

Sygn. akt: KIO 2463/23

WYROK
z dnia 6 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 4 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę **XDISC S.A. z siedzibą w Warszawie** postępowaniu prowadzonym przez **Powiat Radomszczański** przy udziale wykonawcy **FEBE Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2.1. kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawcę **XDISC S.A. z siedzibą w Warszawie** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....
Sygn. akt: KIO 2463/23

Uzasadnienie

ZAMAWIAJĄCY: Powiat Radomszczański prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego (tryb podstawowy bez negocjacji) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Wykonanie instalacji fotowoltaicznej dla budynku Domu Pomocy Społecznej w Radziechowicach” (dalej: „postępowanie”).

Odwołujący: **XDISC S.A. z siedzibą w Warszawie**, wniósł dnia 21 sierpnia 2023 r. odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych czynności podjętej w postępowaniu przez Zamawiającego, polegającej na wybraniu - jako wykonawcę zamówienia – podmiotu, który złożył ofertę mniej korzystną niż **XDISC**.

II. W związku z tym - zarzucił czynnościom Zamawiającego:

a) naruszenie art. 239 ust. 1 i ust. 2 w związku z art. 266 p.z.p. przez wybranie oferty mniej korzystnej finansowo i nie uznanie za najkorzystniejszą oferty **XDISC**, pomimo kryteriów określonych w materiałach przetargowych,

b) błędne zastosowanie nie mającego uzasadnienia w przedmiotowym przypadku art. 223 ust. 2 pkt 2 lub pkt 3 w związku z art. 266 p.z.p. (Odwołujący nie wie dokładnie który z punktów art. 223 ust. 2 zastosował Zamawiający) oraz nie zastosowanie art. 226 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 266 p.z.p. (odrzućenie oferty), które to działanie byłoby tu prawidłowe i zgodne z prawem.

Stosownie do powyższego wniósł o:

unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i nakazanie Zamawiającemu powtórzenie tej czynności przy zastosowaniu zasad określonych w Ustawie,

W zakresie postępowania dowodowego wniósł o przeprowadzenie dowodu z Specyfikacji Warunków Zamówienia i formularza ofertowego na okoliczność stawki VAT podanej w dokumentach przetargowych oraz przyjętego kryterium wyboru wykonawcy, informacji Zamawiającego z otwarcia ofert z dnia 5 lipca 2023 r., informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 17.08.2023 r. na okoliczność różnic pomiędzy ceną z oferty złożonej przez **FEBE sp. z o.o.** a ceną, która przyjęta została przez Zamawiającego do wyboru najbardziej korzystnej oferty.

Uzasadniając stanowisko wskazał, co następuje.

Wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, w rzeczywistości złożył ofertę droższą niż **XDISC**

S.A., a droższa oferta została wybrana jako najkorzystniejsza i FEBE sp. z o.o. został wybrany przez Zamawiającego do wykonania zamówienia.

Zgodnie z pkt 14.1.1 SWZ, cena stanowiła jedyne kryterium wyboru (100%).

W przypadku FEBE, kwota jej oferty wskazana w informacji z otwarcia ofert z 5.07.2023 r. (199 990 zł) i kwota podana w informacji o wyborze oferty z 17.08.2023 r. (175 600,98 zł brutto) są różne - w informacji o wyborze figuruje cena brutto znacząco niższa.

Z przeliczenia kwot oferty FEBE wynika, że FEBE wyliczył cenę przy zastosowaniu 23% stawki VAT, podczas gdy w formularzu ofertowym wskazana została przez Zamawiającego stawka 8% jako prawidłowa. Złożenie przez FEBE oferty ze stawką podstawową miało więc charakter celowego działania tego wykonawcy, nie zaś matematyczny błąd w obliczeniach, który to błąd Zamawiający mógłby sprostować w toku wyjaśnień treści oferty.

Cena oferty FEBE podana w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 5 lipca 2023 r. (199 990 zł) jest tą samą ceną netto przyjętą przez Zamawiającego przy ocenie wartości ofert w dniu 17.08.2023 r., powiększoną o 8% VAT (175 600,98 zł brutto). Z powyższego wynika, że Zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał poprawienia oferty FEBE korygując cenę oferty przez wyliczenie ceny brutto przy zastosowaniu stawki VAT 8% zamiast przyjąć cenę brutto podaną przez wykonawcę w ofercie złożonej w postępowaniu.

FEBE wpisał w złożonej ofercie cenę brutto obliczoną z zastosowaniem 23% VAT, pomimo iż w SWZ, jak i formularzu ofertowym, mowa była o stawce 8%.

Z orzecznictwa KIO oraz SN, wynika że orzecznictwo w tych sprawach jest jednoznaczne. Kilka wyroków w tych sprawach wydała KIO już w 2023 r. (KIO 853/23, KIO 839/23, KIO 838/23, KIO 777/23), a identycznie – Sąd Najwyższy w orzeczeniu wydanym z dnia 20 października 2011 r. III CZP 52/11).

Zamawiający zastosował przepis trybie art. 223 ust. 2 pkt 2 lub pkt 3 p.z.p. (odpowiednik przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 lub pkt 3 p.z.p. z 2004 r.) prostując ofertę na zasadzie „oczywistej omyłki rachunkowej” (pkt 2) lub „innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty” (pkt 3).

Są to działania niedopuszczalne, nie zostały bowiem spełnione przesłanki umożliwiające sprostowanie oferty. Według SN jw. przypadek taki stanowi błąd w obliczeniu ceny skutkujący obowiązkiem odrzucenia oferty. Odwołujący podejmował działania zmierzające do unieważnienia czynności wyboru oferty jednak bezskutecznie. Ponieważ załatwienie sprawy bez kierowania sprawy do KIO nie było możliwe, niniejsze odwołanie jest konieczne.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

Zamawiający pismem z dnia 13 lipca br. dokonał poprawienia na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 wz. Z art. 266 pzp innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia niepowodującej istotnych zmian w treści złożonej oferty, poprzez poprawienie stawki podatku VAT, kwoty podatku VAT oraz ceny brutto wskazanych w pkt 1 Formularza ofertowego. Na poprawienie powyższej omyłki w dniu 18 lipca 2023 zgodę wyraził wykonawca.

Zamawiający zauważył, że obydwie strony zasadności swoich stanowisk upatrują w uchwale SN z 20 października 2011 r. (III CZP 52/11). Przypomniawszy za sądem, że błędem w obliczeniu ceny będzie nieprawidłowe określenie przez wykonawcę stawki VAT, a do błędu w obliczeniu ceny dotyczącym stawki podatku dojdzie w sytuacji, gdy zamawiający nie określi w dokumentach zamówienia prawidłowej stawki podatku VAT. Podstawowym dokumentem w postępowaniu jest SWZ, zamawiający może w części dotyczącej sposobu obliczenia ceny wskazać stawkę podatku. Jeśli tego dokonał, to kontrola oferty w tym zakresie może sprowadzać się do poprawienia oferty. Skoro zamawiający w przedmiotowym postępowaniu ustalił niespornie stawkę podatku VAT w wymiarze 8%, to był uprawniony do dokonania poprawienia omyłki w zaoferowanej cenie. W takim stanie rzeczy nie byłoby to błąd w obliczeniu ceny.

Przypomniał o obowiązku poprawiania omyłek w ofertach w razie zaistnienia ku temu przesłanek. Przywołał orzecznictwo KIO.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania przedstawione w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy (pod nieobecność przystępującego), stwierdziła, iż odwołanie w zakresie przedstawionych przez odwołującego zarzutów, nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący podniósł brak podstaw prawnych do zmiany ceny w tym postępowaniu w trybie poprawienia omyłki w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp uznając, że przystępujący kalkulując cenę oferty popełnił błąd nie podlegający poprawieniu lecz skutkujący odrzuceniem oferty. Niesporne jest w stanie faktycznym sprawy, że wysokość stawki

podatku od towarów i usług VAT została przez zamawiającego określona jednoznacznie w dokumentach zamówienia tj. w specyfikacji oraz formularzu ofertowym. Pomimo takich wskazań wykonawca w ofercie wskazał stawkę 23%, w następstwie czego zastosował art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, tj. poprawienia omyłki, o czym zawiadomił wykonawcę 13 lipca, a wykonawca 18 lipca 2023 r. wyraził na to zgodę. Strony powołały oprócz przepisów ustawy, stanowisko Sądu Najwyższego z 20 października 2011 r. III CZP 52/11 oraz 53/11).

W zakresie zarzutu naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3 oraz art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp przez nieuprawnione dokonanie ingerencji w ofertę wykonawcy i poprawienie błędnej stawki podatku VAT jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty oraz zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę, pomimo iż oferta zawierała błąd w obliczeniu ceny, skład orzekający uznał za uprawnione działanie zamawiającego polegające na poprawieniu składnika cenotwórczego w ofercie przystępującego mając na uwadze stanowisko Sądu Najwyższego stanowiące wytyczną postępowania w analogicznych do niniejszego stanach faktycznych. Jak stwierdził Sąd, rzeczywiście błędem w obliczeniu ceny będzie nieprawidłowe określenie przez wykonawcę stawki VAT, a do błędu w obliczeniu ceny dotyczącym stawki podatku VAT dojdzie w sytuacji, gdy wykonawca przyjmie w ofercie stawkę nieprawidłową w okolicznościach, gdy zamawiający nie określi w dokumentach zamówienia prawidłowej stawki podatku VAT (uchwały SN z 20 października 2011 r. sygn. akt III CZP 52/11 oraz 53/11).

Jednocześnie, jak wynika z powyższego, podkreślić należy za stanowiskiem SN, wskazanym w ww. uchwałach, że podstawowym dokumentem, który jest niezbędny do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia jest SIWZ. Na podstawie zawartych w nim warunków, wykonawcy przygotowują ofertę, jej bowiem treść jest wiążąca tak dla wykonawcy jak i dla zamawiającego. W specyfikacji zamawiający, podając sposób obliczenia ceny, może również określić stawkę podatku VAT. Jeżeli zatem, zamawiający w SIWZ w części dotyczącej sposobu obliczenia ceny, wskazał stawkę podatku VAT, wówczas kontrola oferty w tym zakresie może sprowadzać się do poprawienia oferty.

Skład orzekający uznaje, że w sprawie rozpatrywanej zamawiający określił wymaganą stawkę podatku od towarów i usług przy kalkulacji przedmiotu zamówienia, w wysokości 8%.

W takim stanie rzeczy wykonawca nie popełnił błędu w obliczeniu ceny skutkującego odrzuceniem oferty, lecz omyłkę podlegającą poprawieniu przez zastosowanie wskazanej w dokumentach postępowania tj. swz i formularzu ofertowym, stawki podatku od towarów i usług.

W takim stanie rzeczy brak jest podstaw do twierdzenia, iż zamawiający dokonując oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, naruszył przepisy prawa wskazane w petitum odwołania, zatem orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: