

WYROK
z dnia 27 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 kwietnia 2021 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 marca 2021 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budowlano-Konserwatorskie CASTELLUM Sp. z o.o., ul. Świdnicka 31, 50-066 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Karkonoska Państwowa Szkoła Wyższa w Jeleniej Górze ul. Lwówecka 18, 58-506 Jelenia Góra**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: 1) **Przedsiębiorstwo Budowlane "CZĘSTOBUD" D. Ś. - Lider**, 2) **Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL Sp. z o.o., al. Bohaterów Monte Cassino 40, 42-200 Częstochowa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania obciąża odwołujące Konsorcjum i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 10 000,00 (dziesięć tysięcy) złotych uiszczonych przez odwołujące Konsorcjum tytułem wpisu od odwołania
3. Zasądza od odwołującego Konsorcjum na rzecz zamawiającego kwotę 4 399,00 (cztery tysiące trzysta dziewięćdziesiąt dziewięć) złotych, tytułem zwrotu kosztu wynagrodzenia oraz dojazdu pełnomocnika na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 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

Karkonoska Państwowa Szkoła Wyższa w Jeleniej Górze ul. Lwówecka 18, 58-506 Jelenia Góra, zwana dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy - Prawo zamówień publicznych, tekst jednolity (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.) na roboty budowlane obejmujące zadanie pn.: „Przebudowa budynku powojkowego przy ul. Kadetów 3 w Jeleniej Górze na Centrum Integracji Społecznej”. Numer referencyjny: DM-2151-7/20.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w BZP nr 769111-N-2020 z dnia 21.12.2020 r.

Zamawiający pismem z dnia 4.03.2021 r. poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty, ofertę złożoną przez ww. Konsorcjum, tj. 1)Przedsiębiorstwo Budowlane "CZĘSTOBUD" D. Ś. - Lider, 2)Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL Sp. z o.o., al. Bohaterów Monte Cassino 40, 42-200 Częstochowa. Od takiej czynności zamawiającego wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlano-Konserwatorskie CASTELLUM Sp. z o.o., ul. Świdnicka 31, 50-066 Wrocław, zwane dalej „odwołującym” wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1/ art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji poprzez wybór wykonawcy w sposób niezgodny z przepisami Pzp, albowiem wybór jako najkorzystniejszej oferty, która podlegała odrzuceniu,
- 2/ art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, bowiem Zamawiający nie odrzucił oferty, która w treści zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu,
- 3/ art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie w sytuacji, w której regulacja ta nie powinna zostać zastosowana.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1/ ponownego przeprowadzenia oceny ofert pod kątem spełniania przez wykonawców warunków do udziału w postępowaniu,
- 2/ wykluczenia Konsorcjum: Częstobud D. Ś. oraz Przedsiębiorstwo Budowlane Budopol sp. z o.o. z postępowania,
- 3/ odrzucenie oferty Konsorcjum: Częstobud D. Ś. oraz Przedsiębiorstwo Budowlane Budopol sp. z o.o.,
- 4/ dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty przy odrzuceniu oferty Konsorcjum: Częstobud D. Ś. oraz Przedsiębiorstwo Budowlane Budopol sp. z o.o.,

Uzasadniając podniesione zarzuty i żądania podał, że zamawiający w SIWZ ustalił, dla przedmiotowego zadania, jakie stawki podatku VAT wykonawcy winni zastosować dla określonej grupy robót. Zdaniem odwołującego oferta Konsorcjum była nieprawidłowa, gdyż zawierała wadliwe stawki podatku od towarów i usług. Podał, że w toku postępowania, po złożeniu przez Konsorcjum oferty doszło do jej zmiany, poprzez zmianę jej ceny po poprawieniu stawki podatku VAT przez zamawiającego. Zamawiający w formularzu ofertowym w załączniku nr 1 do SIWZ wskazał w jaki sposób należy przedstawić cenę ofertową. Ponadto, w wyjaśnieniach Zamawiającego (pkt 13) z dnia 26.01.2021 r. szczegółowo zostało opisane, w jaki sposób należy naliczać stawki podatku VAT w zakresie prac wykonywanych w Domu Studenta. Pomimo podania złej stawki podatku przez Konsorcjum to jednak zamawiający dokonał wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Z powyższym rozstrzygnięciem zamawiającego odwołujący się nie zgodził, albowiem ocena oferty, a w konsekwencji wybór najkorzystniejszej oferty, odbyły się z naruszeniem prawa. Niedopuszczalne było zastosowanie przez zamawiającego poprawy treści oferty w oparciu o przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w celu poprawienia ceny w złożonej przez Konsorcjum ofercie.

Podkreślił, że zamawiający pismem z dnia 8 lutego 2021 r., wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny ofertowej. Konsorcjum w dniu 18 lutego 2021 r., złożyło takie wyjaśnienie zamawiającemu. Jeżeli zaistnieją wątpliwości co do treści oferty to zgodnie z art. 87 ust.1 Pzp, zamawiający ma możliwość żądania od wykonawcy wyjaśnień co do treści całej oferty. Oznacza to, że zamawiający nie jest zobowiązany do wzywania wykonawcy do wyjaśnień treści oferty w każdym przypadku jej niezgodności z treścią SIWZ. Instytucja wyjaśnień nie może zmieniać złożonego przez wykonawcę oświadczenia woli, lecz służy pomocą przy wykładni jego treści, jeżeli jest ona niejasna dla zamawiającego. Zatem w sytuacji powzięcia przez zamawiającego uzasadnionych wątpliwości co do poprawności zaoferowania przedmiotu zamówienia zamawiający może, zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie treści oferty (ale nie o zmianę ceny poprzez ponowne określenie składowych ceny ofertowej np. stawek podatku od towarów i usług).

Przywołana regulacja art. 87 ustawy Pzp zdaniem odwołującego nie może znaleźć zastosowania w ocenianej sprawie, gdyż nie mamy do czynienia z omyłką, która może być poprawiana na zasadzie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Oferta Konsorcjum w zakresie określenia ceny nie nasuwała żadnych wątpliwości interpretacyjnych. W szczególności nie wymagała wykładni. Określona w ofercie Konsorcjum cena, została zbudowana z naruszeniem prawa, tj. z zastosowaniem wadliwych stawek podatku od towarów i usług. Tego rodzaju błąd określenia ceny nie wymaga wykładni oświadczenia, lecz wiąże się z koniecznością odrzucenia oferty wadliwej.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp zamawiający poprawia w ofercie również inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, jeżeli nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Jednak stosowanie tego przepisu ma określone granice, które są wyznaczone koniecznością zachowania zasady przejrzystości i jawności postępowania oraz konieczności równego traktowania wszystkich wykonawców (wyr. KIO z 23.1.2013 r., KIO 27/13, z wyr. KIO z 2.2.2017 r., KIO 140/17). W ocenianej sprawie zamawiający swym wystąpieniem skierowanym do Konsorcjum „skłonił” Konsorcjum do podjęcia działań sprzecznych z prawem, a polegających na zmianie ceny ofertowej poprzez zastosowanie w miejsce błędnych stawek podatku VAT prawdopodobnie stawek prawidłowych. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem błędne podanie stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, który nie podlega poprawie i skutkuje koniecznością odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp (wyrok SO w Warszawie z 13.6.2003 r., sygn. akt V Ca 222/03; wyrok KIO z 5.2.2009 r., KIO/UZP 95/09; wyrok KIO z 5.2.2009 r., KIO/UZP 107/09; wyrok KIO z dnia 23.11.2020, KIO 2772/20).

W ocenianym przypadku doszło do zmiany oferty w zakresie jej niezmiennego elementu tj. ceny. Doszło do swoistych negocjacji zamawiającego z wykonawcą co do stawek podatku od towarów i usług. W efekcie prowadzonej przez zamawiającego korespondencji wykonawca de facto przyznał się do błędnego ustalenia stawek podatku VAT i dokonał nieuprawnionej zmiany ceny ofertowej. Zmiana ceny ofertowej w ofercie Konsorcjum koreluje z zastosowaniem odmiennych stawek podatku VAT od tych, jakie zostały przyjęte pierwotnie przy tworzeniu ceny ofertowej. Zastosowane pierwotnie stawki były wadliwe. W konsekwencji i cena ofertowa była zbudowana wadliwie (niezgodnie z prawem powszechnie obowiązującym – prawem podatkowym). Oferta dotknięta tego rodzaju wadliwością powinna podlegać odrzuceniu. Omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy. Oznacza to, że „oczywistość” omyłki winna być możliwa do ustalenia na podstawie oferty, ewentualnie (w ograniczonym zakresie) może pochodzić z wyjaśnień, które Zamawiający może uzyskać od wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Egzekwowanie i stosowanie tego wymogu jest niezwykle istotne w związku z ogólnym zakazem negocjowania i zmieniania złożonych ofert wyrażonym w art. 87 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp. Poprawienie oferty nie może de facto stanowić wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy, np. w przedmiocie oferowanego świadczenia czy dowolnego wypełnienia go dodatkową treścią, co do której zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji (tak wyrok KIO z 17.1.2008 r., KIO/UZP 77/07; wyrok ZA z 21.7.2006 r., UZP/ZO/0-2075/06; 30.3.2006 r., UZP/ZO/0-879/06; 9.1.2006 r., UZP/ZO/0-4036/05).

W przedmiotowej sprawie zdaniem odwołującego doszło do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli. Konsorcjum bez odwołania się do regulacji dotyczących podatku od towarów i usług nie dokonałoby zmiany ceny ofertowej. Również wada oferty polegająca na zastosowaniu niepoprawnej stawki VAT nie może być kwalifikowana jako widoczna na pierwszy rzut oka dla każdego. To zaś przemawia za wnioskiem, że wada w określeniu ceny niezgodnej z przepisami podatkowymi w zakresie określenia stawek VAT miała charakter istotny, jej próba usunięcia z inspiracji Zamawiającego przyjęła natomiast postać działania bezprawnego. W wyjaśnieniach Zamawiającego (pkt 13) z dnia 26.01.2021 r. szczegółowo zostało opisane, w jaki sposób należy naliczać stawki podatku VAT w zakresie prac wykonywanych w Domu Studenta (Wytyczne, pkt 13, s. 4-5). Zamawiający określił do jakiego rodzaju robót i dostaw należy przyjąć stawkę VAT w wysokości 8%, a do jakich stawkę VAT 23%.

W świetle powyższego, nie może być mowy o jakiegokolwiek omyłce Konsorcjum. Zatem w sprawie, zastosowanie powinna mieć regulacja art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, zgodnie z którą, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Reasumując prezentowane stanowisko, odwołujący podkreślił, że oferta Konsorcjum powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Nadto ponowne przeprowadzenie oceny złożonych w postępowaniu ofert, przy jednoczesnym wykluczeniu Konsorcjum, nie wpłynie w żaden sposób negatywnie na plany inwestycyjne zamawiającego. Wynika to z faktu, że zaplanowany i ogłoszony przez zamawiającego budżet dla przedmiotowej inwestycji, znacząco przewyższa wartość oferty odwołującego.

Zamawiający w złożonej na piśmie odpowiedzi na odwołanie wniósł o odrzucenie odwołania, a w przypadku nie podzielenia tego wniosku o jego oddalenie. Uzasadniając powyższe podał, że zamawiający kwestionuje uprawnienie odwołującego do wniesienia odwołania, gdyż niniejsze postępowanie jest podprogowe. W odniesieniu do postępowań, których wartość nie przekracza kwot, o których mowa w art. 11 ust. 8 Pzp, ustawodawca określa enumeratywny katalog czynności, od których przysługuje odwołanie (art. 180 ust. 2 Pzp). W tym postępowaniu żadna z zaskarżonych czynności nie miała wpływu na wybór oferty najkorzystniejszej — kluczowe dla tego wyboru było zwrócenie się do przystępującego o wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 Pzp i uzyskanie tych wyjaśnień. W odwołaniu w tym zakresie nie zostały podniesione żadne zarzuty, co powoduje że niedopuszczalne jest jego wniesienie, tym bardziej, że odwołujący nie wyjaśnił związku przyczynowo -skutkowego pomiędzy zaskarżonymi czynnościami a dokonanym wyborem. Podał, że podstawowe znaczenie dla sprawy ma rozstrzygnięcie, czy zaistniały podstawy do zastosowania w tej sprawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zamawiający podkreślił, że ostateczny kształt postanowień SIWZ wynikał ze zmian nadanych w wyjaśnieniach nr 2 — odpowiedź nr 5 i w wyjaśnieniach nr 4- odpowiedź nr 13 co zostało podsumowane zmianą z dnia 28.01.2021 roku, którą wprowadzono do SIWZ ostateczne brzmienie formularza oferty. Należało posługując się tabelą ceny ryczałtowej (zał nr 10) wyliczyć wartości netto a następnie wartość tę przenieść odpowiednio do formularza oferty, który zawierał przypisane przez zamawiającego stawki podatku VAT dla poszczególnych zakresów robót i dostaw.

Postępowanie przetargowe obejmowało bowiem wykonanie robót ze stawką 8% i 23 % oraz dostawy i montaż wyposażenia ze stawką 8% (wyposażenie stałe) i 23 % (wyposażenie ruchome). Natomiast poziom szczegółowości tabeli ceny ryczałtowej był inny aniżeli formularza oferty. W efekcie okazało się, że do formularza oferty mogły zostać wpisane wartości wynikające z sumowania elementów z różnymi stawkami podatku VAT.

W zaistniałej sytuacji, uznano że istnieje możliwość wyjaśnienia kwestii w aspekcie matematycznym przy zastosowaniu art. 87 ust. 1 Pzp, skutkiem czego zwrócono się do przystępującego - pismem z dnia 08.02.2021 roku o wyjaśnienie - przedstawienie szczegółowych wyliczeń oraz rozdziału kwot poz. 5.10 (pkt od 1.1. do 1.6 w tym zabudowy kuchenne, szafy do zabudowy, lodówki itp.) tabeli ceny ryczałtowej. Pismem z dnia 18.02.2021 roku przystępujący przedstawił wyjaśnienia w zakresie żądanym tj. podał wartości netto dla poz. 5.10 tabeli ceny ryczałtowej jednocześnie wnosząc o poprawienie w jego ofercie błędów w obliczeniu ceny.

Podkreślenia wymaga kwestia, że zarzuty odwołania nie odnoszą się do tej czynności zamawiającego co oznacza, że odwołujący nie kwestionuje prawa do ustalenia przez zamawiającego wartości netto, składającej się na zagregowane poz. 5.10 tabeli ceny ryczałtowej. Ten moment jest zdaniem zamawiającego kluczowy gdyż w SIWZ - formularz oferty zawierał narzucone przez zamawiającego stawki podatku VAT dla poszczególnych zakresów robót i dostaw.

Wskazał, że celem zastosowanego w postępowaniu przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jest niedopuszczenie do wyeliminowania z postępowania ofert w przeważającym zakresie poprawnych, które na skutek zaistnienia nieistotnych niezgodności z treścią SIWZ, winny podlegać poprawie.

Reasumując podał, że retoryka odwołania oraz powołane w nim orzecznictwo nie przystają do ustawowych obowiązków zamawiającego na etapie badania i oceny ofert. Obowiązki te zostały wypełnione z należytą starannością co przekłada się na dokonaniu zgodnym z prawem wyboru oferty najkorzystniejszej. Podkreślił także, iż poprawienie omyłek w ofercie przystępującego nie zmieniło rankingu ofert wg. ustalonych w SIWZ kryteriów

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum (1) D. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane Częstobud z siedzibą w Częstochowie (Lider) oraz (2) Przedsiębiorstwo Budowlane Budopol Sp. z o.o. z siedzibą w Jaskrowie (Partner) (zwani dalej „przystępującym”. Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia Konsorcjum.

Przystępujący wnosili o oddalenie odwołania w całości. Przystępujący zauważył, że mając na względzie aktualną linię orzeczniczą oraz interpretację przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, uznać należy, iż poprawienie stawki podatku VAT w ofercie przystępującego było uprawnione, spełniało wymogi innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający w SIWZ wskazał stawkę podatku, jaką należy zastosować, uprawniony więc był do poprawienia oferty.

Fakt złożenia oferty determinuje chęć realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie przewidzianym opisem przedmiotu zamówienia. Nie jest intencją wykonawców składanie ofert niezgodnych z wymogami SIWZ.

Jak wynika z obu uchwał SN, w przypadku gdy w SIWZ została wskazana stawka podatku VAT, a wykonawca wpisał inną niż określona przez zamawiającego, wówczas konieczne jest poprawienie oferty zawierającej inną omyłkę w rozumieniu przepisów Pzp. Brak jest ustawowych definicji poszczególnych omyłek. Jako dopuszczające dokonanie poprawek jak w przedmiotowym postępowaniu przystępujący przywołał wyroki Izby: z dnia 4 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2836/12, KIO 2842/12. Podobne stanowisko przystępującego wynikało także ze złożonego w dniu 21 kwietnia 2021 roku pisma procesowego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron i uczestnika zaprezentowanych na rozprawie, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje – odwołanie jest niezasadne, gdyż podniesione zarzuty nie mają oparcia w obowiązujących przepisach Pzp.

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy nPzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Izba oceniła, że odwołujący posiada interes w wniesieniu odwołania, gdyż jego uwzględnienie daje szansę na wybór oferty odwołującego. Tym samym została wypełniona materialnoprawna przesłanka dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o

zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę odwołującego, zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 04 marca 2021 r., a także stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i do protokołu rozprawy.

Izba po wysłuchaniu stanowisk stron i uczestnika – oddaliła wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania z powodu niezrealizowania przesłanek wskazanych w art. 180 ust.2 Pzp. Niewątpliwym jest, że odwołujący wnosząc odwołanie miał na celu uchylenie czynności zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty, a także w wyniku ponownego badania i oceny ofert liczył na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej. To zdaniem Izby wypełnia przesłankę interesu wykonawcy we wniesieniu odwołania. Nadto podkreślić należy, że zamawiający dopiero przy prezentacji swojego stanowiska w sprawie oświadczył, że cofa ten zarzut.

Przechodząc do merytorycznej oceny podniesionego zarzutu tj. naruszenia art. 87 ust. 1 i 2 pkt 3 podkreślić należy, że przepis art 87 ust. 1 Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert wówczas, gdy zamawiający zamierza odrzucić ofertę wykonawcy w sytuacji, gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Należy pamiętać o tym, że z przepisu art. 87 ust. 1 Pzp nie wynika, aby zamawiający w każdej sytuacji wskazującej na wątpliwość co do zgodności oferty z SIWZ był zobowiązany do występowania do wykonawcy z żądaniem złożenia wyjaśnień. Ustawodawca takiego wymogu nie zawarł, nie określił również katalogu spraw, o których wyjaśnienie zamawiający winien zwracać się do wykonawcy. Tym samym pozostawił zamawiającemu swobodę w ustaleniu, kiedy takie wątpliwości co do treści złożonej oferty występują. Podkreślić należy także, że zamawiający jest jednak zobowiązany do wystąpienia do wykonawcy z żądaniem złożenia wyjaśnień, kiedy ich wystąpienie jest niewątpliwe, a więc w sytuacji kiedy zamawiający zamierza odrzucić złożoną ofertę z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ w szerokim znaczeniu „niezgodności”. Zaniechanie przez zamawiającego tego trybu wyjaśniania wątpliwości odnoszących się do treści złożonej oferty winno być uznane za naruszenie przepisów postępowania, ponieważ to na zamawiającym, który ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny w postaci możliwości odrzucenia oferty, spoczywa ciężar udowodnienia podstawy do zastosowania tej sankcji wobec oferty wykonawcy. Dopiero wyczerpanie tej procedury uprawnia zamawiającego do ewentualnego ustalenia, że dana oferta nie odpowiada treści SIWZ. (por wyrok KIO z 29 stycznia 2014 r. sygn. KIO 64/14).

W przedmiotowym stanie faktycznym niewątpliwie wystąpiła sytuacja wymagająca wystąpienia zamawiającego do wykonawcy o wskazanie dlaczego w sytuacji, kiedy zamawiający w SIWZ wskazał stawki podatku VAT jakie winny być zastosowane przy

obliczeniu ceny ofertowej, a wykonawca w załączniku nr 1 do SIWZ podał stawki w innej wysokości. Było to istotne zdaniem Izby dlatego, że wykonawca mógł w wyjaśnieniach podać, że nastąpiła z jego strony omyłka co do stawki podatku, ale również mógł stwierdzić, że w ofercie podaje stawki prawidłowe, a te wskazane przez zamawiającego w SIWZ są błędne. Powyższe dwie hipotetyczne możliwości treści wyjaśnień wykonawcy miałyby istotne znaczenie dla dalszych działań zamawiającego, gdyż w pierwszym przypadku zamawiający byłby zobowiązany do ustalenia możliwości poprawy stawek podatku w oparciu o przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Natomiast w drugim przypadku zamawiający byłby zobowiązany do analizy sytuacji pod kątem, czy wskazane przez niego stawki podatku są prawidłowe, czy też racja jest po stronie wykonawcy. Jeśli stawki wskazane przez zamawiającego zostałyby uznane za prawidłowe to zamawiający byłby zobligowany do odrzucenia oferty przystępującego.

W przedmiotowej sytuacji, kiedy wykonawca w ramach wyjaśnień oświadczył, że nastąpiła w formularzu omyłka w zakresie stawki podatku VAT w kwotach z poz. 5.10 (pkt od 1.1. do 1.6) i winna być wpisana stawka wskazana w SIWZ, to zamawiający nie miał innej możliwości postępowania, jak dokonać poprawy omyłki w tym zakresie w oparciu o przepis art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp. W przedmiotowej sytuacji należy mieć na względzie ugruntowaną linię orzecniczą z której wynika, że wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę w trybie art. 87 ust.1 Pzp stanowią jego oświadczenie woli, którym jest on związany na równi ze złożoną ofertą.

Przechodząc do kwestii możliwości w przedmiotowym stanie faktycznym dokonania poprawy stawki podatku VAT podkreślić należy, że przy ocenie tego zarzutu, Izba kierowała się stanowiskiem wynikającym z uchwał z 20 października 2011 r. Sądu Najwyższego (sygn. akt III CZP 52/11 i III CZP 53/11). Zgodnie z nimi w wypadku wskazania w SIWZ (co miało miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym) stawki podatku VAT, to rola zamawiającego sprowadza się do weryfikacji złożonych ofert po tym kątem i ewentualnego rozważenia zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jeśli zaistnieją przesłanki ku temu. Naturalnie inaczej jest, gdy zamawiający stawki podatku nie wskazał to wtedy na wykonawcach spoczywa obowiązek ustalenia prawidłowej stawki. Podkreślić należy za stanowiskiem SN, wskazanym w ww. uchwałach, że podstawowym dokumentem, który jest niezbędny do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia jest SIWZ. Na podstawie zawartych w nim warunków, wykonawcy przygotowują ofertę, jej bowiem treść jest wiążąca tak dla wykonawcy jak i dla zamawiającego. W specyfikacji zamawiający, podając sposób obliczenia ceny (art. 36 ust. 1 pkt 12), może również określić stawkę podatku VAT. Jeżeli zatem, zamawiający w SIWZ w części dotyczącej sposobu obliczenia ceny, wskazał stawkę podatku VAT wówczas kontrola oferty w tym zakresie może sprowadzać się do poprawienia oferty.

Jeżeli jednak zamawiający opisując w SIWZ sposób obliczenia ceny nie zawarł żadnych wskazań dotyczących stawki podatku VAT, wówczas oferta zawierająca stawkę podatku VAT niezgodną z obowiązującymi przepisami podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Jednocześnie art. 89 ust.1 pkt 6 Pzp stanowi, że zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę zawierającą błąd w obliczeniu ceny. Jeśli więc poprawienie nie jest możliwe winno to skutkować odrzuceniem oferty. Przy czym, zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach - ceną jest cena uwzględniająca podatek od towarów i usług. Izba w całości podziela stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w przywołanych uchwałach.

Podkreślić należy, że w przedmiotowym stanie faktycznym, stawka ostatecznie była znana w wyniku modyfikacji SIWZ w dniu 28 stycznia 2021 rok. Natomiast odwołujący w swoim odwołaniu i stanowiskach wskazywał na rzekomo ostatnią zmianę, która miała miejsce w dniu 26 stycznia 2021 roku, co nie jest zgodne z prawdą.

Nadto zauważyć należy, iż nie jest zasadne stanowisko odwołującego w zakresie prezentowanego stanowiska, że aby zamawiający mógł dokonać poprawy treści oferty w oparciu o przepis art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp, to omyłki winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy zamawiający mógł dokonać samodzielnie, bez udziału wykonawcy. Taki wymóg dotyczy tylko oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych. W przypadku innych omyłek o których mowa w art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp skuteczność czynności poprawy omyłki jest uzależniona od zgody na poprawę przez wykonawcę. Natomiast przy poprawie oczywistych omyłek taka zgoda wykonawcy nie jest wymagana.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i rozważania przy wzięciu pod uwagę treści dokumentacji postępowania oraz dodatkowych stanowisk stron i przystępującego złożonych na piśmie. Izba orzekła jak w sentencji uznając czynności zamawiającego o poprawie treści oferty w zakresie stawki podatku VAT za prawidłową. Tym samym nie znalazło potwierdzenia naruszenie przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu. W związku z faktem iż odwołanie zostało oddalone w całości to tym samym całością kosztów postępowania został obciążony odwołujący.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 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