.

Zdaniem Odwołującego, poprawienie błędu w obliczeniu ceny poprzez dokonanie zmiany „miesięcznej kwoty podatku VAT” oraz „wartości usługi miesięcznej brutto” i w konsekwencji ceny ofertowej, przy braku wskazania stawki podatku VAT w SIWZ (jako

ustawowej przesłanki niezgodności oferty z SIWZ), przez Zamawiającego narusza art. 87 ust 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych.

W ocenie Odwołującego poprawienie błędnej „miesięcznej kwoty podatku VAT” i w konsekwencji ceny ofertowej przez Zamawiającego, byłoby możliwe jedynie w sytuacji, gdyby istniała możliwość porównania błędnej miesięcznej kwoty podatku VAT w ofercie Przystępującego z miesięczną kwotą podatku VAT obliczoną w oparciu o stawkę podatku VAT, jasno i precyzyjnie wskazaną w SIWZ (wtedy dopiero zaistniałaby ustawowa przesłanka niezgodności oferty z SIWZ). Tylko i wyłącznie w takim wypadku możliwe byłoby przeliczenie miesięcznej kwoty podatku VAT i w konsekwencji ceny oferty. Tymczasem w treści SIWZ nie była podana stawka VAT w oparciu o którą należy obliczyć kwotę podatku VAT składającego się na cenę oferty brutto. Na poparcie swoich wywodów Odwołujący przywoływał uchwałę SN z dnia 20 października 2011 r. (sygn. akt III CZP 52/11). Odwołujący twierdził, że w sytuacji, w której Zamawiający nie określił w SIWZ stawki podatku VAT, w ogóle nie może dojść do wystąpienia w tym zakresie innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, ponieważ nie wystąpi wówczas ustawowa przesłanka niezgodności oferty z SIWZ, wobec braku dwóch potrzebnych do porównania elementów, a zarazem niezbędnych do oceny przesłanki w postaci zaistnienia niezgodności.

Reasumując, Odwołujący twierdził, że określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem błędnej kwoty podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, gdyż brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust 1 pkt 6 w związku z art. 87 ust 2 pkt. 3 Prawa zamówień publicznych).

W konsekwencji Odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego, jako oferty najkorzystniejszej dla części nr 2 przedmiotu zamówienia,
3. odrzucenie ofert wykonawców zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 2 oraz art. 89 ust 1 pkt 6 w związku z art. 87 ust. pkt 3 Prawa zamówień publicznych (Z.U.K.T.Z Jacek Wieczorek, AGRO-SERVICE, IMPEL, Konsorcjum DGP DOZORBUD, P.U. AGAS),
4. nakazanie dokonania czynności powtórnej oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej dla części nr 2 przedmiotu zamówienia, spośród ofert ważnych, nieodrzuconych, zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych,, odpowiednimi zapisami SIWZ, oraz powszechnie obowiązującymi przepisami prawa,
5. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego,
6. zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych kosztów udziału w postępowaniu.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, a oferta Przystępującego (i inne oferty wskazywane w odwołaniu) zostałyby odrzucona – wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

1. We wzorze formularza ofertowego, stanowiącego załącznik do SIWZ (potwierdzona za zgodność z oryginałem kopia SIWZ i innych dokumentów przywołanych w uzasadnieniu w aktach sprawy), Zamawiający w pkt 1b określił sposób podania wartości usługi miesięcznie w następujący sposób:
„wartość usługi miesięcznie: stawka ujednolicona zł/m² x m² powierzchni (suma terenów zewnętrznych i terenów zielonych) = zł netto + zł VAT = zł brutto”.
2. Wykonawcy mieli wypełnić powyższy formularz, przy czym ilość metrów kwadratowych powierzchni była narzucona SIWZ, a wykonawcy mieli podać „stawkę ujednoliconą”, tj. cenę jednostkową za świadczenie usługi dla jednego metra kwadratowego powierzchni.
3. W ofertach zakwestionowanych w odwołaniu, w tym w ofercie Przystępującego, wykonawcy omyłkowo podali ilość metrów kwadratowych powierzchni. Zamawiający poprawił omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, dostosowując wielkość powierzchni podaną w ofertach do wymogów SIWZ. Możliwość dokonania poprawki w taki sposób – w zakresie wielkości powierzchni - była bezsporna, co Odwołujący podkreślił na rozprawie.
4. Zamawiający zastosował do poprawienia wszystkich ofert kwestionowanych odwołaniem taki sam mechanizm: po poprawieniu ilości metrów powierzchni na właściwą, przy uwzględnieniu cen jednostkowych podanych przez poszczególnych wykonawców,

obliczył cenę brutto, z uwzględnieniem stawki podatku VAT, wynikającej z ofert przed dokonaniem poprawy.

Na przykładzie poprawienia omyłki w ofercie Przystępującego mechanizm dokonania poprawy przedstawiał się następująco:

- pierwotnie pkt 1b formularza ofertowego w ofercie Przystępującego brzmiał:

„wartość usługi miesięcznie: stawka ujednolicona 0,1542 zł/m² x 317 750,50 m² powierzchni (suma terenów zewnętrznych i terenów zielonych) = 48 997,13 zł netto + 3 919,77 zł VAT = 52 916,90 zł brutto”

- Zamawiający dokonał poprawy w następujący sposób::

„wartość usługi miesięcznie: stawka ujednolicona 0,1542 zł/m² x 318 910,90 m² powierzchni (suma terenów zewnętrznych i terenów zielonych) = 49 176,06 zł netto + 3 934,08 zł VAT = 53 110,14 zł brutto”.

5. Odwołujący wskazywał, że dokonanie poprawki w powyższy sposób nie było możliwe w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, ponieważ Zamawiający samodzielnie dokonał poprawy w zakresie kwoty podatku VAT, nie mając do tego podstaw. Równocześnie Odwołujący nie kwestionował prawidłowości działań matematycznych wykonanych przez Zamawiającego w ramach poprawienia omyłki.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, co do którego Strony były zgodne, jednak przypisywały mu odmienne skutki prawne, Izba stwierdziła, że nie doszło do nieprawidłowego poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych w ofercie Przystępującego i innych zakwestionowanych odwołaniem.

Rozstrzygnięcie odwołania sprowadzało się do ustalenia, czy Zamawiający w niniejszym stanie faktycznym mógł, po poprawieniu wielkości powierzchni (co było dopuszczalne według Odwołującego) dokonać poprawy w dalszych elementach równania matematycznego, prowadzącego do obliczenia ceny brutto w pkt 1b formularza ofertowego. Według Odwołującego, skoro w SIWZ Zamawiający nie określił stawki podatku VAT nie mógł dokonywać poprawek w tym zakresie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, dającego uprawnienie do usuwania niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Skład orzekający nie podzielił poglądu Odwołującego. Rzeczywiście w SIWZ Zamawiający nie określił stawki podatku VAT. Ponadto, formularz ofertowy załączony do SIWZ zawierał w odniesieniu do podatku VAT miejsce do wpisania kwoty podatku, a nie – stawki podatku VAT. Jednak Zamawiający, dysponując – na podstawie złożonych ofert – obliczoną przez wykonawców kwotą netto dla nieprawidłowo podanej wielkości powierzchni, kwotą podatku VAT i kwotą brutto łatwo mógł ustalić, za pomocą prostych działań

matematycznych, przy pomocy jakiej stawki VAT wykonawcy obliczyli kwotę brutto dla nieprawidłowej powierzchni. Kwoty podatku VAT we wszystkich ofertach zakwestionowanych odwołaniem – zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego na rozprawie, niezakwestionowanym przez Odwołującego – odpowiadały zastosowaniu podstawowej stawki podatku VAT, tj. 8%.

W konsekwencji w ocenie Izby, Zamawiający dysponując kwotą netto wynikającą z uwzględnienia prawidłowej wielkości powierzchni, z uwzględnieniem wynikającej z ofert stawki podatku VAT (choć nie została wskazana bezpośrednio, łatwo było ją wyliczyć), mógł dokonać poprawy w kocie brutto – poprawa omyłki w tym zakresie była konsekwencją prostego działania matematycznego.

Jak się wydaje, Odwołujący wskazywał, że właściwy sposób poprawy omyłek byłby następujący (złożył odpowiednią symulację na rozprawie): do poprawionej kwoty netto uwzględniającej właściwą wielkość powierzchni należałoby dodać kwotę podatku VAT wynikającą z ofert, obliczoną dla kwoty netto uwzględniającej niewłaściwą wielkość powierzchni (w zakresie kwoty podatku VAT Odwołujący stanowczo odmawiał Zamawiającemu prawa do dokonania poprawy), powyższe kwoty sumowałyby się do poprawionej zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych kwoty brutto.

W ocenie składu orzekającego, zaproponowany przez Odwołującego sposób poprawy omyłek jest nieprawidłowy – przy takim działaniu matematycznym kwota podatku VAT nie odpowiadałaby stawce 8% (kwota podatku VAT, którą Odwołujący chciałby „przenieść” z ofert do poprawionego działania, była obliczona dla niewłaściwej kwoty netto, uwzględniającej nieprawidłową wielkość powierzchni).

Pogląd Odwołującego sprowadza się do stanowczego, wyraźnego rozróżnienia między kwotą podatku VAT, a jego stawką. Rzeczywiście są to odmienne pojęcia, ale niewątpliwie dysponując stawką podatku VAT i wartością netto, można obliczyć kwotę podatku VAT; dysponując wartością netto i kwotą podatku VAT – można wyliczyć, jaka stawka VAT została zastosowana. A zatem okoliczność, że wykonawcy w formularzach ofertowych nie wskazywali stawki podatku VAT (nie było takiego obowiązku), a jedynie kwotę, nie stała na przeszkodzie ustaleniom, jaka stawka została zastosowana. W rezultacie Zamawiający, po poprawieniu kwoty netto, miał prawo konsekwentnie, zgodnie z zasadami matematyki, poprawić dalsze elementy równania z pkt 1b formularza ofertowego. Reasumując, Zamawiający zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych poprawił w ofercie Przystępującego (i innych wykonawców) omyłkę, polegającą na niezgodności oferty z SIWZ w zakresie wielkości powierzchni, a dalsze działania były jedynie matematycznymi konsekwencjami poprawienia tejże omyłki, co nie spowodowało istotnych zmian w treści ofert zakwestionowanych odwołaniem.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia wskazywanych w odwołaniu przepisów Prawa zamówień publicznych i orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zasądziła Zamawiającemu w ramach kosztów dojazdu kwotę 260 zł, mimo wnioskowanej kwoty 520 zł, ponieważ tylko na kwotę 260 zł Zamawiający przedstawił rachunki (bilet na przejazd PKP w wysokości 239 zł i paragon fiskalny za dojazd taksówką w wysokości 21 zł).

Przewodniczący:

.....

.....