

WYROK
z dnia 27 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 grudnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 grudnia 2018 r. przez wykonawcę: **Aglet sp. z o.o., ul. Nowogrodzka 31, 00-511 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie, ul. Mazowiecka 14, 00-048 Warszawa**

przy udziale wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Drogowych w Grójcu Sp. z o.o., ul. Asfaltowa 2, 05-604 Jasieniec** - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: Aglet sp. z o.o., ul. Nowogrodzka 31, 00-511 Warszawa, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Aglet sp.

z o.o., ul. Nowogrodzka 31, 00-511 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy: Aglet sp. z o.o., ul. Nowogrodzka 31, 00-511 Warszawa na rzecz zamawiającego: Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie,

ul. Mazowiecka 14, 00-048 Warszawa kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) na wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 2538/18

Uzasadnienie

Zamawiający – Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 740 na odcinku od km 22+779 do km 23+708 w miejscowości Wrzeszczów* nr postępowania 225/18, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 19.10.2018 r., nr 638714-N-2018.

Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołujący – Aglet sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego, wskazując.

(...)

III. Zarzuty odwołania:

Zaskarżam czynność badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, **dokonaną przez Zamawiającego i zarzucam jej:**

- 1.** błędne poprawienie ceny oferty brutto w formularzu oferty złożonym przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Drogowych w Grójcu Sp. z o.o. (dalej PRIDG), co prowadziło do nieuzasadnionej zmiany ceny brutto oferty i stanowiło naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 7 ustawy Pzp;
- 2.** błędny wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez PRIDG, pomimo że oferta ta nie mogła otrzymać najkorzystniejszej punktacji we wszystkich kryteriach oceny ofert, co stanowiło naruszenie art. 97 ust. 1 ustawy Pzp.

IV. Wnioski odwołania

Biorąc pod uwagę wymienione zarzuty, wnoszę o:

1. uwzględnienie odwołania;
2. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zaskarżonym postępowaniu;
3. unieważnienie czynności poprawienia omyłek rachunkowych w treści oferty PRIDG;
4. nakazanie Zamawiającemu ponowienia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem ceny oferty brutto złożonej pierwotnie przez PRIDG;

5. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według właściwych norm.

V. Interes we wniesieniu odwołania

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania, będąc jednym z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Odwołujący w toku oceny ofert w części 2 postępowania uzyskał drugi wynik, ustępując wskutek zaskarżonej czynności wyłącznie wykonawcy PRIDG wyłącznie w kryterium ceny oferty brutto.

Dowód: informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, z dnia 4 grudnia 2018 r. - załącznik do protokołu z postępowania.

Wskutek uznania zarzutów odwołania, oferta Odwołującego musiałaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Cena oferty brutto Odwołującego (2 588 975,78 PLN) była bowiem niższa niż cena oferty brutto PRIDG (2 649 000 PLN) przed nieuzasadnionym dokonaniem jej obniżenia przez Zamawiającego.

Dowód: oferty Odwołującego oraz PRIDG - załącznik do protokołu z postępowania.

VI. Brak podstaw do odrzucenia odwołania

(...)

Dowód: potwierdzenie przesłania informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu - załącznik do protokołu z postępowania;

Dowód: potwierdzenie wniesienia wpisu od odwołania, stanowiące załącznik nr 2 do odwołania.

VII. Uzasadnienie faktyczne i prawne

1. Odnośnie do zarzutu określonego w pkt III. 1 odwołania

Odwołujący wskazuje, że w toku badania i oceny ofert, w dniu 23 listopada 2018 r. Zamawiający dokonał poprawy „oczywistej omyłki rachunkowej” w treści oferty Wykonawcy PRIDG.

Dowód: treść pisma z dnia 23 listopada 2018 r., skierowanego do PRIDG - załącznik do protokołu z postępowania.

Poprawa miała polegać na przyjęciu jako prawidłowo podanej ceny oferty netto, ponownym wyliczeniu kwoty podatku VAT w oparciu o stawkę wskazaną przez PRIDG oraz zsumowanie ww. kwot zmieniając tym samym (obniżając) cenę oferty brutto.

Ww. działanie Zamawiającego opierało się na założeniu, że w treści oferty PRIDG to kwota netto została podana prawidłowo. Założenie takie, w ocenie Odwołującego było bezpodstawne, a wręcz sprzeczne z treścią SIWZ opublikowaną przez Zamawiającego.

W celu uzasadnienia powyższego stanowiska Odwołujący przyznaje, że faktycznie w treści formularza oferty PRIDG doszło do rozbieżności między podanymi kwotami- stosując stawkę podatku VAT w wysokości 23% do ceny netto w wysokości 2 039 730 PLN, nie otrzyma się kwoty podatku w wysokości 609 270 PLN. Powyższe może oznaczać, że:

- a) Wykonawca zaczął od ustalenia ceny netto, następnie błędnie wyliczył kwotę podatku VAT, a następnie błędnie wyliczył cenę brutto;
- b) Wykonawca zaczął od ustalenia ceny brutto, następnie błędnie wyliczył podatek VAT zawarty w cenie brutto, a następnie błędnie wyliczył cenę netto poprzez odjęcie podatku VAT.

Tok ustalania ceny opisany w pkt b, choć na pierwszy rzut oka mniej oczywisty, jest spotykany w praktyce obrotu, gdzie istotna jest końcowa wartość wynagrodzenia. Takie działanie najprawdopodobniej miało miejsce w przypadku oferty PRIDG, co staje się oczywiste, gdy przeanalizuje się stan faktyczny:

- w postępowaniu oferty konkurowały na ceny brutto, tym samym jej ustalenie było najistotniejsze dla określenia kształtu oferty i szans w postępowaniu, kwota netto nie miała znaczenia dla postępowania;

- **podana przez PRIDG kwota podatku VAT tj. 609 270 PLN, stanowi dokładnie 23%**

z ceny oferty brutto.

Tym samym można odtworzyć tok działania Wykonawcy PRIDG, który ustalił cenę brutto, następnie w celu wyliczenia ceny netto próbował obliczyć podatek VAT wchodzący w skład ceny brutto. Jednakże zastosował w tym celu błędne działanie matematyczne i pomnożył kwotę brutto przez 23%. Po czym odjął tak obliczoną kwotę od ceny brutto, otrzymując kwotę netto.

Tym samym pomyłka mogła polegać na doborze niewłaściwych działań matematycznych, **w wyniku których otrzymano** technicznie poprawne wyniki:

- 609 270 stanowi 23% z 2 649 000;
- 2 649 000 - 609 270 równa się 2 039 730.

Wystąpienie tak okrągłych kwot (bez groszy) zwłaszcza ceny brutto, również może stanowić dodatkową wskazówkę, że to właśnie cena brutto była wartością wyjściową.

Faktycznie dokonana poprawa omyłki musiała opierać się na uznaniu, że Wykonawca uzyskał zły wynik mnożenia

kwoty netto przez stawkę podatku VAT przez pominięcie lub przeinaczenie cyfr, czy też błędne przepisanie wyniku do treści oferty. Takie błędy mogą się wydarzyć, ale wydają się mniej prawdopodobne jeśli dojrzy się ww. wzajemne relacje matematyczne między kwotami wskazanymi w formularzu ofertowym PRIDG.

Powyższa analiza ma na celu wykazanie, że omyłka w treści oferty PRIDG zaistniała, a nie jest oczywiste co ją wywołało i jak ją poprawić. Istnieją co najmniej dwa różne rozwiązania dla tej sytuacji, z czego wybrane przez Zamawiającego nie znajduje swoich podstaw w treści oferty. Wykonawca nie przedstawił bowiem w treści oferty żadnych informacji mogących potwierdzić, że to cena netto została obliczona w sposób prawidłowy. Zamawiający nie wymagał przedstawienia np. kosztorysów ofertowych lub formularzy cenowych, których badanie pozwoliłoby rozstrzygnąć dylemat, która cena podana przez Wykonawcę jest prawidłowa - brutto czy netto?

W tym miejscu Odwołujący przywołuje orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, potwierdzające wyżej przedstawione wywoły:

Jak zauważono powyżej, w niniejszym postępowaniu w treści oferty znalazły się dwie kwoty i brak jest jednocześnie innej informacji w treści oferty, która pozwalałaby jednoznacznie stwierdzić, która z kwot jest właściwa. Sam fakt, że Zamawiający w treści załącznika do SIWZ przewidział, że cena w formularzu cenowym powinna być kwotą brutto nie oznacza, że Wykonawca T. sp. z o.o. prawidłowo wypełnił ten dokument. Odwołujący wskazał bowiem trafnie, że nie jest przypadkową kwotą podana w formularzu ofertowym, powiększona o podatek VAT i z dużym prawdopodobieństwem można by przyjąć, że wolą Wykonawcy było zaoferowanie kwoty wyższej (podanej w formularzu ofertowym, nie cenowym). Nie jest zatem jednoznaczny sposób poprawienia omyłki, na który wskazywał Zamawiający. Okoliczność, że każda ze stron postępowania wskazywała na inny możliwy prawdopodobny sposób poprawienia treści oferty przesądza, że brak jest elementu oczywistości. Fakt zatem, że istnieją dwie równoprawne możliwości dokonania poprawienia treści oferty Wykonawcy T. sp. z o.o. świadczy o tym, że nie mamy do czynienia z omyłką oczywistą. Tym samym czynność poprawienia treści oferty Wykonawcy T. sp. z o.o. była bezpodstawną. Ustawa dopuszcza możliwość poprawienia jedynie omyłki oczywistej (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2016.04.08, KIO 431/16).

Ponadto Odwołujący podkreśla, że sam fakt istnienia możliwości dokonania poprawy treści oferty w inny sposób pozbawia poprawę przesłanki oczywistości. Nie jest w tym przypadku wykazanie, jak naprawdę doszło do omyłki, co byłoby niemożliwe ani dla Zamawiającego ani dla Odwołującego. Stanowisko takie potwierdza w innym orzeczeniu KIO: *Izba musi przychylić się do zdania zamawiającego, że wobec wielu możliwości poprawienia omyłki nie można jej uznać za oczywistą omyłkę rachunkową, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp. Odwołujący nie wykazał dlaczego jeden sposób poprawienia omyłki w obliczaniu ceny miałby być przyjęty jako oczywisty, a pozostałe uznane za nieoczywiste czy niemożliwe do zastosowania. W związku z tym, w ocenie Izby, zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp przez zaniechanie poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie odwołującego - nie może zasługiwać na uwzględnienie (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2017.05.30, KIO 988/17).*

Działanie Zamawiającego, dające prymat cenie netto, stoi ponadto w sprzeczności z treścią pkt 16 Części I SIWZ zatytułowanego „Sposób obliczenia ceny”. Zamawiający wskazał cenę brutto jako jedyną informację podawaną przez Wykonawców na potrzeby obliczenia ceny oferty. Zgodnie z opisami SIWZ, Zamawiający nie wymagał, aby Wykonawca dokonał wyliczenia ceny brutto poprzez wskazanie kwoty netto i dalsze działania na tej podstawie. Zamawiający podkreślił, że do oceny ofert w kryterium Cena (C) przyjmie cenę brutto wpisaną przez wykonawcę w formularzu oferty podając ją w zapisie liczbowym i słownie i tym samym oczekuje określenia przez oferentów ceny całkowitej oferty wskazując na cenę ryczałtową. Zgodnie z definicją ceny, zawartą w art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 o informowaniu o cenach towarów i usług, cena stanowi całkowity koszt jaki Zamawiający jest zobowiązany zapłacić Wykonawcy, który musi zawierać także odpowiednio wyliczoną kwotę podatku VAT. Tym samym kwota brutto jest podstawą do rozliczeń w obrocie rynkowym, w szczególności przy składaniu oświadczeń woli mających na celu zawarcie umowy, cena netto zaś ma znaczenie drugorzędne.

Wykładni tak jednoznacznych sformułowań SIWZ nie zmienia fakt, że we wzorze formularza ofertowego Zamawiający zawarł także miejsce na wskazanie ceny netto. W braku innych dyrektyw w treści dokumentacji przetargowej, Odwołujący upatruje w fakcie zostawienia rubryki na kwotę netto wyłącznie dla celu informacyjnego, być może ułatwienia przy uzupełnianiu umowy po zakończonym postępowaniu.

Ażeby jeszcze bardziej unaocznic fakt, że cena netto nie powinna mieć wiodącego znaczenia, Odwołujący zauważa, że rolą formularzy ofertowych jest ułatwienie Wykonawcy złożenia oferty. Informacja o cenie netto nie była wymagana nigdzie w treści SIWZ jako element składowy oświadczenia woli Wykonawców. Tym samym potencjalny

Wykonawca składający ofertę na własnym formularzu, w którym nie podałby ceny netto, a wyłącznie cenę brutto, nie zostałby odrzucony z postępowania. Co więcej, nie zachodziłaby podstawa do kwestionowania tak podanej przez niego ceny brutto, czy też jej uzupełniania czy wyliczania jako poprawa oczywistej omyłki.

Wreszcie, Odwołujący podkreśla, że to wyłącznie cena ofertowa brutto miała być brana pod uwagę przy ocenie ofert. Tym samym jej zmiana powinna być analizowana z najdalej posuniętą ostrożnością, jako mogąca wpłynąć (i wpływająca w tym przypadku) na wynik postępowania.

Działanie Zamawiającego, polegające na bezpodstawnym dokonaniu poprawy omyłki poprzez wybór odpowiedniejszej jego zdaniem ceny, naruszyło konkurencję w postępowaniu i stanowiło naruszenie normy art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zwraca na to także uwagę KIO wskazując: *Skoro nie jest możliwe ustalenie takiej informacji na podstawie oferty, to tym samym ewentualna omyłka w ofercie traci przymiot oczywistości. W konsekwencji, nie jest możliwe dokonanie poprawienia oferty w tym zakresie na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Podstawowe znaczenie ma fakt, że Zamawiający nie ma żadnej wiedzy, w jaki sposób poprawić omyłkę, co wyklucza możliwość, aby te omyłkę uznać za omyłkę w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jak wskazano wyżej, istota omyłki polega na tym, że jej zauważenie i uznanie za treść wpisaną błędnie, możliwe jest bez konieczności występowania o informację w tym zakresie do wykonawcy (wyrok z dnia 2017.07.31 KIO 1411/17). W niniejszym postępowaniu, Zamawiający musiałby wystąpić do Odwołującego o przekazanie informacji, w jaki sposób dokonać poprawienia omyłki. Odwołujący mógłby zaś wybrać (a ma to miejsce już po etapie składania ofert), czy chce, aby zaoferowana przez niego cena była niższa, czy też wyższa. Doszłoby zatem do negocjacji w zakresie ceny oferty, w wyniku których mogłaby nastąpić zmiana ceny całej oferty, a więc zmiana treści oferty. Art. 87 ust. 1 Prawo zamówień publicznych pozwala na dokonywanie wyjaśnień treści złożonych ofert, ale zakazuje negocjacji w zakresie tej treści i dokonywania jakichkolwiek zmian w jej treści.*

2. Odnośnie do zarzutu określonego w pkt III. 2 odwołania

Mając na uwadze wywody zawarte w ust. 1 odwołania, wskazujące cenę oferty brutto jako rozstrzygającą dla wyniku postępowania, oferta PRIDG przedstawiała mniej korzystny bilans punktowy. Uwzględniając uzyskanie tożsamego wyniku przez ofertę Odwołującego i PRIDG w kryteriach okres rękomi i doświadczenie kierownika budowy, trzeba zaznaczyć, oferta PRIDG była ofertą droższą. Tym samym to oferta Odwołującego winna uzyskać 100 pkt we wszystkich kryteriach, natomiast oferta PRIDG winna była uzyskać łącznie 98,64 pkt w tym 58,64 pkt w kryterium ceny. Dokonując wyboru oferty PRIDG, Zamawiający dokonał zatem wyboru oferty mniej korzystnej, z uwzględnieniem wszystkich kryteriów oceny ofert.

Biorąc powyższe pod uwagę, odwołanie jest uzasadnione i konieczne.

Zamawiający przedstawił swoje stanowisko odnośnie do zarzutów zawartych w odwołaniu ustnie do protokołu i wniósł o oddalenie odwołania.

Wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego – Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Drogowych w GrójcuSp. z o.o. – wskazał w zgłoszeniu przystąpienia, że w jego ofercie znalazła się oczywista omyłka rachunkowa polegająca na błędnym wyliczeniu kwoty podatku VAT. Było to błędem pracownika wypełniającego formularz ofertowy. Dokonana przez Zamawiającego poprawa omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp była prawidłowa, bowiem przy kalkulowaniu ceny oferty wykonawca brał pod uwagę wartość netto. VAT jest podatkiem i jest odprowadzany przez przedsiębiorstwo do Skarbu Państwa. Rentowność prac jest kalkulowana z uwzględnieniem wartości netto zamówienia.

Podniósł też, że mając na uwadze wartość zamówienia, odwołanie może dotyczyć wyłącznie czynności Zamawiającego wymienionych w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący wskazując art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, jako dopuszczający wniesienie odwołania, próbuje dokonać obejścia przepisów ustawy, wprowadzających zamknięty katalog czynności Zamawiającego, które mogą być przedmiotem odwołania. Wskazując werbalnie, jako zaskarżoną czynność „wybór najkorzystniejszej oferty”, Odwołujący faktycznie zaskarża czynność z art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, poprawienie omyłki rachunkowej w ofercie. Ta czynność nie może być samodzielnie czynnością, wobec której dopuszczalne jest odwołanie (art. 180 ust. 2 pkt 1-6 ustawy Pzp).

W takiej sytuacji, wobec niedopuszczalności odwołania, powinno być ono oddalone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Wykonawca: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Drogowych w GrójcuSp. z o.o., wobec skutecznego zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stał się uczestnikiem postępowania, zwanym

w dalszej części też „Przystępującym”.

Chybione jest stanowisko Przystępującego o oddaleniu odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Wskazany przepis stanowi przesłankę do odrzucenia odwołania, gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, a odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 tej ustawy. W przypadku odrzucenia odwołania, nie jest ono rozpoznawane merytorycznie na rozprawie.

Nie wystąpiły przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie przepisu ustawy Pzp wskazanego przez Przystępującego.

Wybór najkorzystniejszej oferty w rozumieniu przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, jest pojmowany w szerokim rozumieniu, dotyczy czynności i zaniechania czynności zamawiającego, do których jest zobligowany, o ile wiąże się z wyborem najkorzystniejszej oferty, a więc m.in. z badaniem i oceną oferty wykonawcy poprzedzającą finalny wybór oferty najkorzystniejszej. Sąd Najwyższy uznał (uchwały z 17 listopada 2017 r. III CZP 56/17; III CZP 58/17), że dla zamówień podprogowych, czyli o pewnej wartości zamówienia, art. 180 ust. 2 Prawa zamówień publicznych identyfikuje przedmiot zaskarżenia, czyli to, co mogą zainteresowani zaskarżyć. Przedmiotem zaskarżenia jest wybór najkorzystniejszej oferty, ale ten wybór najkorzystniejszej oferty może być skarżony z rozmaitych powodów.

W ocenianych sprawach, które stanowiły podstawę faktyczną podjęcia uchwał, zarzuty dotyczyły tego, że wbrew stanowi faktycznemu zamawiający nie odrzucił oferty, lub nie wykluczył oferenta z przetargu. Sąd Najwyższy sprecyzował, że ta kategoria zarzutów także determinuje ocenę czy wybór najkorzystniejszej oferty został dokonany zgodnie ze standardami Prawa zamówień publicznych. Zatem, badanie i ocena ofert w toku, których Zamawiający dokonał poprawy oczywistej omyłki rachunkowej, to czynności poprzedzające wybór najkorzystniejszej oferty.

Wobec braku podstaw do odrzucenia odwołania na posiedzeniu, Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie.

Zamawiający spełnia przesłanki, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniające go do wniesienia odwołania.

Ustalony stan faktyczny w zakresie objętym odwołaniem.

W SIWZ (Część I Instrukcja Dla Wykonawców) Zamawiający opisał wymóg obliczenia ceny oferty, następująco *Pkt 16. Sposób obliczenia ceny oferty: Wykonawca określi cenę całkowitą oferty brutto (cenę ryczałtową), podając ją w zapisie liczbowym i słownie. Cena całkowita oferty obejmować będzie wszelkie należności wykonawcy za wykonanie całości przedmiotu niniejszego zamówienia. Wykonawca określa cenę na podstawie opisu przedmiotu zamówienia zawartego w dokumentacji projektowej. Ceny podane przez Wykonawcę zostaną ustalone na czas trwania umowy i nie będą podlegały zmianom, za wyjątkiem ustawowej zmiany stawki podatku VAT.*

Cena oferty stanowiła kryterium oceny ofert o wadze 60%, pozostałe kryteria to: doświadczenie kierownika budowy 10% i okres rękojmi 30% (pkt 17 wskazanej części SIWZ).

W pkt 18 Zamawiający wskazał: *1) Przez kryterium Cena (C) Zamawiający rozumie całkowity koszt realizacji zamówienia. Do oceny Zamawiający przyjmuje cenę brutto wpisaną przez Wykonawcę w formularzu oferty.*

W części II SIWZ „OFERTA”, w pkt I Zamawiający zobowiązał wykonawców do podania ceny liczbowo i słownie: netto podatek VAT, brutto.

W części V SIWZ „WZÓR UMOWY” w § 2 ust. 1 Zamawiający wymagał wskazania także ceny liczbowo i słownie: netto VAT, brutto.

W ofercie Przystępujący podał cenę liczbowo i słownie: netto 2 039 730,00 zł; podatek VAT 23% tj. 609 270,00 zł; brutto 2 649 000,00 zł.

Pismem z dnia 23 listopada 2018 r. Zamawiający zawiadomił Przystępującego o poprawieniu w ofercie oczywistej omyłki rachunkowej, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, wskazując liczbowo i słownie cenę: netto 2 039 730,00 zł; podatek VAT 23% tj. 469 137,90 zł; brutto 2 508 867,90 zł. Oferta Przystępującego uzyskała pierwszą lokatę (cena brutto 2 508 867,90 zł), oferta Odwołującego drugą lokatę (cena brutto 2 588 975,78 zł). Pozostali trzej wykonawcy zaoferowali ceny wyższe.

Na rozprawie Zamawiający wyjaśnił, że każda z części specyfikacji jest jednakowo ważna. W części I specyfikacji (IDW) Zamawiający wskazał w sposobie obliczenia ceny oferty (pkt 16), że cenę oferty ma stanowić kwota brutto. Natomiast w części II SIWZ wskazał sposób obliczenia ceny brutto w formularzu OFERTA, gdzie należało podać cenę netto, podatek VAT i kwotę brutto. W części V SIWZ w § 2 ust. 1 Zamawiający powtórzył opis zamieszczony w formularzu OFERTA. Sposób poprawienia omyłki, będący obowiązkiem Zamawiającego, wynika wprost z ustawy. Oceniając sposób przedstawienia ceny oferty, Zamawiający rozpoczął od sprawdzenia czy prawidłowo został wyliczony podatek VAT od ceny netto, bo jest to jedyny sposób wyliczenia podatku VAT. Po sprawdzeniu kwoty netto i kwoty podatku VAT okazało się, że kwota podatku VAT przy prawidłowej stawce 23% została błędnie obliczona, wobec tego Zamawiający ustalił prawidłową kwotę podatku VAT, doliczył do ceny netto podatek VAT w prawidłowej kwocie i w

ten sposób uzyskał prawidłową cenę brutto. Pismo z 23.11.2018 r., skierowane do wykonawcy, było zawiadomieniem o poprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej. W nawiązaniu do przepisów ustawy Pzp przedstawionych w odwołaniu, Zamawiający oświadczył, że brak było podstawy wskazania naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy. Zamawiający na tej podstawie nie mógł odrzucić oferty, ponieważ oferta Przystępującego jest zgodna z ustawą Pzp i zgodna z SIWZ.

Odwołujący nie zaprzeczył błędnemu wskazaniu w ofercie Przystępującego kwoty VAT, która nie stanowi 23% wskazanej w ofercie stawki VAT, nie zaprzeczył też, że w wyniku działania arytmetycznego polegającego na obliczeniu kwoty VAT przy założeniu, że kwotą wyjściową do obliczeń jest kwota netto – zmianie uległa kwota brutto.

Istotę sporu stanowiło: według Odwołującego błędne uznanie przez Zamawiającego oczywistej omyłki rachunkowej, ze względu na brak oczywistości, a także sposób poprawienia omyłki. Zdaniem Odwołującego, skoro w ofercie podano kwotę netto i kwotę brutto, więc podano dwie kwoty dotyczące ceny, wobec tego nie wiadomo, która z nich jest prawidłowa. Możliwe jest też poprawienie ceny oferty przez odwrócone działanie matematyczne, polegające na uznaniu, że prawidłowa jest kwota brutto, od której należy odjąć prawidłowo obliczony podatek VAT wg stawki 23% i otrzymaną kwotę przyjąć jako kwotę netto.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego.

Przepis art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp brzmi: *Zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.*

Sposób przedstawienia ceny oferty przez Przystępującego na obowiązkowym, stanowiącym część SIWZ formularzu OFERTA – netto, podatek VAT, brutto, wraz z podaniem liczbowym i słownym brzmieniem wskazanych kwot, było zgodne z wymaganiem Zamawiającego co do zakresu przedstawienia ceny. Wypełniony formularz OFERTA jest w ścisłym znaczeniu, obok innych dokumentów i oświadczeń wykonawcy, ofertą w rozumieniu art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego i przesądza o zobowiązaniu wykonawcy stanowiącym merytoryczną jej treść.

Przedstawiając cenę oferty, wykonawca był zobowiązany podać kwotę netto, następnie VAT, a na końcu kwotę brutto. Stanowiła ona kwotę, o jakiej mowa w pkt 16 SIWZ, zawierającym standardowy opis sposobu obliczenia ceny oferty.

Zatem, wskazanie w formularzu OFERTA, w pozycji kwota VAT, z uwzględnieniem obowiązkowej stawki 23% podatku, kwoty nieodpowiadającej wynikowi działania arytmetycznego 23% z ceny netto 2 039 720,00 zł, jednoznacznie wskazuje na oczywistą omyłkę rachunkową.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, że wartość robót budowlanych odzwierciedlona jest w cenie przedstawionej w formularzu OFERTA i we WZORZE UMOWY, jako netto. Po dodaniu do ceny netto obowiązującego, prawidłowo obliczonego podatku VAT, kwoty wg stawki 23%, wykonawca powinien uzyskać prawidłowo obliczoną cenę oferty brutto, jako sumę dwóch części składowych (netto i VAT).

Błędnie obliczona kwota podatku VAT, jako efekt działania na liczbach, przy zastosowaniu prawidłowej stawki 23%, podlega z mocy prawa poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Zatem, Zamawiający wykonał obowiązkową czynność poprawienia kwoty VAT oraz czynność następczą tej poprawy – poprawę kwoty brutto, jako oczywistej omyłki rachunkowej, wynikającej z błędnie przeprowadzonych działań arytmetycznych.

W orzecznictwie i piśmiennictwie ukształtowały się poglądy: oczywista omyłka rachunkowa jest wynikiem niepoprawnie przeprowadzonych działań arytmetycznych i stanowi nieprawidłowy wynik uzyskany z błędnie wykonanego dodawania, odejmowania, mnożenia lub dzielenia. Omyłki rachunkowe to błędy we wszystkich działaniach arytmetycznych, które naruszają stosowanie reguł matematycznych. Omyłka musi mieć charakter niezamierzony, gdy wykonawca przyznaje, że omyłka była skutkiem jego świadomej decyzji, wówczas brak jest podstaw do poprawienia.

/Przystępujący oświadczył w zgłoszeniu przystąpienia i na rozprawie, że błędne wyliczenie kwoty podatku VAT, było błędem pracownika wypełniającego formularz ofertowy./

Omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty nie tylko wtedy, gdy jest widoczna na pierwszy rzut oka, lecz także wtedy, gdy fakt jej istnienia może być jednoznacznie stwierdzony podczas sprawdzania obliczeń zgodnie z opisem wynikającym z SIWZ. Oczywista omyłka występuje także wtedy, gdy mimo zastosowania prawidłowej stawki VAT, wykonawca nieprawidłowo wyliczył kwotę tego podatku.

Przepisy ustawy Pzp nie podają co należy rozumieć przez oczywistą omyłkę rachunkową, zatem przy ocenie należy brać pod uwagę okoliczności konkretnej sprawy, wymogi ustanowione w SIWZ oraz brzmienie i strukturę oferty.

Poprawienie omyłki rachunkowej skutkuje koniecznością wprowadzenia dalszych zmian będących jej konsekwencją rachunkową. Przeszkodą dla wprowadzenia zmian

w treści oferty, będących wynikiem zastosowania trybu, o którym mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, nie jest ani liczba występujących omyłek, ani też ich znaczenie. Poprawa omyłek rachunkowych może zatem mieć istotny wpływ na wysokość zaoferowanej przez wykonawcę ceny. Poprawianie oczywistych omyłek rachunkowych w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, odbywa się bez udziału wykonawcy.

Mając na uwadze, że przystępujący wyliczył wartość zamówienia na kwotę wskazaną w formularzu OFERTA jako kwotę netto, następnie wyliczył podatek VAT z zastosowaniem prawidłowej stawki, popełnił błąd matematyczny w mnożeniu, wskazując końcową kwotę brutto z błędnie wyliczoną kwotą podatku, Zamawiający był zobowiązany do poprawy wyliczenia jako oczywistej omyłki rachunkowej, z uwzględnieniem skutków poprawy.

Słuszne jest stanowisko Przystępującego, że w okolicznościach sprawy, Odwołujący zaskarżył czynność Zamawiającego poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej (art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp), a nie niezgodność treści oferty z ustawą i treścią SIWZ.

W odwołaniu występuje niekonsekwencja Odwołującego – wskazał naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, które jednoznacznie stanowią o obowiązku Zamawiającego odrzucenia oferty, natomiast w żądaniach Odwołujący wniósł o ponowienie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Przystępującego w pierwotnym brzmieniu (cena brutto). Zarzucone w odwołaniu naruszenia art. 97 ust. 1 ustawy Pzp, to przyznany błąd.

Odwołujący nietrafnie zacytował orzeczenia Izby, gdyż dotyczą one rozstrzygnięć na podstawie innych stanów faktycznych:

- wyrok z 08.04.2016 r. KIO 431/16 – *W ofercie występują dwie kwoty. W ofercie nie występuje jednocześnie żadna inna informacja, która pozwalałaby jednoznacznie rozstrzygnąć prawidłowość jednej ze wskazanych kwot. Występowanie dwóch różnych kwot (każda opisana w ofercie jako brutto – zawierająca podatek VAT) powoduje, że mamy do czynienia z ofertą wariantową w zakresie ceny;*

- wyrok z 30.05.2017 r. KIO 988/17 – *Zamawiający wziął pod uwagę wszystkie kwoty, które obecny odwołujący przedstawił w ofercie:*

1) *cena brutto wykonania zamówienia: 8.192.046,00;*

2) *słownie: osiem milionów dwieście dwadzieścia dwa tysiące siedemset dziewięćdziesiąt sześć 00/100 brutto [8.222.796,00];*

3) *upust: 625.000,00;*

4) *kwota nieopisana: 6.660.200,00 (kwota nieopisana, którą zamawiający domniemywał, że była to cena netto po opuszczeniu);*

5) *kwota VAT: 1.531.846,00.*

Zamawiający natknął się na pierwszą rozbieżność w cyfrowym i słownym zapisaniu ceny ofertowej (8.192.046,00 i 8.222.796). Także kategoria opust czy upust nie była wymagana przez zamawiającego. Zamawiający mógł domniemywać, że nieopisana kwota 6.660.200 zł to kwota netto po opuszczeniu. Jednak zamawiający nie miał podstaw wnioskować, że była to błędnie wyliczona cena netto po opuszczeniu, gdyż zamawiający nie mógł znaleźć niepodważalnej podstawy do stwierdzenia, czy odwołujący popełnił błąd przy wpisywaniu wartości opustu (odwołujący zamierzał wpisać 25.000 zł, a wpisał 625.000 zł) czy może odwołujący popełnił błąd przy wpisywaniu wartości po opuszczeniu. Dla zamawiającego nie było to oczywiste cyt. z odpowiedzi na odwołanie »skoro, jak zauważa sam odwołujący, kwota VAT została obliczona w oparciu o wartość netto 6.660.200 zł, a zatem zamawiający mógł przypuszczać, że to w kwocie upustu jest błąd. Za przyjęciem takiego rozumowania przemawiałby również fakt, że tak wyliczony VAT razem z kwotą netto 6.660.200 zł daje kwotę brutto umieszczoną cyfrowo [8.192.046 PLN] na formularzu ofertowym«. Dlatego zamawiający doszedł do wniosku, że w rozpoznawanym przypadku nie można mówić

o oczywistej omyłce, gdy nawet nie można mieć pewności w którym miejscu odwołujący zrobił tę omyłkę, a w którym miejscu podane liczby są wpisane zgodnie z zamierzeniem odwołującego;

- wyrok z 31.07.2017 r. KIO 1411/17 - *Wykonawcy mieli obowiązek wskazać cenę*

w formularzu oferty wg załącznika nr 1 do SIWZ, a cena ta miała być wyliczona

w kosztorysie ofertowym, sporządzonym na podstawie przedmiarów robót. Odwołujący

w kosztorysie w pozycji 48d.3 „dostawa i montaż urządzeń fitness”, wpisał w rubryce dotyczącej jednostki miary jeden komplet, zaś stosownie do wymagań Zamawiającego określonych w przedmiarze robót, ilość zaoferowanych urządzeń w tej pozycji powinna wynosić 11 kompletów. Odwołujący przyznał, że jego oferta w kosztorysie w pozycji 48d.3 jest niezgodna z przedmiarem robót stanowiącym załącznik do SIWZ. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien najpierw poprawić ilość oferowanych przez Odwołującego urządzeń z jednego urządzenia na jedenaście urządzeń, a po dokonaniu takiej zmiany, Zamawiający powinien zadać Odwołującemu pytanie: „czy kwota 28.609,29 zł

wskazana w kolumnie 6 pod nazwą cena i ta sama kwota 28.609,29 zł wskazana w kolumnie

7 pod nazwą wartość, jest ceną jednostkową za 1 sztukę kompletu urządzeń fitness czy też jest to cena za 11 kompletów urządzeń fitness”. Z takim pytaniem, zdaniem Odwołującego, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający

powinien wystąpić do Odwołującego. W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie powinien mieć żadnych wątpliwości, że w pozycji 48d.3 kosztorysu Odwołującego, powinna się znaleźć zamiast omyłkowo przyjętej przez Odwołującego liczby „1”, liczba „11” i tak też poprawić omyłkę.

W związku z przywołaniem w odwołaniu ustawy o informowaniu o cenach towarów i usług, należy podnieść, że zarówno w art. 3 ust. 2 tej ustawy, także w ustawie z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (art. 5 ust. 1, art. 29 ust. 1 – zakres i podstawa opodatkowania), wskazuje się wielkość stanowiącą wycenę (dostaw, robót, usług), a następnie opodatkowanie obowiązującą stawką podatku.

Mając na uwadze powyższe, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp – Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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. z 2018 r. poz. 972).

Izba zaliczyła do kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego (10 000 zł) i zasądziła na rzecz Zamawiającego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika, nie wyższe niż kwota 3 600 zł – na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy (§ 3 pkt 1 lit. a; § 3 pkt 2 lit. b; § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia).

Przewodniczący: