Sygn. akt KIO 85/22

WYROK

z dnia 31 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie 28 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego 10 stycznia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę: M. W. WOLMAR, Dusznice

w postępowaniu pn. Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Płaska w Żylinach w roku 2022 (nr postępowania: SA.270.16.13.2021)

prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Płaska w Żylinach

przy udziale wykonawcy: Zakład Usług Leśnych „ACER" J. H., Gruszki - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu w pakiecie nr III zamówienia unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty Odwołującego, a przy powtarzaniu czynności w prowadzonym postępowaniu - zawiadomienie Odwołującego o dokonaniu poprawienia w jego ofercie, w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), wartości brutto w poz. 13. kosztorysu ofertowego przy zastosowaniu podatku od towarów i usług według stawki wynoszącej 8% oraz odpowiednio ceny oferty.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

   1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

   2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18598 zł 00 gr

   (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt osiem złotych zero groszy) - stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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.

U z a s a d n i e n i e

Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Płaska {dalej: „Zamawiający" lub „Nadleśnictwo"} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r.

- Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp" lub „pzp"} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Płaska w Żylinach w roku 2022.

Ogłoszenie o tym zamówieniu 25 października 2021 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr S_207 pod poz. 542170.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

29 grudnia 2021 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o rozstrzygnięciu powyższego postępowania w pakiecie nr III - wyborze jako najkorzystniejsze oferty złożonej przez Zakład Usług Leśnych „ACER" J. H. z Gruszek {dalej: „Acer" lub „Przystępujący"}, a także o odrzuceniu oferty złożonej przez M. W. WOLMAR z Dusznic {dalej: „Wolmar" lub „M. W."}

10 stycznia 2022 r. Wolmar {dalej również: „Odwołujący"} wniósł do Prezesa Krajowej

Izby Odwoławczej odwołanie od powyższych czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 10 - przez odrzucenie oferty Wolmaru, wobec błędnego uznania, że zawiera błąd w obliczeniu ceny, polegający na nieuwzględnieniu stawki podatku od towarów i usług {dalej również: „podatku VAT"} w poz. nr 13 formularza kosztorysu ofertowego (stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ) i pominięciu kwoty podatku VAT przy obliczeniu kwoty brutto, podczas gdy w treści SWZ nie zostało wskazane, że wykonawcy biorący udział w przetargu odpowiadają za wyszczególnienie zastosowanej stawki podatku VAT w kosztorysie ofertowym, w tym za uwzględnienie kwoty tego podatku w pozycji, w której nie została wskazana jakakolwiek stawka podatku VAT (poz. nr 13 formularza kosztorysu ofertowego).

2. Art. 16 - przez naruszenie zasady przejrzystości i proporcjonalności, a w konsekwencji utrudnienie uczciwej konkurencji, polegające na przypisaniu Wolmarowi negatywnych skutków obliczenia ceny zgodnie ze sposobem określonym w SWZ, w tym na podstawie formularza kosztorysu ofertowego (stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ).

3. Art. 255 pkt 6 - przez zaniechanie unieważnienia przetargu jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, polegającej na tym, że postanowienia SWZ, w tym niejednoznaczna treść wynikająca z formularza Kosztorysu ofertowego, stworzyły warunki do odmiennej interpretacji co do konieczności samodzielnego określenia przez każdego z wykonawców biorących udział w przetargu stawki podatku VAT oraz uwzględnienia kwoty wyliczonego podatku w cenie brutto, a tym samym stworzyły warunki do złożenia ofert, których nie można porównać [zarzut podniesiony na wypadek nieuwzględnienia zarzutów z pkt 1. i 2. powyżej].

4. Art. 16 - przez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, polegające na nieuzasadnionym przyjęciu jednej z dwóch alternatywnych interpretacji postanowień SWZ w zakresie sposobu obliczenia ceny, a także naruszeniu zasady przejrzystości, w tym w braku sprecyzowania przez Zamawiającego jednoznacznych oczekiwań od wykonawców biorących udział w przetargu w zakresie sposobu obliczenia ceny w rozdziale 15. SWZ oraz w treści formularza kosztorysu ofertowego, polegające na wprowadzeniu niespójnych, niejednoznacznych i niekonsekwentnych wymagań dotyczących sposobu obliczenia ceny za prace określone w poz. nr 13 tego formularza, w porównaniu do oczekiwań dotyczących pozostałych rodzajów prac, wskazanych z wyszczególnieniem przez Zamawiającego stawek podatku VAT.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia odrzucenia oferty Wolmaru.

2. Ponownego badania i oceny ofert złożonych w przetargu oraz jego rozstrzygnięcia zgodnie z postanowieniami SWZ i przepisami ustawy pzp.

3. Unieważnienia przetargu [w przypadku nieuwzględnienia zarzutów głównych z pkt 1. i 2. listy zarzutów] .

Odwołujący sprecyzował powyższe zarzuty w szczególności przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

Zamawiający określił w rozdziale 15. SWZ sposób obliczenia ceny, m.in. w następująco sformułowanych postanowieniach:

1) Wykonawca zobowiązany jest podać w Formularzu Oferty (Załącznik nr 1 do SWZ)

łączną cenę za wszystkie pozycje (prace) przewidziane w Kosztorysie Ofertowym (Załącznik nr 2 do SWZ) dla Pakietu, na który składa swoją ofertę - pkt 15.1.;

2) Ceny jednostkowe za poszczególne pozycje (prace) wchodzące w skład Pakietu powinny być podane na Kosztorysie Ofertowym. Każda cena jednostkowa musi być tak podana, aby pokrywać wszelkie koszty i ryzyka Wykonawcy związane z realizacją czynności, której dotyczy. Wykonawca nie może kosztów realizacji danej czynności doliczać do kosztów realizacji innych czynności. Cena łączna wynikająca z Kosztorysu Ofertowego za poszczególne pozycje (prace) wchodzące w skład danego Pakietu powinna zostać przeniesiona do Formularza Oferty (Załącznik nr 1 do SWZ) - pkt 15.2.;

3) Formularz Oferty (Załącznik nr 1 do SWZ) oraz Kosztorys Ofertowy (Załącznik nr 2 do SWZ) muszą być wypełnione odrębnie dla każdego Pakietu, na który ofertę składa wykonawca - pkt 15.3.;

4) Cenę łączną należy podać w złotych w kwocie brutto w odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia dla danego Pakietu, z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku (zgodnie z matematycznymi zasadami zaokrągleń) wraz z wyszczególnieniem w Kosztorysie Ofertowym (Załącznik nr 2 do SWZ) zastosowanej stawki podatku VAT -pkt 15.4.

Z kolei w formularzu kosztorysu ofertowego Zamawiający sam wyszczególnił zastosowane stawki podatku VAT we wszystkich - z wyjątkiem 13. - pozycjach zestawienia, które przygotowane zostało przez Zamawiającego w formacie tabeli excel przeznaczonym do automatycznego wyliczenia kwot wpisanych przez wykonawców.

Według relacji Odwołującego zgodnie z pkt 15.1. SWZ podał w formularzu oferty łączną cenę za wszystkie pozycje (prace) przewidziane w kosztorysie ofertowym dla pakietu III. Następnie zgodnie z pkt 15.2. SWZ łączną cenę ofertową brutto w wysokości 1.767.787,37 zł przeniósł do formularza oferty. Przy czym zgodnie z pkt 15.3. SWZ formularz oferty oraz kosztorys ofertowy został wypełniony odrębnie dla pakietu III. Wreszcie zgodnie z pkt 15.4. SWZ podał cenę łączną w zł brutto w odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia dla pakietu III, wraz z wyszczególnieniem w formularzu kosztorysu ofertowego zastosowanej stawki podatku VAT.

Odwołujący zaznaczył, że ograniczył się do uwzględnienia kwoty podatku VAT wyłącznie w pozycjach z wyszczególnioną przez Zamawiającego stawką tego podatku, natomiast nie uwzględnił kwoty podatku VAT w poz. nr 13, w której Zamawiający nie wyszczególnił tej stawki.

Według relacji Odwołującego Zamawiający w ramach uzasadnienia odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 pzp wskazał, że zawiera ona błąd w obliczeniu cen, polegający na tym, że Wolmar w poz. nr 13 kosztorysu ofertowego: 1) nie wpisał stawki VAT, 2) nie wyliczył wartości podatku, 3) przedstawił wartość netto równą wartości brutto.

Jednocześnie Zamawiający stwierdził, że oferta jest niezgodna z zapisami rozdziału 15 SWZ, bez wskazania konkretnego postanowienia.

Tymczasem zdaniem Odwołującego z treści formularza kosztorysu ofertowego wynikało przyjęcie przez Zamawiającego na siebie odpowiedzialności za wyszczególnienie zastosowanej stawki podatku VAT lub jej pominięcie przy jednoczesnym braku upoważnienia

wykonawców do samodzielnego podawania lub uzupełniania stawki podatku.

Odwołujący zarzucił, że jeżeli w dokumentacji przetargowej nie zostały zawarte wyraźne wskazówki w zakresie sposobu obliczenia ceny, negatywne konsekwencje ich braku nie mogą obciążać wykonawców, biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (por. wyrok Izby z 25 czerwca 2021 r. sygn. akt KIO 1435/21). Również zasada proporcjonalności sprzeciwia się przypisywaniu wykonawcom negatywnych skutków niejasności prawa lub niejednoznaczności czynności zamawiającego (wyrok TSUE z 2 czerwca 2016 r. w sprawie C-27/15).

W odpowiedzi na odwołanie z 27 stycznia 2022 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, przedstawiając w szczególności następującą argumentację.

Zdaniem Zamawiającego pkt 15.4. SWZ wprost wskazuje, że to wykonawca miał wyszczególnić zastosowaną przez niego stawkę podatku VAT. Z kolei według pkt 15.2. SWZ obowiązkiem wykonawcy było określenie w kosztorysie ofertowym cen jednostkowych, które pokrywają wszelkie koszty i ryzyka wykonawcy związane z realizacją czynności, której dotyczy. Według Zamawiającego podatek VAT jest elementem kosztu wykonawcy, gdyż zgodnie z art. 3 ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 178) w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług.

Zamawiający podkreślił, że obowiązek zastosowania prawidłowej stawki podatku VAT leży po stronie wykonawców, a nie zamawiających. Przedstawiona w odwołaniu interpretacja, jakoby Zamawiający na potrzeby wyliczenia cen nie wymagał wyliczenia kwoty podatku, jest sprzeczna z powyższymi postanowieniami SWZ. Twierdzenie, że wykonawcy mogli przyjąć niewyszczególnienie stawki podatku VAT za wiążące, jest absurdalne, gdyż jak może wiązać coś, co nie zostało wskazane.

Niezależnie od powyższego Zamawiający podniósł, że jeżeli w momencie przygotowywania oferty Odwołujący miał w tym zakresie wątpliwości mógł wnieść o wyjaśnienie możliwej jego zdaniem różnej interpretacji postanowień SWZ, czego jednak nie uczynił.

Zamawiający powołał się na to, że zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej zastosowanie nieprawidłowej stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, który obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty, pod warunkiem, że zamawiający nie określił w SWZ stawki podatku VAT właściwej dla przedmiotu zamówienia, zostawiając wykonawcom określenie jej wysokości (tak jak to ma miejsce w tym przypadku odnośnie poz. 13. kosztorysu ofertowego). W przypadku braku określenia przez zamawiającego stawki VAT w SWZ, zamawiający musi ograniczyć się wyłącznie do oceny prawidłowości przyjętej w ofercie wykonawcy stawki podatku VAT, która jako element cenotwórczy ma niewątpliwie bezpośredni wpływ na ukształtowanie wysokości przedstawionej w ofercie ceny. Przyjęcie w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT, będącego elementem cenotwórczym, jest zatem równoznaczne z błędem w obliczeniu zawartej w ofercie ceny, polegającym na wadliwym doborze przez wykonawcę elementu mającego niewątpliwie wpływ na obliczenie wysokości zaoferowanej ceny. Innymi słowy posłużenie się przez wykonawcę choćby tylko jednym nieprawidłowo określonym elementem kalkulacji ceny przekłada się na wystąpienie błędu w obliczeniu ceny i to bez względu na skalę czy matematyczny wymiar stwierdzonego uchybienia (por. wyrok z 15 października 2019 r. sygn. akt KIO 1966/19). Ponadto w wyroku Izby z 22 lipca 2021 r. sygn. akt KIO 1662/21 stwierdzono, że podobnie jak nieuwzględnienie prawidłowej stawki VAT, tak i nieuwzględnienie w kalkulacji stawek ZUS stanowi błąd w obliczeniu kosztu lub ceny, o którym mowa w art. 226 ust. 1 pkt 10 pzp.

Przystępujący w zgłoszeniu przystąpienia z 14 stycznia 2022 r. wniósł o oddalenie odwołania, argumentując, że jest ono niezasadne z następujących powodów.

Po pierwsze - kosztorys ofertowy Wolmaru zawiera błąd w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 10 pzp, który dyskwalifikujący ofertę.

Powszechnie przyjęta wykładnia tej normy, wyrażonej również w poprzednio obowiązującej ustawie pzp zakłada, że błędem jest m.in. określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem podatku VAT w wysokości nieodpowiadającej prawidłowej stawce tego podatku (wyrok Izby z 13 sierpnia 2020 r. sygn. akt KIO 1313/20).

Wskazuje się przy tym, że Cena oferty stanowi jedno z podstawowych kryteriów oceny ofert [w niniejszej sprawie - wyłączne kryterium; przypis własny] i w związku z tym nie

może być żadnych wątpliwości co do jej wysokości czy też sposobu w jaki została obliczona.

Jeżeli mówić o „cenie" czy „błędach w obliczaniu ceny", to nie sposób przyjąć cenę - skoro ma to być cena brutto —z nieprawidłową stawką podatku od towarów i usług, gdyż byłaby to ewidentnie cena błędnie obliczona. Trzeba mieć na uwadze to, że o porównywalności ofert w zakresie oferowanej ceny można mówić wyłączne w tych przypadkach, w których porównywane ceny zostały obliczone według tych samych reguł (wyrok Izby z 26 listopada 2020 r. sygn. akt KIO 2933/20).

W świetle utrwalonych poglądów błąd w obliczeniu ceny jest błędem co do prawidłowego stanu faktycznego i zachodzi, jeżeli cena została określona w sposób uwzględniający nieprawidłową stawkę podatku, niewłaściwą jednostkę miary, niewłaściwą ilość lub zakres czynności. Taki błąd nie może być w żaden sposób poprawiony (wyrok Izby z 8 września 2020 r. sygn. akt KIO 1881/20).

Jego nieusuwalność Krajowa Izba Odwoławcza definiuje także w następujący sposób: błąd w rachunku matematycznym, którego nie można poprawić z uwagi na to, że nie

wiadomo, który składnik działania matematycznego jest prawidłowy i nie wiadomym jest jak ten błąd poprawić (wyrok Izby z 27 lipca 2020 r. sygn. akt KIO 1314/20).

Dokument złożony przez Wolmar przewiduje, że prace opisane jako „wyorywanie bruzd pługiem leśnym" w wierszu nr 13 nie będą opodatkowane podatkiem VAT, a cena za ich wykonanie będzie odpowiadała cenie netto. Zgodnie z treścią kosztorysu Zamawiający, w przypadku zlecenia Odwołującemu tych prac, zapłaci za nie kwotę nieopodatkowaną.

Niewłaściwe działanie oferenta polega w tej sytuacji na tym, że wyraził gotowość wykonania usług bez obciążenia jej obowiązkiem fiskalnym, pomimo że taki obowiązek jest oczywisty i wynika z powszechnie obowiązujących przepisów prawa. Tym samym złożył ofertę, która nie może być porównana z innymi ofertami, gdyż jej cena ostateczna nie uwzględnia wszystkich wymaganych elementów i uległaby zmianie po dodaniu sumy podatku.

Po drugie - Odwołujący podejmuje nieudolną próbę obciążenia Zamawiającego okolicznościami, które nie były przeszkodą do skutecznego złożenia oferty.

M. W. jest przedsiębiorcą od lat prowadzącym działalność gospodarczą z zakresu usług leśnych, w tym na terenie Nadleśnictwa Płaska (wydruk z CEiDG stanowiący załącznik do oferty Wolmaru).

Powszechną wiedzą w tej branży jest obowiązywanie preferencyjnej stawki na usługi leśne (z wyjątkiem wybranych prac w lesie traktowanych przez fiskusa jako budowlane), czego dowodem jest kształt kosztorysu wskazującego na ośmioprocentowy VAT w odniesieniu do niemal wszystkich czynności.

Co więcej, w przedmiotowym dokumencie, tuż pod pozycją objętą niniejszym sporem, znajduje się usługa pn. „wyorywanie bruzd pługiem leśnym z pogłębiaczem na powierzchni pow. 0,50 ha" (wiersz nr 14). Mamy w tym wypadku do czynienia funkcjonalnie z analogiczną, niemal identyczną czynnością w porównaniu z tą, co do której Wolmar nie zadeklarował obciążenia podatkowego. Różnica polega jedynie na użyciu dodatkowego urządzenia - pogłębiacza oraz wykonywaniu prac na większych połaciach terenu (załącznik nr 4 do SWZ - opis standardu technologii wykonawstwa prac leśnych). Czynności opisane w wierszu nr 14 opodatkowane są i oznaczone stawką ośmioprocentową.

Profesjonalizm Wykonawcy, treść dokumentu oraz zasady doświadczenia życiowego nie pozostawiały w tej sytuacji żadnej wątpliwości, że taka sama stawka będzie właściwa dla sąsiedniej, bliźniaczej usługi.

Jak wynika z zawiadomienia o otwarciu ofert, Wolmar ubiegał się o zamówienie także w częściach oznaczonych jako pakiety I i II, gdzie również obowiązkiem wykonawców było złożenie Zamawiającemu kosztorysów z wymienionymi pracami, m.in. takimi samymi jak te, objęte niniejszym sporem. Otóż także w ramach pakietów I i II wykonawcy mieli zaoferować realizację czynności oznaczonej kodem WYK-PASCZ (pozycje kosztorysów odpowiednio nr 17 i 16), a zatem tej samej, co do której błąd popełnił Wolmar. Obydwa kosztorysy zawierają informacje o właściwej preferencyjnej ośmioprocentowej stawce podatkowej. Takie też oferty w odniesieniu do pakietów I i II złożył Wolmar. Wskazane załączniki podają

skądinąd również informacje dotyczące ośmioprocentowego podatku przy analogicznej czynnościach WYK-POGCZ.

W tym stanie rzeczy, wbrew wywodom odwołania, nie istniały racjonalne powody, dla których oferta musiała być złożona w postaci zakwestionowanej przez Zamawiającego. Ponadto żaden wykonawca nie musiał ponieść negatywnych konsekwencji działania

Nadleśnictwa, a błąd w ofercie Wolmaru jest przez niego zawiniony.

Po trzecie - nawet gdyby kontrfaktycznie przyznać, że wątpliwości odnośnie sposobu wypełnienia kosztorysu istniały (czemu Przystępujący zaprzecza), zarzuty odwołania zostały sformułowane z całkowitym pominięciem powinności, które ciążą na podmiocie ubiegającym się o udzielenie zamówienia

Zgodnie z art. 135 ust. 1 pzp wykonawca może zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ. Wykładnię tego artykułu przeprowadza się z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru wykonawców uczestniczących w przetargach publicznych i wymogów wynikających z art. 354 § 2 Kodeksu cywilnego {„kc”}.
W orzecznictwie zarówno sądowym, jak i Krajowej Izby Odwoławczej wielokrotnie powtarzano tezę o konieczności zachowania przez oferentów należytej staranności wedle jej

profesjonalnego miernika (wyrok Izby z 10 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 604/15). Takie wymagania powodują, że na wykonawcy ciąży powinność skorzystania z przysługujących mu uprawnień celem usunięcia wątpliwości odnośnie postępowania, których nie rozstrzygnięcie utrudnia złożenie oferty. Od profesjonalisty w danej dziedzinie uzasadnione jest wymaganie większej staranności niż od innych uczestników rynku, a to skutkuje potrzebą zwrócenia się do Zamawiającego o udzielenie potrzebnych interpretacji postanowień SIWZ, celem właściwego przygotowania oferty (wyrok Izby z 29 października 2019 r. sygn. akt KIO 2076/19).

W orzecznictwie, jeszcze na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy pzp, konsekwentnie prezentowany był pogląd, że (...) art. 38 ust. 1 Pzp nakłada na wykonawcę obowiązek zwrócenia się do Zamawiającego o wyjaśnienie powziętych co do treści SIWZ

wątpliwości, a zaniechanie tej powinności może być podstawą zarzucenia przyjmującemu zamówienie braku dochowania należytej staranności przedsiębiorcy, o której mowa w art. 355 § 2 k.c., co znalazło potwierdzenie w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2014 r. (IV CSK 626/13) (wyrok Izby Odwoławczej z 24 marca 2021 r. sygn. akt KIO 475/21).

Profesjonalny charakter procedury przetargowej powoduje, że wykonawca, choć formalnie nie ma obowiązku występowanie z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień, nie jest jednak zwolniony od wykazania się działaniami w celu ustalenia sposobu złożenia prawidłowej oferty. Tym samym wykonawca nie może powoływać się na domniemane nieścisłości w opisie przedmiotu zamówienia, o których wyjaśnienie nie wnioskował (wyrok Izby z 30 lipca 2019 r. sygn. akt KIO 1332/19).

Przenosząc zatem na grunt niniejszej sprawy powyższe rozważania teoretyczne według Przystępującego należy dojść do wniosku, że wyłączna odpowiedzialność za zaniechanie usunięcia wątpliwości (jeżeli w ogóle takowe miały miejsce) leży po stronie Odwołującego. M. W. nie podjął bowiem jakiejkolwiek inicjatywy, aby przed złożeniem oferty wyartykułować Zamawiającemu uwagi odnośnie dokumentacji przetargowej, które są podstawą przedmiotowego odwołania. Okres od publikacji specyfikacji do dnia złożenia ofert był w tym zakresie dostatecznie długi. Należy skądinąd przyjąć, że takie zgłoszenie, nawet poczynione po upływie terminu określonego w art. 135 pzp, wywołałoby skutek w postaci szybkiej reakcji Zamawiającego i nie wymagałoby zmiany terminu otwarcia ofert. Odwołujący dopiero jednak na etapie odwoławczym zgłosił zastrzeżenia do kosztorysu, które mogły być przedmiotem dociekań dużo wcześniej.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony - podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 528 pzp i nie zgłoszono w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której

Strony i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska i argumentację.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż odrzucenie jego oferty uniemożliwia mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła poniższe okoliczności jako istotne dla rozpoznawanej sprawy.

Przedmiotem tego zamówienia są usługi z zakresu gospodarki leśnej, zgodnie z ich określeniem w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o lasach (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1275 ze zm.), obejmujące prace z zakresu hodowli i ochrony lasu, ochrony przeciwpożarowej, pozyskania i zrywki drewna oraz szkółkarstwa leśnego, selekcji i nasiennictwa, stanu posiadania do wykonania na terenie Nadleśnictwa Płaska w Żylinach w 2022 r [

Zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia obejmuje sumaryczne ilości prac z zakresu hodowli i ochrony lasu, ochrony przeciwpożarowej, pozyskania i zrywki drewna oraz szkółkarstwa leśnego, selekcji i nasiennictwa wynikające z załącznika nr 3 do SWZ, na który składa się m.in. załącznik nr 3.1. - określający rozmiar prac według grup czynności, czynności i lokalizacji.

[pkt 3.1. ppkt 1) i 2) rozdziału 3. SWZ pn. „Opis przedmiotu zamówienia]

Zamówienie zostało podzielone na pięć części (nazywanych „pakietami"), przy czym pakiety I-V obejmują analogiczne czynności na terenie różnych leśnictw, które zostały pogrupowane w sześciu następujących punktach: 1. Cięcia zupełne, 2. Pozostałe cięcia rębne, 3. Trzebieże późne i cięcia sanitarno-selekcyjne, 4. Trzebieże wczesne i czyszczenie późne z pozyskaniem masy, 5. Cięcia przygodne i pozostałe, 6. Pozostałe czynności.

[załączniki nr 3.1.1.- 3.1.4. oraz załączniki nr 2.1.-2.4 do SWZ]

W szczególności w ramach pozostałych czynności z pkt 6. w sporządzonych na arkuszach programu Microsoft Excel tabelach Kosztorysu ofertowego (załącznik nr 2 do SWZ) dla każdego z tych pakietów (odpowiednio w załącznikach nr 2.1.-2.4. do SWZ) wyszczególniono następująco opisaną pozycję (nr 17 w pakiecie I, nr 16 w pakiecie II, nr 13 w pakiecie III, nr 16 w pakiecie IV) [w nawiasach opis kolumn „B"-„E" tabeli kosztorysów]: [Nr poz. w STWLP] 66 [Kod czynności do rozliczenia] WYK-PASCZ [Czynności - opis prac] Wyorywanie bruzd pługiem leśnym na powierzchni pow. 0,50 ha [Jedn. miary] KMTR.

Przy czym w każdym przypadku w kolumnie „I" z opisem Stawka VAT widnieje 8, z wyjątkiem pakietu nr III, gdzie odpowiednia komórka arkusza jest pusta.

W ramach pozostałych czynności z pkt 6. w sporządzonych na arkuszach programu Microsoft Excel tabelach Kosztorysu ofertowego (załącznik nr 2 do SWZ) dla każdego z tych pakietów (odpowiednio w załącznikach nr 2.1.-2.4. do SWZ) wyszczególniono również następująco opisaną pozycję (nr 19 w pakiecie I, nr 18 w pakiecie II, nr 15 w pakiecie III, nr 18 w pakiecie IV) [w nawiasach opis kolumn „B"-„E" tabeli kosztorysów]: [Nr poz. w STWLP] 69 [Kod czynności do rozliczenia] WYG-POGCZ [Czynności - opis prac] Wyorywanie bruzd pługiem leśnym z pogłębiaczem na powierzchni pow. 0,50 ha [Jedn. miary] KMTR.

Przy czym w każdym przypadku w kolumnie „I" z opisem Stawka VAT widnieje 8.

Ponadto dla wszystkich czynności objętych wszystkimi pakietami, z wyjątkiem poz. nr 13 w pakiecie III, Zamawiający wpisał w formularzach kosztorysów ofertowych stawkę

VAT.

Powyższe okoliczności należy uznać za bezsporne, gdyż opisują brzmienie dokumentów tego zamówienia udostępnionych jako SWZ wszystkim wykonawcom ubiegającym się o jego udzielenie.

Niesporne było również w sprawie, że pomimo braku symbolu „%" liczby wpisane w poszczególnych wierszach kolumn tabel kosztorysów opisanych jako Stawka VAT oznaczają stawkę podatku od towarów i usług wyrażoną w procentach.

Jednak z powyższych okoliczności wynika również, że Zamawiający postanowił w SWZ wskazać wykonawcom dla każdej czynności objętej zakresem przedmiotu zamówienia właściwą stawkę podatku od towarów i usług, w tym dla czynności opisanej jako: [Nr poz. w STWLP] 66 [Kod czynności do rozliczenia] WYK-PASCZ [Czynności - opis prac] Wyorywanie bruzd pługiem leśnym na powierzchni pow. 0,50 ha [Jedn. miary] KMTR, że obowiązuje stawka VAT w wysokości 8%.

Ustalenie takiej treści SWZ, która stanowi oświadczenie woli Zamawiającego adresowane do wykonawców, w tym przypadku niewątpliwie profesjonalistów, odpowiada regułom wykładni z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego {dalej: „kc"}. Zgodnie z tym przepisem (który znajduje zastosowanie na mocy odesłania zawartego w art. 8 ust. 1 pzp) oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Poza wszelkim sporem jest zarówno nieuwzględnienie przez Wolmar w poz. nr 13 pakietu III kwoty podatku VAT, jak i uwzględnienie kwoty tego podatku w poz. nr 17 pakietu I i poz. nr 16 pakietu IV, przy czym wszystkie te pozycje dotyczą tej samej czynności opisanej jako: [Nr poz. w STWLP] 66 [Kod czynności do rozliczenia] WYK-PASCZ [Czynności - opis prac] Wyorywanie bruzd pługiem leśnym na powierzchni pow. 0,50 ha [Jedn. miary] KMTR.

W ustalonych powyżej okolicznościach nieuwzględnienie kwoty podatku VAT przy wyliczaniu ceny oferty w pakiecie III jawi się jako omyłkowe działanie Wolmaru na skutek uprzedniej omyłki Zamawiającego, który przez przeoczenie w jednym przypadku w formularzu kosztorysu ofertowego nie wypełnił rubryki dotyczącej stawki podatku VAT.

W pakiecie III, który obejmuje łącznie 54. pozycje asortymentowe, omyłka ta w znikomym stopniu wpłynęła na łączną cenę oferty, która zamiast 1.767.787, 37 zł powinna wynieść 1.768.591,13 zł, czyli zaledwie o 803,76 zł więcej, co odpowiada kwocie podatku VAT wg stawki 8% w poz. nr 13.

Zamawiający nie poprawił powyższej omyłki, polegającej na niezgodności treści oferty Wolmaru z treścią SWZ, niepowodującej istotnej zmiany treści tej oferty, a odrzucił ofertę Wolmaru na pakiet III.

W ramach uzasadnienia tej decyzji Zamawiający wskazał jako podstawę prawną odrzucenia art. 226 ust. 1 pkt 10 pzp, jednocześnie podając następujące uzasadnienie faktyczne: Oferta (...) zostaje odrzucona z powodu niewpisania przez Wykonawcę stawki VAT na pozycji nr 13 w kosztorysie ofertowym, jednocześnie nie wyliczeniu wartości podatku VAT w wymienionej pozycji, oraz przedstawieniu wartości netto usługi z pozycji nr 13 równej wartości brutto tejże czynności. Oferta jest niezgodna z zapisami rozdziału 15 Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Z tak sformułowanego uzasadnienia faktycznego wynika, że de facto oferta Wolmaru została odrzucona za jej niezgodność z bliżej niesprecyzowanym przez Zamawiającego postanowieniem rozdziału 15. SWZ, który dotyczy sposobu obliczenia ceny oferty.

Spośród postanowień zawartych w pkt 15.1.-15.8. tego rozdziału wprost kwestii podatku VAT dotyczą postanowienia zawarte w pkt 15.4. i 15.5. O ile z pierwszego z nich wynika, że łączną cenę oferty należy podać w kwocie brutto wraz z wyszczególnieniem w Kosztorysie ofertowym zastosowanej stawki VAT, o tyle drugie stanowi, że stawkę podatku

od towarów i usług należy uwzględnić w wysokości obowiązującej na dzień składania ofert.

Przywołane postanowienia dotyczące sposobu obliczenia ceny oferty w odniesieniu do uwzględnienia w niej podatku od towarów i usług o tyle nie zostały skorelowane z treścią załącznika nr 2 do SWZ, o ile w formularzu oferty Zamawiający sam podał właściwą stawkę VAT. Jednocześnie w rozdziale 13. opisującym sposób sporządzenia oferty znajduje się pkt 13.4., z którego wprost wynika, że wykonawca zobowiązany jest złożyć Zamawiającemu ofertę zawierającą: a) Formularz oferty (sporządzony wg wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ) wraz z Kosztorysem ofertowym (sporządzonym wg wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ). W konsekwencji faktycznie wykonawca obowiązany był do obliczenia dla każdej pozycji Formularza oferty kwoty podatku VAT według stawki podanej już przez Zamawiającego.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołanie jest zasadne.

Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę złożoną przez Wolmar jako zawierającą błąd w obliczeniu ceny, a de facto za niezgodność treści oferty z treścią SWZ.

Art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, przez które - według definicji zawartej w art. 7 pkt 29 pzp - należy rozumieć warunki dotyczące zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jednocześnie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp obliguje zamawiającego do poprawienia w ofercie innych [niż oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 1 i 2 pzp] polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Z kolei według art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Ponieważ poprzednio obowiązująca ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych {dalej: „popzp”} zawierała analogiczne uregulowania, w przeważającej mierze zachowuje aktualność dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle stosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 popzp - zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 popzp - przy czym ten ostatni przepis miał niemal identyczne brzmienie jak obecnie obowiązujący art. 223 ust. 1 pkt 3 pzp. Różnice sprowadzają się do nieistotnych w okolicznościach tej sprawy zmian terminologii, wynikających z uczynienia obecnie punktem odniesienia dokumentów zamówienia zamiast, jak poprzednio, samej specyfikacji istotnych warunków zamówienia {w skrócie: „SIWZ”}, która z kolei obecnie nazywana jest specyfikacją warunków zamówienia {w skrócie: „SWZ”}. Innymi słowy na potrzeby zrozumienia dalszego wywodu „SWZ” i „SIWZ” należy poczytać za synonimiczne określenia specyfikacji (istotnych) warunków zamówienia {inaczej w skrócie: „specyfikacji”} jako zasadniczego dokumentu zamówienia opracowywanego przez zamawiających na potrzeby prowadzonego postępowania.

Z kolei art. 89 ust. 1 pkt 6 popzp miał brzmienie identyczne z obecnie obowiązującym art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp.

Przy interpretacji powyższych przepisów, w tym relacji pomiędzy nimi, należy mieć na uwadze uchwałę Sądu Najwyższego z 20 października 2011 r. sygn. akt III CZP 52/11: Określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli nie ma ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, jedn. tekst: Dz.U. 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

W jej uzasadnieniu Sąd Najwyższy zważył w szczególności, co następuje:

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pr.z.p., zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny. Z kolei z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pr.z.p. wynika obowiązek zamawiającego poprawienia w ofercie innej omyłki aniżeli oczywista omyłka pisarska lub rachunkowa, polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

Wymienione przepisy Prawa zamówień publicznych określają ustawowe przesłanki i zakres obowiązku dokonywania oceny ofert przez zamawiającego oraz formułują określone przepisami obowiązki zamawiającego, będące następstwem rezultatów dokonanej oceny.

Zamawiający zobowiązany jest albo do poprawienia w ofercie m.in. innej omyłki spełniającej przesłanki określone w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pr.z.p. i niezwłocznego zawiadomienia o tym wykonawcy, którego oferta została poprawiona, albo do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pr.z.p., jeżeli ta zawiera błędy w obliczeniu ceny. (...)

Zgodnie z art. 2 pkt 1 Pr.z.p., ilekroć w ustawie jest mowa o cenie, a jest o niej mowa także w art. 89 ust. 1 pkt 6 Pr.z.p., tylekroć należy przez to rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz.U. Nr 97, poz. 1050 ze zm.). Na podstawie tego przepisu w cenie uwzględnia się m.in. podatek od towarów i usług, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu m.in. podatkiem od towarów i usług. Nie może zatem wywoływać wątpliwości pogląd, że podatek

VAT jest składnikiem ceny stanowiącym zatem element cenotwórczy, co już na etapie składania ofert przez wykonawców nakłada na nich obowiązek obliczenia określonej w ofercie ceny z uwzględnieniem właściwej stawki tego podatku. Obowiązkiem zamawiającego jest więc dokonanie także i w tym zakresie oceny poprawności przedstawionych przez wykonawców ofert, gdyż przepis art. 87 ust. 2 Pr.z.p. nakłada na niego w określonych sytuacjach obowiązek poprawienia oferty, a art. 89 ust. 1 pkt 6 Pr.z.p. nawet obowiązek odrzucenia oferty.

(...)

(...) Zakres obowiązków kontrolnych zamawiającego i kształt nakazanych ustawą, ujętych chronologicznie, kolejnych jego obowiązków, warunkowany jest treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jedynie wówczas, gdy zamawiający wskazał w specyfikacji konkretną stawkę podatku VAT, kształtującą także wysokość określonej w ofercie ceny, może dojść do ewentualnego wystąpienia innej omyłki, polegającej na niezgodności przyjętej w ofercie stawki VAT ze stawką zawartą w specyfikacji. Niezgodność taka uzasadniałaby obowiązek poprawienia oferty i to tylko wówczas, gdy omyłka polegająca na takiej niezgodności nie powoduje istotnych zmian w treści oferty.

(.)

(.) Wobec braku faktycznej możliwości odniesienia się do stawki podatku VAT na skutek jej nieuwzględnienia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, obowiązek zamawiającego musi ograniczyć się wyłącznie do oceny prawidłowości przyjętej w ofercie wykonawcy stawki podatku VAT, która jako element cenotwórczy miała bezpośredni wpływ na ukształtowanie wysokości przedstawionej w ofercie ceny. (.) Innymi słowy, posłużenie się przez wykonawcę choćby tylko jednym nieprawidłowo określonym elementem kalkulacji ceny przekłada się na wystąpienie błędu w obliczeniu ceny, bez względu na skalę lub rozmiar stwierdzonego uchybienia.

Dla oceny, że doszło do wystąpienia błędu w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pr.z.p., nie ma bezpośredniego znaczenia okoliczność, że przyjęcie nieprawidłowej stawki podatku VAT było zachowaniem świadomie zamierzonym przez wykonawcę lub nie miało takiego charakteru. Nawet jeżeli obliczenie w ofercie wysokości ceny, dokonane z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT, nie było elementem manipulacji ze strony wykonawcy zmierzającego do uzyskania zamówienia publicznego, a tylko rezultatem błędnej interpretacji przepisów określających stawki tego podatku, to i tak nie neguje to wystąpienia błędu w obliczeniu ceny. Wystąpienie tego błędu, o którym stanowi art. 89 ust. 1 pkt 6 Pr.z.p., należy oceniać w kategoriach obiektywnych, a więc niezależnych od zawinienia lub motywów zachowania wykonawcy przy kształtowaniu treści oferty.

Wobec tego w ustalonych powyżej okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy

Zamawiający przeszedł do porządku dziennego nad tym, że faktycznie określił w specyfikacji stawkę podatku od towarów i usług, co zobowiązywało go do potraktowania nieuwzględnienia przez Odwołującego kwoty podatku VAT w jednej spośród kilkudziesięciu pozycji formularza cenowego jako innej niż oczywista pisarska lub rachunkowa omyłki, gdyż jej poprawienie nie powoduje istotnej zmiany treści oferty, która w tym przypadku jest wręcz znikoma, gdyż powoduje podwyższenie ceny oferty wyrażonej w kwocie rzędu 1,7 mln zł o niespełna tysiąc zł.

Z art. 223 ust. 1 pzp [poprzednio 87 ust. 1 pzp] wynika, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 2 (oraz dialogu konkurencyjnego), dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Zmiany te sprowadzają się właśnie do wspominanej instytucji poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, co nie może jednak powodować istotnej zmiany treści oferty.

W konsekwencji, co ma kluczowe znaczenie dla tej sprawy, wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji nie zawsze może być podstawą odrzucenia oferty, z uwagi na konieczność uprzedniego zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp [poprzednio art. 87 ust. 2 pkt 3 popzp]. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż wpierw obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie tych rozbieżności, jeżeli nie mają istotnego charakteru.

Warto przypomnieć, że intencją ustawodawcy towarzyszącą wprowadzeniu art. 87 ust. 2 popzp [odpowiednika obowiązującego art. 223 ust. 2 pzp] było zniwelowanie formalizmu występującego na gruncie ustawy popzp, aby umożliwić branie pod uwagę w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, których skorygowanie nie prowadzi do istotnych zmian w treści oferty. Wynika to wprost z uzasadnienia do ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw: W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. Jest to szczególnie istotne w kontekście zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców, niezwykle obszerne i szczegółowe, liczące nieraz po kilkadziesiąt tomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści. Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami.

W orzecznictwie Izby wielokrotnie podkreślono, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty z najniższą ceną lub oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu namówienia (oferty najkorzystniejszej ekonomicznie) [vide uzasadnienie wyroku Izby z 23 marca 2011 r. sygn. akt KIO 522/11]. Jednocześnie czynność poprawienia oferty ma charakter obligatoryjny i zamawiający nie może uchylić się od jej wykonania. Zaniechanie takiej czynności należy uznać należy za działanie sprzeczne nie tylko z prawem, ale i nieracjonalne, gdyż prowadzi do niesłusznego odrzucenia najkorzystniejszej oferty, które nie zapewnia wyboru oferty zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba podziela również stanowisko [wyrażone już w uzasadnieniu wyroku Izby z 5 sierpnia 2009 r. sygn. akt. KIO/UZP 959/09}, że rozumienie „innej omyłki" z art. 87 ust. 2 pkt 3 popzp [obecnie art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp] nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie jako techniczny błąd w sposobie sporządzenia oferty, pominięcie lub pomylenie określonych wyrażeń lub wartości czy wszelkich innych przeoczeń i braków, które powstały bez świadomości ich wystąpienia po stronie wykonawcy. Słownikowe rozumienie słowa „omyłka" oznacza spostrzeżenie, sąd niezgodny z rzeczywistością, błąd w postępowaniu, rozumowaniu itp. [tak w Słowniku języka polskiego pod red. Witolda Doroszewskiego, Wydawnictwo Naukowe PWN, dostępnym na stronie]. Omyłka wykonawcy w przygotowaniu oferty może zatem również wynikać z jego błędnego przekonania co do wymaganego sposobu wykonania zamówienia i wyrażenia powyższego w ofercie. Wykonawca może więc sporządzić ofertę z pełną świadomością co do celowości i kształtu jej poszczególnych zapisów, jednakże mylnie nie zdaje sobie sprawy ze stanu jej niezgodności z treścią specyfikacji. Tego typu błędy wykonawcy, pod warunkiem ich nieistotności, również podlegają poprawie. Ostatecznym momentem weryfikacji omyłki, w tym przypadku zmiany przekonania wykonawcy co do poprawności jego oferty, jest wywołujące określone skutki prawne zawiadomienie o dokonanym poprawieniu omyłki i ewentualne jego zakwestionowanie przez wykonawcę (art. 226 ust. 1 pkt 11 pzp; poprzednio w art. 89 ust. 1 pkt 7 popz mowa była o braku zgody na poprawienie), niezależnie od wcześniej składanych deklaracji w tym przedmiocie.

Resumując, jeżeli jakieś konkretne okoliczności nie wskazują co innego - należy przyjąć założenie, zgodnie z którym wykonawcy składają oferty w dobrej wierze i na serio, z zamiarem zaoferowania świadczenia we wszystkich elementach zgodnego z wymaganiami

określonymi w opisie przedmiotu zamówienia i na warunkach określonych w specyfikacji. Natomiast jeżeli dojdzie do wystąpienia niezgodności treści oświadczenia woli wyrażonego w ofercie z treścią specyfikacji, choćby z powodu niedołożenia przez wykonawcę należytej staranności przy sporządzaniu oferty, wtedy wpierw zamawiający ma obowiązek rzetelnego rozważenia możliwości zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp.

Z przepisu tego wprost wynika, że granicą jego zastosowania jest istotna zmiana treści oferty, o czym każdorazowo decydują okoliczności konkretnej sprawy: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, gdyż nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. O istotności takiej może zatem decydować skala zmiany wielkości ceny, skala zmiany zakresu przedmiotu świadczenia czy warunków jego realizacji. Dla oceny istotnego charakteru wprowadzanych zmian kluczowe znaczenie ma bowiem ich zakres w stosunku do całości treści oferty i przedmiotu zamówienia.

Na powyższe uwarunkowania trafnie zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. sygn. akt XII Ga 102/09: W ocenie Sądu Okręgowego nie ulega jednak kwestii, iż ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia. Nadto należy zaznaczyć, że poprawienie przez zamawiającego innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp nie może powodować istotnych zmian w treści całej oferty, a nie jej fragmentu. Innymi słowy kwantyfikator „istotnych zmian" należy w ocenie sądu odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty. Ponadto jak to słusznie wskazano w uzasadnieniu wyroku z 13 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 2810/11: [w] orzecznictwie

Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich essentialia negotii (np. w celu uniknięcia tzw. „kazusu lamp na obwodnicy Wrocławia", czyli odrzucania ofert z powodu drobnych błędów w ich treści). Podobne stanowisko Izba zajęła w uzasadnieniach wyroków wydanych 24 listopada 2010 r. sygn. akt KIO 2490/10 i 28 września 2010 r. sygn. akt KIO1978/10.

Co do możliwości samodzielnego poprawienia przez zamawiającego omyłkowej niezgodności, bez udziału wykonawcy, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że jest to wypracowana w orzecznictwie wskazówka zmierzająca do wytyczenia bezpiecznej granicy zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 popzp [aktualnie art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp], gdyż przepis ten wprost takiej przesłanki nie formułuje. Niewątpliwie stosowanie jej w praktyce przez zamawiających eliminuje ryzyko naruszenia zakazu prowadzenia jakichkolwiek negocjacji z wykonawcą na temat złożonej oferty oraz gwarantuje zachowanie podstawowych zasad równego traktowania wykonawców i przestrzegania uczciwej konkurencji pomiędzy nimi. W ocenie Izby nie oznacza to jednak braku możliwości uprzedniego zastosowania instytucji wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Wręcz przeciwnie, skorzystanie przez zamawiającego z wyjaśnień wykonawcy może być wręcz nieodzowne nie tylko dla oceny, czy doszło w ogóle do pomyłki, lecz również dla ustalenia, w jaki sposób należałoby ją poprawić. Zdaniem Izby należy odróżnić skorzystanie z treści udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień od niedopuszczalnej ingerencji wykonawcy. Skoro dopuszczalne jest wyjaśnienie treści złożonej oferty, dysponowanie przez zamawiającego wszystkimi niezbędnymi danymi do dokonania poprawienia omyłek bez ingerencji wykonawcy należy oceniać z uwzględnieniem treści informacji uzyskanych w wyniku wyjaśnień.

Reasumując, w okolicznościach rozstrzyganej sprawy przy dołożeniu należytej staranności Zamawiający, nawet bez kierowania wezwania do wyjaśnień, powinien był nie tylko stwierdzić, na czym polega niezgodność oferty Odwołującego z treścią specyfikacji, (co połowicznie uczynił), ale i w jaki sposób ją poprawić, czego bezpodstawnie w ogóle zaniechał. W ocenie Izby z całokształtu okoliczności towarzyszących złożeniu odrzuconej oferty wynika bowiem wola zaoferowania realizacji tego zamówienia na warunkach wynikających ze specyfikacji, w tym uwzględnienia kwoty podatku VAT według stawki podanej przez Zamawiającego, a zatem obowiązkiem tego ostatniego było poprawienie tej oferty w sposób, który powinien być dla niego oczywisty.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3 i art. 16 pkt 3 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia w części objętej zaskarżeniem - wobec czego - działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy pzp - orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Odwołującego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, orzeczono - w pkt 2. sentencji - stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 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. poz. 2437) - obciążając nimi Zamawiającego.