Sygn. akt: KIO 2573/23

WYROK
z dnia 15 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:Beata Pakulska-Banach

Protokolant:Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę: **HyperView Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Województwo Opolskie**

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **S&T Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Lider Konsorcjum)** i **ABAKUS Systemy Teleinformatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku-Białej**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;

B. wykonawcy **Atmoterm S.A. z siedzibą w Opolu**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Województwu Opolskiemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w treści oferty wykonawcy Atmoterm S.A. z siedzibą w Opolu (oferta nr 4) oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Atmoterm S.A. z siedzibą w Opolu (oferta nr 4) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Województwo Opolskie i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
2.2. zasądza od zamawiającego Województwa Opolskiego na rzecz odwołującego HyperView Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego w związku z uiszczonym wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

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

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 2573/23

UZASADNIENIE

Zamawiający – Województwo Opolskie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp" lub „Pzp", na realizację zadania pn.:„Projekt i budowa systemu IT z modułem regionalnego rozproszonego monitorowania jakości powietrza w województwie opolskim w ramach realizacji projektu LIFE19 GIE/PL/000398 - LIFE_AQP_OPOLSKIE_2019.Pl", numer referencyjny: DOA-ZP.272.4.2023.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 marca 2023 roku, numer: 2023/S 060-175749. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

W dniu 31 sierpnia 2023 roku wykonawca HyperView Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, zwany dalej: „odwołującym", wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegającej na na błędnej

ocenie i wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Atmoterm S.A. z siedzibą w Opolu (dalej jako: „Atmoterm") oraz na zaniechaniu odrzucenia oferty ww. wykonawcy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 239 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy Atmoterm, mimo że oferta ta powinna uzyskać niższy wynik w ramach kryteriów oceny ofert niż oferta odwołującego;
2. art. 223 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez nieuprawnioną, istotną zmianę oferty wykonawcy Atmoterm w trybie poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej;
3. art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Atmoterm jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny oraz niezgodnej z warunkami zamówienia w zakresie sposobu obliczenia ceny.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienia czynności poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie Atmoterm,
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
4. odrzucenia oferty Atmoterm, ewentualnie dokonania oceny oferty w oparciu o cenę brutto wskazaną w formularzu cenowym.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił co następuje.

Odwołujący wskazał, że w dniu 21.08.2023 r. zamawiający poinformował go o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Z informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej wynika, że najwyższą punktację w ramach przyjętych kryteriów oceny ofert uzyskała oferta złożona przez wykonawcę Atmoterm. Zdaniem odwołującego, ilość punktów przyznana ofercie ww. wykonawcy w kryterium „Cena", a w konsekwencji wybór tej oferty, jest całkowicie niezrozumiały, ponieważ wykonawca Atmoterm zaoferował cenę wyższą od ceny zaoferowanej przez odwołującego, a tym samym powinien uzyskać niższą liczbę punktów w ramach kryterium ceny (przy czym obie oferty uzyskały taką samą liczbę punktów w drugim z kryteriów).

Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z rozdziałem XIX pkt 1 oraz XVIII pkt 6 SWZ, podstawą oceny ofert jest wskazana w formularzu ofertowym cena brutto za realizację całości zamówienia. Cena ta została w ofercie Atmoterm określona w sposób jednoznaczny (liczbowo i słownie) na kwotę 3.997.500,00 zł, a więc wyższą od ceny zaoferowanej przez odwołującego. Zdaniem odwołującego, nie ma wątpliwości, że zamawiający zobowiązany był dokonać oceny oferty Atmoterm w oparciu o ww. wartość. Natomiast zamawiający pismem z dnia 16.06.2023r. poinformował wykonawcę Atmoterm o poprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej, polegającej na błędnym zsumowaniu cen brutto za poszczególne etapy realizacji zamówienia. Powyższe prowadziło do zmiany ceny brutto oferty Atmoterm z 3 997 500 zł na 3 250 000 zł (a więc do obniżenia zaoferowanej ceny o 747 500 zł).

Odwołujący podniósł, że w realiach przedmiotowej sprawy nie sposób mówić o jakiejkolwiek omyłce rachunkowej, gdyż już na pierwszy rzut oka dostrzec można, że suma wartości poszczególnych etapów w ofercie Atmoterm odpowiada cenie łącznej netto, do której następnie został doliczony podatek VAT. Odwołujący podkreślił, że pod względem rachunkowym wartości etapów zostały zsumowane prawidłowo, lecz wykonawca Atmoterm określił tą wartość jako cenę netto, do której następnie doliczył podatek VAT w wysokości 23% (również poprawnie pod względem rachunkowym)./

Według odwołującego, założenie zamawiającego, jakoby zaoferowana cena brutto była wynikiem oczywistej omyłki rachunkowej (zupełnie przypadkowo różniąc się od ceny „prawidłowej" o wartość podatku VAT), godzi w zasady logiki i zdrowego rozsądku. Trudno zakładać, że rozbieżność w cenach była wynikiem omyłki w obliczeniach, skoro powiększenie sumy wartości etapów o podatek VAT wynika expressis verbis z treści oferty. Odwołujący stwierdził, iż ustawa Pzp nie przewiduje przy tym możliwości poprawienia tego rodzaju „omyłki" i pomniejszenia zaoferowanej ceny o wartość podatku VAT.

Dalej odwołujący wskazywał, że warunkiem zmiany oferty w wyniku poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej jest łączne spełnienie dwóch elementów.

Po pierwsze, musi wystąpić błąd rachunkowy, a więc błędna operacja rachunkowa na liczbach, co tutaj nie wystąpiło.

Po drugie, stwierdzenie omyłki rachunkowej może mieć miejsce jedynie w sytuacji, w której błąd rachunkowy jest oczywisty i może być poprawiony wyłącznie w jeden sposób, niebudzący żadnych wątpliwości. Tymczasem, według odwołującego, zamawiający nie tylko „domyśla się" rzeczywistych intencji wykonawcy co do sposobu obliczenia ceny łącznej brutto, ale wręcz wyciąga całkowicie błędne wnioski, jakoby Atmoterm chciał w rzeczywistości zaoferować cenę

niższą od faktycznie zaoferowanej. Zdaniem odwołującego, nie sposób bowiem uznać, że wykonawca nie wiedział, co czyni, powiększając cenę netto za wykonanie całego zamówienia o wartość podatek VAT. Tego rodzaju działanie nie może być kwalifikowane jako omyłka, a tym bardziej omyłka rachunkowa.

Odwołujący stwierdził, że o tym, iż wskazane w formularzu ofertowym wartości etapów są w istocie (w zamierzeniu Atmoterm) cenami netto przemawia dodatkowo fakt, że oznaczenie tych cen jako brutto zostało narzucone przez zamawiającego w treści formularza ofertowego (a nie wpisane samodzielnie przez wykonawcę).

Odwołujący odwołał się również do porównania ceny oferty Atmoterm do cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców, wskazując, że cena łączna brutto podana przez Atmoterm w formularzu ofertowym odpowiada swoim poziomem cenom z pozostałych ofert, zatem jej obniżenie o blisko 750.000 zł nie znajduje żadnego uzasadnienia ekonomicznego.

Odwołujący podkreślił, że w okolicznościach niniejszej sprawy, zamawiający nie miał jakichkolwiek podstaw do ingerencji w cenę brutto zaoferowaną przez Atmoterm. Według odwołującego, bez znaczenia jest treść rozdz. XVIII pkt 4 SWZ, zgodnie z którą cena oferty brutto będzie sumą wartości poszczególnych etapów, gdyż zapis ten stanowi wyłącznie wymóg skierowany do wykonawców i w żaden sposób nie stanowi podstawy do ingerencji w złożone oferty przez zamawiającego, a w szczególności nie stanowi przesłanki pozwalającej na przyjęcie domniemania, że wolą Atmoterm było zaoferowanie ceny znacznie niższej niż faktycznie zaoferowana.

Odwołujący podniósł też, że brak jest jakiegokolwiek logicznego i prawnego uzasadnienia dla przyjęcia, że na potrzeby poprawienia oferty „pierwszeństwo" należy przyznać cenom za poszczególne etapy zamówienia, a nie cenie łącznej (również określonej wyraźnie jako cena brutto). Jego zdaniem, wniosek taki byłby sprzeczny z treścią SWZ, tj. rozdziałem XIX pkt 1 oraz XVIII pkt 6 SWZ, zgodnie z którym podstawą oceny ofert jest wskazana w formularzu ofertowym cena brutto za realizację całości zamówienia, jak również z treścią samej oferty Atmoterm, z której można jednoznacznie wywieść, że zaoferowana cena łączna brutto zawiera w sobie podatek VAT w wysokości 23%, podczas gdy w odniesieniu do wartości poszczególnych etapów pewności takiej mieć nie można.

Odwołujący stwierdził, że w konsekwencji zamawiający przyjął za podstawę oceny ofert cenę netto zaoferowaną przez Atmoterm (zamiast ceny brutto), zaś rzekoma „omyłka rachunkowa" uprawniająca do takiego działania ma wyłącznie charakter iluzoryczny.

Odwołujący podkreślił, że tego rodzaju ingerencja w ofertę wykonawcy jest z oczywistych względów niedozwolona, gdyż mogłaby (przynajmniej potencjalnie) prowadzić do manipulacji wynikami przetargu. W takim wypadku cena łączna brutto pozostawałaby bowiem „niedookreślona" na etapie składania ofert, przy jednoczesnym braku wystarczających przesłanek pozwalających na ustalenie rzeczywistej woli wykonawcy. Sposób poprawienia oferty uzależniony byłby więc od dyskrecjonalnej woli zamawiającego, co w sposób rażący narusza przepisy ustawy Pzp, w szczególności art. 223 ust. 1 (zakaz zmiany oferty), art. 223 ust. 2 (błędna kwalifikacja omyłki), art. 239 ust. 1 i 2 (błędna ocena oferty w świetle przyjętych kryteriów) oraz art. 16 pkt 1 i 2 (naruszenie zasady równego uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania).

W dalszej kolejności odwołujący wywodził, że rozbieżność między sumą wartości etapów a ceną brutto całej oferty Atmoterm, nie tylko nie może być kwalifikowana jako oczywista omyłka rachunkowa, lecz w istocie stanowi podstawę odrzucenia oferty, jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny (art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp). Odwołujący, przywołując pogląd wyrażany przez doktrynę, wskazywał, że błąd w obliczeniu ceny, którego nie można poprawić na podstawie art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, to błąd, którego poprawienie z obiektywnych względów jest niedopuszczalne, przykładowo z uwagi na to, że taka korekta ingerowałaby w sposób nieuprawniony w treść oświadczenia woli wykonawcy.

Ponadto, odwołujący wskazał, że zważywszy na treść rozdz. XVIII pkt 4 SWZ, zgodnie z którą cena oferty brutto będzie sumą wartości poszczególnych etapów, oferta ww. wykonawcy powinna być uznana za niezgodną z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp). Niespójność między cenami za poszczególne etapy zamówienia oraz zaoferowaną ceną łączną brutto nie pozwoli bowiem na prawidłowe rozliczenie zamówienia, co uzasadnia odrzucenie oferty Atmoterm.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania.

Pismem z dnia 5 września 2023 r. wykonawca Atmoterm S.A. z siedzibą w Opolu (dalej jako: „Atmoterm" lub „przystępujący I") zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie wykonawcy Atmoterm zostało dokonane zgodnie z wymogami określonymi w art. 525 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 7 września 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia S&T Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Lider Konsorcjum) i ABAKUS Systemy Teleinformatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku-Białej (dalej zwani łącznie jako: „przystępujący II") zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie ww. wykonawców zostało dokonane zgodnie z wymogami określonymi w art. 525 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Wobec zgłoszenia przystąpienia przystępującego I odwołujący zgłosił opozycję wskazując, że osoba, która zgłosiła przystąpienie w imieniu wykonawcy Atmoterm, nie jest już prokurentem. Pełnomocnictwo - w ocenie odwołującego - jest pełnomocnictwem substytucyjnym, które wygasło wraz z momentem kiedy osoba, która go udzieliła, przestała być prokurentem spółki i w tym zakresie odwołujący powołał się na przepisy art. 109^1 KC i 109^6 KC, z których wynika, że prokurent nie jest organem spółki, lecz pełnomocnikiem spółki.

Izba oddaliła opozycję odwołującego wskazując, że podnoszone przez odwołującego okoliczności nie dotyczą kwestii interesu wykonawcy w zgłoszeniu przystąpienia. Jednakże Izba wzięła te okoliczności pod uwagę dokonując oceny skuteczności zgłoszonego przystąpienia i uznała, że pełnomocnik był prawidłowo umocowany do zgłoszenia przystąpienia w imieniu wykonawcy, skoro prokurent w dacie udzielenia pełnomocnictwa był umocowany do działania w imieniu wykonawcy, a samo pełnomocnictwo nie zostało odwołane jak dotychczas.

Z kolei wobec zgłoszenia przystąpienia przystępującego II zamawiający zgłosił opozycję wskazując, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia S&T Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i ABAKUS Systemy Teleinformatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku-Białej nie mają interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego, albowiem nie rodzi to po stronie przystępującego II ryzyka poniesienia szkody w postaci nieuzyskania zamówienia, jako, że ich oferta została sklasyfikowana na odległej pozycji w rankingu ofert.

Izba oddaliła także opozycję zamawiającego wskazując, że ww. wykonawcy w piśmie, zawierającym zgłoszenie przystąpienia, wskazali na interes, tj. przystępujący II wskazywał, że jest potencjalnym wykonawcą tego zamówienia. Izba uznała, że fakt sklasyfikowania oferty przystępującego II na pozycji odległej w rankingu ofert nie niweczy jego interesu.

W dniu 12 września 2023 roku zamawiający wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania.

W dniu 14 września 2023 roku wykonawca Atmoterm przedstawił Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko pisemne w sprawie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W toku rozprawy w dniu 14 września 2023 roku strony i obecny przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem IV Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej zwanej: „SWZ") przedmiotem zamówienia jest projekt i budowa systemu IT z modułem regionalnego rozproszonego monitorowania jakości powietrza w województwie opolskim w ramach realizacji projektu LIFE19 GIE/PL/000398 - LIFE_AQP_OPOLSKIE_2019.PL. Realizacja przedmi zamówienia składa się z czterech części.

W rozdziale XVIII SWZ zamawiający zawarł opis sposobu obliczenia ceny, wskazując w punkcie 1, 2, 3, 4 i 9, co następuje:

„1. Wykonawca podaje cenę za realizację przedmiotu zamówienia zgodnie ze wzorem Formularza Ofertowego, stanowiącego Załącznik nr 3 do SWZ.

2. Cena ofertowa brutto będzie obejmowała cały przedmiot zamówienia ze wszystkimi kosztami wynikającymi z niniejszej SWZ, załączników i ewentualnych informacji dla Wykonawców, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej realizacji przedmiotu zamówienia (wynagrodzenie ryczałtowe).

3. Cena podana na Formularzu Ofertowym jest ceną ostateczną, niepodlegającą negocjacji i wyczerpującą wszelkie należności Wykonawcy wobec Zamawiającego związane z realizacją przedmiotu zamówienia.

4. Cenę ofertową brutto należy podać w polskich złotych (PLN) jako cenę oferty netto powiększoną o należny podatek VAT (23%) z zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku. Cena oferty brutto będzie sumą cen brutto za wykonanie poszczególnych etap

(…)

9. W przypadku rozbieżności pomiędzy ceną oferty brutto podaną kwotowo i słownie - obowiązuje cena podana słownie, chyba że co innego wynika z wyliczenia matematycznego, z zastrzeżeniem, że w przypadku poprawnego wyliczenia

matematycznego ceny przez Wykonawcę wg sposobu wyliczenia ceny wskazanego przez Zamawiającego w niniejszym Rozdziale, Zamawiający przyjmie cenę oferty brutto podaną kwotowo.".

W złożonym Formularzu Ofertowy w punkcie 3 podpunkt 4 wykonawca Atmoterm wskazał:
„Oferuję wykonanie przedmiotu zamówienia pn.: „PROJEKT I BUDOWA SYSTEMU IT Z MODUŁEM REGIONALNI ROZPROSZONEGO MONITOROWANIA JAKOŚCI POWIETRZA W WOJEWÓDZTWIE OPOLSKIM W RA REALIZACJI PROJEKTU LIFE19 GIE/PL/000398 – LIFE_AQP_OPOLSKIE_2019.PL" za cenę:
Cena oferty (brutto) 3.997.500,00 zł (słownie: trzy miliony dziewięćset dziewięćdziesiąt siedem tysięcy pięćset złotych), w tym podatek 23 % VAT (lub inna stawka …. %, wskazać podstawę prawną: ……..……..)
Cena oferty (netto) 3.250.000,00 zł
w tym:
Cena za realizację I etapu: 470.000,00 zł brutto
Cena za realizację II etapu: 1.170.000,00 zł brutto
Cena za realizację III etapu: 855.000,00 zł brutto
Cena za realizację IV etapu: 755.000,00 zł brutto".

Natomiast w podpunkcie 5 wykonawca Atmoterm oświadczył, że:
„Oświadczam, że wybór mojej oferty prowadzić będzie do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. 2022 r. poz. 931 z późn. zm.)
*TAK/~~NIE~~**
w przypadku udzielenia odpowiedzi TAK wykonawca podaje:
1) nazwę (rodzaju) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będą prowadziły do powstania obowiązku podatkowego : PROJEKT I BUDOWA SYSTEMU IT Z MODUŁEM REGIONALNEGO ROZPROSZONI MONITOROWANIA JAKOŚCI POWIETRZA W WOJEWÓDZTWIE OPOLSKIM W RAMACH REAL PROJEKTU LIFE19 GIE/PL/000398 - LIFE_AQP_OPOLSKIE_2019.PL;
2) wartość towaru lub usługi objętego obowiązkiem podatkowym Zamawiającego, bez kwoty podatku 3.250.000,00 złotych;
3) stawkę podatku od towarów i usług, która zgodnie z wiedzą wykonawcy, będzie miała zastosowanie 23 %".

Pismem z dnia 16 czerwca 2023 roku zamawiający poinformował wykonawcę Atmoterm o poprawieniu w treści jego oferty oczywistej omyłki rachunkowej wskazując, że:
„Działając na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp, Zamawiający poprawia w treści oferty Wykonawcy oczywistą omyłkę rachunkową z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek oraz niezwłocznie zawiadamia o tym Wykonawcę, którego oferta została poprawiona.
Omyłka polega na:
Błędnym obliczeniu „Ceny oferty (brutto)" w Formularzu oferty, wynikającej z sumowania cen brutto za poszczególne etapy realizacji przedmiotu zamówienia.
Poprawa oczywistej omyłki rachunkowej skutkuje koniecznością wprowadzenia zmiany ceny oferty (brutto) podanej liczbą i słownie. Cena oferty (netto) również ulega zmianie.
Przedmiotowa omyłka ma charakter oczywisty, gdyż możliwe było jej ustalenie podczas sprawdzania obliczeń zgodnie z podanym przez Zamawiającego sposobem obliczenia ceny oraz została ona jednoznacznie stwierdzona. Przebieg działania matematycznego został prześledzony i na podstawie reguł rządzących tym działaniem stwierdzono błąd w jego wykonaniu, a błąd ten można poprawić wyłącznie w jeden sposób, niebudzący wątpliwości.
Metodologia poprawienia omyłki:
Zgodnie z zapisami Specyfikacji Warunków Zamówienia Rozdział XVIII „Sposób obliczenia ceny", Wykonawca by zobowiązany do obliczenia ceny oferty w sposób następujący:
) Cenę ofertową brutto należy podać w polskich złotych (PLN) jako cenę oferty netto powiększoną o należny podatek VAT (23%) z zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku. Cena oferty brutto będzie sumą cen brutto za wykonanie poszczególnych etapów(...)".
W złożonym Formularzu ofertv jest:
„Cena oferty (brutto) 3.997.500,00 zł (słownie: trzy miliony dziewięćset dziewięćdziesiąt siedem tysięcy pięćset złotych), w tym podatek 23 % VAT (lub inna stawka .... %, wskazać podstawę prawną-
Cena oferty (netto) 3.250.000,00 zł
W tym:
Cena za realizację I etapu: 470.000,00 zł brutto
Cena za realizację II etapu: 1.170.000,00 zł brutto
Cena za realizację III etapu: 855.000,00 zł brutto
Cena za realizację IV etapu: 755.000,00 zł brutto(...)"

Po dokonaniu poprawy omyłki rachunkowej:
„Cena oferty (brutto) 3 250 000,00 zł (słownie: trzy miliony dwieście pięćdziesiąt tysięcy złotych), w tym podatek 23 % VAT (lub inna stawka .... %, wskazać podstawę prawną • Cena oferty (netto) 2 642 276,42 zł W tym:
Cena za realizację I etapu: 470.000,00 zł brutto
Cena za realizację I I etapu: 1.170.000,00 zł brutto
Cena za realizację III etapu: 855.000,00 zł brutto
Cena za realizację IV etapu: 755.000,00 zł brutto(...)".

Jednocześnie pismem także z dnia 16 czerwca 2023 roku zamawiający, działając na podstawie art. 223 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę Atmoterm do wyjaśnień treści oferty, wskazując, że *„w złożonym formularzu oferty na stronie 7 Wykonawca oświadczył, iż wybór jego oferty będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 931 z późn. zm.). Wykonawca wypełnił obowiązek informacyjny w formularzu oferty tj.: wskazał 'wartość towaru) objętego obowiązkiem podatkowym zamawiającego, bez kwoty podatku od towarów i usług VAT tj. kwotę 3 250 000,00 PLN, wskazał stawkę podatku od towarów i usług, która zgodnie z wiedzą Wykonawcy, będzie miała zastosowanie tj. 23%., oraz wskazał nazwę towaru) - PROJEKT I BUDOWA SYSTEMU IT Z MODUŁEM REGIONALNEGO ROZPROSZOI MONITOROWANIA JAKOŚCI POWIETRZA W WOJEWÓDZTWIE OPOLSKIM W RAMACH REAL PROJEKTU LIFE19 GIE/PL/000398 – (…)*
Mając powyższe na uwadze, proszę o wyjaśnienie podstawy/przypadku złożenia oświadczenia zgodnie z art. 225 ustawy PZP nakładającego obowiązek powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego. Czy Wykonawca omyłkowo zaznaczył w formularzu oferty wybór wpisując TAK?".

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca Atmoterm wskazał, że:
„Na stronie numer 2 złożonego przez nas formularza oferty w wyżej przywołanym postępowaniu zaoferowaliśmy wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę 3.250.000,00 zł.
Jednocześnie na stronie numer 7 w punkcie numer 5 złożyliśmy oświadczenie, że wybór naszej oferty może prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. 2022 r. poz. 931 ze zm.) – jako stawkę podatku od towarów i usług, która zgodnie z wiedzą wykonawcy będzie miała zastosowanie wskazaliśmy 23%.
Wyjaśniamy, że do złożenia oświadczenia, iż wybór naszej oferty prowadzić będzie do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego doszło omyłkowo. Zadeklarowana w punkcie numer 5 formularza oferty stawka 23% VAT, którą miałby obowiązek odprowadzić Zamawiający, stanowi omyłkowe powielenie podatku VAT w stawce 23%, który został uwzględniony w postaci ceny oferty brutto podanej przez nas w formularzu oferty.
Niniejszym prostujemy nasze oświadczenie i deklarujemy, iż wybór naszej oferty nie będzie prowadził do powstania po stronie Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. 2022 r. poz. 931 ze zm.).
Pragniemy także zauważyć, iż norma wynikająca z art. 225 ustawy PZP nie nakłada na Wykonawcę sankcji w razie niedopełnienia obowiązku informacyjnego w związku z powstaniem po stronie Zamawiającego obowiązku podatkowego w razie wyboru jego oferty".

Pismem z dnia 21 sierpnia 2023 roku zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. o wyborze oferty wykonawcy Atmoterm S.A.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba uwzględniła odwołanie.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 i 2 pkt 2 ustawy Pzp:

1. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.
2. Zamawiający poprawia w ofercie: (…)
2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy Pzp:

1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:
5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;
10) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Stosownie zaś do art. 239 ust. 2 ustawy Pzp najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

W ocenie Izby zarzuty podniesione w odwołaniu są w pełni uzasadnione.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że zamawiający w sposób sprzeczny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych dokonał poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie wykonawcy Atmoterm.

W przypadku oferty wykonawcy Atmoterm trudno bowiem mówić o oczywistej omyłce rachunkowej. Jak podkreśla się w doktrynie i w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oczywistą omyłką rachunkową jest omyłka wynikająca z błędnej operacji na liczbach, przy czym stwierdzenie omyłki może mieć miejsce w sytuacji, w której przebieg działania matematycznego może być prześledzony i na podstawie reguł rządzących tym działaniem możliwe jest stwierdzenie błędu w jego wykonaniu i błąd ten można poprawić wyłącznie w jeden sposób, nie budzący żadnych wątpliwości.

Taka sytuacja nie występuje w niniejszej sprawie.

Wykonawca Atmoterm w swojej ofercie podał cenę oferty (brutto) – liczbowo i słownie jako: *„3.997.500,00 zł (słownie: trzy miliony dziewięćset dziewięćdziesiąt siedem tysięcy pięćset złotych), w tym podatek 23 % VAT”.* A zatem, wskazał również, że w tej cenie mieści się podatek 23 % VAT, jak również podał cenę oferty (netto) jako *„3.250.000 zł, w tym: (…)* i następnie wykonawca podał konkretne ceny za realizację I, II, III, IV etapu, jednocześnie określając za każdym razem, że jest to cena brutto:
„Cena za realizację I etapu: 470.000,00 zł brutto
Cena za realizację II etapu: 1.170.000,00 zł brutto
Cena za realizację III etapu: 855.000,00 zł brutto
Cena za realizację IV etapu: 755.000,00 zł brutto(...)”.

Należy zauważyć, że zsumowanie cen za poszczególne etapy daje kwotę 3.250.000 zł, która to cena została określona przez wykonawcę Atmoterm jako cena oferty netto, a po dodaniu kwoty stanowiącej równowartość stawki 23 % podatku VAT, otrzymujemy kwotę wskazaną przez tego wykonawcę jako cena oferty(brutto) 3.997.500,00 zł.

Natomiast zamawiający dokonał poprawy treści oferty wykonawcy Atmoterm, na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, stwierdzając, że dokonuje poprawy oczywistej omyłki rachunkowej i zsumował ceny brutto za poszczególne etapy, co w konsekwencji prowadziło do wprowadzenia zmiany ceny oferty (brutto) podanej liczbowo i słownie na cenę 3.250.000 zł i zmiany ceny oferty (netto) podanej liczbowo na cenę 2.642.276,42 zł. Zamawiający jednocześnie powołał się na postanowienia SWZ (rozdział XVIII) dotyczące sposobu obliczenia ceny, zgodnie z którymi„cena oferty brutto będzie sumą cen brutto za wykonanie poszczególnych etapów”.

W ocenie Izby poprawa omyłki rachunkowej w ofercie przystępującego Atmoterm była dokonana w sposób nieuprawniony. W tym przypadku nie występuje omyłka rachunkowa rozumiana jako omyłka wynikająca z błędnej operacji na liczbach, w tym przypadku na błędnym zsumowaniu, a co wywodził zamawiający. Zamawiający w sposób nieuprawniony przyjął, że ceny wskazane za poszczególne etapy, to faktycznie ceny brutto, i zmienił kwotę 3.250.000 zł, określoną przez wykonawcę jako cena oferty netto oferty na cenę brutto. Przy czym w konsekwencji poprawienia omyłki doszło do ustalenia nowej wartości, uprzednio nie występującej w ofercie, tj. ceny 2.642.276,42 zł, jako ceny oferty netto.

Tymczasem, w przedmiotowej sprawie, brak jest podstaw do jednoznacznego i wyłącznego stwierdzenia, że prawidłowe byłoby przyjęcie, iż ceny za poszczególne etapy, to w istocie ceny brutto jak podał wykonawca w ofercie i wówczas faktycznie działania rachunkowe przeprowadzone przez zamawiającego dają wynik taki, jaki wynika z jego poprawy treści oferty. Jest też bowiem drugie rozwiązanie i należałoby się zastanowić – czy też raczej nie należałoby przyjąć, że raczej wykonawca Atmoterm zamierzał faktycznie zaoferować - tak jak podał w ofercie - cenę oferty brutto w

kwocie 3.997.500,00 zł i cenę netto oferty - tak jak wskazał - 3.250.000 zł, co prowadziłoby z kolei do wniosku, że ceny podane za poszczególne etapy, to ceny netto i brak tu w ogóle omyłki rachunkowej, tylko błąd polega na wskazaniu przez wykonawcę, że ceny za poszczególne etapy to ceny brutto, a nie ceny netto.

Jednoznacznego wniosku jaką cenę faktycznie zaoferował wykonawca Atmoterm czy to za poszczególne etapy, czy jako cenę całkowitą oferty, nie da się wywieść z treści oferty złożonej, a zatem zaistniały błąd, polegający na rozbieżnościach w oznaczeniach cen netto/brutto należy kwalifikować raczej jako błąd w obliczaniu ceny, a nie jako oczywistą omyłkę rachunkową.

Nie da się w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości poprawić tego błędu powołując się na postanowienia SWZ, zgodnie z którymi cena oferty brutto będzie sumą cen brutto za wykonanie poszczególnych etapów. Tutaj nie jest bowiem przesądzone, czy wykonawca zaoferował ceny netto czy brutto za poszczególne etapy, czy raczej właściwa jest cena całkowita oferty netto i brutto. Biorąc pod uwagę, że zsumowanie cen za poszczególne etapy daje cenę netto 3.250.000 zł, a po powiększeniu tej ceny o podatek VAT otrzymujemy cenę 3.997.500,00 zł brutto wskazaną w ofercie i słownie, i liczbowo w sposób jednoznaczny, należałoby przyjąć, że wykonawca tą cenę faktycznie chciał zaoferować. Potwierdza to także podpunkt 5 Formularza Oferty, w którym wykonawca wskazał kwotę 3.250.000,00 złotych jako wartość usługi bez kwoty podatku, co też było przedmiotem postępowania wyjaśniającego ze strony zamawiającego.

Wobec powyższego Izba uznała, że w omawianej sprawie nie występuje oczywista omyłka rachunkowa, podlegająca poprawieniu w trybie art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, wobec czego nakazała unieważnienie czynności poprawienia omyłki rachunkowej w treści oferty Atmoterm i odrzucenie jej jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny – na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Odwołujący wywodził także na podstawie przedstawionych okoliczności, że oferta wykonawcy Atmoterm jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie obliczenia ceny oferty oraz, że powinna zostać odrzucona także na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Izba w tym zakresie nie podzieliła stanowiska odwołującego, stwierdzając, że faktycznie w ofercie zaistniał błąd w obliczeniu ceny, ale nie należy tego utożsamiać z tym, że oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Co do zarzutu naruszenia art. 239 ust. 2 ustawy Pzp, iż oferta wykonawcy Atmoterm powinna uzyskać niższy wynik w ramach kryteriów oceny ofert niż oferta odwołującego, jako, że wykonawca ten zaoferował wyższą cenę oferty niż odwołujący, to Izba uznała, że uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp i stwierdzenie, że nie da się w jednoznaczny sposób ustalić ceny oferty wykonawcy Atmoterm, uczyniło ten zarzut bezprzedmiotowym.

O kosztach postępowania Izba orzekła stosownie do wyniku, na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp i w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z § 7 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi zamawiający; w takim przypadku Izba zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2. Zgodnie zaś z § 5 pkt 2 do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenie pełnomocnika, nieprzekraczające kwoty 3600 złotych.

Wobec powyższego Izba obciążyła kosztami postępowania odwoławczego wykonawcę zamawiającego, zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty postępowania odwoławczego związane z uiszczonym wpisem od odwołania (15 000 zł) i wynagrodzeniem pełnomocnika (3 600 zł).

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: ……