Sygn. akt: KIO 2563/15

WYROK
z dnia 3 grudnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 grudnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 listopada 2015 r. przez wykonawcę **ADMI Sp. z o.o. z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa, Ministerstwo Finansów, Biuro Administracyjne z siedzibą w Warszawie,**
przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Canon Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2563/15 po stronie zamawiającego.

---

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego ADMI Sp. z o.o. z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **ADMI Sp. z o.o. w Ożarowie Mazowieckim** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od **Odwołującego ADMI Sp. z o.o. w Ożarowie Mazowieckim** na rzecz Zamawiającego **Ministerstwa Finansów, Biura Administracyjnego z siedzibą w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący: ……...

Sygn. akt KIO 2563/15

UZASADNIENIE

24 listopada 2015 roku, do Prezes Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp") odwołanie złożył wykonawca ADMI Sp. z o.o. z siedzibą Ożarowie Mazowieckim. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie dostawy dwóch wysokonakładowych kopiarek cyfrowych dla Wydziału Poligrafii BWT Ministerstwa Finansów prowadzi Zamawiający: Ministerstwo Finansów Biuro Administracyjne w Warszawie. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 296778-2015;data zamieszczenia: 04.11.2015.

Odwołujący zaskarża następujące czynności i zaniechania Zamawiającego: odrzucenie oferty, którą ADMI złożyło na część I i część II zamówienia poprzez uznanie oferty za niezgodną z SIWZ oraz nieważną na podstawie odrębnych przepisów, pomimo iż jest ona ważną i w pełni zgodną z prawem; brak poprawienia oferty Odwołującego przez poprawienie zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy Pzp omyłki polegającej na niezgodności oferty z treścią SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Zaskarżonym czynnościom oraz zaniechaniom Odwołujący zarzuca naruszenie przepisów art. 87 ustawy Pzp. Odwołujący wnosi o: uwzględnienie odwołania oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego na część I i część II zamówienia; nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na część I i część II zamówienia z uwzględnieniem oferty ADMI.

Zdaniem Odwołującego jego oferta na części I i II zamówienia została bezprawnie odrzucona, co doprowadziło do wadliwego wyniku postępowania w tych częściach. Wskutek przywołanych w odwołaniu naruszeń przepisów prawa ADMI traci możliwość uzyskania zamówienia oraz doznaje szkody w postaci utraty możliwości zawarcia umów o zamówienie publiczne i osiągania przychodów z tytułu ich wykonywania oraz poniesienia kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w którym oferta została bezprawnie odrzucona.

Zamawiający przesłał informacje o odrzuceniu i unieważnieniu postępowania drogą mailową 19 listopada 2015 r. Tym samym, odwołanie wniesione jest z zachowaniem ustawowego terminu. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu podniesiono, że Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu, wbrew postanowieniom SIWZ, na skutek oczywistej omyłki, podając cenę netto, bez podatku VAT. W ofercie wyraźnie zaznaczono, że podana cena jest ceną netto. Było to zatem dla Zamawiającego oczywiste. Jednakże w tej samej ofercie ADMI podało, że obowiązek zapłaty

VAT leży po jego stronie, zatem było oczywiste, że do oferowanej ceny należy doliczyć podatek VAT. Stawka podatku VAT na urządzenia objęte zamówieniem jest oczywista - wynika z przepisów prawa - wynosi 23 %.

ADMI zorientowało się w omyłce i dnia 17 listopada 2015 r. przesłało do Zamawiającego sprostowanie, podając że do ceny należy doliczyć podatek VAT wg stawki 23 %. Mimo to Zamawiający nie dokonał poprawienia oferty ADMI i rozstrzygnął postępowanie, stwierdzając, że odrzuca ofertę ADMI na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp uzasadniając, że treść oferty nie odpowiadała treści SIWZ.

Ustawa Pzp nie zawiera definicji omyłki. Pojęcie to było wielokrotnie definiowane w orzecznictwie sądów okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej. Omyłką, w tym omyłką pisarską, zdaniem Sądu Okręgowego w Gdańsku, jest niezamierzona niedokładność nasuwająca się każdemu, bez przeprowadzania dodatkowych ustaleń. Może to być błąd, wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a nie spowodowany uchybieniem merytorycznym. Istotne jest przy tym, żeby w wyniku poprawienia omyłki nie zmieniła się treść oferty rozumianej jako treść oświadczenia woli wykonawcy (wyrok SO w Gdańsku z dnia 27 czerwca 2008 r., sygn. akt XII Ga 206/08). Artykuł 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych (Wyrok SO w Krakowie z dnia 17 czerwca 2009 r., sygn. akt: XII GA 429/09).

„Zgodnie *z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej punktem odniesienia przy ocenie dopuszczalności dokonania poprawy jest odniesienie dokonanej poprawy do całości oferowanego przez wykonawcę* świadczenia. *Okoliczność,* że *zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy (essentialia negotii) lub elementów uznanych za istotne przez zamawiającego, a nawet fakt,* że *skutkiem dokonanej poprawy miałaby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiających dokonanie poprawy na postawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Znaczenie ma bowiem, czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli wykonawcy, a nie czy tkwi w jej istotnych postanowieniach. Zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa wynika z innych elementów składających się na ofertę, przy czym nie jest wykluczone,* że *w pewnych okolicznościach poprawienie omyłki będzie miało miejsce po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp"* (Wyrok KIO z dnia 23 marca 2011 r., sygn. akt: KIO 522/11, podobnie wyrok SO w Katowicach z dnia 1 marca 2010 r. sygn. akt: XIX Ga 18/10,wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2010 r., sygn. akt: KIO 1127/10, wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2010 r., sygn. akt: KIO 1610/10). Przeszkody w zastosowaniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie stanowi, co do zasady, fakt, że poprawiona oferta stanie się ofertą

najkorzystniejszą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Poprawienie omyłki nie może prowadzić bowiem do istotnej zmiany treści oferty (tj. merytorycznej zawartości oferty), a nie zmiany, która będzie miała istotne znaczenie dla wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do błędnego wniosku, że nie można dokonać poprawy omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jeśli skutkiem tego działania będzie uznanie jej za najkorzystniejszą (Uchwała KIO z dnia 19 października 201 Or., sygn. akt KIO/KD 74/10). Stanowisko, że poprawienie omyłek na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp nie może prowadzić do zmiany ceny, gdyż zmiany takie są dopuszczalne jedynie w razie poprawiania omyłek rachunkowych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, nie jest uzasadnione. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie zawiera takiego ograniczenia, gdyż jedynym ograniczeniem zakresu poprawiania omyłek jest skutek w postaci zmiany treści oferty, która nie jest zmianą istotną (wyrok KIO z dnia 5 maja 2011 r.Sygn. akt KIO 822/11).

W orzecznictwie nawet zastosowanie niewłaściwej stawki podatku VAT uznano za możliwe do skorygowania w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP (wyrok KIO z 3 marca 2014 r., sygn. akt KIO 277/14, wyrok KIO z 15 lutego 2013 r. sygn. akt KIO 293/13).

Jak wskazano w wyroku KIO z 22 grudnia 2010 r. (Lex 707602) możliwe jest poprawienie oferty przez Zamawiającego w zakresie ceny, jeśli jej dostrzeżenie nie wymaga posiadania jakiejkolwiek specjalistycznej wiedzy w tym zakresie lub zasięgania dodatkowych informacji u wykonawcy, co stanowiłoby wyraz niedozwolonych negocjacji dotyczących treści oferty, stosownie do art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Uwzględniając powyższe Izba uznała, że zamawiający był zobowiązany do poprawienia w ofercie odwołującego oczywistej omyłki rachunkowej przy obliczeniu ceny na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 p.z.p., przez obliczenie kwoty podatku VAT od ceny netto z zastosowaniem właściwej stawki VAT, a następnie obliczenie prawidłowej ceny brutto, przez zsumowanie ceny netto i prawidłowo obliczonej kwoty podatku VAT. Wobec powyższego KIO uznała że zamawiający jest zobowiązany do unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu.

Nie jest możliwe poprawienie oferty, w tym w zakresie ceny, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp tylko w sytuacji, w której prowadziłoby to do negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą.

Z powyższych względów, zdaniem Odwołującego odwołanie jest zasadne.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, wyjaśnień złożonych przez Wykonawców, stanowisk i oświadczeń Stron postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym odrzucenie oferty Odwołującego i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy, potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 30 listopada 2015 roku, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego z dnia 25 listopada 2015 roku, do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Canon Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Przystąpienie uznano za nieskuteczne z uwagi na uchybienie terminowi na jego złożenie. Z akt postępowania wynika, że trzeci dzień na zgłoszenie przystąpienia wypadał na 28 listopada 2015 roku (sobota). Zgłaszający przystąpienie w zakresie terminu jego złożenia wskazał na przepisy rozporządzenia Rady EWG 1182/71 z dnia 3 czerwca 1971 roku,

zgodnie z którym za dni robocze uważa się wszystkie inne dni ustawowo wolne od pracy, niedziele i soboty.

Izba w składzie wyznaczonym do rozpoznania niniejszej sprawy powyższego stanowiska nie podziela. Jednocześnie Izba podziela i w całości uznaje za własną argumentację płynącą z wyroku z dnia 15 lipca 2015 roku Sądu Okręgowego w Nowym Sączu (sygn. akt III Ca 375/15). Z uzasadnienia wyroku wynika, że w sprawie istotne znaczenie ma okoliczność, że wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego nie przekraczała kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. To zaś oznacza, że skoro wartość zamówienia w konkretnej sprawie nie przekracza tzw. progów unijnych, dyrektywa klasyczna nie ma zastosowania do przedmiotowego zamówienia. Tym samym o sposobie liczenia terminów do wniesienia konkretnego odwołania nie może decydować treść Motywu 50 jej Preambuły. Po drugie, do przedmiotowego zamówienia nie ma też zastosowania dyrektywa Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie

udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, tzw. dyrektywa odwoławcza. Ta bowiem, zgodnie z art. 1 ma zastosowanie do zamówień, o których mowa w dyrektywie 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. (a w przyszłości dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U.UE.L.2014.94.65)). Skoro zatem do zamówienia objętego konkretnym postępowaniem nie ma zastosowania dyrektywa klasyczna 2004/18/WE, brak też podstaw, aby w konkretnym przypadku powoływać się na Motyw (50) Preambuły tej dyrektywy, zgodnie z którym w celu w celu wyznaczenia terminów określonych w niniejszej dyrektywie należy stosować rozporządzenie Rady (EWG, Euratom) nr 1182/71 z dnia 3 czerwca 1971 r. określające zasady mające zastosowanie do okresów, dat i terminów.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera przepisów dotyczących sposobu liczenia terminów do wniesienie odwołania. W konsekwencji zastosowanie znajdzie tu zatem przepis art. 14 ustawy P.z.p., który stanowi, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie z art. 115 k.c. jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy, termin upływa dnia następnego. Natomiast w orzecznictwie Sądu Najwyższego przesądzono na mocy zasady prawnej, że sobota nie jest uznawana za dzień ustawowo wolny od pracy (uchwała Sądu Najwyższego 7 sędziów z dnia 25 kwietnia 2003 r. III CZP 8/03, OSNC 2004/1/1).

Zamawiający na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Izba ustaliła, że:

Z rozdziału VI SIWZ - Opis sposobu obliczenia ceny, rozliczenia i płatności - wynika, że cena miała obejmować wszystkie koszty i obciążenia wykonawcy związane z realizacją umowy w danej części zamówienia, w tym koszty dostawy i instalacji sprzętu, koszty dodatkowych tonerów, koszty przeszkolenia pracowników, koszty świadczenia usług gwarancyjnych oraz wszystkie inne koszty, opłaty i wydatki wykonawcy, a także cło i podatki, w tym podatek od towarów i usług. Zamawiający dopuszczał, by cena nie zawierała podatku od towarów i usług w przypadku składania oferty, której wybór prowadziłby do powstania obowiązku podatkowego Zamawiającego, zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym towarów. W takiej sytuacji wykonawca składając ofertę, miał poinformować Zamawiającego czy wybór będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego

obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) towarów lub usług, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku.

W formularzu ofertowym wykonawca miał zaznaczyć odpowiednią rubrykę, czy wybór

oferty będzie prowadził do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego. W złożonej ofercie Odwołujący w rubryce tej zaznaczył, że wybór jego oferty nie będzie się wiązał z powstaniem obowiązku podatkowego u Zamawiającego i jednocześnie w rubryce cena oferty w części I i II zamówienia podał ceny netto. Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Cena oferty została podana z zaznaczeniem, że jest to cena netto, tym samym oferta nie spełniania wymogu rozdziału VI ust. 1 SIWZ, gdyż nie obejmowała wszelkich kosztów związanych z realizacją zamówienia – tj. podatku od towarów i usług VAT.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

Na wstępie zasadnym jest stwierdzenie, że zastosowanie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp może mieć miejsce, gdy Zamawiający poweźmie wątpliwość co do rzeczywistej treści oferty, zaś rezultat ma wyjaśniać, a nie zmienić treść oferty, zastosowanie tego przepisu nie może także prowadzić do negocjacji treści oferty (tak wyrok KIO z dnia 25.07.2012 r., sygn. akt: KIO 1474/14).

Z kolei, zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest obligatoryjne, jeśli istnieją ku temu stosowne podstawy w danym stanie faktycznym.

Należy wskazać, za wyrokiem KIO z dnia 23.01.2013 r., sygn. akt: KIO 27/13, że: „Zgodnie *z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Zamawiający zobowiązany jest do poprawy w ofercie innych omyłek niż te, o których mowa w art. 87 ust. 1 i 2 ustawy, które polegają na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Szczególny charakter tego przepisu wskazuje, że jego stosowanie musi mieć pewne granice, które są wyznaczone koniecznością zachowania zasady przejrzystości i jawności postępowania oraz konieczności równego traktowania wszystkich wykonawców (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 13 stycznia 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 1516/08). Charakter tych omyłek, niezależnie od ich skomplikowania, powinien pozwalać na dokonanie przez Zamawiającego samodzielnej poprawy, w którą to czynność poprawy nie będzie ingerował wykonawca. Na uwagę zasługuje fakt, iż uwzględniając, że oferta stanowi jednostronne oświadczenie woli, które zawiera propozycję zawarcia umowy, to na podstawie przywołanego powyżej przepisu*

możliwa jest ingerencja w oświadczenie wykonawcy. Nieistotność lub istotność zmiany treści oferty w wyniku dokonania poprawy oceniana powinna być każdorazowo w zakresie danego postępowania i danej oferty, bowiem sam ustawodawca posługując się nieostrym określeniem owych omyłek wskazał na konieczność odniesienia owej czynności do konkretnego stanu faktycznego (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 23 kwietnia 2009 roku sygn. akt XII Ga 102/09)".

Przy czym art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie stanowi narzędzia do – naprawiania – „błędnie" złożonych ofert, lecz stanowi podstawę poprawy omyłek, której to poprawy może dokonać Zamawiający, a ich znaczenie dla całości złożonego oświadczenia woli (oferty) przez Wykonawcę w kontekście SIWZ nie będzie istotne (porównaj: wyrok KIO z dnia 26.02.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 157/09, sygn. akt: KIO/UZP 159/09, sygn. akt: KIO/UZP 174/09; wyrok KIO z dnia 22.10.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1278/09; wyrok KIO z 18.05.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 779/10).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, dostrzec należy, że konieczność (i możliwość) zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp pojawia się wyłącznie w sytuacji, gdy oferta wykonawcy zawiera omyłkę. Nie można uznać bowiem za zasadę, iż każda niezgodność treści oferty z SIWZ stanowi efekt omyłki, czyli niezamierzonego błędu wykonawcy. Wręcz odwrotnie, jako zasadę należy uznać, iż wykonawca, odpowiadając na ogłoszenie o zamówieniu, działa z zachowaniem należytej staranności wymaganej w profesjonalnym obrocie i składa ofertę zawierającą świadome oświadczenie woli zgodne zamiarem obejmującym wykonanie zamówienia w określony w tej ofercie sposób. Uznanie niezgodności treści oferty z SIWZ za omyłkę stanowi zatem wyjątek od ogólnej zasady. Obowiązkiem wykonawcy jest szczegółowe zapoznanie się z treścią wymagań Zamawiającego wynikających z SIWZ, w tym również z ewentualnych zmian czy wyjaśnień jej treści. Jak spójnie stanowi doktryna oraz utrwalone orzecznictwo KIO, w celu

zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, niezbędne jest wykazanie, iż działanie wykonawcy, które doprowadziło do niezgodności oferty z SIWZ, jest niezamierzone. Opierając się na słownikowym znaczeniu słowa "omyłka", należy uznać, że nie można poprawić żadnych rozbieżności pomiędzy ofertą a SIWZ, jeśli są one skutkiem celowego działania wykonawcy. Również wtedy, gdy działanie celowe opierało się na złym rozumieniu SIWZ, braku zapoznaniem się z jej wymogami i doprowadziło do niezgodności oferty ze specyfikacją. Świadome zamieszczenie czegoś w ofercie wyklucza bowiem uznanie rezultatu za omyłkę. Możliwość uznania danej niezgodności treści oferty za omyłkę, a zatem za błąd w treści oferty nie wynikający z zamierzonego działania wykonawcy, musi wynikać z treści oferty wykonawcy. Z całokształtu oferty i dokumentów składanych wraz z nią, Zamawiający musi mieć możliwość wywiedzenia, iż wykonawca swoim zamiarem obejmował złożenie

oferty w pełni zgodnej z SIWZ. W przeciwnym wypadku brak jest możliwości do uznania, iż doszło do złożenia oświadczenia o treści niezgodnej z SIWZ na skutek niezamierzonego błędu.

Poprawieniu podlegają wyłącznie niezgodności niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Ustawodawca przyjął więc *a priori,* że usuwanie omyłek doprowadzi do zmiany treści oświadczenia woli. Dozwolony został jednak tylko taki zakres zmian, których marginalność nie naruszy istoty zobowiązania wynikającego z oferty. Posłużenie się przez ustawę pojęciem niedookreślonym przy nakładaniu obowiązku poprawiania omyłek ("niepowodujące istotnych zmian") sprawia, że to do zamawiającego należy w pierwszej kolejności ocena, czy w danej sytuacji musi poprawić omyłki. Istotność omyłki winna być przez zamawiającego oceniona z uwzględnieniem jej znaczenia dla osiągnięcia celu, jaki przyświecał wszczęciu postępowania.

Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. (sygn. akt III CZP 52/11) w sprawie zastosowania błędnej stawki podatku VAT przy obliczeniu ceny ofertowej, Sąd Najwyższy odpowiadając na pytanie prawne wskazał, że określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych). Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek poprawienia oferty w zakresie obliczenia ceny, w przypadku wystąpienia innej omyłki polegającej na niezgodności przyjętej w ofercie stawki podatku VAT ze stawką zawartą w SIWZ. Przypadek taki może wystąpić jedynie wówczas, gdy zamawiający wskazał w SIWZ konkretną stawkę podatku VAT, o ile omyłka polegająca na takiej niezgodności nie powoduje istotnych zmian treści oferty. Natomiast w sytuacji, gdy zamawiający nie określił w SIWZ stawki podatku VAT, wówczas nie występuje inna omyłka w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, z uwagi na fakt, iż w takim przypadku brak jest ustawowej przesłanki niezgodności oferty z SIWZ.

Powyższe oznacza, że art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie mógł mieć w przedmiotowej sprawie zastosowania. Zamawiający nie określił w SIWZ, czy też innych dokumentach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jaka stawka podatku VAT winna być przez wykonawców zastosowana. Nawet jeżeli więc określenie tej stawki nie budzi większych wątpliwości i nie rodzi możliwości różnych interpretacji, to wykonawca był zobowiązany do obliczenia ceny przy uwzględnieniu prawidłowej stawki podatku. Wykonawca tymczasem złożył w ofercie dwa, sprzeczne ze sobą oświadczenia. Z jednej strony bowiem wskazał, że zamówienie nie podlega regułom tzw. odwróconego podatku VAT, z drugiej zaś strony w formularzu ofertowym wymienił jedynie kwotę netto, jakiej oczekuje za realizację zamówienia.

W przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z omyłką o takim charakterze, który pozwalałby na zastosowanie regulacji art. 87 ustawy Pzp. Pomijając okoliczność, że stawka podatku nie została określona w SIWZ, to po pierwsze, zmiana w obrębie ceny miałaby charakter istotny. Po drugie, Zamawiający nie mógłby samodzielnie dokonać poprawy, ponieważ nie wie, które ze złożonych oświadczeń zostało złożone wadliwie, czy to dotyczące wartości netto, czy to o niepowstaniu po stronie Zamawiającego obowiązku podatkowego. Co prawda wykonawca, po otwarciu ofert przesłał Zamawiającemu pisemne oświadczenie,

że do wartości jego oferty należy doliczyć kwotę podatku VAT przy uwzględnieniu stawki podstawowej 23 %, ale zauważyć należy, że przychylenie się do prośby Odwołującego mogłoby stanowić naruszenie zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ustawy Pzp. Po otwarciu ofert bowiem nie są dopuszczalne jakiekolwiek negocjacje między zamawiającym a wykonawcami w zakresie ceny. Odwołujący wystosował oświadczenie znając już treść i cenę ofert pozostałych wykonawców.

Podzielić także należy argumentację Zamawiającego, że wykonawca de facto nie określił ceny własnej oferty. Zgodnie bowiem z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. poz. 915) przez cenę należy rozumieć wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. Jednocześnie definicja ta została dookreślona w art. 3 ust. 2 ustawy o informowaniu o cenach towarów i usług poprzez wyraźne wskazanie, że w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym. Przez cenę rozumie się również stawkę taryfową. Oznacza to, że wykonawca w tym postępowaniu podał w ofercie pewną wartość liczbową, którą określił wartością netto, ale nie podał ceny oferty, ponieważ wskazana wartość nie zawierała wszystkich niezbędnych narzutów (składowych) ceny w rozumieniu jej definicji legalnej.

Nawet jednak przy przyjęciu założenia, że Odwołujący omyłkowo podał w ofercie wartość, do której nie doliczył podatku od towarów i usług, Izba nie dopatrzyła się podstaw do poprawienia takiej omyłki. Zamawiający słusznie zatem uznał, że treść oferty wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ.

Mając na uwadze powyższe ustalenia i stanowisko składu orzekającego, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów wymienionych przez Odwołującego w petitum odwołania i orzekła jak w sentencji. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego nie miały i nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania. Zamawiający nie naruszył zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: