Sygn. akt: KIO 2914/21

WYROK

z dnia 22 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 19 października 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 października 2021 r. przez wykonawcę AG-COMPLEX sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa, Zarząd Zieleni m.st. Warszawy z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy Zakład Zieleni sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę AG-COMPLEX sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę AG-COMPLEX sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. Zasądza od wykonawcy AG-COMPLEX sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Miasta Stołecznego Warszawa, Zarząd Zieleni m.st. Warszawy z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Miasto Stołeczne Warszawa, Zarząd Zieleni m.st. Warszawy z siedzibą w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2021 r., poz. 1129 z późn. zm. - dalej „ustawa pzp"), pn. Ukwiecenie sezonowe kwietników i donic w pasach drogowych", nr postępowania: 66/PN/2021. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 lipca 2021 r., za numerem 2021/S 131-347157.

W dniu 4 października 2021 r. odwołanie wniósł wykonawca AG-COMPLEX sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie w zakresie części 1 zamówienia wobec:

1) wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Zakład Zieleni sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - dalej Przystępujący,

2) zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego.

3) czynności poprawienia innych omyłek w ofercie Przystępującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, poprzez uznanie przez Zamawiającego, że możliwe jest dokonanie poprawy innych omyłek w ofercie złożonej przez Wykonawcę Zakład Zieleni sp.

z o.o.,

2. art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Zakład Zieleni sp. z o.o. z uwagi na to, że zawiera błędy w obliczeniu ceny,

3. art. 239 ustawy pzp, poprzez dokonanie wyboru w części 1 oferty złożonej przez wykonawcę Zakład Zieleni sp. z o.o., w sytuacji gdy oferta w/w Wykonawcy nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie czynności badania i oceny ofert w części nr 1,

2) odrzucenia w części nr 1 oferty złożonej przez wykonawcę Zakład Zieleni sp. z o.o.,

3) dokonania czynności oceny ważnych ofert w części nr 1 zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SWZ,

4) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu w części nr 1 po ponownej ocenie.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że Zamawiający w Rozdziale XVI pkt 2 wskazał: „Wykonawca podaje cenę oferty brutto wyliczoną zgodnie z kosztorysami stanowiącymi załączniki nr 3A, 3B, 3C dla danej części i wpisuje ją do formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 10 do SIWZ. Do oferty należy dołączyć wypełniony i podpisany przez uprawnioną osobę kosztorys dla danej części". Do upływu terminu składania ofert w postępowaniu w części 1 wpłynęły 3 oferty. Zamawiający w dniu 24 września 2021 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w części 1 złożonej przez Zakład Zieleni sp. z o.o.

Uzasadniając zarzut 1 odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu w dniu 21 września 2021 r. dokonał poprawy innych omyłek w ofercie złożonej przez Zakład Zieleni sp. z o.o. w ten sposób, że na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp poprawił inną omyłkę w załącznikach nr 3A4, 3A5 oraz 3A6 do SWZ w pozycjach

2.1.2.2. oraz 2.1.5.2 — kosztorysie dla części 1 polegającej na: 1) w pozycjach 2.1.2.2 na nieuzupełnieniu pozycji Vat — powinna być wskazana 8% stawka podatku VAT. 2) w pozycjach 2.1.5.2 na nie poprawieniu błędnej stawki podatku Vat wskazanej przez Zamawiającego tj. 108% na prawidłową stawkę Vat tj. 8%. W wyniku poprawy w/w omyłek Zamawiający poprawił w ofercie w/w Wykonawcy wynagrodzenie łączne za realizację zamówienia w Części nr 1 na kwotę: kwota brutto: 4 186 092,85 zł. W/w poprawa stanowiła istotną zmianę w treści oferty, bowiem ingerencja Zamawiającego w dokonaną poprawę nie wynikała z żadnych postanowień SWZ dot. sposobu obliczenia ceny i jej efektem była zmiana rankingu ofert najkorzystniejszych w części nr 1. Oferta Odwołującego w części nr 1 — 4.230.629,82 zł. Oferta Zakładu Zieleni sp. z o.o. przed dokonaniem poprawy omyłki — 4.264.143,25 zł. Oferta Zakładu Zieleni sp. z o.o. po dokonaniu poprawy 4.186.092,85 zł.

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający może poprawić omyłki w ofercie na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp. Poprawienie omyłki jest możliwe w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego, a poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego. W niniejszym przypadku należy wskazać, iż mamy do czynienia ze znaczną ingerencją Zamawiającego poprzez uzupełnienie brakujących stawek podatku VAT oraz poprzez poprawienie nieprawidłowo podanych stawek podatku VAT. Jednocześnie wskazał, iż Zamawiający powyższych poprawek dokonał bez żadnego oparcia w postanowieniach SWZ dot. sposobu obliczenia ceny i przyjął całkowicie dowolny sposób jej poprawienia. Takie działanie Zamawiającego jest działaniem absolutnie nieprawidłowym. W zaistniałej sytuacji po pierwsze nie było przesłanek do poprawienia w/w omyłek, a nawet gdyby uznać, że takie przesłanki były, to Zamawiający związany był ceną ofertową brutto i poprawy omyłek winien dokonywać uznając, że podane prawidłowo są wartości brutto a nie netto. Zgodnie art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp poprawieniu podlegają omyłki niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Powyższa regulacja poprzez odniesienie do "istotności zmian" wyraża zasadę, że skoro to zamawiający ma dokonać weryfikacji oferty, to poprawki muszą mieścić się w ramach korekty możliwej dla zamawiającego. Tym samym zamawiający ofertę może poprawiać. Odwołujący zaznaczył, że poprawienie omyłki nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty inaczej: Oczywistą omyłką może być błąd literowy, widoczne niezamierzone opuszczenie wyrazu, czy inny błąd, wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym. Błędem w obliczeniu ceny może być również inna niż omyłka rachunkowa, omyłka w obliczeniu ceny, polegająca na przyjęciu nieprawidłowych danych do jej obliczenia np. wynikająca z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego. Jak podkreślono w komentarzu do ustawy Prawo zamówień publicznych, wydanym przez Urząd Zamówień Publicznych: „Inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty — zakres zastosowania. Poprawienie nieprawidłowości z art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p. występującej w ofercie uzależnione jest od spełnienia dwóch przestanek: 1) po pierwsze, zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści. Obowiązek zamawiającego poprawienia omyłek nieoczywistych wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp., lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu "omyłki". Zatem z założenia umyślne zastosowanie rozwiązania całkowicie odmiennego od wymagań zamawiającego nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p., 2) po drugie, poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Punktem wyjścia przy ocenie dopuszczalności dokonania poprawy jest jej odniesienie do całości oferowanego przez wykonawcę świadczenia. Należy wskazać, na linię orzeczniczą KIO, zgodnie z którą poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp możliwe jest jedynie w sytuacji, gdy nie wpłynie to na ranking ofert. Powyższe potwierdza m.in.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 maja 2010 r., KIO/UZP 1255/10: „Izba podziela stanowisko, wynikające z ugruntowanego orzecznictwa, że podstawami oceny „istotności" omyłki co do treści oferty jest wielkość zmiany ceny całkowitej oferty a także ilość pozycji, które będą musiały ulec zmianie (por. KIO/UZP 1277/08). Izba wzięła także pod uwagę okoliczność, że cena oferty odwołującego jest ceną niższą od oferty uznanej za najkorzystniejszą o ponad 45 000 zł, zaś zgodnie z wyjaśnieniami zamawiającego oferta odwołującego została niedoszacowana w kwestionowanych pozycjach kosztorysu na ok. 13 000 zł, co dodatkowo świadczy o tym, że dokonana zmiana nie jest istotna i nie miałaby wpływu na ranking ofert." Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 października 2013 r., KIO 2335/13: Przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z,p. „dopuszcza poprawienie wszelkich niezgodności treści oferty z treścią siwz, w tym także dotyczących zakresu przedmiotu zamówienia, jego ilości, które powstały na skutek niezamierzonego działania wykonawcy, pod warunkiem, że poprawienie tych niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. W ocenianym stanie faktycznym, poprawienie omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty odwołującego, bowiem pominięcie pozycji dotyczącej budowy komory rewizyjnej, której wartość wynosi 33 834,02 zł stanowi znikomy procent całkowitej ceny oferty wynoszącej 15 556 004, 11 zł. Pomniejszenie

wartości oferty o pozycje dotyczące budowy komory rewizyjnej nie wpłynie na ranking ofert w jedynym kryterium jakim jest cena (oferta odwołującego pozostaje nadal ofertą najkorzystniejszą). Ponadto poprawienie tej omyłki jest na tyle oczywiste, że nie wymaga ingerencji ze strony wykonawcy, jest tym bardziej proste że przewidziane w tym zamówieniu wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy. Istotne w sprawie jest także to, że odwołujący zaoferował i wycenił pełny zakres przedmiotu zamówienia. ”

Biorąc powyższe pod uwagę Odwołujący wskazał, iż Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że omyłkę polegającą na niepodaniu stawki podatku VAT i podaniu nieprawidłowej stawki podatku VAT można poprawić w oparciu o art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. Odwołujący z ostrożności wskazał, iż kwestionuje również sposób dokonanej przez Zamawiającego poprawy omyłki. W ocenie Odwołującego korekcie będzie podlegała wartość netto oraz stawka VAT przy wyjściowych założeniach, że cena jest elementem wiążącym i podanym przez Wykonawcę w formularzu oferty, a nie wartość netto. Wykonawca składając ofertę wskazał w formularzu ofertowym ostateczną cenę obliczoną w oparciu o kosztorysy ofertowe i ją zaproponował jaką wiążącą. Przy braku jednoznacznych wytycznych co do sposobu poprawy omyłek, poprawa ta powinna nastąpić wg reguł wynikających w powyżej zacytowanej ustawy o informowaniu o cenach towarów i usług. Jako wyjściowa i prawidłowo podana powinna zostać przyjęta cena brutto. Wykonawca Zakład Zieleni sp. z o.o. jest przedsiębiorcą profesjonalnym na rynku prac związanych z zielenią miejską, aktywnie uczestniczącym w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Biorąc powyższe pod uwagę należy założyć, iż Wykonawca ten powinien doskonale znać obowiązujące stawki podatku VAT i w sytuacji popełnienia przez Zamawiającego błędu polegającego na podaniu nieprawidłowej stawki podatku VAT w wysokości 108% powinien w/w błąd wychwycić i wpisać w kosztorysach prawidłową stawkę podatku VAT, tak jak to zrobili pozostali Wykonawcy, w tym Odwołujący. Odwołujący wskazał, iż Wykonawca Zakład Zieleni sp. z o.o. oferując wykonanie zamówienia w formularzu oferty proponuje cenę. Zgodnie z ustawą z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług przez definicję ceny należy rozumieć: Użyte w ustawie określenia oznaczają: 1) cena wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; 2) cena jednostkowa towaru (usługi) - cenę ustaloną za jednostkę określonego towaru (usługi), którego ilość lub liczba jest wyrażona w jednostkach miar w rozumieniu przepisów o miarach; W cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym. Przez cenę rozumie się również stawkę taryfową.

Uzasadniając zarzut 2 odwołania Odwołujący podniósł, że wykonawca Zakład Zieleni sp. z o.o. zastosował niewłaściwą stawkę podatku VAT w dołączonych do oferty kosztorysach lub nie podał jej w poszczególnych pozycjach: tj. Załącznik nr 3A4, Załącznik nr 3A5, Załącznik nr 3A6, Zakład Zieleni sp. z o.o. nie wpisał stawki podatku VAT w każdym z 3 kosztorysów: poz. 2.1.2.2 oraz złą stawkę VAT, w każdym z 3 kosztorysów poz. 2.1.5.2 w wys. 108%. Prawidłowa stawka podatku VAT powinna odpowiednio wynosić 8%. Ze względu na zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji oferty złożone w postępowaniu muszą być porównywalne, a więc obliczone z zastosowaniem tych samych reguł (przy zastosowaniu tej samej stawki podatku VAT). W przypadku wystąpienia w ofercie innej niż pisarska i rachunkowa omyłki, powodującej niezgodność oferty ze specyfikacją warunków zamówienia (SWZ), niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, zamawiający musi dokonać poprawienia takiej oferty, w przypadku zaś wystąpienia błędu w obliczaniu ceny, Zamawiający musi odrzucić ofertę. Aktualnie wypracowana została powszechnie przyjmowana koncepcja zgodnie, z którą zastosowanie niewłaściwej stawki podatku stanowi błąd w obliczeniu ceny. Istnieje wiele wyroków Krajowej Izby Odwoławczej potwierdzających tę tezę zarówno odnoszących się do poprzedniego stanu prawnego jak i obecnej ustawy pzp. Powołał się na wyrok KIO z dnia 23 marca 2021 r., sygn. akt KIO 559/21. Powyższe orzeczenie pokazuje jednocześnie zadanie ciążące na zamawiającym dotyczące rzetelnego badania ofert w zakresie zastosowanych w ofercie stawek podatkowych. Możliwa jest przecież sytuacja, że zastosowanie przez wykonawców różnych wysokości stawek znajduje uzasadnienie merytoryczne w okolicznościach konkretnego stanu faktycznego. Powołał się na wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2021 roku, sygn. akt: KIO 3229/20, gdzie wskazano, iż: „Za błąd w obliczeniu ceny należy uznać wadliwy dobór przez wykonawcę elementów mających wpływ na właściwe obliczenie ceny oferty, w tym przyjęcie i zastosowanie przez wykonawcę wadliwej stawki podatku VAT, w przypadku gdy zamawiający nie określił wysokości stawki tego podatku w SIWZ, ale wymagał samodzielnego zastosowania przez wykonawcę obowiązujących przepisów w tym zakresie. Ocenie zamawiającego musi zatem także podlegać przyjęcie przez wykonawcę prawidłowej stawki podatku VAT, ponieważ podatek ten jest bez wątpienia elementem cenotwórczym. Odmienny wniosek musiałby prowadzić do niedającej się zaaprobować zgody na nieprzewidziane ustawą ograniczenie uprawnień zamawiającego, a w konsekwencji uniemożliwienie mu rzetelnego zbadania przesłanki uzasadniającej wykonanie przez zamawiającego ustawowego obowiązku odrzucenia ofert. Jedynie wówczas, jeśli

zamawiający wskazał w SIWZ konkretną stawkę podatku VAT, kształtującą przecież także wysokość określonej w ofercie ceny, to dopiero wtedy może dojść do ewentualnego wystąpienia innej omyłki, polegającej na niezgodności przyjętej w ofercie stawki VAT ze stawką zawartą w SIWZ. Niezgodność taka uzasadniałaby obowiązek poprawienia oferty i to tylko wówczas, gdy omyłka polegająca na takiej niezgodności nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Natomiast w sytuacji, w której zamawiający nie określił w SIWZ stawki podatku VAT w ogóle nie może dojść do wystąpienia innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, ponieważ nie wystąpi wówczas ustawowa przesłanka niezgodności oferty z SIWZ, a to wobec braku dwóch potrzebnych do porównania elementów, a zarazem niezbędnych do oceny przesłanki w postaci zaistnienia niezgodności. W tej ostatnio wskazanej sytuacji w rachubę wchodzi wyłącznie ocena wystąpienia błędu w obliczeniu w ofercie ceny."

W sytuacji oferty złożonej przez Zakład Zieleni sp. z o.o. mamy do czynienia z rozważeniem następujących elementów: określenie przez Wykonawcę błędnej stawki podatku VAT w sytuacji wskazania przez Zamawiającego w SWZ błędnej stawki podatku VAT, nie określenie stawki podatku VAT dla niektórych pozycji. Odwołujący wskazał, że poprawienie stawki podatku VAT w sytuacji, gdy Zamawiający określił taką stawkę błędnie jest niemożliwe. Przepis pozwalający na poprawienie przez Zamawiającego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty jest możliwy do zastosowania tylko w sytuacji gdy Zamawiający wskaże prawidłową stawkę podatku VAT. W przeciwnym razie Zamawiający musiałby dokonać poprawy przyjmując wskazaną przez siebie stawkę podatku VAT (a więc tę nieprawidłową). Zatem w tej sytuacji niewłaściwe zastosowanie przez Wykonawcę stawki podatku VAT nie podlega poprawie. Odwołujący podniósł, iż orzeczenia zapadające w kwestii dotyczącej stosowanych stawek podatku VAT są różnorodne z uwagi na odmienność zaistniałych stanów faktycznych. Dla przykładu w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 7 lutego 2020 r. (sygn. akt KIO 123/20, KIO 127/20, 141/20) KIO wskazała: „Wieloletnia praktyka Izby potwierdza, że z uwagi na odmienność stanów faktycznych nie sposób wypracować jednolitego podejścia do kwestii związanej ze świadczeniami złożonymi i możliwością zastosowania jednolitej stawki VAT do wszystkich świadczeń objętych zamówieniem. Niewątpliwie sytuacja taka nie gwarantuje wykonawcom biorącym udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia pewności i stabilności w procesie stosowania prawa". Natomiast w wyroku KIO z 6 grudnia 2019 r. (sygn. akt KIO 2377/19) KIO wskazała: „W kontekście zamówień publicznych kwestię podatku od towarów i usług, jako elementu silnie cenotwórczego, bowiem obejmującego nawet do 23% ceny oferty, która to wartość bez wątpienia może mieć wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej (wysokość ceny co do zasady każdorazowo stanowi kryterium oceny ofert) należy rozpatrywać w dwóch aspektach: podatkowym, ale przede wszystkim - uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców". Przedmiotowa kwestia została także poruszona w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 7 sierpnia 2020 r., sygn. akt. KIO 1537/20. Zgodnie z art. 7 pkt 1 ustawy pzp, ilekroć w ustawie jest mowa o cenie - należy przez to rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. 2019 r. poz. 178) - i.o.c.t.u. Zgodnie z art. 3 ust. 2 i.o.c.t.u. „w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym". W związku z powyższym, błędne ustalenie stawki podatku VAT, a w konsekwencji błędne określenie ceny brutto jest podstawą do odrzucenia oferty wykonawcy. Nie podlega również poprawie sytuacja w której Wykonawca w ogóle nie wskazał stawki podatku VAT.

Uzasadnienie zarzut 3 odwołania Odwołujący powołał się na wyrok KIO 2430/17 oraz KIO 2045/17 i podkreślił, iż Zamawiający zobowiązany jest do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu pzp, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania a jego działanie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad pzp oraz interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Zamawiający poprzez wybór oferty w/w Wykonawcy bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, co bezpośrednio przekłada się na postanowienia wzoru umowy - naruszył podstawowe zasady pzp, w szczególności w zakresie równego traktowania wykonawców.

Zamawiający odpowiedzi na odwołanie nie złożył, wniósł o oddalenie odwołania, a na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca Zakład Zieleni sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz odwołanie wraz z załącznikami.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z Rozdziałem III pkt 1, 2 i 4.1. SWZ: OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA: „1. Przedmiotem zamówienia jest dostawa, posadzenie i pielęgnacja roślin ozdobnych na rabatach kwietnikowych, donicach, koszyczkach na latarniach oraz zieleni rosnącej w gabionach- zlokalizowanych wzdłuż dróg krajowych, wojewódzkich i powiatowych m. st. Warszawy 2. Przedmiot zamówienia został szczegółowo opisany warunkach technicznych wykonania umowy stanowiących załączniki nr 1 do SWZ, w wykazie lokalizacji stanowiących załącznik nr 2A-C do SWZ oraz w kosztorysach stanowiących załącznik nr 3A1-3A6 do SWZ, 3B1-3B6 do SWZ oraz 3C1-3C3. (...) 4.1. Nazwy jakie Zamawiający nadał poszczególnym częściom zamówienia: Część I - wykonanie obsadzeń i pielęgnację roślin ozdobnych na rabatach kwietnikowych i zieleni przyległej; konstrukcjach kwietnikowych, donicach i koszyczkach na latarniach zlokalizowanych wzdłuż dróg krajowych, wojewódzkich i powiatowych w m.st. Warszawie - dzielnica Śródmieście”

W myśl Rozdziału XVI pkt 1 i 2 SWZ: OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY: „1. Wykonawca zobowiązany jest skalkulować cenę oferty tak, aby obejmowała wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia oraz warunki stawiane przez Zamawiającego. 2. Wykonawca podaje cenę oferty brutto wyliczoną zgodnie z kosztorysami stanowiącymi załączniki nr 3A-3B-3C dla danej części i wpisuje ją do formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 10 do SIWZ. Do oferty należy dołączyć wypełniony i podpisany przez uprawnioną osobę kosztorys dla danej części.”

Izba ustaliła, że w załączniku nr 3A do SWZ - kosztorys ofertowy dla części 1 zamówienia w zakładce zatytułowanej: „Załącznik nr 3A4 do SWZ Nr sprawy 66/PN/2021 zał. nr 1.4 Zakres, rodzaje prac i ceny jednostkowe. Ukwiecenia i zieleń w donicach, konstrukcjach kwietnikowych/koszyczkach na latarniach 2022 rok.” w poz. 2.1.2.2. Zamawiający wskazał: „Obsadzenia letniego” w poz. VAT puste okienko; w poz. 2.1.5.2. wskazał: „Obsadzenia jesiennego” w poz. VAT: 108%. Analogiczne treści dla poz. VAT w poz. 2.1.2.2. oraz 2.1.5.2. wskazano w zakładce zatytułowanej: „Załącznik nr 3A5 do SWZ Nr sprawy 66/PN/2021 zał. nr 1.5 Zakres, rodzaje prac i ceny jednostkowe. Ukwiecenia i zieleń w donicach, konstrukcjach kwietnikowych/koszyczkach na latarniach 2023 rok.” oraz: „Załącznik nr 3A6 do SWZ Nr sprawy 66/PN/2021 zał. nr 1.6. Zakres, rodzaje prac i ceny jednostkowe. Ukwiecenia i zieleń w donicach, konstrukcjach kwietnikowych/koszyczkach na latarniach 2024 rok.”

Analogiczne treści w poz. 2.1.2.2. oraz 2.1.5.2. zawierał załącznik nr 3B do SWZ - kosztorys ofertowy dla części 2 zamówienia.

Izba ustaliła, że w pozostałych pozycjach załącznika nr 3A do SWZ - kosztorys ofertowy dla

części 1 zamówienia, Zamawiający wskazał VAT odpowiednio 23% bądź 8%. W załączniku nr 3A4, 3A5 oraz 3A6 dla poz. 2.1.2.1. „Obsadzenie wiosennego", która wraz z poz. 2.1.2.2. „Obsadzenia letniego" wchodziła w zakres poz. 2.1.2.: „Kwiaty - grupa B (40-49 szt./m2)" Zamawiający ustalił VAT w wysokości 8%. W załączniku nr 3A4, 3A5 oraz 3A6 dla poz.

2.1.5.1. „Obsadzenia letniego", która wraz z poz. 2.1.5.2. „Obsadzenia jesiennego" wchodziła w zakres poz. 2.1.5.: „Kwiaty- grupa E (16-20 szt./m2)" Zamawiający ustalił VAT w wysokości 8%.

Ponadto Izba ustaliła, że po wpisaniu w ww. załącznikach ceny jednostkowej netto, przeliczenie wartości robót netto i brutto dokonywało się automatycznie w oparciu o wpisane przez Zamawiającego formuły w arkuszu Exel.

Zgodnie z § 5 wzoru umowy (załącznik nr 9 do SWZ): Wynagrodzenie. Terminy zapłaty: „1.

Zamawiający określa, że za prawidłowe wykonanie prac w okresie obowiązywania umowy Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie brutto nie wyższe niż:

.....zł (słownie w złotych:.....). 2. Wynagrodzenie

za prace będzie płatne po zakończeniu danego miesiąca realizacji umowy, zgodnie z cenami jednostkowymi określonymi w załączniku nr 1 do umowy. 3. W przypadku osiągnięcia wysokości środków, o których mowa w ust. 1 przed datą określoną w § 2, umowa ulega

automatycznemu rozwiązaniu bez składania w tym względzie dodatkowych oświadczeń, a Wykonawca zrzeka się wszelkich roszczeń z tego tytułu. 4. Ceny jednostkowe określone w załączniku nr 1.1.-1.6. będą obowiązywały przez cały okres realizacji umowy i obejmują całość wynagrodzenia na rzecz Wykonawcy z tytułu wykonania niniejszej umowy, w tym wszelkie wydatki i nakłady (koszty transportu, materiałów itd.). 5. Podstawą do wystawienia faktury będzie kosztorys powykonawczy, obejmujący rzeczywiste obmiary robót i ceny jednostkowe prac określone w załączniku nr 1.1.-1.6. do umowy oraz jednostronny protokół odbioru sporządzony przez przedstawiciela Zamawiającego, z uwzględnieniem postanowień § 3 ust. 10. Wykonawca sporządzi kosztorys i niezwłocznie prześle go Zamawiającemu na

adres: .....Zamawiający w terminie 3 dni roboczych od daty otrzymania

kosztorysu, o którym mowa powyżej, może zgłosić zastrzeżenia do kosztorysu, przesyłając

je Wykonawcy na adres e-mail ..... Forma kosztorysu oraz jego treść musi zostać

zaakceptowana przez Zamawiającego przed wystawieniem faktury."

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 11 sierpnia 2021 r. w postępowaniu wpłynęły cztery oferty: oferta Odwołującego na 3 części zamówienia (cena w części 1: 4 230 629,82 zł), oferta SORTED sp. z o.o. na trzy części zamówienia (cena w części 1: 5 393 804,80 zł), oferta Przystępującego na część 1 zamówienia (cena: 4 264 143,25 zł) oraz oferta Zakład Robót Ogrodniczych i Brukarskich P. C. J.L. s.c. na część 2 i 3 zamówienia.

Odwołujący i firma SORTED sp. z o.o. w poz. 2.1.2.2. oraz 2.1.5.2. w kosztorysie

załączonym do oferty nr 3A4, 3A5 i 3A6 wskazali 8% VAT, natomiast Przystępujący złożył

ww. kosztorysy, gdzie w poz. 2.1.2.2. w poz. VAT było puste pole, natomiast w poz. 2.1.5.2. 108%.

Wykonawca Zakład Robót Ogrodniczych i Brukarskich P. C. J. L.s.c. złożył kosztorysy w części 2 - załącznik nr 3B4, 3B5 i 3B6 gdzie w poz. 2.1.2.2. w poz. VAT było puste pole, natomiast w poz. 2.1.5.2. 108%.

Pismem z dnia 21 września 2021 r. Zamawiający poinformował Przystępującego o poprawie innej omyłki wskazując: „Zamawiający informuje, iż na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy

Pzp poprawił inną omyłkę w załącznikach nr 3A4, 3A5 oraz 3A6 do SWZ w pozycjach

2.1.2.2. oraz 2.1.5.2 - kosztorysie dla części 1 polegającej na: 1) w pozycji 2.1.2.2 na nieuzupełnieniu pozycji Vat - powinna być wskazana 8% stawka podatku VAT. 2) w pozycji 2.1.5.2 na nie poprawieniu błędnej stawki podatku Vat wskazanej przez Zamawiającego tj. 108% na prawidłową stawkę Vat tj. 8%. Efektem powyżej zmianie jest zmiana w pozycjach w załączniku 3A4: [poz. 2.1.2.2. wartość robót brutto było: 3 379,82 zł, jest: 3 650,21 zł; poz.

2.1.5.2. wartość robót brutto było: 52 223,91 zł, jest: 27 116,26 zł] Efektem powyżej zmianie jest zmiana w pozycjach w załączniku 3A5: [poz. 2.1.2.2. wartość robót brutto było: 3 549,17 zł, jest: 3 833,10 zł, poz. 2.1.5.2. wartość robót brutto było: 55 932,24 zł, jest: 29 041,74 zł], Efektem powyżej zmianie jest zmiana w pozycjach w załączniku 3A6: [poz. 2.1.2.2. wartość robót brutto było: 3 549,17 zł, jest: 3 833,10 zł, poz. 2.1.5.2. wartość robót brutto było: 55 932,24 zł, jest: 29 041,74 zł] Efektem powyższej zmiany jest zmiana wynagrodzenia za realizację zamówienia: Część I - wykonanie obsadzeń i pielęgnację roślin ozdobnych na rabatach kwietnikowych i zieleni przyległej; konstrukcjach kwietnikowych, donicach i koszyczkach na latarniach zlokalizowanych wzdłuż dróg krajowych, wojewódzkich i powiatowych w m.st. Warszawie - dzielnica Śródmieście kwota brutto: 4 186 092,85 zł słownie: cztery miliony sto osiemdziesiąt sześć tysięcy dziewięćdziesiąt dwa złote 85/100 w tym podatek VAT w wysokości: 337 394,51 zł słownie: trzysta trzydzieści siedem tysięcy trzysta dziewięćdziesiąt cztery złote 51/100."

Pismem z dnia 21 września 2021 r. Przystępujący wyraził zgodę na poprawę innej omyłki.

Analogicznie Zamawiający dokonał poprawy innych omyłek w ofercie wykonawcy Zakład Robót Ogrodniczych i Brukarskich P. C. J.L. s.c.

W dniu 24 września 2021 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

Zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 i ust. 3 ustawy pzp: „Zamawiający poprawia w ofercie: 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. 3. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 3, zamawiający wyznacza wykonawcy odpowiedni termin na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie omyłki lub zakwestionowanie sposobu jej poprawienia. Brak odpowiedzi w wyznaczonym terminie uznaje się za wyrażenie zgody na poprawienie omyłki."

W myśl art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 10) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu."

Zgodnie art. 239 ust. 1 ustawy pzp: „Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia."

Istotą sporu w niniejszej sprawie była ocena prawidłowości poprawienia innych omyłek w kosztorysach ofertowych w poz. 2.1.2.2. oraz 2.1.5.2. (załączniki nr 3A4, 3A5 oraz 3a6) złożonych przez Przystępującego w postępowaniu w zakresie części 1 zamówienia. Analiza dokumentacji postępowania doprowadziła Izbę do przekonania, że czynność Zamawiającego poprawienia innych omyłek w ofercie Przystępującego była właściwa, a zarzuty Odwołującego nie zasługują na uwzględnienie z kilku powodów.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że na gruncie nowej ustawy pzp pozostają aktualne rozważania doktryny jak i tezy orzecznicze wypracowanie w oparciu o przepis art. 87 ust. 2 pkt 3, jako że nie uległ on zmianie co do istoty. Wskazania wymaga, że Zamawiający poprawia w ofercie: inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Przede wszystkim, aby dokonać poprawienia w ofercie wykonawcy, występująca omyłka, nieprawidłowość w ofercie nie może wynikać z zamierzonego i celowego działania wykonawcy. Jak wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 29 stycznia 2010 r. (sygn. akt: XII GA 429/09) instytucja poprawy innych omyłek została wprowadzona: w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawianie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu "omyłki". Z założenia zatem umyślne zastosowanie w ofercie materiału całkowicie odmiennego od projektu nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 87 Prawa zamówień publicznych". Brak jest definicji legalnej omyłki, dlatego też należy sięgnąć do jej słownikowego znaczenia. Zgodnie z definicją zawartą w Słowniku języka polskiego PWN: omyłka oznacza niewielki błąd. Nie ma również definicji legalnej błędu, jednak zgodnie z zawartą w Słowniku języka polskiego PWN: oznacza mylne mniemanie czy niezgodność z obowiązującymi regułami. Jak podkreślono w uzasadnieniu do rządowego projektu nowelizacji ustawy uchwalonej 4 września 2008 r. wprowadzenie art. 87 ust. 2 pkt 3 miało na celu umożliwienie poprawiania omyłek w

szczególności w kosztorysach ofertowych, które powodują zmianę wynagrodzenia, przykładowo zastosowanie niewłaściwych ilości jednostek (kg, ton itp.). Warunkiem poprawienia omyłki jako innej jest nieistotność zmian treści oferty jakie pociąga za sobą dokonanie poprawy. Zasadniczo w orzecznictwie przyjmuje się, że o tym, czy poprawienie omyłki powoduje istotne zmiany w treści oferty, decyduje nie fakt, czy omyłka dotyczy istotnych elementów zamówienia, ale to, czy w istotny sposób zmienia się oświadczenie woli wykonawcy zawarte w ofercie. Tym samym możliwe jest poprawienie omyłek skutkujących zmianą ceny oferty czy wpływających bezpośrednio na wybór oferty najkorzystniejszej, jeśli tylko czynność ta przywraca zniekształconą na skutek omyłki treść zamierzonego oświadczenia woli wykonawcy. (tak też: red. Marzena Jaworska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 2021). W myśl art. 60 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r., kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 z późn. zm.): Z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli).

Dla oceny istotności zmian w konkretnym stanie faktycznym konieczna jest analiza całości treści oferty, a konsekwencje zmian należy badać w oparciu o przedmiot zamówienia i całokształt dokumentacji przygotowanej przez zamawiającego.

Ponadto, poprawiając omyłki, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, Zamawiający jest zobowiązany wyznaczyć wykonawcy odpowiedni termin na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie omyłki lub zakwestionowanie sposobu jej poprawienia. Brak odpowiedzi w wyznaczonym terminie uznaje się za wyrażenie zgody na poprawienie omyłki.

Natomiast zakwestionowanie poprawy przez wykonawcę skutkuje odrzuceniem oferty w myśl

art. 226 ust. 1 pkt 11 ustawy pzp.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy aby ocenić prawidłowość poprawy omyłki w ofercie Przystępującego w pierwszej kolejności należało przeprowadzić analizę dokumentacji zamówienia udostępnionej wykonawcom w postępowaniu, na bazie której wykonawcy konstruowali oferty. Zauważenia wymaga, że Zamawiający zgodnie z Rozdziałem XVI SWZ oczekiwał podania przez wykonawcę ceny brutto oferty wyliczonej w oparciu o kosztorysy ofertowe przygotowane przez Zamawiającego. W Rozdziale dotyczącym sposobu obliczenia ceny brak jest wymagania aby wykonawcy w odniesieniu do cen poszczególnych usług byli zobowiązani do podania stawek podatku VAT. Nie sposób również takiego obowiązku wyprowadzić z treści kosztorysów. Konstrukcja załączników nr 3A oraz zastosowane w nich formuły prowadzą do oczywistego wniosku, że Zamawiający wymagał wskazania przez wykonawców cen jednostkowych poszczególnych usług, gdyż po ich wpisaniu pozostałe wartości wyliczały się automatycznie na podstawie wprowadzonych przez Zamawiającego danych i formuł. Na konieczność podania przez wykonawcę cen jednostkowych wskazuje również sam tytuł nadany poszczególnym załącznikom przykładowo: „Załącznik nr 3A4 do SWZ Nr sprawy 66/PN/2021 zał. nr 1.4 Zakres, rodzaje prac i ceny jednostkowe. Ukwiecenia i zieleń w donicach, konstrukcjach kwietnikowych/koszyczkach na latarniach 2022 rok". Ponadto, podkreślić należy, że w większości pozycje kosztorysów udostępnionych wykonawcom zawierały stawkę podatku VAT. Przyjąć zatem należało, że Zamawiający nie oczekiwał od wykonawców podania stawki podatku VAT dla poszczególnych pozycji kosztorysu, a co do zasady określił ją samodzielnie. Bezspornym było, że w kwestionowanych przez Odwołującego pozycjach udostępnionych wykonawcom kosztorysów ofertowych, Zamawiający albo nie podał stawki podatku VAT albo wskazał ją na poziomie 108%. Izba zwraca również uwagę, że kosztorysy obejmowały 279 poz. jak wskazał Zamawiający, a brak stawki podatku VAT, czy też określenie jej na poziomie 108% dot. łącznie 6 pozycji. Ponadto, obniżenie ceny oferty w wyniku poprawy stanowiło około 1,86 % całkowitej ceny oferty. Nie ulega więc wątpliwości, że sporne pozycje stanowiły marginalny zakres przedmiotu zamówienia i mieściły się w pojęciu „omyłki". Co więcej, Zamawiający przewidział we wzorze umowy rozliczenie kosztorysowe - wynagrodzenie wykonawcy miało zostać wyliczone w oparciu o ceny jednostkowe podane w ofercie w odniesieniu do faktycznie zrealizowanych usług.

Wszystkie powyższe okoliczności przemawiają za uznaniem, iż poprawa 6 pozycji w kosztorysach Przystępującego nie stanowiła zmiany istotnej. Błędy dotyczące stawek podatku VAT w spornych pozycjach stanowiły błąd Zamawiającego popełniony w trakcie przygotowania dokumentów zamówienia, co również przyznał sam Odwołujący. W ocenie Izby wykonawca nie może zatem, jak chciałby tego Odwołujący, ponosić negatywnych konsekwencji z tego tytułu. W świetle konstrukcji i treści SWZ oraz załączników, nie sposób uznać, aby błędy w kosztorysach złożonych przez Przystępującego były przez niego zamierzone. W ocenie Izby, określenie w spornych pozycjach właściwej stawki podatku VAT,

nie stanowiło merytorycznej treści oferty wykonawcy, gdyż jak wynika z dokumentacji zamówienia, Zamawiający oczekiwał podania przez wykonawcę cen jednostkowych. Wskazanie w ofercie ceny brutto miało nastąpić w oparciu o automatyczne wyliczenie w załącznikach przygotowanych przez Zamawiającego i służyło wyłącznie porównaniu złożonych w postępowaniu ofert. Izba nie podziela argumentacji Odwołującego, iż o istotności świadczy zmiana w rankingu ofert. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby zmianę uznaje się za istotną, gdy prowadzi do znacznego zniekształcenia oświadczenia woli wykonawcy w zakresie merytorycznej treści oferty, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca. Poprawa omyłek nie zmieniła cen jednostkowych wskazanych w kosztorysach, mających znaczenie dla kosztorysowego rozliczenia realizacji zamówienia. Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 października 2019 r., sygn. akt KIO 1844/19, KIO 1847/19: „Dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień."

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego dotyczącej błędu w obliczeniu ceny, Izba podziela stanowisko Odwołującego, że w przypadku gdy Zamawiający wymaga wskazania stawki podatku VAT w ofercie, a wykonawca wskaże nieprawidłową stawkę podatku VAT, to oferta powinna zostać odrzucona jako zawierająca błędy w obliczeniu ceny. Niemniej jednak, jak już zostało wskazane, taka sytuacja nie miała miejsca w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający nie żądał bowiem określenia stawek podatku VAT przez wykonawców w ofercie.

Co więcej, w trzech spornych pozycjach Zamawiający podał stawkę podatku VAT, niemniej jednak w nieprawidłowej wysokości. To poprawa omyłki 108% VAT na 8% VAT spowodowała obniżenie oferty Przystępującego. Odrzucenie oferty za błąd w obliczeniu ceny następuje wyłącznie jeśli to wykonawca zobowiązany do podania stawki podatku VAT, wskaże niewłaściwą, a nie jeśli błąd w tym zakresie leży po stronie Zamawiającego.

Co do sposobu poprawienia przez Zamawiającego omyłki to nie ulega wątpliwości, że została ona dokonana w sposób prawidłowy. Chybiona jest argumentacja Odwołującego, że Zamawiający nie posiadał danych dla właściwego poprawienia spornych pozycji. Zamawiający pogrupował bowiem usługi i tak dla poz. 2.1.2. była to grupa „Kwiaty - grupa B", a dla poz. 2.1.5.: „Kwiaty- grupa E". Obie grupy obejmowały jeden rodzaj usług - obsadzenie, a różniły się tylko porą roku, w której usługę należy zrealizować: wiosenne, letnie, jesienne. Dla pozostałych pozycji w tych grupach zostały wskazane stawki podatku VAT w wysokości 8%. Nie ulega więc wątpliwości, że stawka podatku VAT jest taka sama dla wszystkich pozycji z danej grupy. Powyższe potwierdza również, iż wypełniła się dyspozycja art. 223 ust. 2 pkt 3 w zakresie w jakim zachodzić powinna niezgodność z dokumentami zamówienia. W dokumentach zamówienia wskazane bowiem zostały stawki podatku VAT dla poszczególnych grup usług.

Ponadto, niezasadne okazało się twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający jako wyjściowe dla poprawienia omyłek powinien uznać wartości brutto kwestionowanych pozycji. Taki sposób poprawy byłby niezgodny z treścią SWZ, gdyż wykonawcy byli zobowiązani wskazać w załącznikach ceny jednostkowe netto, w oparciu o które wyliczały się pozostałe pozycje w kosztorysach według zastosowanych przez Zamawiającego formuł.

Zauważenia również wymaga, że Zamawiający zaakceptował samodzielną poprawę błędnie wskazanych przez Zamawiającego stawek podatku VAT oraz uzupełnienie brakujących przez dwóch z wykonawców, w tym Odwołującego. Poprawiając inne omyłki w kosztorysach pozostałych wykonawców, w tym Przystępującego, Zamawiający realizując zasadę równego traktowania wykonawców, doprowadził do porównywalności złożonych w postępowaniu ofert.

Odnosząc się do podniesionego na rozprawie przez Odwołującego żądania ewentualnego unieważnienia postępowania Izba wskazuje, że zarzut taki nie został sformułowany w odwołaniu. Na zarzuty i żądania odwołania składa się szereg okoliczności faktycznych je uzasadniających. Braki odwołania w tym zakresie nie mogą zostać następnie konwalidowane na rozprawie. Oczywiście Izba nie jest związana żądaniami odwołania, niemniej jednak żądanie Odwołującego jest zakotwiczone w zarzucie naruszenia konkretnego przepisu ustawy, którego w odwołaniu nie przywołano wraz z uzasadnieniem faktycznym. Wobec powyższego żądanie unieważnienia postępowania podniesione na rozprawie należało uznać za spóźnione i niepodlegające rozpoznaniu.

W świetle powyższego Izba uznała, że czynność poprawienia innych omyłek w ofercie Przystępującego była dopuszczalna i prawidłowa. Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia

naruszenia przepisów ustawy pzp podniesionych przez Odwołującego w odwołaniu.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Zamawiającego na rozprawie.

Przewodniczący:.....